DIREITOS FUNDAMENTAIS

NA PERSPECTIVA ÍTALO-BRASILEIRA

VOLUME VII

Fábio da Silva Veiga
Filippo Viglione
Francesca Benatti

Coords.

IBEROJUR SCIENCE PRESS

Università degli Studi di Padova

Spgi
Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali
Università degli Studi di Padova

DIREITOS FUNDAMENTAIS

NA PERSPECTIVA ÍTALO-BRASILEIRA

VOLUME VII

Porto
2026

Fábio da Silva Veiga
Filippo Viglione
Francesca Benatti

Coords.

IBEROJUR SCIENCE PRESS

Università degli Studi di Padova

Spgi
Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali
Università degli Studi di Padova

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 | Technical Sheet

© 2026 Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR

Título: Direitos Fundamentais na Perspectiva Ítalo-Brasileira, vol. VII

Coordenadores: Fábio Veiga; Filippo Viglione; Francesca Benatti.

Edição: Iberojur Science Press

Diagramação: Mariana Dares

Capa: Mariana Dares

© Autores vários

Suporte: Eletrónico; Formato: PDF / PDF-A

ISBN: 978-989-36822-2-7

DOI: https://doi.org/10.62140/PADOVAVII2026

1.ª edição: Iberojur Science Press

Rua de Avilhó, 214, Matosinhos (Porto) – Portugal

Junho, 2026a

Depósito Legal – Biblioteca Nacional de Portugal n.º 565849/26

Citação: VEIGA, Fábio; VIGLIONE, Filippo; BENATTI, Francesca (Coords.). Direitos Fundamentais na Perspectiva Ítalo-Brasileira, Vol. VII. Porto: Iberojur Science Press, 2026. 1.ª ed. ISBN 978-989-36822-2-7.

Conselho Científico | Scienfic Committee

Adriano Marteleto Godinho (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)

Álvaro Alzina Lozano (Universidad Rey Juan Carlos, Espanha)

André Studart (Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS, Brasil)

António Francisco de Sousa (Universidade do Porto, Portugal)

Augusto Jobim (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil)

Beatriz García Sánchez (Universidad Rey Juan Carlos, Espanha)

Catherine Maia (Universidade Lusófona, Portugal)

Denise Fincato (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil)

Doglas Lucas (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil)

Elena Atienza Macías (Universidad de Deusto, Espanha)

Fábio da Silva Veiga (Universidade Lusófona, Portugal)

Filippo Viglione (Università degli Studi di Padova, Itália)

Francesca Benatti (Università Cattolica del Sacro Cuore, Itália)

Frederico Antonio Lima de Oliveira (Universidade da Amazônia, Brasil)

Gabriel Martín Rodríguez (Universidad Rey Juan Carlos, Espanha)

Giuseppe Portonera (Università Cattolica del Sacro Cuore, Itália)

Gianpaolo Poggio Smanio (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)

Irene Rovira Ferrer (Universitat Oberta de Catalunya, Espanha)

Jeferson Bacelar (Universidade da Amazônia, Brasil)

João Proença Xavier (Universidade de Coimbra / Coimbra Business School, Portugal)

José León Alapont (Universidad de Valencia, Espanha)

José Sérgio Cristóvam (Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil)

Juraci Mourão Lopes Filho (Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS, Brasil)

Maria Cláudia Antunes de Souza (Universidade do Vale do Itajaí, Brasil)

Marcia Andrea Buhring (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Universidade Franciscana, Brasil)

Maria Creusa Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)

Maria de Fátima Ribeiro (Universidade de Marília, Brasil)

Maria do Rosário Anjos (Universidade Lusófona, Portugal)

Mônica Tassigny (Universidade de Fortaleza, Brasil)

Renata Albuquerque (Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS, Brasil)

Vania Siciliano Aieta (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)

Valter Moura do Carmo (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, Brasil)

Wilson Engelmann (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil)

Zélia Pierdoná (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)

PRESENTAZIONE

Il IV Seminario Italo-Brasiliano sui Diritti Fondamentali, svoltosi il 19 e 20 gennaio 2026 presso l'Università degli Studi di Padova, in formato ibrido, ha rappresentato un importante spazio di dialogo accademico internazionale dedicato all'analisi delle principali sfide contemporanee legate alla tutela dei diritti fondamentali. L'iniziativa è stata coordinata da Fábio Veiga, Professore presso l'Università Lusófona e Presidente dell'IBEROJUR, Filippo Viglione, Professore presso l'Università degli Studi di Padova, e Francesca Benatti, Professoressa presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, che hanno promosso un proficuo confronto tra studiosi provenienti da diverse istituzioni europee e latinoamericane.

I contributi raccolti nel presente volume riflettono la ricchezza dei dibattiti sviluppati durante le sessioni plenarie e i panel tematici, affrontando questioni di particolare rilevanza per il diritto contemporaneo, quali i diritti umani, l'accesso alla giustizia, la sostenibilità, le nuove tecnologie, l'intelligenza artificiale, la tutela delle persone vulnerabili, la responsabilità d'impresa, la protezione dell'ambiente e le trasformazioni dei sistemi giuridici nazionali e internazionali.

L'opera testimonia l'importanza della cooperazione scientifica tra Italia e Brasile e conferma il valore del dialogo comparato come strumento essenziale per la comprensione e lo sviluppo dei diritti fondamentali. Si auspica che le riflessioni qui presentate possano contribuire all'avanzamento della ricerca giuridica e al rafforzamento di una cultura della dignità umana, della giustizia e della solidarietà.

Porto, 2026

APRESENTAÇÃO

O IV Seminário Ítalo-Brasileiro de Direitos Fundamentais, realizado nos dias 19 e 20 de janeiro de 2026 na Università degli Studi di Padova, em formato híbrido, constituiu um relevante espaço de reflexão académica e de diálogo internacional em torno dos desafios contemporâneos da proteção dos direitos fundamentais. Sob a coordenação de Fábio Veiga, Professor da Universidade Lusófona e Presidente do IBEROJUR, Filippo Viglione, Professor da Università degli Studi di Padova, e Francesca Benatti, Professora da Università Cattolica del Sacro Cuore, o evento reuniu investigadores, docentes e profissionais de diversas instituições europeias e latino-americanas.

Os trabalhos agora publicados refletem a diversidade e a atualidade dos temas debatidos durante as conferências plenárias e painéis temáticos, abrangendo questões relacionadas com os direitos humanos, o acesso à justiça, a sustentabilidade, a inteligência artificial, as novas tecnologias, a responsabilidade empresarial, a proteção do ambiente e a tutela de grupos em situação de vulnerabilidade. As contribuições evidenciam a crescente necessidade de respostas jurídicas capazes de enfrentar fenómenos complexos que transcendem as fronteiras nacionais.

A presente obra testemunha a relevância da cooperação científica entre Portugal, Itália, Brasil e outros países representados no seminário, reafirmando o valor do diálogo jurídico comparado para o fortalecimento da dignidade humana, da justiça e dos direitos fundamentais. Espera-se que os estudos reunidos neste volume contribuam para o aprofundamento da investigação académica e para o desenvolvimento de soluções jurídicas inovadoras perante os desafios do século XXI.

Porto, 2026

ÍNDICE

GENDER PAY GAP E DISCRIMINAZIONE: PRIME RIFLESSIONI SUL DECRETO DI ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA COMUNITARIA..... 13
Anna Maria Battisti

LE DIRETTIVE (UE) 2024/1499 E 2024/1500 SUGLI EQUALITY BODIES: DALLA PROMOZIONE ALL'EFFETTIVITA' DELLA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA..... 24
Carmela Garofalo

COMPORTO E DISCRIMINAZIONE..... 49
Giada Della Rocca

ESIGENZE DI CURA E DISCRIMINAZIONE NEL CODICE DELLE PARI OPPORTUNITÀ: UN'IMPORTANTE CLAUSOLA DI CHIUSURA DEL SISTEMA 64
Elena Pasqualetto

LAVORO SPORTIVO E DISCRIMINAZIONI..... 81
Antonio Leonardo Fraioli

DISABILITÀ E LIBERA PROFESSIONE: DIGNITÀ DELLA PERSONA E RESPONSABILITÀ ISTITUZIONALI NELL'ATTUAZIONE DELL'UGUAGLIANZA SOSTANZIALE..... 93
Cristina Levorato

IL PROBLEMA DELL'EFFETTIVITÀ DEGLI STRUMENTI DI TUTELA PER IL RECUPERO DELLA RETRIBUZIONE.....115
Andrea Sitzia

Simone Caponetti

IL LAVORATORE NELL'ALGORITMO: LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI QUALE GARANZIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'ORGANIZZAZIONE DIGITALE DEL LAVORO 146
Livia Tamburro

"AN UNTAPPED TALENT POOL": AVVOCATURA E INCLUSIONE IN PROSPETTIVA COMPARATA.....165
Giovanna Tieghi

DIREITOS SOCIAIS, VULNERABILIDADE E ACESSO À JUSTIÇA DIGITAL: RISCOS E OPORTUNIDADES NO SÉCULO XXI.....186
Amanda von Eye de Pereira Saliba

Gabriela de Lima Rodrigues

O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA NATUREZA NA OPINIÃO CONSULTIVA 32/25 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....201
Amina Welten Guerra

Lucas Vieira Rodrigues

DISPUTE SYSTEM DESIGN E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA NOVA ABORDAGEM NO TRATAMENTO DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS PÚBLICOS.....217
Ana Beatriz de Souza Slobodticov

Nathalia Godoy Rodrigues

Tânia Lobo Muniz

QUANDO O AUTOR SILENCIA E O ALGORITMO CRIA: INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL GENERATIVA, TEXT AND DATA MINING E A TUTELA DOS DIREITOS MORAIS DO CRIADOR HUMANO 233
Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti

Maíra Feltrin Alves

EMPRESAS TRANSNACIONAIS E RELAÇÕES DE TRABLAHO: A IMPORTÂNCIA DE UM CONTEÚDO MÍNIMO DE GARANTIA DE DIGNIDADE AOS TRABALHADORES..... 249
Andrea Maria Limongi Pasold

ENTRE A SUBORDINAÇÃO E A AUTONOMIA APARENTE: A EXPANSÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O ESVAZIAMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO 265
Ângela Barbosa Franco

DEVIDA DILIGÊNCIA SUSTENTÁVEL E EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CADEIA GLOBAL DE ALIMENTOS: DA SOFT LAW À RESPONSABILIDADE VINCULANTE NA GOVERNANÇA TRANSNACIONAL..... 278
Bárbara Dayana Brasil

O SIGILO COMO UMA DAS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO CORPORATIVO E NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE SEUS AGENTES 295
Bruno Boris Carlos Croce

Tiemy Landgraf Kunimi

AS CIDADES INTELIGENTES E O DIREITO À CIDADE DOS MAIS VULNERÁVEIS 310
Camilo Stangherlim Ferraresi

Isabel Celeste Fonseca

O COMPLIANCE COMO FERRAMENTA NA GESTÃO DE CUSTOS ASSIMÉTRICOS E RISCO NO SETOR SAÚDE 321
Juliene Santos Silva

Carlos Alberto Grespan Bonacim

O PAPEL DAS BIG TECHS E OS DESAFIOS DA COOPERAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA: CONVERGÊNCIAS ENTRE COMPLIANCE E DIREITOS HUMANOS 337
Christiany Pegorari Conte

Vinicius Nogueira

A LIMITADA E FUNDAMENTAL INCLUSÃO PREVIDENCIÁRIA DO IMIGRANTE NO BRASIL E NO ÂMBITO INTERNACIONAL 346
Claudine Costa Smolenaars

Sandra Regina Martini

Patrícia Gorisch

NEM LEI, NEM ORDEM: A CRISE DA SEGURANÇA PÚBLICA E O COLAPSO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS NAS OPERAÇÕES POLICIAIS BRASILEIRAS 361
Daniella Campos Barbosa de Amorim

O IMPACTO DA APROVAÇÃO DO PLANO DIRETOR DECENAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO E O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO DIREITO À MORADIA À LUZ DO ESTATUTO DA CIDADE E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 376
Darc Mery Pereira Buscacio

SMART CONTRACTS AND CIVIL LIABILITY IN THE BRAZILIAN DRAFT BILL NO. 4/2025: TECHNOLOGICAL RISK AND FUNDAMENTAL RIGHTS PROTECTION 384
Deilton Ribeiro Brasil

PROCESSO CIVIL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ESTUDO DELINEADO QUANTO RISCOS E OPORTUNIDADES EM INSTITUCIONALIZAÇÃO DO USO 399
Douglas Belanda

A AUTOCOMPOSIÇÃO E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER 415
Fabiana Marion Spengler

A MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO SUCESSÓRIO 430
Fabiana Marion Spengler

Theobaldo Spengler Neto

JURISDICTION, JUSTICIABILITY AND CORPORATE ESG CLAIMS: REFLECTIONS ON ITALIAN CASE LAW IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE 445
Federico Lubian

GENDER PAY GAP E DISCRIMINAZIONE: PRIME RIFLESSIONI SUL DECRETO DI ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA COMUNITARIA

The gender pay gap and discrimination: preliminary reflections on the implementing decree of the european directive

Anna Maria Battisti[1]

Università degli Studi di Roma Tor Vergata

DOI: https://doi.org/10.62140/AMB900396210

Sommario: 1. Premessa; 2. Un indicatore da "aggiustare"; 3. Gender pay gap e divisione di genere; 4. La direttiva UE 2023/970 sulla trasparenza retributiva: finalità e principi cardine. 5. Il recepimento nell'ordinamento italiano. Criticità. 6.Le sinergie con la certificazione per la parità di genere. 7. Osservazioni conclusive.

Riassunto: Il contributo si sofferma sul c.d. *gender pay gap*, come causa della divisione del lavoro di genere, illustrando le novità previste dalla recente direttiva comunitaria sulla parità salariale e alcune criticità nel recepimento nell'ordinamento italiano.

Parole chiavi: *gender pay gap*; direttiva comunitaria sulla parità salariale; criticità.

Abstract: The paper focuses on the so-called *gender pay gap*, as the cause of the gender division of labor, illustrating the innovations envisaged by the recent EU directive on equal pay and some critical issues in its transposition into Italian law.

Keywords: *gender pay gap; EU directive on equal pay; critical issues.*

1. PREMESSA

Quella del c.d *gender pay gap* è una storia difficilissima da scrivere perché relativa a un fenomeno lungamente taciuto e regolato solo in tempi recentissimi[2].

[1] Professoressa Associata di diritto del lavoro e diritto della sicurezza sociale, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, E-mail: battisti@economia.uniroma2.it. LINK ORCID: ID 0000-0001-8319-2455.

[2] ROSSI F., *Per una storia del gender pay gap.Note sul divario di genere tra età liberale e fascismo (e sulla replicabilità dei paradigmi nel contesto tecnologico),* in *Labour and Law Issues*, vol. 10, no. 1, 2024.

Antropologicamente radicata nel dogma della disuguaglianza di genere, la disparità di trattamento retributivo rappresenta la differenza tra i salari orari lordi medi di uomini e donne, espressi in percentuale del salario maschile[3].

2. UN INDICATORE DA "AGGIUSTARE"

In particolare, il *gender pay gap* rappresenta un indicatore, per così dire "grezzo","non aggiustato", essendo composto da una parte "spiegabile" (attribuibile a caratteristiche produttive come titolo di studio, per esempio) e una parte "non spiegabile" (attribuibile alla componente discriminatoria), con la conseguenza che la differenza nella retribuzione media oraria costituisce solo una parte della disparità di retribuzione complessiva tra uomini e donne[4].

Ed infatti, se considerassimo la retribuzione media annua invece della retribuzione media oraria, il differenziale si allargherebbe per il minor numero di ore lavorate della componente femminile. e il differenziale si allarga in misura anche maggiore se consideriamo il basso tasso di occupazione delle donne in italia.

Per questo motivo, Eurostat sta sperimentando il calcolo di un *adjusted gender pay gap* che cerca di depurare l'indicatore dagli effetti di composizione in modo da renderlo più adatto a misurare i differenziali retributivi a parità di caratteristiche della unità economica, del lavoratore e della posizione lavorativa.

3. GENDER PAY GAP E DIVISIONE DI GENERE

Il dato grezzo nasconde dunque la prima e più rilevante causa del divario retributivo nel nostro Paese: la divisione del lavoro di genere, che si manifesta nella marcata distanza tra il tasso di occupazione maschile e quello femminile. Uno squilibrio che si atteggia a livello globale, come evidenziato dal recente rapporto Ilo[5].

D'altra parte, è noto che i divari di genere a livello di occupazione e di retribuzione derivano da diverse diseguaglianze che colpiscono le donne nel corso della vita, così come è

[3] Si pensi che le donne guadagnano il 70 per cento della retribuzione degli uominini e che mentre in Europa il *gender pay gap* è ancora al 12% , in Italia nel settore privato è del 20% . L'Italia, con un punteggio di 70,4% (+0,1%), resta all'85° posto nel Global Gender Gap Index. In Europa, il Paese si colloca stabilmente tra gli ultimi, al 24° posto su 27. In soli tre anni il Belpaese ha perso 22 posizioni, segno di una stagnazione strutturale piuttosto che di una reale inversione di tendenza.
[4] Sia consentito il rinvio a: A.M.BATTISTI, *Donne (in)visibili e disparità retributiva*, in *Mass.giur.lav.*, 2019, pp.459ss.
[5] F.MARINELLI, *Rapporto globale sulla disparità di genere 2025* , in *Lavoro diritti Europa*, n. 3/2025.

altrettanto noto che il paradosso italiano emerge dai dati sull'istruzione[6] e che, nonostante questo patrimonio formativo, la transizione delle donne verso il mercato del lavoro resta debole.

Basti pensare alla segregazione di genere nell'istruzione e nel mercato del lavoro[7], in particolare alla segregazione orizzontale e verticale[8], dunque, alle difficoltà che molte donne incontrano nel fare carriera e raggiungere ruoli di leadership in certe realtà aziendali. E' vero che all'interno dei CdA la presenza di donne è cresciuta arrivando al 43%, ma è anche vero che meno del 5% di queste ricopre ruoli esecutivi e solo il 2% la carica di Amministratrice Delegata. Complice il fatto che lavori fondamentali per il benessere della società, come quelli connessi al lavoro di cura, godono di scarsa visibilità e scarco riconoscimento economico e sono svolti in maggioranza da donne[9].

4. LA DIRETTIVA UE 2023/970 SULLA TRASPARENZA RETRIBUTIVA: FINALITÀ E PRINCIPI CARDINE

In questa prospettiva, la Direttiva (UE) 2023/970 del 10 maggio 2023, sulla trasparenza retributiva, che gli Stati membri debbono recepire entro il 7 giugno 2026, potrebbe avere un notevole impulso sulle dinamiche salariali nel breve periodo, nonostante il contesto economico incerto derivante, in particolare, dalle tensioni geopolitiche. Ma questa è un'altra storia.

Giova piuttosto richiamare in questa sede la Direttiva 2019/1152 del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, recepiti con l. 53/2021 ed attuati con d.lgs. 104/2022 (c.d. decreto trasparenza)[10] dal momento che è inevitabile che i diritti di informazione sanciti dalla direttiva 2023/970, sopra citata, siano accostati dall'interprete agli obblighi informativi già introdotti dalla prima, con ciò

---

[6] In particolare, le donne rappresentano il 60% dei laureati, completano gli studi con maggiore regolarità (65% di lauree in corso contro il 54% degli uomini) e ottengono risultati mediamente migliori.

[7] Basti ricordare che nel 2024 l'incidenza della sovraistruzione è del 32,7% tra le donne e del 26,1% tra gli uomini, segnalando un divario che si riflette nella qualità dell'inserimento lavorativo e nell'adeguatezza tra formazione e mansioni svolte, oltre che sui giovani e migranti.

[8] SENA E., *Gender pay gap, trasparenza delle condizioni contrattuali e reportistica di sostenibilità*, in AA.VV., *Work life balance e gender equality tra diritto e prassi. Quadro normativo, profili organizzativi e sfide applicative,* Cacucci Editore, Bari, 2025, p. 149.

[9] M.L.VALLAURI, *Direttiva (UE) 2023/970: una nuova strategia per la parità retributiva*, in *Lavoro, diritti, Europa*, 2023. Sul tema, da ultimo, E.SIGNORINI, *I lavori essenziali di cura. Nozione, qualificazioni e destinatari*, Giappichelli, Torino, 2025.

[10] Sulla trasparenza delle condizioni di lavoro, si rinvia a: A.ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pisa, 2022.

evidenziando che, nel panorama europeo, la "trasparenza" riferita ai rapporti di lavoro è oramai una questione ricorrente.

Va tuttavia precisato che, mentre la Direttiva 2019/1152 del 20 giugno 2019 ha declinato la trasparenza attraverso i "diritti di informazione" dei lavoratori riferendosi al singolo lavoratore ed al suo specifico rapporto/contratto di lavoro, la Direttiva 2023/970 del 10 maggio 2023 lo ha incluso nel più ampio contesto organizzativo aziendale, tanto che le informazioni di cui tratta la stessa sono riferite all'intero contesto aziendale e presuppongono una comparazione dei trattamenti economico-retributivi delle risorse umane complessivamente intese[11].

In buona sostanza, la trasparenza promossa dalla Direttiva 2023/970 è finalizzata a garantire che le imprese assicurino la parità salariale di genere, lasciando cosi intravedere una soluzione –o meglio uno strumento –per arrivare a colmare il divario retributivo di genere. Una soluzione che sembrerebbe, secondo la dottrina, dare concretezza ai diritti di uguaglianza affermati dalla legislazione dell'Unione, attraverso specifiche misure di protezione.[12]

Per le tempistiche di attuazione come già accennato, gli Stati membri dell'Ue avranno tempo fino al 7 giugno 2026 per conformarsi alla direttiva, adeguando la rispettiva legislazione nazionale per includere le nuove norme[13]. Al riguardo, alcuni Paesi si sono già attivati: così la Norvegia, Svezia e Finlandia, a riprova del fatto che la trasparenza retributiva non è un'utopia ma una realtà possibile. La Francia, dal canto suo, ha introdotto un sistema di monitoraggio annuale pubblico e comparabile, *l'index de l'égalité femmes-hommes,* che ha già spinto molte imprese a rivedere le proprie politiche retributive. Anche in Belgio e Irlanda è già prassi indicare il *rang*e salariale negli annunci di lavoro, una scelta semplice ma capace di ridurre opacità e disparità[14].

5. IL RECEPIMENTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. CRITICITA'

[11] F.LAMBERTI, *Il paradigma della trasparenza retributiva come antitodo al gender pay gap*, in *Federalism.it*., 2024, p. 248.
[12] V.FERRANTE, *Divario retributivo di genere: novità e conferme dalla direttiva (UE) 2023/970*, in *Diritto delle Relazioni industriali*, 2024, pp. 1-36.
[13] L.CALAFA', M.PERUZZI, *L'autonomia collettiva nella direttiva sul "gender pay gap*", in *Lavoro e diritto*, 2025, pp.23-29.
[14] In Spagna, ad esempio, il congedo obbligatorio per i padri – di uguale durata a quello delle madri – ha reso più equilibrata la distribuzione dei carichi familiari e ha ridotto il rischio che solo le donne vengano penalizzate nelle carriere.

Il nostro Governo si appresta ad approvare lo schema di decreto di recepimento della direttiva europea sulla trasparenza e parità salariale, anche se il suo recepimento nell'ordinamento italiano appare tutt'altro che scontato.

In altri termini, emergono alcuni disallineamenti rispetto alla direttiva europea. In primo luogo, l'ambito di applicazione della disciplina, dal momento che lo schema di decreto esclude dagli obblighi di trasparenza sulla parità retributiva i rapporti di lavoro che interessano i contratti di apprendistato, il lavoro domestico e il lavoro intermittente a fronte della nozione più ampia di "lavoratore" utilizzata dalla direttiva.

In secondo luogo, rileva la definizione di "livello retributivo", che nella direttiva appare tendenzialmente onnicomprensiva mentre nello schema di decreto esclude alcune componenti non strutturali del trattamento economico, come talune voci premiali o discrezionali. Una simile impostazione rischia di ridurre l'effettiva capacità dello strumento di intercettare le disparità retributive che, nella prassi aziendale, possono annidarsi proprio nelle componenti variabili o individualizzate della retribuzione.

Insomma, il nodo del "livello retributivo" sembra restare il punto di maggiore tensione, perché è proprio nella definizione di ciò che deve essere reso trasparente che si decide se la direttiva potrà incidere sulle componenti più discrezionali della retribuzione. La partita si gioca dunque sulla qualità tecnica del recepimento della direttiva europea e sull'efficacia concreta degli strumenti di monitoraggio del divario retributivo di genere.

Tra i diversi nodi da sciogliere, v'è anche lo snodo del "pari valore"[15]: appare positivo che la bozza di decreto abbia risolto il nodo relativo al metodo da utilizzare per sapere quali lavori siano comparabili, ricordando che per «stesso lavoro» si considera la prestazione lavorativa svolta nell'esercizio di mansioni identiche o riconducibili allo stesso livello retributivo e categoria legale di inquadramento; per «lavoro di pari valore» si fa riferimento alla prestazione lavorativa diversa svolta nell'esercizio di mansioni comparabili, previste dai livelli retributivi di classificazione.

In proposito, non si può trascurare il ruolo della contrattazione collettiva riconducibile alle organizzazioni comparativamente più rappresentative – quale parametro

[15] Peraltro, concetti ("stesso lavoro" o un "lavoro di pari valore") che erano stati già evocati dalla Direttiva n. 2006/54, secondo la quale «a norma della giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, per valutare se i lavoratori stanno svolgendo lo stesso lavoro o un lavoro di pari valore, si dovrebbe stabilire se la situazione di detti lavoratori, tenuto conto di una serie di fattori quali la natura del lavoro e le condizioni di formazione e di lavoro, possa essere considerata comparabile». Sul tema, TARQUINI. E., *Parità retributiva di genere e trasparenza salariale*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2024, p. 380.

principale per la definizione dello "stesso lavoro" e del lavoro di "pari valore"- evitando che possano assumere rilievo, ai fini della comparazione retributiva, contratti collettivi poco rappresentativi o utilizzati in contesti di dumping contrattuale.

In altri termini, secondo la dottrina, non solo il decreto non incentiva la contrattazione pirata, ma anzi rafforza indirettamente il ruolo dei contratti collettivi maggiormente rappresentativi, attribuendo loro una funzione di garanzia rispetto al rispetto del principio di parità retributiva. Le imprese che si collocano al di fuori di questo perimetro non godono della stessa tutela presuntiva e restano quindi maggiormente esposte al rischio di contestazioni[16].

Non solo dunque il rafforzamento del ruolo dei CCNL, ma anche la introduzione di alcuni elementi di flessibilità applicativa, come la possibilità di integrare i sistemi di classificazione professionale attraverso modelli di *job levelling* diffusi a livello internazionale, basati sulla valutazione delle posizioni di lavoro secondo criteri oggettivi quali competenze, responsabilità e autonomia decisionale.

D'altra parte, solo criteri *gender neutral* consentono di costruire il trattamento salariale in modo oggettivo, confrontando non solo la retribuzione-base, ma anche le componenti accessorie, in denaro o in natura, che i lavoratori e le lavoratrici ricevono direttamente o indirettamente dal datore di lavoro[17].

In questa prospettiva, dunque, potrebbe acquisire rilievo il sistema della "job evaluation" che attribuisce un valore a ciascun elemento o "fattore" che contribuisce a definire la prestazione in concreto e risponde «alla duplice esigenza della valutazione analitica del costo del lavoro e del massimo adeguamento alla mobilità professionale del lavoratore».[18]

Altrettanto importante è il monitoraggio del divario, anche se, da questo punto di vista, appare che lo schema di decreto non recepisce espressamente la previsione della direttiva relativa alla verifica dei dati sul divario retributivo con il coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori.

---

[16] Sul punto si rinvia a: M. Tiraboschi, *Trasparenza salariale e contrattazione pirata: un falso problema nel decreto di attuazione della direttiva UE*, in Bollettino Adapt del 16 marzo 2026.

[17] In particolare, per i quadri e dirigenti, per esempio, il divario salariale è normalmente maggiore e la parte variabile dello stipendio è più significativa. in questo caso sono ancora più utili parametri di valutazione granulari rispetto alla categoria legale di appartenenza.

[18] Sia consentito il rinvio a: A.M.BATTISTI, *op.ult. cit.*

Giova tuttavia ricordare che le aziende dovranno essere anche pronte a fornire, ai dipendenti che lo richiedono, dati dettagliati sulla propria retribuzione rispetto a colleghi con mansione di pari valore, il che richiede un'accurata analisi organizzativa, per determinare in modo chiaro il proprio sistema retributivo, e la ridefinizione dei processi di ricerca e selezione.

Ma non è tutto. Dal 2027 le imprese con più di 250 dipendenti – per arrivare nel 2031 alle aziende con più di 100 dipendenti – avranno l'obbligo di rendicontazione pubblica del proprio *gender pay gap*. Inoltre, in caso di immotivato divario medio retributivo di genere pari ad almeno il 5%, in qualunque categoria le imprese avranno l'obbligo di valutazione congiunta con le organizzazioni sindacali, con l'obiettivo di ridurre tale divario.

In buona sostanza, nel recepire la direttiva, vi sono alcuni obblighi che sono "self-executive" e che il nostro Paese non potrà modificare in fase di recepimento, come per esempio l'obbligo di trasparenza in fase di *recruiting* e quello di informazione ai dipendenti. Altri aspetti invece necessitano una contestualizzazione da parte del Governo italiano, prima di tutto la parte sanzionatoria, che è appannaggio di ogni singolo Stato, a patto che le misure siano efficaci e dissuasive.

6. LE SINERGIE CON LA CERTIFICAZIONE PER LA PARITÀ DI GENERE

La nuova direttiva rinforza i criteri di equità di genere nel mondo del lavoro[19] già introdotti, su base volontaria, dalla Certificazione per la parità di genere, con la legge n. 162 del 2021[20], avente la finalità di attestare le politiche e le misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere circa le opportunità di crescita in azienda, la parità salariale a parità di mansioni, le politiche di gestione delle differenze di genere e la tutela della maternità.

Come noto, la legge sopra richiamata si muove secondo due direzioni: la prima prevede una serie di interventi per contrastare a monte il *gap* retributivo di genere, attraverso misure premiali per le aziende che rimuovono le discriminazioni. La seconda prevede

[19] La norma europea va infatti oltre: la direttiva introduce una soglia massima di divario salariale del 5%, mentre per esempio per la Certificazione è del 10%.
[20] M.C.CATAUDELLA, *La parità di genere: una priorità "trasversale" nel PNRR*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2022.

provvedimenti volti a favorire la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e realizzare pienamente la conciliazione tra i tempi di vita e di lavoro[21].

In proposito, si è dell'avviso che la collaborazione tra l'azienda e i rappresentanti dei lavoratori sarà centrale, per la verifica e la risoluzione delle disparità retributive, e andrà dettagliata nel contesto italiano. In particolare, le parti sociali avranno il diritto di richiedere e ricevere, per conto dei dipendenti, informazioni scritte dettagliate sui livelli retributivi medi, suddivisi per genere e per gruppi di dipendenti che svolgono lo stesso lavoro o un lavoro di pari valore.

Il coinvolgimento delle parti sociali è evidente, e particolarmente incisivo, anche con riferimento al momento dell'attuazione. Gli Stati membri possono, infatti, affidare alle parti sociali l'attuazione della direttiva, conformemente al diritto e/o alle prassi nazionali, compiti che possono comprendere anche la messa a punto di strumenti o metodologie di analisi e, finanche, la previsione di sanzioni pecuniarie efficaci, proporzionate e dissuasive.E qualora emerga un significativo divario retributivo di genere, i rappresentanti dei lavoratori saranno consultati per verificare l'esattezza dei dati e dei calcoli per una valutazione congiunta.

7. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Si tratta a ben vedere di una direttiva ambiziosa che solleva qualche preoccupazione tra i datori di lavoro: basti pensare agli oneri amministrativi, gestione della comunicazione interna, rischio di livellamento delle retribuzioni, problemi di riservatezza, il che richiede alle aziende politiche remunerative chiare e ruoli organizzativi ben definiti e comparabili.

In altri termini, il recepimento in Italia dovrà misurarsi con alcune difficoltà strutturali: una cultura diffusa del "segreto salariale", sistemi di inquadramento spesso carenti di criteri oggettivi, e un radicato squilibrio nell'uso dei congedi familiari, ancora prevalentemente a carico delle donne.

Appare indubbio che l'attuazione della Direttiva può rappresentare un'occasione di cambiamento, un cambio culturale all'interno delle imprese, in linea con i migliori esempi europei. Del resto, una maggiore chiarezza sulle retribuzioni porta inevitabilmente a un più elevato livello di soddisfazione del lavoratore, che si traduce in una maggiore e migliore

[21] S.CIUCCIOVINO, La certificazione di parità di genere, in MASCINI M., Annuario del Lavoro, Roma, 2023, p. 146.

capacità nel lavoro e quindi in una maggiore produttività, con la conseguenza che le aziende avranno automaticamente meno problemi a trattenere le competenze necessarie alla produzione. E soprattutto sarà un importante passo avanti nella politica di valorizzazione della persona, del singolo lavoratore, al fine di comprenderne le esigenze e se possibile prevenirle.

In particolare, occorre prendere coscienza del fatto che la trasparenza retributiva è un investimento che può consentire a sempre più donne di sfondare quel tetto di cristallo che ancora oggi limita carriere e opportunità. Ma è al tempo stesso una leva di reputazione e di attrattività per le nuove generazioni che guardano con attenzione a questi aspetti. E' noto infatti che aziende percepite come poco trasparenti rischiano di perdere i talenti migliori, mentre quelle che comunicano in modo chiaro le politiche salariali e le opportunità di crescita diventano più competitive sul mercato.

In questo senso, la Direttiva rappresenta una occasione per modernizzare la cultura aziendale e costruire fiducia, dentro e fuori i luoghi di lavoro.

Non si può infine disconoscere che l'approccio ad un tema così complesso deve essere multidisciplinare poiché coinvolge fattori economici, giuridici ma anche sociali.

In buona sostanza, è necessaria una strategia globale: serve un "investimento strutturale e strategico sul lavoro femminile che aggredisca le radici profonde della disparità", serve un potenziamento a livello territoriale degli asili nido e del sistema di servizi e sostegni economici alle famiglie con carichi di cura accessibili. Insomma, le politiche familiari devono diventare strutturali: non solo asili nido accessibili, congedi paritari, ma anche sostegni fiscali, strumenti di flessibilità contrattata, valorizzazione del merito e soprattutto un welfare che concili lavoro e genitorialità. Tutto ciò al fine di ridurre il rischio di mancata indipendenza economica delle donne, spesso pregiudizio per una condizione di completa autodeterminazione e libertà[22].

Deve tuttavia rilevarsi che nelle recenti manovre legislative l'obiettivo del governo appare quello di sostenere e favorire l'occupazione stabile delle donne con responsabilità familiari particolarmente gravose, sostenendo allo stesso tempo anche le imprese che decidono di assumere questa categoria di lavoratrici, ma le misure introdotte da recenti legge

[22] FILI V.., *Le difficili libertà delle donne tra gender wage gap, soffitti di cristallo e bassa fecondità*, in *Lavoro Diritti Europa.*, 2021, n. 2; M. BROLLO, V. FILÌ, *Le politiche del lavoro possono trasformarsi in politiche per la famiglia*?, in AA.VV., *Atti del convegno internazionale. La bassa fecondità tra costrizioni economiche e cambio di valori, Accademia Nazionale dei Lincei*, Roma, 2004, p. 503 ss.

di bilancio appaiono troppo limitate nelle risorse e nel numero di beneficiari. Sono evidenti infatti due limiti di impostazione: quello di occuparsi del percorso riproduttivo saltando il primo figlio e quello di affrontare la conciliazione (tra lavoro e famiglia) lasciando debole la condivisione (tra madri e padri).

Occorre invece attuare, anzi continuare ad attuare, scelte di politica legislativa che, con azioni di promozione della conciliazione tra vita professionale e familiare, modelli organizzativi flessibili del tempo di lavoro e strumenti di welfare, attraversino trasversalmente il mercato del lavoro per favorire e migliorare l'occupazione femminile, allontanando disparità e stereotipi, tanto pervasivi quanto inconsapevoli

In conclusione si è dell'avviso che, senza politiche di *total reward* più avanzate, leadership inclusive e un riequilibrio concreto dei carichi familiari, la parità non potrà realizzarsi. La trasparenza potrà fungere da acceleratore, ma il cambiamento dovrà arrivare soprattutto dalle organizzazioni e dalla loro capacità di valorizzare davvero il talento femminile.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE:

BATTISTI A.M., *Donne (in)visibili e disparità retributiva*, in *Mass.giur.lav.*, 2019, pp.459-474.

BROLLO M., FILÌ V., *Le politiche del lavoro possono trasformarsi in politiche per la famiglia*?, in AA.VV., *Atti del convegno internazionale. La bassa fecondità tra costrizioni economiche e cambio di valori*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2004, p. 503 ss.

CALAFA' L., PERUZZI M., *L'autonomia collettiva nella direttiva sul "gender pay gap*", in *Lavoro e diritto,* 2025, pp.23-29.

CATAUDELLA M.C., *La parità di genere: una priorità "trasversale" nel PNRR*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2022.

CIIUCCIVINO S., *La certificazione di parità di genere*, in MASCINI M., Annuario del Lavoro, Roma, 2023, p. 146.

FERRANTE V., *Divario retributivo di genere: novità e conferme dalla direttiva (UE) 2023/970,* in *Diritto delle Relazioni industriali*, 2024, pp. 1-36.

FILI V., *Le difficili libertà delle donne tra gender wage gap, soffitti di cristallo e bassa fecondità*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 2.

LAMBERTI F., *Il paradigma della trasparenza retributiva come antitodo al gender pay gap*, in *Federalism.it.,* 2024, p. 248.

MARINELLI F., *Rapporto globale sulla disparità di genere 2025* , in *Lav.dir. Europa*, n. 3/2025.

SENA E., *Gender pay gap, trasparenza delle condizioni contrattuali e reportistica di sostenibilità*, in AA.VV., *Work life balance e gender equality tra diritto e prassi. Quadro normativo, profili organizzativi e sfide applicative*, Cacucci Editore, Bari, 2025, p. 147 ss.

ROSSI F., *Per una storia del gender pay gap.Note sul divario di genere tra età liberale e fascismo (e sulla replicabilità dei paradigmi nel contesto tecnologico*), in *Labour and Law Issues*, vol. 10, no. 1, 2024.

SIGNORINI E., *I lavori essenziali di cura. Nozione, qualificazioni e destinatari*, Giappichelli, Torino, 2025.

TARQUINI E., *Parità retributiva di genere e trasparenza salariale*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2024, p. 380.

VALLAURI M.L., *Direttiva (UE) 2023/970: una nuova strategia per la parità retributiva,* in *Lavoro, diritti, Europa,* 2023.

ZILLI A., *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pisa, 2022.

LE DIRETTIVE (UE) 2024/1499 E 2024/1500 SUGLI EQUALITY BODIES: DALLA PROMOZIONE ALL'EFFETTIVITA' DELLA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

EU directives 2024/1499 and 2024/1500 on equality bodies: from promotion to enforcement in anti-discrimination law

Carmela Garofalo[1]

Università degli studi di Bari Aldo Moro

DOI: https://doi.org/10.62140/CG333378230

Sommario: 1. Premessa. Dal diritto antidiscriminatorio al diritto dell'*enforcement* - 2. Due direttive gemelle e un disegno unitario: basi giuridiche differenziate e ampliamento del mandato. – 3. Indipendenza e risorse: gli *equality bodies* come istituzioni "non amministrative" in senso debole -4. Compiti e poteri degli *equality bodies* tra prevenzione, accesso alla tutela ed *enforcement* - 4.1. La dimensione preventiva e promozionale (art. 5) - 4.2. Assistenza alle presunte vittime come architrave dell'accesso effettivo alla tutela (art. 6) e ADR (art. 7) - 4.3. Poteri di accertamento e produzione di esiti motivati (artt. 8–9) - 4.4. L'intervento nei procedimenti giudiziari e la tutela dell'interesse pubblico (art. 10) - 4.5. Accessibilità, dati e *accountability* (art. 12; artt. 16–17) - 5. Modello istituzionale degli *equality bodies* tra monomandato e plurimandato - 6. Il (progetto di) recepimento italiano delle direttive sugli *equality bodies*: unificazione istituzionale e problemi di effettività - 7. Trasparenza retributiva e riassetto degli organismi di parità: problemi di coordinamento normativo e di effettività – 8. Conclusioni.

Abstract: Il contributo analizza le direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500 sugli organismi per la parità (c.d. *equality bodies*), collocandole entro una traiettoria evolutiva del diritto eurounitario che, a fronte della sostanziale stabilizzazione delle categorie antidiscriminatorie, si orienta sempre più verso la regolazione delle condizioni istituzionali dell'*enforcement*. Le direttive gemelle, entrate in vigore nel giugno 2024 e destinate a essere recepite entro giugno 2026, introducono *standard* minimi vincolanti in materia di indipendenza, adeguatezza delle risorse, accessibilità, poteri e *accountability*, trasformando requisiti finora affidati a strumenti di *soft law* e a prassi nazionali differenziate in obblighi giuridicamente esigibili. Il saggio ricostruisce il disegno unitario sotteso alle due direttive, evidenziandone le basi giuridiche differenziate (art. 19 TFUE e art. 157, par. 3, TFUE) e l'ampliamento del mandato degli *equality bodies* rispetto ai tradizionali ambiti settoriali, anche alla luce della crescente rilevanza delle discriminazioni intersezionali, e analizza i compiti e i poteri loro attribuiti secondo una logica che integra dimensione preventiva, accesso alla tutela

[1] Professoressa associata di diritto del lavoro nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro; carmela.garofalo@uniba.it; https://orcid.org/0000-0002-6771-0029

ed esercizio di funzioni di accertamento e intervento, sino alla partecipazione ai procedimenti giudiziari e alla produzione di esiti motivati, nonché agli obblighi di raccolta dati, programmazione e rendicontazione. Nella parte finale, l'attenzione si concentra sulle ricadute per l'ordinamento italiano, ove il recepimento si configura, allo stato, come una riforma di sistema orientata all'accentramento istituzionale, con l'istituzione di un unico organismo nazionale e il superamento del modello policentrico. Tale scelta viene esaminata non soltanto alla luce delle criticità già emerse sul piano delle condizioni materiali di esercizio, ma anche in relazione al parallelo recepimento della direttiva (UE) 2023/970 sulla trasparenza retributiva, che presuppone un modello di intervento caratterizzato da prossimità istituzionale e continuità operativa. Ne emerge un problema di coordinamento e di tenuta complessiva dell'assetto, anche alla luce delle clausole di non regresso contenute nelle due direttive, che impongono di verificare se la riorganizzazione proposta sia idonea a preservare, in concreto, il livello di protezione già assicurato.

Parole-chiave: Organismi di parità; *Enforcement* antidiscriminatorio; Indipendenza e risorse; Accesso alla tutela; Discriminazioni intersezionali.

Abstract: *The article examines Directives (EU) 2024/1499 and 2024/1500 on equality bodies, situating them within a broader evolution of EU anti-discrimination law that, following the consolidation of substantive concepts of discrimination, increasingly focuses on the institutional conditions of enforcement. The two directives, which entered into force in June 2024 and must be transposed by June 2026, do not primarily redefine substantive prohibitions, but instead introduce binding minimum standards concerning independence, adequacy of resources, accessibility, powers and accountability, thereby transforming requirements previously shaped by soft law and national practices into legally enforceable obligations. The article reconstructs the unitary rationale underlying the two directives, highlighting their distinct legal bases (Article 19 TFEU and Article 157(3) TFEU) and the expansion of the mandate of equality bodies beyond traditional sectoral boundaries, also in light of the growing relevance of intersectional discrimination. It then analyses the tasks and powers attributed to equality bodies along a continuum that integrates prevention, access to remedies and enforcement functions, including assistance to victims, alternative dispute resolution, investigative powers, the adoption of reasoned opinions or decisions, participation in judicial proceedings, as well as obligations relating to data collection, strategic planning and reporting. The final part focuses on the implications for the Italian legal system, where the ongoing transposition process appears to take the form of a systemic reform oriented towards institutional centralisation, with the establishment of a single national body and the overcoming of a traditionally multi-level model. This choice is assessed not only in light of existing weaknesses concerning material conditions of operation, but also in relation to the parallel transposition of Directive (EU) 2023/970 on pay transparency, which presupposes a model of intervention characterised by institutional proximity and operational continuity. The analysis thus highlights potential issues of coherence and effectiveness, particularly in light of the non-regression clause, which requires that the new institutional framework does not result in a lower level of protection than that previously ensured.*

Keywords: Equality bodies; Anti-discrimination enforcement; Independence and resources; Access to justice; Intersectional discrimination.

1. PREMESSA. DAL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO AL DIRITTO DELL'*ENFORCEMENT*

L'adozione, nel maggio 2024, delle direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500[2], maturate nel quadro di attuazione del Pilastro europeo dei diritti sociali, segna un passaggio che difficilmente può essere letto come un semplice aggiornamento del diritto antidiscriminatorio europeo, poiché l'oggetto immediato dell'intervento non è la ridefinizione delle categorie sostanziali della discriminazione, ormai consolidate a partire dal pacchetto delle direttive "settoriali" dei primi anni Duemila, bensì il rafforzamento delle condizioni istituzionali di effettività dei divieti di discriminazione attraverso la disciplina degli organismi nazionali per la promozione della parità e il contrasto alle discriminazioni, i c.d. *equality bodies*[3]. La scelta europea, infatti, appare consapevolmente orientata al versante pratico-applicativo dell'uguaglianza, laddove la distanza tra la proclamazione del divieto e la sua attivazione concreta continua a manifestarsi come problema strutturale[4], specie nei contesti lavorativi nei quali l'asimmetria informativa, il timore di ritorsioni e la natura spesso sistemica delle condotte discriminatorie incidono sull'emersione dell'illecito e sull'accesso alla tutela[5].

Gli *equality bodies* rappresentano, più che un accessorio organizzativo del diritto antidiscriminatorio, un vero e proprio snodo istituzionale dell'effettività, destinato a colmare il divario strutturale tra proclamazione del divieto e praticabilità dei rimedi. La questione non riguarda soltanto la presenza di norme sostanziali avanzate, ma la capacità degli ordinamenti di dotarsi di attori pubblici credibili e riconoscibili, in grado di trasformare i diritti fondamentali alla parità in percorsi accessibili di tutela. In tal senso, il passaggio europeo verso *standard* vincolanti sugli *equality bodies* può essere letto come una risposta alla consapevolezza che l'*enforcement* antidiscriminatorio richiede adeguati presidi istituzionali e

---

[2] V. Direttiva (UE) 2024/1499 del Consiglio, del 7 maggio 2024, sugli *standard* per gli organismi per la parità nel campo della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza o dall'origine etnica, della parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro indipendentemente dalla religione o dalle convinzioni personali, dalla disabilità, dall'età o dall'orientamento sessuale, della parità tra donne e uomini in materia di sicurezza sociale e nell'accesso a beni e servizi e nella loro fornitura, e che modifica le direttive 2000/43/CE e 2004/113/CE; Direttiva (UE) 2024/1500 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sugli *standard* per gli organismi per la parità nel campo della parità di trattamento e delle pari opportunità tra donne e uomini in materia di occupazione e condizioni di lavoro, e che modifica le direttive 2006/54/CE e 2010/41/UE.

[3] In questi termini cfr. L. Calafà, V. Protopapa, *Gli attori delle politiche di parità: dalle origini alle direttive di «terza generazione,* in *Riv. Giur. Lav.*, 2024, 3, p. 419; O. Bonardi, *Uno per tutti, tutti per uno. Spunti per un dibattito sull'attuazione delle nuove direttive sugli organismi di parità*, in *Antî\Discriminazione*, 2026, 1, p. 161 secondo cui "*Il nuovo approccio adottato dal legislatore europeo ha portato a parlare di diritto antidiscriminatorio di terza generazione, volto non più alla costruzione delle nozioni di discriminazione, bensì focalizzato sulla definizione degli strumenti volti a garantire l'effettività del principio di eguaglianza*".

[4] Cfr. B. Lahuerta, *Equality Bodies: advancing towards more responsive designs?*, in *IJLC*, 2021, 17, pp. 390- 392.

[5] Sul punto, v. Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva 2000/43/CE del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza o dall'origine etnica ("direttiva sull'uguaglianza razziale") e della direttiva 2000/78/CE del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro ("direttiva sull'uguaglianza in materia di occupazione")*, Bruxelles, 19 marzo 2021, COM(2021) 139 *final*, 6.

organizzativi, legati alla qualità delle sedi, delle competenze e delle risorse attraverso cui la parità viene resa concretamente esigibile[6].

Le direttive gemelle, entrate in vigore il 18 giugno 2024 e destinate a essere recepite entro il 19 giugno 2026, definiscono per la prima volta, in forma vincolante, *standard* minimi comuni che gli Stati membri devono garantire con riguardo a indipendenza, risorse, poteri e accessibilità degli organismi di parità, superando quell'impostazione frammentaria che aveva caratterizzato la disciplina previgente, nella quale i riferimenti agli *equality bodies* risultavano estremamente generici e idonei a legittimare margini molto ampi di discrezionalità nazionale nella configurazione istituzionale e nel funzionamento operativo di tali soggetti[7].

Si tratta, perciò, dell'affinamento di strumenti già esistenti, ma notoriamente considerati non molto efficaci nella lotta contro le discriminazioni[8]. Proprio per tale motivo la Commissione europea era già intervenuta con la Raccomandazione (UE) 2018/951[9], tentando di orientare gli ordinamenti verso requisiti più elevati in termini di autonomia, efficacia e capacità di raggiungere le vittime; tuttavia, la natura non vincolante di tale atto ha finito per cristallizzare, più che ridurre, differenze anche marcate tra Stati membri, con effetti evidenti sulla capacità effettiva di contrasto alle discriminazioni, in particolare per quanto concerne la dotazione di risorse, i poteri realmente esercitabili, i canali di accesso e la stessa visibilità istituzionale degli organismi, rispetto ai quali non di rado le vittime ignorano persino l'esistenza, con conseguente indebolimento dell'accesso effettivo alla giustizia[10].

È in tale passaggio, dal *soft law* all'*hard law*, che va colta la *ratio* delle direttive 2024/1499 e 2024/1500. Il cambio di paradigma consiste nel vincolare gli Stati membri a predisporre una "infrastruttura" istituzionale della parità, rendendo giuridicamente esigibili requisiti che, nella stagione precedente, erano rimessi alle sole buone pratiche.

---

[6] Cfr. M. Biagiotti, *Recent Developments in the Regulation of Equality Bodies in the European Union*, in *Dir. Merc. Law. International*, 2025, 1, p. 23.
[7] Cfr. F. Guariello, *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 467 ss.
[8] Cfr. V. Filì, *Le direttive gemelle (UE) 2024/1499 e (UE) 2024/1500 sugli organismi di parità*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2024, 4, 1243 e ss.
[9] V. Raccomandazione (UE) 2018/951 della Commissione, del 22 giugno 2018, sugli standard per gli organismi per la parità, pubblicata in GUUE L 167 del 4 luglio 2018, p. 28.
[10] Cfr. C. D'Agni, M. C. Rechchad, *Il futuro dell'uguaglianza in Europa: le Direttive dell'Unione europea sulle norme riguardanti gli organismi per la parità*, in Anti\Discriminazione, 2026, 1, p. 90.

2. DUE DIRETTIVE GEMELLE E UN DISEGNO UNITARIO: BASI GIURIDICHE DIFFERENZIATE E AMPLIAMENTO DEL MANDATO

La scelta dell'Unione europea di adottare due direttive dai contenuti sostanzialmente coincidenti, ma formalmente distinte e caratterizzate da ambiti di applicazione differenti, risponde anzitutto all'esigenza di fondare l'intervento su basi giuridiche diverse, coerenti con le rispettive competenze attribuite dai Trattati e con le procedure legislative applicabili[11].

La direttiva (UE) 2024/1499 si colloca, infatti, nell'alveo dell'art. 19 TFUE e riguarda gli *equality bodies* competenti per le discriminazioni fondate su origine razziale o etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età, orientamento sessuale e genere in settori diversi dall'occupazione, intervenendo sulle direttive 2000/43/CE e 2004/113/CE; la direttiva (UE) 2024/1500 trova, invece, fondamento nell'art. 157, par. 3, TFUE e si concentra sulla parità tra donne e uomini nel lavoro subordinato e autonomo, modificando le direttive 2006/54/CE e 2010/41/UE.

La distinzione formale non impedisce di cogliere l'unitarietà del disegno perseguito dal legislatore europeo che si traduce in un rafforzamento complessivo del mandato degli *equality bodies* e in un ampliamento della loro capacità di intervento. Le due direttive operano, infatti, come parti di un medesimo intervento normativo, volto a superare la frammentazione settoriale che aveva caratterizzato la disciplina previgente e a ricondurre la tutela antidiscriminatoria entro una logica più integrata.

Tale evoluzione emerge con particolare evidenza nella ridefinizione del campo di applicazione. Le direttive estendono la rilevanza, anche nel settore dell'occupazione, di fattori quali religione o convinzioni personali, disabilità, età e orientamento sessuale, richiamando la cornice della direttiva 2000/78/CE, e includono, nel settore della sicurezza sociale, anche il genere, in linea con la direttiva 79/7/CEE. Ne deriva un ampliamento che incide sul modo stesso di configurare il principio di uguaglianza, più declinato esclusivamente al singolare, come parità uomo-donna, ma al plurale, come protezione integrata contro combinazioni di fattori discriminatori che attraversano lavoro, *welfare* e accesso ai beni e servizi. Il considerando 16 della direttiva 1499 richiama espressamente l'esigenza di una risposta istituzionale alle discriminazioni intersezionali, fondate sulla combinazione di più fattori,

[11] *Amplius* M. Borzaga, *Equality bodies e contrasto alle discriminazioni nei luoghi di lavoro: il nuovo quadro normativo eurounitaruio e le possibili implicazioni per l'ordinamento italiano*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2025, 11-12, pp. 729 733.

confermando che l'effettività della tutela non può più essere pensata secondo un approccio settoriale o frammentato.

La *ratio* dell'intervento europeo si chiarisce alla luce delle criticità che hanno caratterizzato il quadro previgente. Nonostante la presenza, in diversi ordinamenti, di esperienze anche avanzate, persistono carenze diffuse in termini di risorse, indipendenza e poteri effettivi degli organismi di parità, mentre l'assenza di *standard* vincolanti ha prodotto una protezione disomogenea tra Stati membri, incidendo sulla concreta accessibilità della tutela. Il passaggio da strumenti di *soft law* a una disciplina giuridicamente vincolante si colloca in questa linea di correzione.

Allo stesso tempo, le direttive precisano che il rafforzamento degli *equality bodies* non incide sugli equilibri complessivi dei sistemi nazionali. Le competenze attribuite agli organismi di parità non possono compromettere né sostituire quelle degli ispettorati del lavoro o di altri soggetti incaricati dell'applicazione della legge, né incidere sui diritti e sulle prerogative delle parti sociali, inclusi i profili relativi alla contrattazione collettiva e alla rappresentanza. Il riferimento assume particolare rilievo negli ordinamenti caratterizzati da assetti policentrici, nei quali la tutela antidiscriminatoria si sviluppa attraverso l'interazione tra una pluralità di attori istituzionali e sociali.

Nella stessa logica si collocano le clausole di armonizzazione minima che accompagnano entrambe le direttive. Da un lato, la clausola di favore consente agli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli rispetto ai requisiti minimi fissati dalle direttive; dall'altro lato, la clausola di non regresso esclude che l'attuazione delle direttive possa costituire motivo di riduzione del livello di protezione contro le discriminazioni già garantito a livello nazionale. Tali previsioni, lette congiuntamente, confermano che l'intervento europeo mira a fissare una soglia comune di effettività senza comprimere spazi nazionali di tutela avanzata e, nello stesso tempo, senza legittimare arretramenti, anche indiretti, nelle garanzie già esistenti[12].

3. INDIPENDENZA E RISORSE: GLI *EQUALITY BODIES* COME ISTITUZIONI "NON AMMINISTRATIVE" IN SENSO DEBOLE

[12] Cfr. V. Filì, *Le direttive gemelle (UE) 2024/1499 e (UE) 2024/1500 sugli organismi di parità*, op. cit., p. 1246.

Uno dei profili più qualificanti delle direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500 risiede nella scelta di collocare l'indipendenza e la dotazione di risorse degli *equality bodies* non sul piano di mere opzioni organizzative, bensì su quello di condizioni giuridiche essenziali per l'effettività del contrasto alle discriminazioni[13]. In altri termini, il legislatore europeo sembra muovere dalla consapevolezza che l'*enforcement* antidiscriminatorio non possa essere affidato esclusivamente alla previsione astratta di divieti e rimedi, ma richieda presidi istituzionali dotati di autonomia sostanziale e di mezzi adeguati, in grado di operare con continuità e credibilità.

L'art. 3 di entrambe le direttive impone agli Stati membri di adottare misure idonee a garantire che gli organismi di parità siano effettivamente indipendenti e liberi da influenze esterne.

Tale requisito viene declinato in termini particolarmente stringenti, poiché gli *equality bodies*, nello svolgimento delle loro funzioni, non devono sollecitare né subire istruzioni da parte del Governo o di alcun altro ente pubblico o privato. L'indipendenza, tuttavia, non è intesa in senso meramente formale, ma implica la possibilità di gestire in autonomia le risorse finanziarie, umane e strumentali, nonché di adottare autonomamente ogni decisione concernente la struttura interna, i meccanismi di responsabilità, il personale e, più in generale, l'organizzazione dell'attività. Essa si estende, inoltre, alle condizioni di selezione, nomina e revoca dei soggetti titolari di funzioni decisionali o direttive, che devono essere disciplinate secondo criteri trasparenti, basati sulla competenza e tali da prevenire conflitti di interesse[14].

Si tratta, dunque, di una configurazione che avvicina gli *equality bodies* a istituzioni di garanzia, collocate in un'area di confine tra amministrazione e tutela dei diritti fondamentali, piuttosto che a semplici articolazioni burocratiche dell'esecutivo. In tale prospettiva, l'indipendenza non può essere intesa quale mera separazione dall'esecutivo, ma deve essere costruita come condizione sostanziale di credibilità pubblica e di fiducia delle vittime, nonché come presupposto della stessa efficacia dell'azione di contrasto alle discriminazioni.

L'esperienza comparata mostra, infatti, come la sola previsione di un'indipendenza *de jure* non sia di per sé sufficiente a garantire un'autonomia effettiva, potendo gli organismi

---

[13] V. Equal Rights Trust, *Understanding the New EU Directives on Standards for Equality Bodies: Legal Digest on Standards for Equality Bodies*, Equinet, Bruxelles, 2024.

[14] Cfr. V. Filì, *Le direttive gemelle (UE) 2024/1499 e (UE) 2024/1500 sugli organismi di parità*, op. cit., pp. 1248-1205; M. Biagiotti, *Recent Developments in the Regulation of Equality Bodies in the European Union*, op. cit., pp. 24-30.

di parità risultare esposti a forme, anche indirette, di condizionamento[15]. Tra queste assumono particolare rilievo i meccanismi di finanziamento e di allocazione delle risorse, nonché il contesto politico-istituzionale di riferimento, che possono incidere sull'indirizzo dell'attività e sulla continuità dell'azione[16]. Tali criticità emergono con particolare evidenza nei modelli nei quali gli *equality bodies* sono collocati all'interno di strutture ministeriali o comunque inseriti in apparati amministrativi più ampi, ove il rischio di interferenze, dirette o indirette, richiede l'adozione di garanzie rafforzate.

In assenza di adeguati presidi, tali dinamiche possono dar luogo a fenomeni di marginalizzazione amministrativa o di "cattura funzionale", idonei a compromettere la capacità degli organismi di esercitare in modo pieno e continuativo il proprio mandato. Questa dimensione, che emerge con chiarezza nel disegno europeo del 2024, configura gli *equality bodies* quali presidi istituzionali chiamati a operare con continuità e autorevolezza, in un quadro nel quale agli Stati membri è richiesto non solo di riconoscerne formalmente l'autonomia, ma di assicurarne le condizioni concrete di esercizio.

Strettamente connessa a tale profilo è la disciplina delle risorse, che costituisce uno degli aspetti centrali delle direttive gemelle. L'art. 4 prevede, infatti, con formulazione vincolante e generale, che ciascun organismo per la parità debba essere dotato delle risorse umane, tecniche e finanziarie necessarie per svolgere in maniera efficace tutte le funzioni attribuitegli. La previsione non consente un finanziamento selettivo o limitato a singole attività, ma richiede che sia garantita la piena operatività dell'organismo nell'intero ambito di competenza definito dalle direttive di riferimento che, nel caso della direttiva 1499, include anche le materie disciplinate dalle direttive 79/7/CEE, 2000/43/CE, 2000/78/CE e 2004/113/CE, mentre, per la direttiva 1500, riguarda l'ambito delle direttive 2006/54/CE e 2010/41/UE.

I consideranda n. 21 della direttiva 1499 e n. 20 della direttiva 1500 chiariscono la *ratio* di tale scelta, sottolineando come l'effettività dell'azione degli organismi dipenda non soltanto dal quadro normativo che ne definisce i compiti, ma dalla concretezza dei mezzi a loro disposizione, che devono consentire l'esercizio delle competenze in tempi compatibili con le esigenze procedurali e con la complessità dei casi. In questa prospettiva, le risorse costituiscono una condizione strutturale di funzionamento degli organismi di parità, poiché

---

[15] Cfr. C. Curti Gialdino, *L'imperativo dell'indipendenza e dell'efficacia: il recepimento in Italia delle direttive dell'Unione europea sugli organismi per la parità*, in *federalismi.it*, 14 gennaio 2026, pp. 33 ss.
[16] Cfr. C. D'Agni, M. C. Rechchad, *Il futuro dell'uguaglianza in Europa: le Direttive dell'Unione europea sulle norme riguardanti gli organismi per la parità*, op. cit., pp. 104-112

la loro inadeguatezza o instabilità è stata storicamente individuata come uno dei principali fattori di debolezza nei diversi ordinamenti nazionali.

Le risorse, peraltro, non si esauriscono nel finanziamento in senso stretto, ma comprendono personale qualificato, sedi adeguate, infrastrutture tecniche e strumenti operativi coerenti con un mandato che, come si è visto, risulta potenzialmente assai impegnativo. In tale quadro, la loro adeguatezza deve essere valutata in relazione all'effettiva capacità dell'organismo di svolgere tutte le funzioni attribuitegli, entro tempi ragionevoli e con un impatto concreto, secondo un criterio che le direttive contribuiscono a chiarire proprio collegando la nozione di "sufficienza" delle risorse all'ampiezza del mandato e delle competenze esercitate.

Particolare rilievo assume, inoltre, l'insistenza sulla stabilità delle risorse. I consideranda n. 22 della direttiva 1499 e n. 21 della direttiva 1500 raccomandano una programmazione finanziaria su base pluriennale, nella consapevolezza che la continuità amministrativa e l'autonomia di intervento degli *equality bodies* rischiano di essere compromesse non solo da tagli espliciti, ma anche da fluttuazioni nei carichi di lavoro, dall'emergere di contenziosi complessi o dalla necessità di investimenti specifici, anche in relazione all'introduzione di tecnologie innovative. Sotto questo profilo, la stabilità delle risorse si pone in diretto collegamento con l'indipendenza dell'organismo, potendo la dipendenza da decisioni discrezionali e contingenti in materia di bilancio tradursi in forme indirette di condizionamento dell'attività.

Le direttive prendono, altresì, in considerazione un'ipotesi sempre più frequente nei modelli nazionali, quella dell'organismo plurimandato. In tali casi, viene imposto che sia assicurata una dotazione specifica di risorse per la parte di competenza relativa alla parità, evitando che la collocazione dell'*equality body* all'interno di strutture più ampie determini una dispersione o una subordinazione funzionale dell'azione antidiscriminatoria rispetto ad altri settori. Coerentemente con tale impostazione, assume rilievo anche la necessità che i processi di allocazione delle risorse siano improntati a criteri di trasparenza e prevedibilità e si sviluppino in forme tali da consentire il coinvolgimento degli organismi stessi nella definizione dei fabbisogni, in ragione della conoscenza diretta delle attività e dei carichi di lavoro[17].

[17] V. Equal Rights Trust, *Understanding the New EU Directives on Standards for Equality Bodies. Legal Digest on Standards for Equality Bodies*, op. cit., 2024, pp. 47-48.

4. COMPITI E POTERI DEGLI *EQUALITY BODIES* TRA PREVENZIONE, ACCESSO ALLA TUTELA ED *ENFORCEMENT*

Il rafforzamento dell'indipendenza e della dotazione di risorse risulterebbe privo di reale significato se non fosse accompagnato, come avviene nelle direttive 2024/1499 e 2024/1500, da una definizione sufficientemente analitica delle competenze attribuite agli organismi di parità, costruite secondo una logica non meramente promozionale, ma orientata all'effettività della tutela[18].

Le direttive individuano, infatti, un nucleo minimo di compiti e poteri che gli Stati membri sono tenuti a garantire, articolato lungo un *continuum* che comprende tanto le funzioni di prevenzione e promozione della parità quanto quelle di assistenza alle vittime, di accesso alla giustizia e, ove previsto, di attivazione dei rimedi e delle sanzioni.

In tal modo, il modello delineato si discosta dall'impostazione delle direttive "madri" dei primi anni Duemila, tradizionalmente incentrata su un approccio prevalentemente reattivo e riparatorio, legato alla dimensione individuale della tutela, per orientarsi verso una configurazione più ampia, nella quale accanto alla risposta all'illecito assumono rilievo le funzioni di prevenzione, monitoraggio e intervento proattivo.

Gli *equality bodies* vengono, così, configurati come attori centrali del sistema antidiscriminatorio, chiamati a operare in una dimensione intermedia tra tutela individuale e responsabilità pubblica, secondo un modello istituzionale significativamente più esigente rispetto al passato.

4.1. LA DIMENSIONE PREVENTIVA E PROMOZIONALE (ART. 5)

Sul versante preventivo, l'art. 5 attribuisce agli *equality bodies* il compito di svolgere attività di sensibilizzazione, prevenzione e promozione della parità di trattamento, rivolte non soltanto alle potenziali vittime, ma all'insieme degli attori interessati, comprese le imprese, le pubbliche amministrazioni e le parti sociali, secondo una logica che presuppone la rilevanza delle dinamiche organizzative e culturali nella genesi delle discriminazioni[19]. In

[18] Cfr. M. Borzaga, *Equality bodies e contrasto alle discriminazioni nei luoghi di lavoro: il nuovo quadro normativo eurounitaruio e le possibili implicazioni per l'ordinamento italiano*, op. cit., pp. 733-738.
[19] Cfr. V. Filì, *Le direttive gemelle (UE) 2024/1499 e (UE) 2024/1500 sugli organismi di parità*, op. cit., pp. 1248-1205; M. Biagiotti, *Recent Developments in the Regulation of Equality Bodies in the European Union*, op. cit., pp. 24-41.

tale ambito, le direttive segnano un avanzamento rispetto al quadro previgente nel quale le competenze degli organismi in materia di promozione risultavano delineate in modo meno incisivo, prevedendo ora un obbligo in capo agli Stati membri di assicurare iniziative di sensibilizzazione e diffusione delle informazioni sui diritti alla parità e sui servizi offerti dagli organismi stessi, da realizzarsi in cooperazione con questi ultimi e con gli altri attori istituzionali e sociali[20].

È in tale cornice che assumono rilievo attività quali l'elaborazione e la diffusione di azioni positive, l'integrazione della prospettiva di genere e antidiscriminatoria nelle strutture pubbliche e private, la formazione e la consulenza agli attori istituzionali e sociali, la partecipazione al dibattito pubblico e la promozione dello scambio di buone pratiche, secondo una logica che valorizza strumenti di intervento proattivo e di rafforzamento delle capacità organizzative. Il legislatore europeo, peraltro, evita intenzionalmente una tipizzazione rigida, lasciando un elenco aperto, la cui effettiva estensione dipenderà inevitabilmente dalla configurazione interna degli organismi e, soprattutto, dalla dotazione di risorse che gli Stati membri saranno tenuti a garantire in coerenza con l'art. 4.

Questa dimensione preventiva è ulteriormente arricchita da un profilo che le direttive rendono esplicito e che incide sull'intera architettura dei compiti. Nei consideranda, infatti, viene riservata attenzione ai gruppi che possono incontrare ostacoli nell'accesso alle informazioni e ai servizi, non soltanto per ragioni legate alla disabilità, ma anche a causa della precarietà economica, dell'età, del livello di istruzione, della nazionalità o del titolo di soggiorno, nonché della difficoltà di accedere a strumenti digitali. Ne discende che le attività di sensibilizzazione e promozione devono essere strutturate secondo modalità idonee a raggiungere tali gruppi, anche attraverso strumenti di comunicazione differenziati, e che gli organismi devono essere messi nella condizione di valutare e affrontare situazioni complesse in modo integrato, secondo una logica che, pur non esaurendosi nella formula della "discriminazione intersezionale", ne assume in modo sostanziale i presupposti, ponendo un onere istituzionale di lettura unitaria dei fattori di rischio.

4.2. ASSISTENZA ALLE PRESUNTE VITTIME COME ARCHITRAVE DELL'ACCESSO EFFETTIVO ALLA TUTELA (ART. 6) E ADR (ART. 7)

[20] Cfr. C. D'Agni, M. C. Rechchad, *Il futuro dell'uguaglianza in Europa: le Direttive dell'Unione europea sulle norme riguardanti gli organismi per la parità*, op. cit., pp. 120-122.

Sul versante rimediale, l'assistenza alle presunte vittime costituisce l'asse portante della strategia unionale volta a colmare il divario tra tutela normativa e accessibilità reale ai diritti. L'art.6 costruisce un insieme vincolante di obblighi, finalizzati a garantire che gli *equality bodies* operino quale primo punto di contatto, sostegno e orientamento per chi ritenga, anche solo in via presuntiva, di aver subito una condotta discriminatoria riconducibile ai fattori di rischio tutelati. In tal modo, le direttive superano l'impostazione delle precedenti fonti europee che, pur attribuendo agli organismi un ruolo nell'assistenza alle vittime, ne delineavano i contenuti in termini assai generici, limitandosi a prevedere la possibilità di fornire supporto nel promuovere le denunce o nel far valere i diritti.

Il legislatore europeo insiste, nei consideranda, sul fatto che la prevenzione non può esaurire il ruolo dell'organismo, il quale deve assicurare un supporto continuativo che si attiva sin dalle prime fasi del contatto, senza essere subordinato all'accertamento definitivo della fondatezza della denuncia. La nozione stessa di vittima, in questa prospettiva, viene intesa in senso ampio, tale da ricomprendere chiunque ritenga che i propri diritti siano stati violati, indipendentemente dall'esito dell'accertamento, così da evitare che l'accesso all'assistenza sia condizionato da una valutazione preliminare di merito.

In tale cornice, l'art. 6 individua un nucleo minimo di garanzie procedurali che segnano un cambio di passo rispetto alla vaghezza del quadro previgente. L'organismo deve poter ricevere denunce in modo diretto e con modalità accessibili, anche orale, scritta o digitale, in una lingua compresa dal denunciante tra quelle comunemente impiegate nello Stato membro, proprio perché la scarsa incidenza delle segnalazioni è spesso spiegata, oltre che dal timore di ritorsioni, dalla complessità delle procedure e dall'opacità dei percorsi di tutela. L'art. 6, inoltre, impone obblighi informativi puntuali che includono la comunicazione sull'esito preliminare della segnalazione (archiviazione o prosecuzione), le garanzie di riservatezza, le informazioni sul trattamento dei dati personali e le tutele rispetto a ritorsioni o intimidazioni, oltre alla descrizione dei servizi disponibili, delle procedure interne e dei rimedi esperibili, anche mediante raccordo con servizi di supporto psicologico o con reti pubbliche e del terzo settore[21].

In questo senso, l'*equality body* viene configurato come uno snodo tra accesso alla giustizia, attività amministrativa e reti di supporto sociale, rendendo l'esercizio dei diritti meno dipendente dalla sola capacità individuale della vittima di orientarsi nel sistema.

[21] *Ivi*, pp. 129-131.

A ciò si affianca la possibilità, prevista dall'art. 7, di offrire alle parti procedure di risoluzione alternativa della controversia che possono essere condotte dallo stesso organismo o da altro ente competente secondo diritto e prassi nazionali. La disciplina europea, pur non impedendo l'accesso al giudice in caso di mancato accordo, valorizza tali strumenti come modalità idonee, in determinate ipotesi, ad affrontare le conseguenze della discriminazione in modo più tempestivo e meno conflittuale e impone agli Stati membri di garantire termini di prescrizione sufficienti, anche mediante sospensione durante lo svolgimento della procedura[22].

4.3. POTERI DI ACCERTAMENTO E PRODUZIONE DI ESITI MOTIVATI (ARTT. 8–9)

L'attribuzione di poteri di accertamento, prevista dall'art. 8, segna un rafforzamento rilevante rispetto al quadro previgente, poiché mira a correggere l'asimmetria informativa tipica dei casi discriminatori, che le precedenti direttive avevano affrontato solo indirettamente. Nei rapporti di lavoro, come nell'accesso a beni e servizi, la persona che si ritiene discriminata difficilmente dispone di prove dirette, mentre le informazioni rilevanti (criteri di selezione, dati aggregati, comunicazioni interne, prassi di valutazione) restano spesso nella disponibilità del soggetto accusato. L'art. 8, pertanto, non si limita a prevedere la ricezione di segnalazioni, ma impone che l'organismo possa svolgere accertamenti sull'esistenza di una violazione del principio di parità di trattamento, con accesso ai documenti e alle informazioni pertinenti e cooperazione con enti pubblici competenti, secondo modalità che dovranno essere rese operative dagli ordinamenti interni. Tali accertamenti possono essere attivati sia in relazione a denunce presentate dalle vittime, sia d'ufficio, ampliando così la capacità dell'organismo di intercettare fenomeni discriminatori anche in assenza di una specifica iniziativa individuale. In tale prospettiva, l'attività istruttoria non assume rilievo soltanto ai fini del singolo caso, ma contribuisce anche alla costruzione di una base conoscitiva più ampia sui fenomeni discriminatori[23].

Il completamento naturale di tale potere istruttorio è rappresentato dall'art. 9, che consente agli *equality bodies* di emanare esiti motivati sull'esistenza o meno di una

[22] Cfr. V. Filì, *Le direttive gemelle (UE) 2024/1499 e (UE) 2024/1500 sugli organismi di parità*, op. cit., pp. 1248-1205.
[23] M. Biagiotti, *Recent Developments in the Regulation of Equality Bodies in the European Union*, op. cit., pp. 24-41.

discriminazione, nella forma di pareri o di decisioni, vincolanti o non, a seconda delle scelte nazionali. Il punto, qui, non è soltanto l'eventuale vincolatività, ma la produzione di una valutazione istituzionale formalizzata che accerta i fatti rilevanti e fornisce una conclusione motivata, in grado di orientare comportamenti e prassi e, se del caso, di alimentare l'azione giudiziaria. Le direttive precisano, inoltre, che tali esiti possono includere, quando necessario, misure volte a porre rimedio alla violazione e a prevenirne la reiterazione e impongono agli Stati membri di prevedere adeguati meccanismi di attuazione, tanto per i pareri non vincolanti quanto per le decisioni vincolanti. La previsione della possibile pubblicazione degli esiti di particolare rilevanza contribuisce, infine, alla costruzione di un patrimonio interpretativo e rafforza la funzione dissuasiva rispetto a pratiche discriminatorie reiterate[24].

4.4. L'INTERVENTO NEI PROCEDIMENTI GIUDIZIARI E LA TUTELA DELL'INTERESSE PUBBLICO (ART. 10)

La disciplina contenuta nell'art. 10 segna un ulteriore sviluppo del ruolo degli *equality bodies*, riconoscendo loro il diritto di avviare o sostenere procedimenti giudiziari civili e amministrativi relativi all'attuazione del principio di parità di trattamento. Si tratta di una previsione che, a differenza del quadro previgente, non si limita a evocare un ruolo di supporto, ma impone agli Stati membri un obbligo positivo di attribuire tali poteri agli organismi, sia pure entro i limiti tracciati dalla direttiva stessa che circoscrive l'ambito di operatività al contenzioso civile e amministrativo e ne subordina l'esercizio al rispetto delle regole nazionali in materia di ammissibilità delle azioni, comprese, ove previste, quelle relative al consenso della vittima[25].

La norma stabilisce che il diritto di agire in giudizio debba ricomprendere almeno una delle seguenti ipotesi: 1) avvio del procedimento per conto di una o più vittime; 2) partecipazione a sostegno delle vittime; 3) oppure avvio di un procedimento in nome proprio al fine di difendere l'interesse pubblico. Nel primo caso, l'organismo opera quale rappresentante diretto della vittima, mentre nel secondo interviene a supporto di un'azione già instaurata; entrambe le modalità sono funzionali a ridurre le barriere all'accesso alla giustizia, consentendo di mettere a disposizione competenze tecniche e risorse istituzionali e offrendo, al contempo, una protezione indiretta rispetto al rischio di ritorsioni. La terza

[24] Cfr. C. D'Agni, M. C. Rechchad, *Il futuro dell'uguaglianza in Europa: le Direttive dell'Unione europea sulle norme riguardanti gli organismi per la parità*, op. cit., pp. 131-133.
[25] *Ivi*, 133-135.

ipotesi, valorizzata nei consideranda e collegata alla giurisprudenza della Corte di giustizia[26], incide sul paradigma classico della tutela antidiscriminatoria, riconoscendo che alcune forme di discriminazione, specie quando sistemiche o istituzionali, possono richiedere un intervento pubblico autonomo e non dipendente dalla volontà individuale delle vittime.

A tali poteri si affianca la facoltà di presentare osservazioni nei procedimenti e, ove l'ordinamento lo consenta, di intervenire anche nella fase esecutiva o di controllo delle decisioni adottate, rafforzando la continuità dell'azione dell'organismo lungo l'intero ciclo della tutela. Tali competenze, inoltre, sono attribuite direttamente agli organismi di parità e non possono essere delegate ad altri soggetti, ma si inseriscono in un quadro più ampio di tutela nel quale continuano a operare, senza pregiudizio, altri attori – quali organizzazioni della società civile, sindacati e difensori civici – contribuendo a rafforzare la dimensione collettiva della lotta contro la discriminazione.

Il punto richiede un'analisi accorta, anche perché la disciplina europea, nel prescrivere che debba essere assicurata almeno una delle forme indicate, non impone necessariamente l'introduzione dell'azione autonoma per l'interesse pubblico, qualora l'ordinamento interno già consenta, in modo effettivo, le prime due ipotesi. Resta tuttavia il dato, di non poco rilievo, che la condizione di effettività dipende, nella pratica, dalla concreta accessibilità dello strumento e, quindi, dalla possibilità di superare quei vincoli che nei diversi ordinamenti subordinano l'azione dell'organismo alla iniziativa o alla collaborazione della vittima, con conseguente difficoltà di intervento in presenza di discriminazioni diffuse o di soggetti riluttanti a esporsi.

4.5. ACCESSIBILITÀ, DATI E *ACCOUNTABILITY* (ART. 12; ARTT. 16–17)

Accanto ai compiti strettamente connessi alla tutela, le direttive affiancano funzioni trasversali che completano la costruzione dell'*equality body* come infrastruttura pubblica dell'effettività.

L'art. 12 impone che attività e servizi siano accessibili a tutte le categorie sociali, prevedendo espressamente accomodamenti ragionevoli per le persone con disabilità e misure idonee a raggiungere gruppi che incontrano ostacoli di carattere linguistico, sociale o digitale.

[26] Corte di Giustizia CE, Sez. 2, 10 luglio 2008 - C-54/07.

Gli artt. 16 e 17, infine, impongono obblighi di raccolta dati e di rendicontazione, nonché la predisposizione di un programma di lavoro con priorità e prospettive di azione, la pubblicazione annuale di una relazione sulle attività (comprensiva di bilancio e informazioni sul personale) e la redazione, almeno quadriennale, di una relazione sulla situazione della parità di trattamento e delle discriminazioni nello Stato membro, con analisi delle cause strutturali delle disuguaglianze e raccomandazioni per il miglioramento delle politiche pubbliche. In tal modo, l'attività dell'organismo viene sottratta alla contingenza del singolo caso e collocata entro un circuito stabile di responsabilità pubblica, coerente con la logica complessiva delle direttive gemelle.

5. MODELLO ISTITUZIONALE DEGLI *EQUALITY BODIES* TRA MONOMANDATO E PLURIMANDATO

Un ulteriore snodo che attraversa in modo trasversale l'impianto delle direttive gemelle, riguarda il modello istituzionale dell'*equality body*, se configurato in termini di monomandato o di plurimandato. Su questo punto il legislatore europeo non impone una soluzione uniforme, né richiede agli Stati membri di convergere verso un assetto organizzativo predefinito, ma individua un vincolo di natura sostanziale, incentrato sull'esigenza che la protezione antidiscriminatoria non risulti segmentata o inefficace. È la stessa disciplina delle risorse, come già visto, a chiarire che il plurimandato è ammesso soltanto a condizione che non produca una dispersione funzionale della tutela, imponendo, in caso di collocazione dell'organismo all'interno di strutture più ampie, una dotazione specificamente destinata alle competenze in materia di parità, così da evitare che la condivisione amministrativa o logistica si traduca in subordinazione o indebolimento dell'azione antidiscriminatoria, in violazione dell'art. 4 delle direttive.

Ne discende che, laddove un ordinamento decida di distribuire le competenze tra più organismi, tale pluralità deve essere accompagnata da forme effettive di cooperazione istituzionalizzata, da scambi informativi strutturati e da una coerenza strategica verificabile, in quanto, in assenza di tali condizioni, il modello plurimo è destinato a tradursi in sovrapposizioni e vuoti di tutela idonei a incidere sull'accessibilità della protezione che costituisce uno degli obiettivi centrali delle direttive. È proprio questa possibile divaricazione tra integrazione formale delle competenze e dispersione funzionale dell'azione a spiegare perché la questione del plurimandato sia stata letta, in chiave europea, come uno degli snodi più delicati dell'attuale processo di istituzionalizzazione della tutela antidiscriminatoria.

Se, infatti, l'integrazione di competenze può, in astratto, favorire una risposta più coordinata e meno settoriale alle discriminazioni, in concreto essa rischia di tradursi in una dispersione funzionale, soprattutto quando la parità diviene una tra le molteplici missioni affidate a organismi più ampi, privi di risorse dedicate e di adeguata visibilità. Le direttive del 2024 individuano, proprio in relazione a tali criticità, nella dotazione autonoma di risorse, nella chiarezza del mandato e negli obblighi di cooperazione strutturata, i presupposti necessari per evitare esiti di frammentazione e diseguaglianza nella concreta attuazione della tutela.

Il ruolo delle reti europee di cooperazione tra *equality bodies*, come EQUINET, si colloca nello stesso solco, quale strumento di convergenza operativa e di scambio di *standard*, a conferma del fatto che l'effettività non è affidata soltanto ai singoli ordinamenti, ma si costruisce anche attraverso un ecosistema multilivello di supporto e monitoraggio. Coerentemente, le direttive, pur non definendo un modello organizzativo obbligato, spostano il baricentro sulla verifica di funzionamento e sulla misurabilità dell'effettività, come emerge dagli obblighi di rendicontazione e monitoraggio previsti dall'art. 17, che impone agli organismi di parità la predisposizione di programmi di lavoro e la pubblicazione di relazioni periodiche, costituendo la base informativa per la valutazione europea della loro operatività[27]. La Commissione è, infatti, chiamata a svolgere un controllo sull'attuazione e sull'efficacia degli organismi secondo indicatori comuni, in cooperazione con soggetti specializzati quali la FRA, l'EIGE ed EQUINET, con l'obiettivo di verificare non soltanto l'esistenza formale degli organismi, ma la loro indipendenza, adeguatezza di risorse e capacità di esercitare i poteri attribuiti[28].

6. IL (PROGETTO DI) RECEPIMENTO ITALIANO DELLE DIRETTIVE SUGLI *EQUALITY BODIES*: UNIFICAZIONE ISTITUZIONALE E PROBLEMI DI EFFETTIVITÀ

In continuità con quanto appena osservato in ordine al criterio di effettività che deve orientare la valutazione degli assetti nazionali, l'attenzione può essere rivolta al caso italiano, caratterizzato dalla presenza di una pluralità di *equality bodies* operanti nel campo della tutela antidiscriminatoria che compongono un sistema policentrico fondato su competenze parziali

[27] Cfr. V. Filì, *Le direttive gemelle (UE) 2024/1499 e (UE) 2024/1500 sugli organismi di parità*, op. cit., p.1248.
[28] Cfr. L. Calafà, V. Protopapa, *Gli attori delle politiche di parità: dalle origini alle direttive di «terza generazione*, op. cit., p. 420.

e distribuite secondo logiche e basi normative differenti. In tale sistema, la possibile valorizzazione della prossimità territoriale – che pure rappresenta, in astratto, uno dei principali punti di forza, come dimostra l'esperienza della rete delle Consigliere di parità – risulta indebolita dall'assenza di un quadro stabile di coordinamento e di obblighi strutturati di cooperazione, con la conseguenza che la pluralità tende a tradursi non sempre in una maggiore accessibilità della tutela, ma in una frammentazione dei percorsi di intervento, suscettibile di generare incertezza per le vittime e discontinuità nell'esercizio dei diritti[29].

In questo contesto, il recepimento delle direttive gemelle pone l'ordinamento nazionale di fronte a un'alternativa strutturale, riconducibile, in termini generali, a due possibili traiettorie di intervento, non equivalenti rispetto al criterio di effettività. Da un lato, è configurabile un rafforzamento dell'assetto esistente, fondato sull'ampliamento del mandato degli organismi già operanti, sull'introduzione di meccanismi stabili di coordinamento e cooperazione e sull'adeguamento delle condizioni di funzionamento ai requisiti imposti dalle direttive in termini di indipendenza, risorse, accessibilità e capacità operativa[30]. Dall'altro lato, si prospetta un intervento di riordino volto alla concentrazione delle competenze in un unico organismo, orientato a superare la frammentazione attraverso una soluzione di accentramento istituzionale, la cui coerenza con il criterio di effettività risulta, tuttavia, subordinata alla concreta capacità di preservare – o ricostruire – condizioni equivalenti in termini di accessibilità, presenza territoriale e continuità dell'azione.

Tra le possibili traiettorie così delineate, il Governo sembra aver optato per una soluzione di accentramento istituzionale, come risulta dallo schema di decreto legislativo (Atto del Governo n. 382), adottato in attuazione dell'art. 1 della legge 13 giugno 2025, n. 91, che non si limita ad adeguare formalmente l'ordinamento agli *standard* europei, ma si traduce in una riforma di sistema idonea a ridisegnare in profondità l'intera architettura nazionale della tutela antidiscriminatoria[31].

Il fulcro della riforma è rappresentato dall'istituzione, a decorrere dal 1° gennaio 2027, dell'Organismo per la parità quale autorità amministrativa indipendente, dotata di autonomia regolamentare, organizzativa, contabile e finanziaria (art. 2). Tale scelta comporta, contestualmente, la soppressione dell'UNAR – istituito dall'art. 7 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 – e dell'istituto delle Consigliere e dei Consiglieri di parità, disciplinato dagli artt. 12–20

[29] Cfr. L. Calafà, *Equality bodies in attesa di riordino*, in *Lav. Dir.*, 2023, 1, pp. 23 ss.
[30] Cfr. M. Borzaga, *Va ripensato il ruolo delle consigliere e dei consiglieri di parità?*, in *Lav. Dir.*, 2023, 1, pp. 17 ss.
[31] Cfr. A. Zilli, *Le ultime mimose? Il nuovo Organismo per la parità e la soppressione dei presìdi territoriali*, in *Equal Blog*, 7 Marzo 2026.

del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, espressamente abrogati (art. 7), determinando il passaggio da un modello multilivello, fondato su una pluralità di soggetti differenziati per ambito materiale e radicamento territoriale, a un modello accentrato nel quale le funzioni di promozione, prevenzione e tutela sono concentrate in un unico organismo nazionale.

La portata di tale intervento emerge con particolare evidenza se confrontata con l'esperienza applicativa del sistema previgente. Le Consigliere di parità, pur operando in un quadro progressivamente indebolito sotto il profilo delle risorse e dell'autonomia[32], hanno assicurato nel tempo una funzione effettiva di accesso alla tutela, grazie alla capillarità territoriale e alla prossimità ai contesti lavorativi, svolgendo un ruolo di intermediazione qualificata che ha favorito l'emersione delle discriminazioni, in particolare nei contesti caratterizzati da maggiore asimmetria di potere e da minore propensione alla denuncia. Il limite di tale modello non risiede, dunque, nell'assetto delle competenze o nell'ampiezza del mandato, quanto nella carenza delle condizioni materiali di esercizio. La riforma interviene, invece, direttamente sull'architettura istituzionale, eliminando un presidio diffuso che, seppur fragile, aveva contribuito in modo significativo alla concreta accessibilità della tutela.

La soluzione accentrata incide, pertanto, in modo diretto sul rapporto tra centralizzazione e accessibilità. Lo schema di decreto prevede la possibilità di articolazioni territoriali, ma non le configura come elemento necessario del sistema, rimettendole a intese con le Regioni e le Province autonome (art. 4). Ne deriva che la presenza territoriale, che nell'attuale modello delle Consigliere costituisce un fattore strutturale – pur nei suoi limiti – diviene eventuale, con il rischio che la semplificazione organizzativa si accompagni a una minore capacità di intercettazione delle discriminazioni nei contesti locali, nei quali la tutela dipende in larga misura dalla prossimità istituzionale.

Sotto il profilo dell'indipendenza, l'assetto delineato appare formalmente coerente con le prescrizioni europee, in quanto l'Organismo è configurato come autorità autonoma, dotata di garanzie di nomina, durata e incompatibilità. Più complesso è, invece, il giudizio sull'effettività dei poteri, poiché, a fronte dell'attribuzione di competenze ampie – dalla prevenzione all'assistenza alle vittime, dagli accertamenti alla formulazione di pareri e raccomandazioni – non risultano previsti poteri sanzionatori né decisioni direttamente

[32] Cfr. M. Borzaga, *Equality bodies e contrasto alle discriminazioni nei luoghi di lavoro: il nuovo quadro normativo eurounitaruio e le possibili implicazioni per l'ordinamento italiano*, op. cit., pp. 738-742; *Id.*, *Il destino di Consigliere e Consiglieri di Parità in Italia dopo le più recenti riforme*, in *Equal- Rivista di Diritto Antidiscriminatorio*, 2024, 3-4, pp. 331 e ss.

vincolanti, con la conseguenza che la tutela resta in larga misura giudice-centrica e l'Organismo assume prevalentemente una funzione di impulso e supporto.

Nel complesso, la riforma appare orientata a risolvere il problema della frammentazione attraverso la concentrazione istituzionale, senza incidere sulle cause che avevano reso fragile il sistema previgente. Sotto diverso profilo, il nuovo assetto solleva anche una questione di compatibilità con la clausola di non regresso prevista dalle due direttive, secondo cui l'attuazione della disciplina europea non può in alcun caso determinare una riduzione del livello di protezione già garantito negli ordinamenti nazionali. Se è vero che tale clausola si riferisce, in via immediata, al contenuto sostanziale delle tutele (antidiscriminatorie), è altrettanto evidente che il livello di protezione dipende anche dall'accessibilità e dalla concreta fruibilità degli strumenti di tutela; sicchè il superamento di presìdi territoriali, quali le Consigliere di parità, impone di interrogarsi se la riorganizzazione istituzionale sia in grado di preservare, in concreto, il grado di protezione precedentemente assicurato, ovvero se non rischi, al contrario, di determinare un arretramento dell'effettività della tutela in contrasto con la logica stessa delle direttive.

7. TRASPARENZA RETRIBUTIVA E RIASSETTO DEGLI ORGANISMI DI PARITÀ: PROBLEMI DI COORDINAMENTO NORMATIVO E DI EFFETTIVITÀ

Il nuovo assetto degli *equality bodies* delineato dal legislatore nazionale, sebbene ancora allo stadio di proposta, è già idoneo a produrre effetti sistemici su ambiti nei quali il processo di recepimento della normativa unionale è stato impostato secondo coordinate diverse. Ciò emerge con particolare evidenza nel settore della trasparenza retributiva, ove lo schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva (UE) 2023/970 (Atto del Governo n. 379), adottato anteriormente a quello esaminato nel paragrafo precedente, assegna agli organismi di parità un ruolo istituzionale centrale per l'attuazione dei nuovi diritti[33].

[33] Sul tema, fra tanti, cfr. M. Faioli, R*etribuzione trasparente, lavoro di pari valore, obblighi datoriali, in federalismi.it*, 2025, 27, pp. 252-278; S. Roccisano, *Prime osservazioni sulla direttiva (UE) 970/2023 in materia di parità di retribuzione tra donne e uomini*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2024, 3, pp. 1050-1064; F. Lamberti, *Il paradigma della trasparenza retributiva come antidoto al "gender pay gap"*, in *federalismi.it*, 2024, 3, pp. 248-278; E. Tarquini, *Parità retributiva di genere e trasparenza salariale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2024, 2, pp. 380-394; D. Izzi, *Alla ricerca dell'effettiva parità di retribuzione tra uomini e donne: la direttiva UE n. 2023/970 come punto di svolta?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2024, 2, I, pp. 301-320; S. Spattini, *La trasparenza retributiva a garanzia dell'effettività del principio della parità di retribuzione: una lettura d'insieme della direttiva (UE) 2023/970,* in *Dir. Rel. Ind.*, 2024, 1, pp. 296-302; G. Berretta, *Eguaglianza di genere e parità salariale: recenti evoluzioni regolative in Europa e in Italia*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2024, 1, pp. 215-242; D. Izzi, *Contrasto al "gender gap" nel lavoro e regole di trasparenza*, in *Lav. Dir.*, 2024, 4, pp. 645-661; F. Guarriello, *Mercato e valori nel contrasto al "gender pay gap":*

In tale schema, agli organismi di parità è attribuito un insieme articolato di compiti che ne rafforza significativamente il ruolo, collocandoli al centro dei meccanismi di accesso, gestione e attivazione della tutela. È previsto, ad esempio, che il lavoratore possa richiedere i livelli retributivi medi "anche per il tramite" dell'organismo di parità, su specifica delega (art. 7, co. 1), e che i dati comunicati dal datore nell'ambito degli obblighi di *reporting* sul divario retributivo siano trasmessi, su richiesta, non soltanto all'Ispettorato nazionale del lavoro ma anche agli organismi di parità territorialmente competenti (art. 9, co. 5). Ancora più significativo è il passaggio che consente agli organismi di parità di richiedere ai datori di lavoro chiarimenti e ulteriori informazioni, imponendo a questi ultimi di fornire una risposta motivata entro un termine ragionevole e di porre rimedio a eventuali differenze non giustificate da criteri oggettivi (art. 9, co. 6). In tal modo, la trasparenza retributiva viene costruita come spazio di emersione e verifica anticipata delle disuguaglianze, nel quale l'organismo di parità assume una funzione di intermediazione qualificata tra informazione, controllo e possibile attivazione dei rimedi.

Anche la disciplina della valutazione congiunta delle retribuzioni, prevista nei casi in cui emergano scostamenti significativi, contempla un possibile coinvolgimento degli organismi di parità nella fase di attuazione delle misure correttive (art. 10, co. 3–4), mentre l'accesso a informazioni che potrebbero comportare la divulgazione di dati individuali è riservato, tra gli altri, agli organismi di parità, ai quali è attribuito altresì un compito di consulenza ai lavoratori in merito ai possibili ricorsi connessi al principio della parità di retribuzione, senza divulgare i livelli retributivi dei singoli lavoratori (art. 11, co. 2).

Si tratta di previsioni che, lette in parallelo con gli artt. 6 e 7 delle direttive gemelle del 2024, mostrano una convergenza significativa verso un modello nel quale l'*equality body* non è soltanto destinatario di segnalazioni, ma presidio di accessibilità, orientamento e assistenza nell'esercizio di diritti che, come quelli informativi in materia retributiva, risultano decisivi per rendere effettivo il principio di parità.

Questo rafforzamento funzionale degli organismi di parità in materia di trasparenza retributiva si colloca, tuttavia, all'interno di una sequenza normativa non coerente, poiché il medesimo legislatore, attraverso lo schema di decreto legislativo di recepimento delle direttive 2024/1499 e 2024/1500 (Atto del Governo n. 382), interviene sull'architettura degli

---

trasparenza, informazione, certificazione, in *Riv. Giur. Lav.*, 2024, 3, I, pp. 397-416; D. Mezzacapo, *L'effettività della normativa antidiscriminatoria e la Direttiva 2023/970/UE in materia di trasparenza retributiva uomo/donna*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2023, 5-6, pp. 332-344; A. Zilli, *Pubblicata la DIRETTIVA (UE) 2023/970 sulla trasparenza retributiva: recepimento entro il 7 giugno 2026*, in *Equal Blog*, 17 maggio 2023.

organismi di parità, prevedendo il superamento del modello multilivello — in particolare mediante la soppressione del sistema delle Consigliere e dei Consiglieri di parità — e la concentrazione delle funzioni in un unico Organismo nazionale. Ne deriva un problema di coordinamento normativo, poiché il rinvio agli "organismi di parità" contenuto nello schema di recepimento della direttiva 2023/970 è destinato a operare, ove approvato nell'attuale formulazione, in un contesto istituzionale profondamente mutato, nel quale l'organismo competente non coincide più con una rete territorialmente diffusa, ma con un soggetto centralizzato la cui eventuale articolazione territoriale è rimessa a scelte successive e non necessarie.

In tale prospettiva, il nodo non riguarda tanto l'individuazione formale del soggetto competente, quanto la riconducibilità funzionale dei rinvii normativi a un assetto che presenta caratteristiche strutturali differenti rispetto a quelle presupposte dalla disciplina sulla trasparenza retributiva. Quest'ultima, infatti, appare costruita su un modello di prossimità istituzionale, nel quale l'effettività dei diritti dipende dalla possibilità di attivare interlocuzioni rapide, continuative e radicate nei contesti lavorativi; modello che rischia di entrare in tensione con una configurazione accentrata, nella quale tali dinamiche potrebbero risultare meno immediate o più difficilmente accessibili.

Il disallineamento tra i due interventi assume, pertanto, un rilievo non marginale sul piano dell'effettività, incidendo sulla concreta accessibilità della tutela e sulla capacità dell'ordinamento di garantire un esercizio tempestivo e non meramente formale dei diritti riconosciuti dalla disciplina europea, in un ambito — quale quello della parità retributiva — nel quale la prossimità istituzionale (espressamente evocata anche attraverso il riferimento agli organismi territorialmente competenti) e la capacità di intercettazione delle discriminazioni nei contesti lavorativi rivestono un ruolo decisivo.

8. CONCLUSIONI

Le direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500 segnano un passaggio nel quale il diritto antidiscriminatorio europeo modifica in modo significativo il proprio punto di osservazione. L'attenzione del legislatore unionale si sposta dalla definizione delle fattispecie vietate e dei rimedi alle condizioni istituzionali che rendono quei divieti praticabili e quei rimedi accessibili. In questo spostamento si coglie la portata delle direttive gemelle che oltre ad

introdurre nuovi obblighi per gli Stati membri, richiedono una verifica più esigente sulla qualità dell'infrastruttura pubblica della parità.

Il rilievo assunto dagli *equality bodies* eccede ormai la funzione, tradizionalmente loro attribuita, di organismi di promozione o di supporto, per collocarli entro una logica di garanzia istituzionale più complessa, nella quale indipendenza, risorse, accessibilità e capacità operativa incidono direttamente sulla possibilità di rendere effettivo il principio di non discriminazione. La parità tende così a essere meno affidata al solo momento giudiziario e rimediale e sempre più costruita attraverso un sistema di presìdi e procedure che deve essere stabile, riconoscibile e governabile.

È su questo terreno che il recepimento nazionale è chiamato a misurarsi. Le direttive non richiedono soltanto modelli organizzativi formalmente conformi, né permettono che la valutazione degli assetti nazionali si risolva in alternative astratte tra pluralità organizzativa e accentramento o tra prossimità territoriale e concentrazione istituzionale. Ciò che viene richiesto è una verifica più stringente della capacità del sistema di assicurare condizioni effettive di tutela, sostenendo in concreto l'ampliamento del mandato degli organismi di parità, la continuità della loro azione e l'accessibilità della tutela nei contesti nei quali le discriminazioni si producono e tendono a restare sommerse. Il criterio decisivo diventa, così, quello della tenuta sostanziale del modello, più che della sua sola razionalità ordinamentale.

Questa verifica trova un banco di prova particolarmente significativo nel caso italiano. Il recepimento delle direttive gemelle, insieme a quello della direttiva (UE) 2023/970 sulla trasparenza retributiva, mette in evidenza la difficoltà di mantenere coerenza tra funzioni attribuite, soggetti competenti e condizioni di esercizio. Il punto non riguarda semplicemente la scelta di un modello istituzionale, ma il modo in cui tale modello si innesta sugli altri segmenti della disciplina antidiscriminatoria e sulle nuove forme di emersione delle disuguaglianze, sempre più legate all'accesso ai dati, alla leggibilità dei fenomeni e alla tempestività dell'intervento.

In questo quadro, l'adeguamento dell'ordinamento interno non può esaurirsi in un riassetto organizzativo, ma richiede una valutazione sulla tenuta complessiva del modello di *enforcement*, con particolare riguardo all'accessibilità della tutela, alla continuità dell'azione e alla stabilità delle risorse, poiché la verifica non si arresta alla conformità formale alle prescrizioni europee, ma investe la capacità del sistema di garantire un livello di protezione che non risulti, anche indirettamente, ridotto rispetto a quello già assicurato, in coerenza con la clausola di non regresso.

L'interrogativo decisivo non è, allora, se la scelta dell'Esecutivo di istituire un organismo nazionale di parità sia, in sé, condivisibile, ma se la configurazione concretamente delineata sia idonea a conservare — e possibilmente rafforzare — quel grado di accessibilità, continuità e capacità di intervento che costituisce la misura concreta dell'effettività della tutela antidiscriminatoria.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Berretta G., *Eguaglianza di genere e parità salariale: recenti evoluzioni regolative in Europa e in Italia*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2024, 1, pp. 215 ss.

Biagiotti M., *Recent Developments in the Regulation of Equality Bodies in the European Union*, in *Dir. Merc. Lav. International*, 2025, 1, p. 19 e ss.

Bonardi O., *Uno per tutti, tutti per uno. Spunti per un dibattito sull'attuazione delle nuove direttive sugli organismi di parità*, in *Anti\Discriminazione*, 2026, 1, pp. 159 ss.

Borzaga M., *Equality bodies e contrasto alle discriminazioni nei luoghi di lavoro: il nuovo quadro normativo eurounitaruio e le possibili implicazioni per l'ordinamento italiano*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2025, 11-12, pp. 727 ss.

Borzaga M., *Il destino di Consigliere e Consiglieri di Parità in Italia dopo le più recenti riforme*, in *Equal-Rivista di Diritto Antidiscriminatorio*, 2024, 3-4, pp. 331 e ss.

Borzaga M., *Va ripensato il ruolo delle consigliere e dei consiglieri di parità?*, in *Lav. Dir.*, 2023, 1, pp. 17 ss.

Calafà L., *Equality bodies in attesa di riordino*, in *Lav. Dir.*, 2023, 1, pp. 23 ss.

Calafà L., Protopapa V., *Gli attori delle politiche di parità: dalle origini alle direttive di «terza generazione,* in *Riv. Giur. Lav.*, 2024, 3, pp. 417 ss.

Curti Gialdino C., *L'imperativo dell'indipendenza e dell'efficacia: il recepimento in Italia delle direttive dell'Unione europea sugli organismi per la parità*, in *federalismi.it*, 14 gennaio 2026, pp. 33 ss.

D'Agni C., Rechchad M. C., *Il futuro dell'uguaglianza in Europa: le Direttive dell'Unione europea sulle norme riguardanti gli organismi per la parità*, in Anti\Discriminazione, 2026, 1, pp. 88 ss.

Equal Rights Trust, *Understanding the New EU Directives on Standards for Equality Bodies: Legal Digest on Standards for Equality Bodies*, Equinet, Bruxelles, 2024.

Faioli M., R*etribuzione trasparente, lavoro di pari valore, obblighi datoriali, in federalismi.it*, 2025, 27, pp. 252 ss.

Filì V., *Le direttive gemelle (UE) 2024/1499 e (UE) 2024/1500 sugli organismi di parità*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2024, 4, pp. 1243 e ss.

Guariello F., *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 467 ss.

Guarriello F., *Mercato e valori nel contrasto al "gender pay gap": trasparenza, informazione, certificazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2024, 3, I, pp. 397 ss.

Izzi D., *Alla ricerca dell'effettiva parità di retribuzione tra uomini e donne: la direttiva UE n. 2023/970 come punto di svolta?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2024, 2, I, pp. 301 ss.

Izzi D., *Contrasto al "gender gap" nel lavoro e regole di trasparenza*, in *Lav. Dir.*, 2024, 4, pp. 645 ss.

Lahuerta B., *Equality Bodies: advancing towards more responsive designs?*, in *IJLC*, 2021, 17, pp. 390 ss.

Lamberti F., *Il paradigma della trasparenza retributiva come antidoto al "gender pay gap"*, in *federalismi.it*, 2024, 3, pp. 248 ss.

Mezzacapo D., *L'effettività della normativa antidiscriminatoria e la Direttiva 2023/970/UE in materia di trasparenza retributiva uomo/donna*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2023, 5-6, pp. 332 ss.

Roccisano S., *Prime osservazioni sulla direttiva (UE) 970/2023 in materia di parità di retribuzione tra donne e uomini*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2024, 3, pp. 1050 ss.

Spattini S., *La trasparenza retributiva a garanzia dell'effettività del principio della parità di retribuzione: una lettura d'insieme della direttiva (UE) 2023/970,* in *Dir. Rel. Ind.*, 2024, 1, pp. 296 ss.

Tarquini E., *Parità retributiva di genere e trasparenza salariale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2024, 2, pp. 380 ss.

Zilli A., *Le ultime mimose? Il nuovo Organismo per la parità e la soppressione dei presìdi territoriali*, in *Equal Blog*, 7 Marzo 2026.

Zilli A., *Pubblicata la DIRETTIVA (UE) 2023/970 sulla trasparenza retributiva: recepimento entro il 7 giugno 2026*, in *Equal Blog*, 17 maggio 2023.

COMPORTO E DISCRIMINAZIONE

Giada Della Rocca[1]

Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

DOI: https://doi.org/10.62140/GDR103267654

Sommario: 1. Premessa: il confine tra malattia e disabilità europea; 2. Il periodo di comporto unico e indifferenziato alla prova del diritto antidiscriminatorio: la sentenza *Pauni* della CGUE; 3. Considerazioni conclusive.

Abstract: Il contributo analizza la disciplina del periodo di comporto alla luce dell'evoluzione del concetto di malattia e della sua progressiva riconduzione, nei casi di patologie di lunga durata, alla nozione europea di disabilità. Il modello tradizionale, fondato sulla temporaneità dell'evento morboso e sulla dicotomia presenza/assenza, mostra oggi evidenti limiti rispetto a condizioni patologiche compatibili con una capacità lavorativa residua. In tale prospettiva, il saggio esamina le criticità derivanti dall'applicazione di un periodo di comporto unico e indifferenziato, evidenziando il rischio di effetti discriminatori nei confronti dei lavoratori con disabilità. Particolare rilievo è attribuito alla sentenza *Pauni* della Corte di giustizia (C-5/24), che ha chiarito il rapporto tra comporto e obbligo di accomodamenti ragionevoli ai sensi della direttiva 2000/78/CE. La Corte ha affermato che un comporto uniforme non è, in astratto, incompatibile con il diritto dell'Unione, purché proporzionato e tale da non precludere l'adozione di misure organizzative idonee a consentire la prosecuzione del rapporto. Ne deriva che il superamento del comporto non può legittimare automaticamente il licenziamento del lavoratore con disabilità, imponendosi una valutazione individualizzata sull'effettiva attuazione degli accomodamenti ragionevoli. Il contributo distingue, in conclusione, tra la funzione del comporto, volta a tutelare l'assenza necessaria alla cura, e quella degli accomodamenti, orientati a rendere possibile la partecipazione lavorativa, valorizzando il ruolo della contrattazione collettiva quale sede privilegiata di integrazione tra tutela antidiscriminatoria e sostenibilità organizzativa.

Parole-chiave: malattia; disabilità; comporto; accomodamenti ragionevoli.

Abstract: This article examines the regulation of sickness absence and the statutory of the sick leave in light of the evolving concept of illness and its progressive alignment, in cases of long-term conditions, with the European notion of disability. The traditional model, based on the temporary nature of illness and on the binary logic of presence/absence, increasingly proves inadequate when applied to health conditions compatible with residual work capacity. From this perspective, the contribution analyses the critical issues arising from

[1] Professoressa aggregata dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". E-mail: giada.della.rocca@uniroma2.it Link ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3833-6784

the application of a single and undifferentiated period of protection, highlighting its potential discriminatory effects on workers with disabilities. Particular attention is devoted to the *Pauni* judgment of the Court of Justice of the European Union (C-5/24), which clarified the relationship between sickness protection periods and the employer's duty to provide reasonable accommodation under Directive 2000/78/EC. The Court held that a uniform period of protection is not, in itself, incompatible with EU law, provided that it is proportionate and does not hinder the effective implementation of reasonable accommodation measures aimed at preserving the employment relationship. It follows that the mere expiry of the sickness protection period cannot automatically justify the dismissal of a worker with a disability, as this requires an individualised assessment of whether reasonable accommodation has in fact been considered and implemented. In conclusion, the article distinguishes between the function of sickness protection rules—designed to safeguard unavoidable absence for medical treatment—and that of reasonable accommodation, which is aimed at enabling continued participation in working life, highlighting the role of collective bargaining as the privileged forum for integrating anti-discrimination protection with organisational sustainability.

Keywords: sickness; disability; sick leave period; reasonable accommodations.

1. PREMESSA: IL CONFINE TRA MALATTIA E DISABILITA' EUROPEA.

Nel sistema tradizionale del diritto del lavoro, la distinzione tra malattia e disabilità ha operato a lungo come una linea di confine netta. La malattia è stata concepita come un evento temporaneo, incompatibile con la prestazione lavorativa e destinato a risolversi in un arco di tempo definito, che legittima la sospensione del rapporto ai sensi dell'art. 2110 c.c. e individua nel periodo di comporto lo strumento di bilanciamento tra diritto alla cura e continuità dell'organizzazione produttiva, assicurando al datore di lavoro un limite temporale certo oltre il quale l'assenza protratta può giustificare la risoluzione del rapporto[2].

Questo assetto, costruito attorno a una logica binaria - salute o malattia, lavoro o sospensione - risulta tuttavia sempre meno adeguato a intercettare le trasformazioni della morbilità contemporanea. Le patologie croniche e di lunga durata, spesso caratterizzate da andamento intermittente e da una capacità lavorativa solo parzialmente compromessa, mettono in crisi l'idea della malattia come fatto transitorio e pongono un problema strutturale di gestione del rapporto di lavoro[3].

[2] Sia consentito il rinvio a G. DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, Giappichelli, 2024, p. 14 e ss. ed *ivi* per ulteriori riferimenti.
[3] Cfr. S. FERNANDEZ MARTINEZ - M. TIRABOSCHI (A CURA DI), *Lavoro e malattie croniche*, in *Adapt University Press*, 2017; M. TIRABOSCHI, *Salute e lavoro: un binomio da ripensare. Questioni giuridiche e profili di relazioni*

Le principali definizioni offerte dalle fonti internazionali ed epidemiologiche — dall'OMS all'European Health Interview Survey — collocano infatti le malattie croniche in una zona intermedia, caratterizzata dalla lunga durata, dalla ricorrenza e dalla progressione lenta, rendendo sempre più difficile una netta separazione concettuale tra malattia e disabilità.

È proprio in questo spazio di frizione che si colloca la progressiva sovrapposizione concettuale tra malattia cronica e disabilità. La definizione di disabilità accolta nel diritto dell'Unione, in particolare attraverso l'interpretazione della direttiva 2000/78/CE[4] alla luce della Convenzione ONU del 2006 (ratificata in Italia con la legge n. 18/2009), ha spostato il baricentro dall'evento patologico alla sua incidenza funzionale e relazionale, passando dall'adozione di un modello biomedico di disabilità ad un approccio bio-psico-sociale[5]. La disabilità non è più ricondotta alla diagnosi in sé, ma alla presenza di una limitazione duratura che, interagendo con barriere organizzative, ambientali o culturali, ostacola la piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale su base di uguaglianza. Come chiarito dalla Corte di giustizia, anche una malattia — curabile o incurabile — può integrare una disabilità in senso eurounitario solo quando determini una limitazione funzionale di lunga durata, valutata nel suo concreto impatto sul contesto lavorativo.

Nel nostro ordinamento, il d.lgs. n. 62 del 2024[6], all'art. 2, comma 1, lett. a), recepisce la nozione euro-unitaria di disabilità secondo il modello bio-psicosociale suddetto, e definisce la persona con disabilità come colui che presenta "durature compromissioni fisiche, mentali,

---

industriali, in *Dir. rel. ind.*, 2023, pp. 229- 276; S. VARVA, (a cura di), *Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento*, in *Adapt Labour Studies*, 2014, e-Book series n. 27; S. VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 1, p. 112; S. FERNANDEZ MARTINEZ, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?* In *Riv. dir. rel. ind.*, 2017, I, p. 74 e ss.; A. LEVI, *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, p. 277; E. DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, 334-356; C. CARCHIO, *Rischi e tutele nel reinserimento lavorativo delle persone con malattie croniche e trapiantate: prime riflessioni alla luce del d.lgs. n. 62/2024*, in *Dir. sic. Lav.*, 2, 2024, p. 162 ss.

[4] All'art. 1, comma 2, si stabilisce che: "per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale e sociale su base di uguaglianza con gli altri".

[5] La Corte di Giustizia ha nel tempo cambiato la sua posizione sul concetto di disabilità a partire dalla sentenza Chacon Navas, (11 luglio 2006, causa C-13/05) che, basandosi su un modello c.d. biomedico esclude la possibilità di assimilare i due concetti, fino alle sentenze HK Danmark (11 aprile 2013, cause C-335/11 e C-337/11), Kaltoft (18 dicembre 2014, causa C-354/13) Daouidi (1 dicembre 2016, causa C-395/2015) e Ruiz Conejero, (18 gennaio 2018, causa C-270/16) in cui, avvalendosi di un modello c.d. bio-psico-sociale, tendono ad equiparare le malattie con limitazioni a lungo termine con la disabilità. Sul tema, S. FERNÀNDEZ MARTÌNEZ, *L'evoluzione del concetto di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in *Riv. dir. rel. Ind.*, 2017, I, p. 74 ed *ivi* per ampli riferimenti; W. CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *Var. temi dir. lav.*, 2020, 4, p. 897 e ss.

[6] Su cui, cfr. M.G. ELMO, *Condizione di disabilità e stato di salute del lavoratore alla luce del decreto legislativo n. 62 del 2024*, in *Dir. Sic. Lav.*, 2025, n. 1, p. 58; F. PACIFICO, *Accomodamenti ragionevoli per il lavoro delle persone con disabilità: innovazioni legislative e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. merc. lav.*, 2024, p. 557.

intellettive o sensoriali" che, in interazione con barriere di diversa natura, ostacolano la piena partecipazione nei vari contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri. Le "durature" compromissioni sono quelle che persistono nel tempo o per le quali è possibile una regressione o attenuazione solo nel lungo periodo.

La durata assume, dunque, un ruolo centrale - in quanto trasforma la malattia in una condizione permanente o ricorrente, idonea a incidere stabilmente sulla vita professionale del soggetto - ma non autonomamente sufficiente: solo quando tale condizione si traduce in un ostacolo alla piena ed effettiva partecipazione lavorativa essa assume rilievo giuridico quale disabilità ai sensi del diritto dell'Unione. In altre parle, è la combinazione tra persistenza della limitazione funzionale e dimensione relazionale dell'ambiente di lavoro a segnare il passaggio dalla malattia alla disabilità rilevante ai fini del diritto dell'Unione.

2. IL PERIODO DI COMPORTO UNICO E INDIFFERENZIATO ALLA PROVA DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO: LA SENTENZA *PAUNI* DELLA CGUE

Proprio la centralità del fattore temporale, quale elemento di confine tra malattia e disabilità nell'accezione europea, ha posto in tensione l'assetto tradizionale dell'art. 2110 c.c. La disposizione codicistica, infatti, mal si concilia con l'attuale morbilità sempre più complessa, intermittente e di lunga durata, e caratterizzata da una capacità lavorativa solo parzialmente compromessa.

In tale contesto, il periodo di comporto è divenuto il nodo cruciale del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, in quanto chiamato a bilanciare esigenze strutturalmente contrapposte: da un lato, l'esigenza di certezza organizzativa e di stabilità gestionale dell'impresa; dall'altro, la tutela effettiva del diritto alla salute e della dignità professionale del lavoratore, soprattutto quando la patologia presenti caratteri di cronicità o sia riconducibile alla nozione europea di disabilità.

È proprio in relazione a tali situazioni che la rigidità del comporto tradizionale ha rivelato i suoi limiti, costringendo le parti sociali e i giudici a ridefinire il confine tra legittimo esercizio del potere datoriale e tutela effettiva del diritto alla salute.

Un primo — seppur ancora parziale — segnale di adattamento proviene dalla contrattazione collettiva. Numerosi contratti collettivi prevedono da tempo una modulazione della durata del comporto per alcune patologie croniche, attraverso prolungamenti o forme di scomputo delle assenze. Tuttavia, le parti sociali sono intervenute in maniera disomogenea e frammentata, introducendo dei correttivi alla durata *standard* del periodo di comporto in ragione della "gravità" o "particolarità" delle patologie, senza collegarlo (salvo rari casi) esplicitamente alla condizione della disabilità[7].

In presenza di una disciplina collettiva non uniforme, la giurisprudenza[8], a partire dalla Cassazione n. 9095/2023, sotto l'impulso del diritto antidiscriminatorio eurounitario, ha ricondotto numerose patologie croniche alla nozione europea di disabilità[9], con effetti significativi sulla disciplina del periodo di comporto. In particolare, il criterio dell'identico periodo di comporto per lavoratori disabili e non disabili, pur formalmente neutro, è stato qualificato come potenzialmente discriminatorio, in quanto idoneo a produrre un impatto sproporzionato su soggetti in posizione di particolare svantaggio, in quanto maggiormente esposti a un'elevata morbilità e a assenze riconducibili alla propria condizione di salute. Ne discende la nullità, per discriminazione indiretta, del licenziamento fondato sul loro superamento, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria piena.

---

[7] Alcuni contratti collettivi prevedono, infatti, un termine di comporto prolungato per i lavoratori affetti da determinate patologie croniche, altri escludono dal computo le assenze connesse a terapie salvavita (quali emodialisi, chemioterapia ed altre assimilabili) o a ricoveri ospedalieri e *day hospital* legati a "patologie gravi", in particolare malattie oncologiche o neurodegenerative. Cfr. S. CANEVE, *Lavoratori con patologie croniche e conservazione del posto di lavoro: le soluzioni presenti nella contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2023, p. 515 ss.; S. SERVIDIO, *Lavoratori disabili e periodo di comporto previsto dal Ccnl*, in Dir. prat. lav., 2023, 38, p. 2253.

[8] Cass. 24 aprile 2025, n. 10890; Cass. 15 aprile 2025, n. 9897; Cass. 7 gennaio 2025, n. 170, in *Labor*, 15 febbraio 2025, con nota di G. DELLA ROCCA, *Ancora sul periodo di comporto dei lavoratori con disabilità: questioni aperte in attesa di una contrattazione collettiva specifica*; Cass. 21 novembre 2024, n. 30095; Cass. 6 settembre 2024, n. 24052; Cass. 5 giugno 2024, n. 15723, in Labor, 2 novembre 2024, con nota di M. SALVAGNI, *Il licenziamento del lavoratore disabile per superamento del comporto nella interpretazione della Cassazione: la conoscenza del fattore di rischio e "l'onere difronte" a carico delle parti per applicare l'accomodamento ragionevole*; Cass. 31 maggio 2024, n. 15282; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402 in *Riv. It. Dir. Lav.* 2024, II, p. 376, con nota di S. BUOSO, *Conferme sull'auspicata differenziazione collettiva del comporto del disabile e sull'"ineludibile" interlocuzione alla base degli accomodamenti ragionevoli*; Cass, 22 maggio 2024, n. 14316 e Cass. 2 maggio 2024, n. 11731, entrambe in *Dir. Rel. Ind.*, 2024, p. 1171, annotate da V. LUCIANI, *Il comporto nel licenziamento del disabile "europeo" tra tutela antidiscriminatoria e accorgimenti ragionevoli*; Cass. 21 dicembre 2023, n. 35747 annotata da M. SALVAGNI, *Corte di Cassazione 21 dicembre 2023 n. 35747: malattia collegata all'handicap, discriminazione indiretta e nullità del licenziamento del disabile per superamento del* comporto, in *Labor*, 22 febbraio 2024; Cass. 31 marzo 2023, n. 566 con nota di M. DIANA, *Il superamento del periodo di comporto e la discriminazione indiretta del lavoratore disabile: spunti interpretativi ed ipotesi alternative*, in *Lav. prev. oggi News*, 22 gennaio 2024; Cass. 31 marzo 2023, n. 9095 in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, II, p. 254 con nota di A. DONINI, *L'applicazione indistinta del comporto è discriminatoria se la malattia è riconducibile a disabilità.*

[9] In particolare, per i casi di malattie gravi, di lunga durata, invalidanti assimilate al concetto di disabilità euro-unitario *ex multis*, cfr. adenoma alla prostata (Cass. 7 gennaio 2025, n. 170, cit.); lobectomia per neoplasia maligna al polmone (Trib. Roma 3 dicembre 2024, n. 12377); carcinoma alla mammella (Cass. 5 giugno 2024, n. 15723), doppia neoplasia linfoproliferativa cronica (Cass. 2 maggio 2024, n. 11731), fibromialgia muscolo tensiva e l'obesità (Trib. Roma 18 dicembre 2023, n. 124423), gonalgia bilaterale (Trib. Rovereto 30 novembre 2023 n. 44), diabete mellito di tipo 2 (App. Trento, 6 luglio 2023, n. 8), la sclerosi multipla degenerativa (App. Napoli 17 gennaio 2023, n. 168 e App. Palermo 15 febbraio 2022).

Un recente orientamento[10] ha chiarito inoltre che, al fine di prevenire disparità di trattamento, la contrattazione collettiva è chiamata a disciplinare un comporto espressamente per la posizione del lavoratore con disabilità. I giudici, infatti, non ritengono idonea a neutralizzare il rischio discriminatorio una disciplina negoziale che si limiti a valorizzare il profilo oggettivo dell'astratta gravità o particolarità delle patologie, senza prendere in considerazione anche la dimensione soggettiva della disabilità.

In tale quadro, a seguito della sentenza di rinvio del Tribunale di Ravenna[11], si inserisce la recente sentenza *Pauni* (C-5/24, 11 settembre 2025), che fornisce dei *distinguo* in materia di disabilità con specifico riguardo alla durata del periodo di comporto e all'obbligo di predisporre accomodamenti ragionevoli[12].

La Corte di giustizia ha chiarito che una normativa nazionale che preveda un periodo di comporto unico e indifferenziato per i lavoratori malati – come nel caso del CCNL Confcommercio – non è di per sé incompatibile con la Direttiva 2000/78/CE, purché siano rispettate due condizioni: 1) che non ecceda quanto necessario per realizzare la finalità di politica sociale di garantire la capacità lavorativa del dipendente; 2) che non ostacoli l'effettiva attuazione degli accomodamenti ragionevoli previsti dall'art. 5 della direttiva.

Afferma inoltre (punto 58) "...sembra che la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale (il CCNL Confcommercio) non preveda espressamente per il datore di lavoro l'obbligo di attuare soluzioni ragionevoli prima di procedere al licenziamento di un lavoratore disabile". Pertanto, più che un comporto specifico per i disabili, la contrattazione collettiva, per neutralizzare gli svantaggi derivanti dalla condizione di disabilità, è chiamata a prevedere in maniera espressa l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli, in conformità a quanto stabilito dall'art. 5 della Direttiva (come recepito dall'art. 3, comma 3-bis, del d.lgs. n. 216/2013). In tal modo, pur confermando la legittimità astratta del comporto unico e indifferenziato, la CGUE vincola il giudice nazionale a un controllo di

[10] Cass. 24 aprile 2025, n. 10890; Cass. 7 gennaio 2025, n. 170, cit.; Cass. 6 settembre 2024, n. 24052; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402 cit.

[11] Trib. Ravenna 4 gennaio 2024, n. R.G. 2023/732.

[12] Per un primo commento, M. SALVAGNI, *Il comporto unico e l'aspettativa non retribuita al banco di prova delle tutele antidiscriminatorie: prime riflessioni su CGEU 11 settembre 2025 – C-5/24 in tema di licenziamento del disabile*, in *Lav. Prev. Oggi, News,* 15 settembre 2025; per un approfondimento sia consentito rinviare a G. DELLA ROCCA, *I distinguo della Corte di giustizia su comporto e accomodamenti ragionevoli*, in *Labor*, 27 ottobre 2025. In generale, v. D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 1211-1247.

proporzionalità e ragionevolezza caso per caso, volto a verificare se il datore abbia effettivamente valutato soluzioni ragionevoli prima del recesso[13].

In questa prospettiva, il fulcro dell'analisi si sposta dalla mera durata dell'assenza alla verifica delle misure organizzative adottate (o omesse) dal datore di lavoro prima del recesso. In tal senso, riprendendo un passaggio della sentenza del Tribunale di Ravenna del 4 novembre 2025[14] - che qualifica "l'assenza protratta dal lavoro a causa della malattia duratura" come possibile "limitazione" ai sensi della nozione euro-unitaria di disabilità - occorre precisare che non è l'assenza in quanto tale a integrare una limitazione giuridicamente rilevante. Essa assume rilievo, piuttosto, nella misura in cui rappresenti l'effetto indiretto della mancata adozione di accomodamenti ragionevoli idonei a consentire la prosecuzione dell'attività lavorativa.

Il punto nodale risiede, dunque, nella causa effettiva delle assenze. Da un lato, vi sono le assenze riconducibili ad una "temporanea" e assoluta incapacità lavorativa, che impone la sospensione del rapporto ai sensi dell'art. 2110 c.c., in quanto la prestazione risulta incompatibile con le esigenze di cura della salute. Dall'altro, vi sono assenze connesse alla condizione di disabilità che, pur in presenza di una capacità lavorativa residua, risultano determinate dalla mancata adozione di misure organizzative idonee a consentire una partecipazione, anche solo parziale o modulata, all'attività lavorativa.

Solo in questa seconda ipotesi, ossia quando la mancata adozione delle misure ragionevoli è la causa effettiva della protrazione dell'assenza, l'assenza protratta assume la natura di "limitazione" nel senso accolto dalla Corte di giustizia, poiché essa non deriva dalla malattia in sé, ma dall'inadempimento datoriale all'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli che avrebbero potuto mantenere il lavoratore nel circuito professionale.

Diversamente, laddove si versi in una situazione di "duratura" incapacità assoluta ovvero di totale inesigibilità della prestazione, il quadro giuridico muta sensibilmente. Il considerando 17 della Direttiva 2000/78/CE chiarisce, infatti, che essa non impone l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione di una persona non in grado di svolgere le funzioni essenziali del posto di lavoro, ferma restando la necessità di prevedere

[13] Cass. 13 novembre 2023, n. 31471, afferma che "alla stregua della normativa comunitaria e nazionale, vige un tendenziale principio di divieto di licenziamento del lavoratore divenuto disabile, dovendo il datore di lavoro cercare soluzioni organizzative e accorgimenti ragionevoli idonei a consentire di svolgere il lavoro".
[14] Trib Ravenna, 4 novembre 2025, n. 409, resa all'esito della pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia dell'11 settembre 2025 (causa C-5/24. Sul punto, si consenta il rinvio a G. DELLA ROCCA, *Note critiche alla decisione del Tribunale di Ravenna alla luce della sentenza Pauni della CGEU*, in *Labor*, 11 dicembre 2025.

soluzioni appropriate. In termini coerenti, la Corte di giustizia, al punto 55 della sentenza *Pauni*, ha ribadito che la direttiva non prescrive il mantenimento del posto di lavoro in capo a un soggetto che non sia più capace di esercitare le funzioni essenziali dell'attività, pur imponendo al datore di lavoro una previa verifica circa l'esistenza di accomodamenti ragionevoli idonei a consentirne la partecipazione professionale.

Una volta delimitato il ruolo degli accomodamenti ragionevoli e chiarito che essi costituiscono il primo parametro di valutazione della legittimità del recesso, il periodo di comporto riacquista una funzione selettiva e di razionalizzazione organizzativa: esso consente al datore di lavoro, decorso un congruo lasso temporale di assenza, di accertare se il lavoratore sia effettivamente in grado e disponibile a riprendere l'attività lavorativa. Ne consegue che, in assenza di qualsivoglia capacità lavorativa residua e una volta esclusa, all'esito di una valutazione concreta, la praticabilità di accomodamenti ragionevoli senza oneri sproporzionati, l'esito fisiologico del rapporto non può che essere la risoluzione, senza che ciò integri una violazione della disciplina antidiscriminatoria.

Il discrimine per una eventuale modulazione della durata del comporto non risiede nello *status* formale di disabilità, quanto piuttosto nella gravità e nella natura della patologia: sono le caratteristiche cliniche e funzionali della malattia — in particolare la sua cronicità, ciclicità o tendenza alla riacutizzazione — a giustificare, sul piano negoziale, l'introduzione di meccanismi correttivi del comporto come il prolungamento o lo scomputo delle assenze.

Parallelamente — e su un piano diverso — quando la malattia comporta una menomazione "duratura" che, interagendo con le barriere organizzative o ambientali, determina una limitazione significativa della partecipazione professionale, essa ricade nella nozione euro-unitaria di disabilità. In tale ipotesi, scatta l'attivazione dell'obbligo datoriale di adottare accomodamenti ragionevoli: un obbligo giuridico autonomo, che impone al datore di lavoro di predisporre misure individualizzate e proporzionate — attraverso una serie di modifiche organizzative relative per lo più a modalità di lavoro flessibile[15] — volte a consentire la continuità della partecipazione lavorativa del soggetto disabile, qualora le condizioni di salute lo consentano.

Tali misure, commisurate alle esigenze del caso concreto, sono finalizzate a favorire il rientro e la permanenza del lavoratore nell'attività professionale, rendendo la continuità del

[15] Si consenta il rinvio a G. DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, cit., p. 112 ed *ivi* per ulteriori riferimenti.

rapporto compatibile con la natura fluttuante della patologia cronica. In questa prospettiva, l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli si configura come una responsabilità organizzativa volta a rendere sostenibile, sul piano lavorativo, una condizione di salute compromessa, attraverso interventi proporzionati e funzionali alla prosecuzione dell'attività[16].

Pertanto, seppure il periodo di comporto non rientri tra gli accomodamenti ragionevoli, la sua applicazione automatica e indifferenziata può avere effetti discriminatori quando riguarda un lavoratore con disabilità che avrebbe potuto continuare a lavorare con adattamenti compatibili. In altre parole, gli effetti discriminatori non derivano dalla durata del comporto in sé ma dal non aver attuato gli accomodamenti ragionevoli possibili per consentire al lavoratore di conciliare il suo stato di salute col lavoro, costringendolo ad assenze ricorrenti, fino all'esaurimento del periodo di comporto.

In definitiva, la disciplina del comporto e l'obbligo di accomodamenti ragionevoli operano su piani distinti ma complementari: il comporto attiene all'assenza "inevitabile" per le cure e risponde alla logica della "quantità" di tutela necessaria a garantire al lavoratore malato il tempo per il recupero delle energie psicofisiche; gli accomodamenti ragionevoli, invece, intervengono sul piano della presenza "possibile", incidendo sul "come" rendere effettiva la partecipazione lavorativa del soggetto con disabilità, mediante misure individualizzate di adattamento organizzativo volte a rimuovere le barriere che ostacolano l'inserimento o il reinserimento professionale.

Confondere i due piani significa smarrire la logica inclusiva della direttiva 2000/78/CE, che non tutela l'inattività, ma la partecipazione effettiva.

In tale prospettiva si collocano i chiarimenti forniti dalla Corte di giustizia nella sentenza *Pauni* (punti 66-67), la quale, richiamando l'art. 5 della direttiva 2000/78/CE, ribadisce che gli accomodamenti ragionevoli consistono in provvedimenti appropriati, adottati in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, volti a consentire alle persone con disabilità "l'accesso al lavoro, lo svolgimento dell'attività professionale, la progressione di carriera o la formazione", salvo che tali misure comportino un onere sproporzionato per il datore di lavoro. Tale impostazione trova ulteriore conferma nell'art. 26 della Carta dei

[16] M.D. FERRARA, *Disabilità e comporto, dalla conservazione alla protezione del posto di lavoro: spunti per un ragionevole bilanciamento*, in: Riv. Giut. Lav, n. 4/2024, p. 401; si consenta il rinvio a G. DELLA ROCCA, *Patologie croniche e tutela antidiscriminatoria: alla ricerca del lavoro "dignitoso"*, in: *Equal*, 2025, n. 3/4, p. 1-20.

diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità a beneficiare di misure volte a garantire "l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità".

La Corte di giustizia precisa, inoltre, che il periodo di comporto e l'aspettativa non retribuita non possono essere qualificati come "soluzioni ragionevoli", trattandosi di strumenti generali e neutri, destinati a operare indistintamente nei confronti di tutti i lavoratori malati, a prescindere dalla sussistenza di una disabilità. Si tratta, infatti, di misure non personalizzate, incapaci di rispondere alle specifiche esigenze del singolo lavoratore con disabilità e, pertanto, inidonee a garantire quel livello di adattamento individuale che costituisce il nucleo essenziale dell'obbligo di accomodamento ragionevole.

Ne deriva che il controllo giudiziale non può più arrestarsi alla mera verifica cronologica del superamento del comporto, ma dovrà estendersi alla valutazione dell'operato datoriale nel suo complesso. Spetterà dunque al giudice accertare se, prima di procedere al licenziamento fondato sul superamento di un periodo di comporto unico e indifferenziato, il datore di lavoro abbia effettivamente esplorato — e, ove praticabili, adottato — le misure di adattamento ragionevole idonee a consentire la prosecuzione della prestazione.

Solo in presenza di tale preventiva e seria valutazione il recesso potrà dirsi proporzionato; al contrario, la sua omissione rende il licenziamento intrinsecamente sproporzionato e discriminatorio, poiché fondato su assenze che potenzialmente avrebbero potuto essere evitate mediante adeguati accomodamenti.

Pertanto, prima della scadenza del periodo di comporto, grava sul datore di lavoro un articolato onere di attivazione, che la contrattazione collettiva è chiamata a disciplinare in modo espresso. Esso si sostanzia, in primo luogo, nell'obbligo di informare il lavoratore dell'imminente esaurimento del comporto[17], soprattutto in presenza di assenze prolungate e continuative, potenzialmente indicative di una patologia cronica; in secondo luogo, nell'acquisizione delle informazioni rilevanti sullo stato di salute del lavoratore e nella verifica della possibilità di conciliare cura e prestazione lavorativa mediante l'adozione di accomodamenti ragionevoli; infine, ove tale verifica abbia esito negativo, nella prospettazione

[17] Da ultimo, Cass. 17 maggio 2024, n. 1145; Cass. 15 maggio 2024, n. 13491, con nota di S. GRIVET FETA', *L'obbligo del datore di lavoro di comunicare l'imminente superamento del periodo di comporto, tra contrattazione collettiva, doveri di buona fede ed elemento costitutivo della fattispecie di licenziamento*, in *Labor*, 28 agosto 2024

dell'eventuale ricorso all'aspettativa non retribuita, se prevista dal contratto collettivo applicabile.

Da ciò discende l'esigenza che la gestione della fase che precede il superamento del comporto debba avvenire secondo una logica di cooperazione e dialogo tra le parti[18], attraverso una valutazione caso per caso: all'onere di attivazione datoriale deve infatti corrispondere un dovere di collaborazione del lavoratore, sicché non può ritenersi conforme ai principi di correttezza e buona fede un comportamento meramente ostruzionistico a fronte di iniziative ragionevolmente orientate alla conservazione del rapporto.

3. **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.**

Sulla base delle osservazioni svolte, emerge con chiarezza il rischio di una progressiva giurisdizionalizzazione di una materia che dovrebbe invece trovare la propria sede naturale nella contrattazione collettiva. In assenza di un intervento sistematico delle parti sociali, il compito di comporre il bilanciamento tra principi eurounitari e disciplina interna viene infatti demandato al giudice, con l'inevitabile effetto di produrre soluzioni frammentarie e disomogenee.

In tale contesto assume rilievo decisivo la qualificazione del periodo di comporto come istituto strutturalmente "neutro", estraneo al novero degli accomodamenti ragionevoli: il licenziamento per superamento di un comporto unico e indifferenziato non è, in astratto, incompatibile con la direttiva 2000/78/CE, ma la necessaria verifica giudiziale di proporzionalità finisce per attenuarne tale neutralità.

Il giudice, chiamato a pronunciarsi sul recesso datoriale, deve infatti accertare se la patologia del lavoratore rientri nella nozione europea di disabilità, se le assenze siano connesse a tale condizione e se il datore di lavoro abbia previamente valutato ed esplorato, in modo effettivo e personalizzato, la praticabilità di accomodamenti ragionevoli e, ove sostenibili, adottato misure organizzative idonee a evitare la cessazione del rapporto. Sarà,

[18] Cass. 24 aprile 2025, n. 10890; Cass. 7 gennaio 2025, n. 170, cit.; Cass. 31 maggio 2024, n. 15282; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402, cit.; Cass. 22 maggio 2024, n. 14316, cit. Sul punto, M. SALVAGNI, *Il licenziamento del lavoratore disabile per superamento del comporto nella interpretazione della Cassazione: la conoscenza del fattore di rischio e "l'onere bifronte" a carico delle parti per applicare l'accomodamento ragionevole*, in *Labor*, 2 novembre 2024; si consenta anche il rinvio a G. DELLA ROCCA, *La questione della conoscenza o conoscibilità dello* status *di disabilità*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2025, n. 2, pp. 1-10.

quindi, il mancato assolvimento di tale obbligo a rendere il licenziamento sproporzionato e, dunque, discriminatorio.

In questa prospettiva, la contrattazione collettiva è destinata ad assumere un ruolo centrale, quale luogo privilegiato di composizione tra il principio di uguaglianza sostanziale e le esigenze di sostenibilità organizzativa dell'impresa. Alle parti sociali spetta, in particolare, un duplice compito: da un lato, prevedere discipline differenziate del comporto per le patologie croniche, attraverso prolungamenti o meccanismi di scomputo delle assenze, in coerenza con la funzione dell'art. 2110 c.c.; dall'altro, definire procedure chiare, trasparenti e verificabili per l'individuazione degli accomodamenti ragionevoli concretamente attuabili, sia nella fase fisiologica del rapporto sia in quella estintiva, valorizzando strumenti di valutazione personalizzata — quali commissioni paritetiche o la figura del *disability manager* — idonei a garantire un equilibrio effettivo tra diritti individuali e libertà d'impresa.

In conclusione, la riconduzione della malattia di lunga durata alla nozione eurounitaria di disabilità impone il superamento del modello tradizionale, incentrato sulla sola tutela dell'assenza, a favore di un assetto a doppia dimensione: accanto a una protezione conservativa, affidata a una disciplina del comporto calibrata sulle specificità patologiche, una tutela dinamica e inclusiva, orientata alla prosecuzione del rapporto mediante accomodamenti ragionevoli.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI:

BONARDI, Olivia. "Accomodamenti ragionevoli e discriminazioni", in: Quaderni IEN, n. 1, 2024, p. 5-41.

BUOSO, Stefania. "Conferme sull'auspicata differenziazione collettiva del comporto del disabile e sull'"ineludibile" interlocuzione alla base degli accomodamenti ragionevoli", in: Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2024, II, p. 376.

CANEVE, Silvia. "Lavoratori con patologie croniche e conservazione del posto di lavoro: le soluzioni presenti nella contrattazione coletiva", in: Diritto delle Relazioni Industriali, n. 2, 2023, p. 515.

CARCHIO, Claudia. "Rischi e tutele nel reinserimento lavorativo delle persone con malattie croniche e trapiantate: prime riflessioni alla luce del d.lgs. n. 62/2024", in: Diritto della Sicurezza del Lavoro, n. 2, 2024, p. 162.

CHIAROMONTE, William. "L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia", in: Variazioni Temi Diritto del Lavoro, n. 4, 2020, p. 897.

DAGNINO, Emanuele. "La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema", in: Diritto delle Relazioni Industriali, 2023, p. 334-356.

DELLA ROCCA, Giada. "La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele", Ed. Giappichelli, 2024.

DELLA ROCCA, Giada. "Ancora sul periodo di comporto dei lavoratori con disabilità: questioni aperte in attesa di una contrattazione collettiva specifica"; in: *Labor*, 15 febbraio 2025.

DELLA ROCCA, Giada. "La questione della conoscenza o conoscibilità dello *status* di disabilità", in: Lavoro Diritti Europa, n. 2, 2025, p. 1-10.

DELLA ROCCA, Giada. "Patologie croniche e tutela antidiscriminatoria: alla ricerca del lavoro "dignitoso"", in: *Equal*, n. 3/4, 2025, p. 1-20.

DELLA ROCCA, Giada. "I *distinguo* della Corte di giustizia su comporto e accomodamenti ragionevoli", in: Labor, 27 ottobre 2025.

DELLA ROCCA, Giada. "Note critiche alla decisione del Tribunale di Ravenna alla luce della sentenza Pauni della CGEU", in: Labor, 11 dicembre 2025.

DIANA, Michele. "Il superamento del periodo di comporto e la discriminazione indiretta del lavoratore disabile: spunti interpretativi ed ipotesi alternative", in: Lavoro e Previdenza Oggi, News, 22 gennaio 2024.

DONINI, Anna Maria. "L'applicazione indistinta del comporto è discriminatoria se la malattia è riconducibile a disabilità", in: Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2023, II, p. 254.

ELMO, Maria Giovanna. "Condizione di disabilità e stato di salute del lavoratore alla luce del decreto legislativo n. 62 del 2024", in: Diritto della Sicurezza del Lavoro, n. 1, 2025, p. 58.

FERNÀNDEZ MARTÌNEZ, Silvia. "Disabilità oncologica. Accomodamenti ragionevoli e flessibilità per il lavoratore malato di cancro: la giusta via per la reale inclusione lavorativa", in: Adapt labour studies, e-book series, n. 64, 2017, p. 120-127.

FERNANDEZ MARTINEZ, Silvia. "L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?" In: Rivista diritto relazioni industriali, 2017, I, p. 74.

FERNANDEZ MARTINEZ, Silvia. – TIRABOSCHI, Michele. (a cura di), "Lavoro e malattie croniche", in: Adapt University Press, 2017.

FERRARA, Maria Dolores. "Disabilità e comporto, dalla conservazione alla protezione del posto di lavoro: spunti per un ragionevole bilanciamento", in: Rivista Giuridica del Lavoro, n. 4, 2024, p. 401.

GAROFALO, Domenico. "La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli", in: Argomenti di Diritto del Lavoro, 2019, p. 1211-1247.

GRIVET FETA', Sabrina. "L'obbligo del datore di lavoro di comunicare l'imminente superamento del periodo di comporto, tra contrattazione collettiva, doveri di buona fede ed elemento costitutivo della fattispecie di licenziamento", in: Labor, 28 agosto 2024.
LEVI, Alberto. "Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche", in: Diritto delle Relazioni Industriali, 2023, p. 277.

LUCIANI, Vincenzo. "Il comporto nel licenziamento del disabile "europeo" tra tutela antidiscriminatoria e accorgimenti ragionevoli". In: Diritto delle Relazioni Industriali, 2024, p. 1171.

PACIFICO, Francesco. "Accomodamenti ragionevoli per il lavoro delle persone con disabilità: innovazioni legislative e orientamenti giurisprudenziali", in: Diritto Mercato del Lavoro, 2024, p. 557.

SALVAGNI, Michelangelo. "Corte di Cassazione 21 dicembre 2023 n. 35747: malattia collegata all'handicap, discriminazione indiretta e nullità del licenziamento del disabile per superamento del comporto", in: Labor, 22 febbraio 2024.

SALVAGNI Michelangelo. "Il licenziamento del lavoratore disabile per superamento del comporto nella interpretazione della Cassazione: la conoscenza del fattore di rischio e "l'onere bifronte" a carico delle parti per applicare l'accomodamento ragionevole", in: *Labor*, 2 novembre 2024.

SALVAGNI, Michelangelo. "Il comporto unico e l'aspettativa non retribuita al banco di prova delle tutele antidiscriminatorie: prime riflessioni su CGEU 11 settembre 2025 – C-5/24 in tema di licenziamento del disabile", in: Lavoro e Previdenza Oggi*,* News*,* 15 settembre 2025.

SERVIDIO, S. Lavoratori disabili e periodo di comporto previsto dal Ccnl, in Dir. prat. lav., 2023, 38, p. 2253.

TIRABOSCHI, Michele. "Salute e lavoro: un binomio da ripensare. Questioni giuridiche e profili di relazioni industriali", in: Diritto delle Relazioni Industriali, 2023, p. 229- 276.

VARVA, Simone. (a cura di), "Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento", in: Adapt Labour Studies, e-Book series n. 27, 2014.

VARVA, Simone. "Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi", in: Rivista Italiana Diritto Lavoro, n. 1, 2018, p. 112.

ESIGENZE DI CURA E DISCRIMINAZIONE NEL CODICE DELLE PARI OPPORTUNITÀ: UN'IMPORTANTE CLAUSOLA DI CHIUSURA DEL SISTEMA

Care needs and discrimination in the Equal Opportunities Code: an important closing clause of the system

Elena Pasqualetto[1]

Università di Padova

DOI: https://doi.org/10.62140/EP201697131

Sommario: 1. Esigenze di cura e discriminazione di genere: alcune questioni aperte dal comma 2-*bis* dell'art. 25 CPO; 2. L'ampliamento della tutela antidiscriminatoria di cui all'art. 25 CPO; 3. Esigenze di cura e discriminazione: il diritto interno scavalca il diritto eurounitario?

Riassunto: Il saggio si concentra sull'inserimento, all'interno dell'art. 25 Codice delle pari opportunità (relativo alla nozione di discriminazione di sesso o genere), del fattore delle "esigenze di cura personale o familiare" da parte della l. n. 162/2021. L'analisi mira a verificare se e in che misura tale inserimento abbia prodotto un significativo ampliamento della nozione di discriminazione e quali problemi interpretativi e applicativi ne derivino. A tal fine vengono scandagliati sia il senso della locuzione "esigenze di cura personale o familiare", sia i rapporti della stessa con altre norme già presenti nel diritto antidiscriminatorio del lavoro, per arrivare alla conclusione per cui essa costituisce una sorta di "clausola di chiusura", che consente di far rientrare nell'ombrello protettivo della tutela antidiscriminatoria chiunque abbia una (ovviamente dimostrabile) esigenza di cura personale o familiare che va al di là di quelle in qualche modo tipizzate dalla normativa sulla disabilità, oltre che da quella sulla maternità e paternità. Nell'ultima parte del saggio si analizza il valore di tale previsione anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul tema delle discriminazioni per associazione legate alla disabilità.

Parole chiave: discriminazione; genere; cura; disabilità; associazione

Abstract: The essay focuses on the inclusion, within Article 25 of the Equal Opportunities Code (relating to the concept of sex or gender discrimination), of the factor of "personal or family care needs" by Law No. 162/2021. The analysis aims to verify whether and to what extent this inclusion has significantly broadened the concept of discrimination and what problems of interpretation and application arise from it. To this end, both the meaning of the phrase "personal or family care needs" and its relationship with other provisions already present in anti-discrimination labour law are examined, to reach the conclusion that it constitutes a sort of "closing clause", which allows anyone with a (demonstrable) personal or family care need that goes beyond those typified in some way by disability legislation, as well as maternity and paternity legislation, to fall under the protective

[1] Professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Padova. E-mail: elena.pasqualetto@unipd.it https://orcid.org/0000-0001-8130-664X

umbrella of anti-discrimination protection. The last part of the essay analyses the value of this provision in light of the case law of the Court of Justice of the European Union on the issue of discrimination by association related to disability.
Keywords: discrimination; gender; care; disability; association

1. ESIGENZE DI CURA E DISCRIMINAZIONE DI GENERE: ALCUNE QUESTIONI APERTE DAL COMMA 2-*BIS* DELL'ART. 25 CPO

Il binomio discriminazione - cura sollecita riflessioni su fronti diversi. Si può parlare infatti di lavori di cura e discriminazioni, ma si può anche parlare di discriminazioni ed esigenze di cura.

Trattando di queste ultime, se ci si focalizza sul sistema giuslavoristico interno, risulta che lo specifico fattore di discriminazione delle esigenze di cura vi ha fatto la sua comparsa in modo espresso solo nel 2021, "curiosamente" però non in modo autonomo, bensì all'interno di una definizione che era già presente nel nostro ordinamento, quella di discriminazione di sesso o genere, contenuta nell'art. 25 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, il codice delle pari opportunità (d'ora in poi CPO).

Ed invero la l. 5 novembre 2021, n. 162 ha integrato in modo rilevante tale definizione, tra le altre cose inserendo nell'elenco dei motivi di discriminazione assimilati al genere vero e proprio quello delle esigenze di cura personale o familiare. Se infatti il primo e il secondo comma dell'art. 25, nel definire il concetto di discriminazione diretta e indiretta, continuano a fare riferimento solo al sesso della persona, il comma 2-*bis*[2], come modificato dalla legge citata, oltre a dettagliare alcuni dei comportamenti che possono costituire un'ingiusta disparità di trattamento, affianca al sesso ed ai fattori (già presenti dal 2010) dello stato di gravidanza, della maternità o paternità (anche adottive) e della titolarità o esercizio dei relativi diritti, le esigenze di cura personale o familiare, oltre che l'età anagrafica[3].

Come si è già avuto occasione di rilevare[4], con questa nuova formulazione del comma 2-*bis* il legislatore ha evidentemente voluto allargare la nozione di discriminazione di genere, sia pure con una tecnica non certo impeccabile, che in effetti lascia scoperto più di un problema esegetico e sistematico. Questo non esclude tuttavia che, come si cercherà di argomentare, superate alcune iniziali perplessità, l'inserzione nel fattore cura nell'art. 25 trascini con sé alcune rilevanti e positive conseguenze applicative.

---

[2] Tale comma era stato introdotto nell'art. 25 dal d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5.

[3] Questo innesto conferma la tendenza del legislatore ad incrementare il novero dei fattori di discriminazione, in modo peraltro assai poco accorto, alimentando la discussione sul carattere tassativo o esemplificativo dei fattori, mai sopita in dottrina.

[4] Sia consentito rinviare a E. PASQUALETTO, *La complicata nozione di discriminazione di genere dopo la l. n. 162/2021*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, 2, p. 350.

Prima di soffermarsi su queste ultime, vale però la pena di dire qualche parola sulle questioni aperte dal testo novellato del comma 2-*bis*, nella parte in cui menziona i "nuovi" (almeno in tale contesto) criteri della cura e dell'età.

La prima riguarda il fatto che non è specificato se la definizione che viene ad essere incisa da questi nuovi inserimenti sia quella di discriminazione diretta o quella di discriminazione indiretta. La mancata presa di posizione in tal senso fa pensare che si tratti di entrambe[5]. E sembra questa l'idea che traspare anche dallo schema di decreto legislativo attuativo della direttiva UE 2023/970 sulla parità retributiva tra uomo e donna, del 10 maggio 2023, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 5 febbraio 2026[6]. Come tuttavia si vedrà, forse l'aggiunta dei nuovi fattori, ed in specie di quello delle esigenze di cura, produce effetti interessanti proprio sulla distinzione tra le due tipologie, nel senso che fa sfumare l'importanza della dicotomia stessa, oltre che agevolare la scoperta e la prova della discriminazione[7].

Una seconda questione riguarda il fatto che non è chiara la ragione per la quale sono stati mescolati criteri abbastanza diversi, come se fossero omogenei o comunque in qualche modo collegati al fattore che resta al centro della normativa di cui al CPO e cioè il genere. Se infatti è intuitiva e consolidata[8] l'assimilazione a tale fattore di quelli della gravidanza o della genitorialità[9], non si può dire lo stesso del criterio dell'età anagrafica o di quello, che qui interessa, delle esigenze di cura.

---

[5] Secondo D. IZZI, *La discriminazione di genere rivisitata e il* puzzle *da ricomporre*, in *Lav. dir.,* 2022, 3, p. 513, la discriminazione vietata dal comma 2-*bis* è «posta a cavallo tra le due figure che precedono». Per G. DE SIMONE, *Discriminazione*, in M. NOVELLA, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, p. 136, si tratta di una discriminazione "innominata", consapevolmente (o forse confusamente) non qualificata né nell'uno né nell'altro senso.

[6] Ed invero l'art. 3, comma 1, rinvia al comma 2-*bis* dell'art. 25 CPO sia per definire la discriminazione diretta che quella indiretta.

[7] Per R. SANTAGATA DE CASTRO, *Discriminazione diretta e indiretta: una distinzione da ripensare*?, in *Lav. dir.*, 2022, n. 3, p. 509, l'inserimento delle esigenze di cura personale e familiare in questo comma consente in molti casi (come quelli relativi a modifiche degli orari di lavoro impattanti sui genitori) di non dover più ricorrere al divieto di discriminazione indiretta sulla base del sesso, con un innegabile avanzamento sul piano delle tutele. Sul punto si tornerà più avanti.

[8] Anche l'art. 27 CPO ribadisce il concetto per cui le differenziazioni di trattamento legate alla maternità sono riconducibili a discriminazioni di genere, laddove stabilisce che il divieto di discriminazioni nell'accesso al lavoro, nella formazione e nella promozione professionale e nelle condizioni di lavoro opera anche quando il diverso trattamento è attuato «attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive». Resta, per converso, poco comprensibile come mai il legislatore non si sia avveduto dell'opportunità di ritoccare anche l'art. 3 del d.lgs. n. 151/2001, che, sotto la rubrica "Divieto di discriminazione", continua molto sinteticamente ad affermare che «è vietata qualsiasi discriminazione per ragioni connesse al sesso, secondo quanto previsto dal d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, con particolare riguardo ad ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti». Il rinvio del testo unico sulla tutela della genitorialità al CPO consente tuttavia abbastanza pianamente di integrare la nozione di discriminazione prevista nel primo testo con le aggiunte di cui al secondo.

[9] Come chiarisce Trib. Milano, sez. lav., 12 giugno 2023 (in *www.italianequalitynetwork.it*, 2023; in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, II, p. 534) «le discriminazioni nei confronti delle lavoratrici possono realizzarsi anche mediante "criteri

In terzo luogo, lascia perplessi anche la considerazione del fatto che per alcuni di questi fattori è già vigente una normativa antidiscriminatoria *ad hoc*. Questo è sicuramente vero per l'età, della quale si occupa il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 (che circonda peraltro questa nozione di tutta una serie di eccezioni e cause di giustificazioni molto peculiari) e si potrebbe pensare che sia vero anche per le esigenze di cura personale o familiare. Il sospetto è cioè che dietro questa espressione si nascondano in realtà uno o più criteri già presenti nel nostro ordinamento. Da ciò deriva che è necessario concentrarsi sul significato del nuovo (o apparentemente nuovo) fattore per cercare di capire che cosa esso realmente comprenda.

A questo proposito si può dire che non sembra corretto spezzare la locuzione e ritenere che essa contenga due fattori di discriminazione diversi: le esigenze di cura personali da un lato e le esigenze di cura familiare dall'altro. L'accento sembra essere infatti sul concetto di cura prima che sui soggetti che ne beneficiano, anche se ovviamente la cura di cui si tratta non può non essere individuata senza fare riferimento a coloro che ne sono i destinatari, ma questi ultimi sono a loro volta indicati con formule estremamente ampie e generiche[10]. A favore di questa lettura depone anche il fatto che la legge, utilizzando la disgiuntiva "o", mette vicini i due aggettivi, considerandoli alternativi. Ciò che conta maggiormente, in altre parole, è la circostanza che il lavoratore risulti impegnato in maniera forte sul fronte della cura, dell'assistenza a qualcuno (che potrebbe essere anche lui stesso)[11] e che per questo motivo subisca un trattamento diverso, svantaggioso.

A ciò si aggiunga che se si frantumasse la formula normativa diventerebbe davvero impossibile coglierne il senso più profondo, come dimostra invero la molteplicità delle interpretazioni che sono state prospettate. Si è detto, ad esempio, che le esigenze di cura familiare sarebbero quelle imposte dalla direttiva sul *work-life balance*, mentre quelle di cura

---

aggiuntivi" rispetto alla semplice appartenenza al genere femminile, con la conseguenza che devono essere valutati come motivi discriminatori anche lo stato di gravidanza, lo stato matrimoniale e il puerperio». Sull'assimilazione, anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, tra discriminazioni di genere e discriminazioni per maternità, cfr. A. GUARISO, *La Corte di Giustizia apre definitivamente la strada all'applicazione dell'art. 18 SL al licenziamento in gravidanza*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 1, p. 90; M. PERUZZI, *Mancata proposta di proroga di contratto a termine a lavoratrice in gravidanza: prova della discriminazione e danno*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, II, p. 540. Sulla nozione estesa di discriminazione diretta connessa alla gravidanza, cfr. S. ORTIS, *Lo stato di gravidanza come fattore di rischio nella tutela contro la discriminazione di genere sul luogo di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, II, p. 483.

[10] Sembra voler considerare in modo unitario l'espressione anche R. SANTAGATA DE CASTRO, *Discriminazione diretta e indiretta: una distinzione da ripensare*?, cit., p. 508, per il quale la norma «disvela l'intento di codificare un criterio nuovo» per identificare un gruppo sociale bisognoso di protezione.

[11] Come è stato invero giustamente rilevato (F. SCHIAVETTI, *I recenti interventi normativi volti a sostenere lo sviluppo della parità di genere in ambito lavorativo e familiare, anche promuovendo azioni di riequilibrio dei tempi di vita e di lavoro*, in E. D'AVINO, D. DE GENNARO, L. INNO, G. VICENTINI (a cura dì), *Work life balance e gender equality tra diritto e prassi*, Cacucci, Bari, 2025, p. 122) bisogna superare «una visione strettamente economicistica del lavoratore, considerato unicamente come soggetto funzionale al mercato, per riconoscerne anche il ruolo di persona inserita in reti di relazioni sociali e familiari, portatrice di bisogni propri e altrui»: e tra questi bisogni può esserci senza dubbio la cura di sé e dei familiari.

personale sarebbero «le esigenze di cura della salute e del benessere già considerate dal nostro ordinamento»[12]. Altra dottrina intravede nelle esigenze di cura personale un riferimento alla disabilità[13], il che non appare di per sé sbagliato, dato che sicuramente fra i lavoratori che hanno particolari necessità di dedicare cure a se stessi vi sono le persone con disabilità, ma resta in tal caso oscura la ragione per la quale il legislatore avrebbe utilizzato un'espressione diversa da quella di disabilità, che è consolidata nel diritto antidiscriminatorio del lavoro, qualora avesse voluto fare riferimento solamente a questo concetto[14].

Questo dubbio è invero presente nel pensiero di un'altra Autrice ancora[15], la quale propone una soluzione un po' diversa, con la quale ci si trova in sintonia, perché riesce ad individuare l'elemento di novità insito nella locuzione e quindi restituisce valore alla soluzione normativa, altrimenti del tutto depotenziata. Questa Autrice, da un lato, fa rientrare nelle esigenze di cura familiare quelle legate alla conciliazione vita-famiglia-lavoro, ma specifica anche che deve trattarsi di esigenze diverse da quelle sottese all'esercizio dei diritti connessi alla maternità e alla paternità o riconosciuti ai *caregivers*, come definiti dall'art. 1, comma 255, della l. 27 dicembre 2017, n. 205[16], dall'altro, esclude che al concetto di esigenze di cura personale si possa ricondurre (*tout court* o solamente, se bene si è inteso) la disabilità bio-psicosociale, nella misura in cui i lavoratori disabili sono già beneficiari di una tutela antidiscriminatoria specifica, che è essenzialmente quella contenuta nel d.lgs. n. 216/2003. A questo proposito va ricordato che vi è un altro articolato specificamente destinato a vietare le discriminazioni legate alla disabilità: si tratta dell'art. 2-*bis* della l. 5 febbraio 1992, n. 104, introdotto dal d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105 (il decreto equilibrio). Questa dottrina conclude sostenendo che il comma 2-*bis* dell'art. 25 CPO, nella parte in cui si riferisce alle esigenze di cura, ha un campo di applicazione residuale e cioè riguarda tutti i casi in cui il lavoratore, dedito alla cura di sé stesso o di un familiare, non può vantare determinati diritti contemplati da specifiche disposizioni.

---

[12] D. IZZI, *La discriminazione di genere rivisitata e il* puzzle *da ricomporre*, cit., p. 515.

[13] S. BORELLI, *Sguardi sul diritto antidiscriminatorio e sulle recenti politiche di genere*, in *Lav. dir.*, 2022, n. 3, p. 503.

[14] Che trova la sua tutela non solo nel d.lgs. n. 216/2003, ma anche nella l. 1 marzo 2006, n. 67 e in disposizioni più recenti, che ora si citeranno.

[15] Si tratta di C. GAROFALO*, Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, in *www.lavorodiritttieuropa.it*, 2023, n. 1, p. 8.

[16] Secondo questa norma «si definisce *caregiver* familiare la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della l. 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'art. 33, comma 3, della l. 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della l. 11 febbraio 1980, n. 18». A questa definizione si riferisce anche l'art. 39 del d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29, contenente disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane.

Sembra in effetti essere questo il grimaldello che consente di uscire dall'intricato labirinto di ipotesi, attribuendo un senso all'inciso qui in esame.

A riprova di ciò si può ricordare che, per quanto riguarda la disabilità, il citato art. 2-*bis* della l. n. 104/1992 vieta le discriminazioni nei confronti dei lavoratori che chiedono di usufruire o usufruiscono effettivamente dei benefici derivanti da tutta una serie di norme puntigliosamente indicate, quali l'art. 33 della legge medesima, gli art. 33 e 42 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (il testo unico sulla tutela della genitorialità), l'art. 18, comma 3-*bis*, della l. 22 maggio 2017 n. 81 (sul lavoro agile), l'art. 8 del d.lgs. 15 giugno n. 81, n. 81 (in materia di p*art-time*). Il divieto di discriminazione opera altresì, per espressa previsione del medesimo art. 2-*bis*, per gli stessi lavoratori, qualora usufruiscano di altri benefici loro concessi in relazione alla condizione di disabilità che li connota personalmente o che affligge coloro ai quali viene prestata assistenza e cura. Si tratta dunque di una norma che disegna in modo abbastanza pignolo il perimetro delle tutele da essa garantite, facendo riferimento a specifici diritti[17].

Ecco che, forse proprio per questo motivo, il legislatore del 2021 ha avvertito la necessità di introdurre una "clausola di chiusura", che consenta di far rientrare nell'ombrello protettivo della tutela antidiscriminatoria chiunque abbia una (ovviamente dimostrabile) esigenza di cura personale o familiare che va al di là di quelle in qualche modo tipizzate dalla normativa sulla disabilità, oltre che da quella sulla maternità e paternità.

Per quanto riguarda in particolare i genitori, si potrebbe obiettare a questa lettura che un ampliamento del concetto di discriminazione oltre i limiti di ciò che è segnato da specifici diritti o benefici attribuiti dalla legge o dalla contrattazione collettiva poteva già dedursi dal fatto che ancor prima del 2021 il comma 2-*bis* qui in esame prevedeva che i trattamenti o le modiche che costituiscono discriminazione siano anche quelli adottati «in ragione» degli specifici fattori elencati, e non solo quelli disposti «in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti»[18]. Anche questo inciso potrebbe invero essere letto nel senso che non è necessario che la normativa ricolleghi al fattore uno specifico diritto, ma che il fatto di trovarsi di per sé nelle condizioni previste dalla norma può bastare al configurarsi di una discriminazione (anche se, ovviamente, il lavoratore deve dimostrare la stretta connessione

[17] Critica il fatto che il legislatore, anziché costruire uno statuto del *caregiver* unitario e omogeneo, sia intervenuto in modo parcellizzato su singole disposizioni C. BERTI, *La Corte UE sui «caregiver»: tutela antidiscriminatoria indiretta e diritto agli accomodamenti ragionevoli*, in *www.rivstalabor.it*, 28 ottobre 2025, p. 7. Anche D. PALIAGA, *La discriminazione per disabilità: le principali questioni e le ultime novità dall'Europa*, in *www.lavorodirittieuropa.it*, 2025, n. 3, p. 28, sottolinea il ristretto ambito di applicazione di cui all'art. 2-*bis*. Tale A., con riferimento all'art. 25, comma 2-*bis* CPO, si limita a rilevare come in tale norma sia ravvisabile uno spazio di tutela per i *caregivers*.

[18] Mette in evidenza questo profilo S. BORELLI, *Sguardi sul diritto antidiscriminatorio e sulle recenti politiche di genere*, cit., p. 504.

tra il trattamento peggiorativo ed il fattore di cui è portatore). Va rimarcato però che prima del 2021 la norma collegava al genere sostanzialmente solo la genitorialità (anche *in progress*), autorizzando senz'altro una lettura ampia della nozione di discriminazione, ma unicamente rispetto a questo fattore. Ora invece ad essere "coinvolti" non sono più solamente i genitori, ma anche altri soggetti appartenenti ad una cerchia familiare allargata, con innegabili effetti positivi sull'ambito di applicazione delle tutele di cui al CPO.

Oggi dunque, combinando gli effetti che derivano dal fatto che norma parla, da un lato, di trattamenti adottati «in ragione» di uno dei fattori nominati e, dall'altro, di cura «personale o familiare», si può ipotizzare che nel riferimento esigenze di cura familiare rientri l'assistenza prestata non solo dai genitori, ma anche da altre persone legate al beneficiario da un rapporto, appunto, familiare. Potrebbe trattarsi quindi di cure destinate non ad un discendente diretto ma comunque ad uno stretto congiunto e, in particolare, dell'assistenza nei confronti di persone anziane che fanno parte della famiglia[19], anche se non disabili. D'altra parte, se così non fosse, si svuoterebbe quasi del tutto di senso l'inserimento nel "nuovo" criterio, posto che nel fattore della genitorialità è implicitamente compreso quella cura. È pacifico infatti che la legge non tutela madri e padri per il solo dato biologico di aver generato, ma per quella naturale proiezione e attitudine dell'essere genitore che si manifesta nel prendersi cura dei propri figli. In altre parole, l'elemento della cura è in qualche misura intrinseco a quello della genitorialità.

Per quanto riguarda poi specificamente i genitori, come si diceva, si possono ricomprendere nella protezione di cui all'art. 25 diversi tipi di necessità di gestione "domestica", che vanno al di là di quelle riconducibili a specifici benefici riconosciuti dalla normativa. Potrebbero rilevare, ad esempio, esigenze legate ai figli adulti, che generalmente non sono considerati dalla normativa sulla genitorialità, a meno che i figli non siano portatori di una disabilità.

Le esigenze di cura personali, a loro volta, possono essere individuate anche in quelle che affliggono il lavoratore per varie ragioni di salute, non riconducibili ad un vero e proprio stato di disabilità, neppure se inteso nel senso allargato e ormai condiviso di disabilità bio-psico-sociale.

2. L'AMPLIAMENTO DELLA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA DI CUI ALL'ART. 25 CPO

[19] A proposito delle quali basti qui accennare al fatto che solo di recente il legislatore ha iniziato a riservare una certa attenzione alla categoria, ciò che è avvenuto con il d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29 (attuativo della l. delega 23 marzo 2023, n. 33).

Quelli così individuati costituiscono senz'altro risultati applicativi di un certo peso, non ottenibili prima delle modifiche normative del 2021 o almeno non così evidentemente ottenibili, come dimostra la giurisprudenza, che in qualche caso non ha saputo valorizzare adeguatamente ciò che forse era già implicito nell'art. 25.

Per riportare l'esempio di una vicenda nella quale sarebbe stato più facile ravvisare una discriminazione se una norma così confezionata fosse stata all'epoca vigente si può ricordare un caso deciso con un'ordinanza del Tribunale di Trento, datata 8 settembre 2020 [20], in piena emergenza Covid.

La questione riguardava una lavoratrice, madre di una bambina di 9 anni, licenziata per essersi assentata ingiustificatamente dal lavoro per 11 giorni durante la prima ondata pandemica. La madre affermava di esaurito il congedo Covid per i lavoratori–genitori, accordato dall'art. 23 del "decreto Cura Italia[21]" nella misura di 15 giorni, e di aver chiesto di usufruire, durante il periodo di sospensione delle attività didattiche (via via prorogato dall'autorità governativa) di ferie residue e permessi già maturati. La richiesta era stata respinta dall'azienda; la dipendente (che non poteva contare sull'aiuto del padre della bambina) si era assentata ugualmente ed era stata licenziata per ragioni disciplinari.

Il giudice di Trento, pur ritenendo che il recesso fosse privo di giusta causa (essendo fondata la richiesta della lavoratrice di astenersi dal lavoro), non si è spinto sino a riconoscerne la natura discriminatoria o ritorsiva. Ed invero per il Tribunale, se è vero che, ai sensi dell'art. 2109 c.c., spetta al datore di lavoro individuare il periodo di godimento delle ferie e che i permessi previsti dal contratto collettivo, per non ostacolare il normale andamento dell'attività produttiva, vanno fruiti in periodi di minore attività e mediante rotazione, nel caso in esame l'esigenza della lavoratrice di sospendere il rapporto doveva considerarsi impellente e manifesta, in quanto connessa alla tutela di interessi protetti anche a livello costituzionale (art. 30, comma 1, Cost.). Oltre a ciò la società datrice non aveva dimostrato la sussistenza di ragioni di carattere produttivo che ostacolassero la fruizione, da parte della donna, delle ferie e delle ore di permesso accumulate, considerate ampiamente in grado di coprire i giorni di assenza addebitati disciplinarmente. La società datrice pertanto, secondo il giudice, anziché sanzionare la lavoratrice, avrebbe dovuto consentirle di fruire delle ferie e dei permessi già maturati e, compatibilmente con le esigenze produttive, anche di quelle maturande nell'anno 2020. Nella decisione vi è anche un riferimento anche alle norme sui congedi per gravi motivi familiari, sostenendosi che l'azienda avrebbe dovuto

[20] In *Riv. it. dir. lav.*, 2021, 1, II, p. 158, con nota di M.L. VALLAURI, *Fatica ad affermarsi il divieto di discriminazione per maternità.*
[21] D.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27.

consentire alla lavoratrice di fruire di un congedo non retribuito per gravi motivi familiari *ex* art. 169 CCNL durante l'intero periodo di sospensione delle attività didattiche»[22].

Ora è evidente che, alla luce di una disposizione costruita come il "nuovo" comma 2-*bis* dell'art. 25, il passo che il giudice avrebbe potuto compiere per individuare nella condotta datoriale una discriminazione legata alla maternità e alla cura (nel caso specifico di una figlia minore) sarebbe stato assai breve e le tutele riconosciute alla madre sarebbero state più corpose[23]. Nella vicenda in esame la lavoratrice era oltre tutto portatrice di ben due delle caratteristiche soggettive menzionate dalla norma: la maternità e l'esigenza di cura familiare, anche se quest'ultima non qualificata in modo tale da giustificare il ricorso allo specifico congedo emergenziale: dunque proprio quel *mix* di fattori che è presente nel comma 2-*bis*.

Cercando a questo punto di dare una risposta al dubbio, sopra evidenziato, relativo ai motivi che possono avere indotto il legislatore a inserire il fattore delle esigenze di cura proprio all'interno dell'art. 25 - e dunque nel contesto di un articolato che regolava la discriminazione di genere con un approccio già molto ampio - si può dire che probabilmente ha pesato la consapevolezza del fatto che spesso ad essere bersagliati da ingiusti trattamenti "diversi" sono lavoratori che entrano nel mirino datoriale non solo per essere donne, uomini, genitori (anche in divenire), ma anche e soprattutto per essere impegnati in attività di assistenza[24], se pur non va disconosciuto che in alcune occasioni la giurisprudenza ha compreso che un trattamento "diverso" riservato ad un genitore può essere considerato

---

[22] Per il Tribunale di Trento: «appare indubbio che la necessità di assistere una figlia dell'età di 9 anni convivente senza la presenza dell'altro genitore, la quale, a causa dell'emergenza Covid non possa avvalersi del servizio scolastico, integri un grave motivo familiare afferente a una situazione che comporta un impegno particolare della lavoratrice nell'assistenza della minore». Secondo M.L. VALLAURI, *Fatica ad affermarsi il divieto di discriminazione per maternità*, cit., p. 169, l'azienda avrebbe invece dovuto interpretare in modo estensivo la richiesta di ferie avanzata dalla lavoratrice.

[23] Basti pensare che lo stesso Tribunale, per rafforzare la tesi dell'inesistenza di una giusta causa di licenziamento, ha fatto leva anche sul «carattere giustificato dell'assenza dal lavoro in quanto dovuta a impossibilità di svolgere la prestazione per causa non imputabile alla lavoratrice». Il giudice ha ritenuto infatti che «le prestazioni di lavoro nelle giornate di assenza oggetto di addebito fossero divenute inesigibili per la ricorrente e, quindi, impossibili per causa a lei non imputabile» ed ha aggiunto che «questa statuizione trova riscontro in due dati legislativi che appaiono indicativi dell'esistenza di una situazione, in capo ai dipendenti genitori di figli in età scolare, che andava ben oltre la mera *difficultas* nell'adempiere l'obbligazione di lavoro». Il Tribunale ha citato a tale proposito l'art. 23 del "decreto Cura Italia", deducendone che il riconoscimento del diritto di astenersi dal lavoro «presuppone necessariamente che la prestazione di lavoro era divenuta impossibile – *melius* inesigibile – a causa della necessità di assistere i figli insorta a seguito della sospensione delle attività didattiche». E l'estensione del congedo operata a maggio 2020 dal "decreto Rilancio" (d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77), con effetti fino al 31 luglio dello stesso anno, comprovava che la situazione considerata dal legislatore al momento dell'emanazione del "decreto Cura Italia" era persistita fino a quella data, mentre la ricorrente aveva goduto solo di 15 giorni di congedo Covid.

[24] Ma R. SANTAGATA DE CASTRO, *Discriminazione diretta e indiretta: una distinzione da ripensare?*, cit., p. 508, definisce artificioso qualsiasi tentativo di considerare le esigenze di cura come caratteristiche intrinsecamente legate al sesso.

discriminatorio anche qualora non si traduca nella negazione di uno specifico diritto fra i tanti che sono riconosciuti dalla normativa relativa ai lavoratori - genitori[25].

Il "nuovo" fattore menzionato nel comma 2-*bis* va letto dunque alla luce di quelli preesistenti e può servire a rendere più agevole la "scoperta" della discriminazione e quindi l'applicazione del relativo strumentario[26].

Si potrebbe a questo punto pensare che il legislatore, mettendo l'uno accanto all'altro fattori diversi, si sia riferito alle categorie delle discriminazioni multiple o intersezionali[27], peraltro menzionate a più riprese anche dalla recente direttiva sulla parità retributiva e definite come la combinazione di discriminazioni fondate sul sesso e discriminazioni fondate su di un altro fattore protetto[28]. Perché si possa parlare di questo tipo di discriminazione deve esserci un'interazione fra i diversi fattori, che aumenta il rischio di trattamenti deteriori o addirittura li provoca, in modo tale che l'impatto combinato di più elementi conduce ad una nuova forma di discriminazione, qualitativamente diversa.

Non sembra tuttavia a chi scrive che questa sia una lettura obbligata e che cioè il fattore delle esigenze di cura (letto nei termini che si sono proposti, e cioè come clausola di chiusura) possa rilevare solo in abbinamento, in combinazione, in intersezione con uno degli altri fattori menzionati nel comma 2-*bis*, anche se a questa conclusione potrebbe indurre la considerazione per cui, come si è già rilevato, dal 2021 tali esigenze sono state sì espressamente riconosciute come fattore di discriminazione vietato, ma non in modo

---

[25] Ad esempio Trib. Milano, sez. lav., 12 giugno 2023 (in *italianequalitynetwork.it*, 2023; in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, II, p. 534) ha affermato che costituisce discriminazione in ragione della gravidanza l'esclusione "a priori" di una lavoratrice assente per maternità dal novero dei possibili destinatari di una proposta di proroga del contratto di somministrazione a termine, formulata invece ad altri dipendenti. Per il Tribunale il danno conseguente consiste nella perdita della possibilità di ottenere la proroga e può essere liquidato, come danno da perdita di *chances*, nel 50% della retribuzione riconosciuta ai dipendenti prorogati. Nella specie il giudice ha valorizzato, ai fini della prova, il fatto che il datore di lavoro avesse escluso la possibilità di proroga con largo anticipo sulla scadenza e subito dopo la comunicazione della gravidanza.

[26] Questo vale anche per il fattore anagrafico, il cui inserimento non può essere (questa volta necessariamente) null'altro che un richiamo a regole già esistenti, ma se l'elemento età si cumula ad uno degli altri motivi nominati può venire più agevolmente in evidenza la discriminazione di genere allargata.

[27] Per D. IZZI, *La discriminazione di genere rivisitata e il* puzzle *da ricomporre*, cit., p. 516, non si può escludere che nella riscrittura del comma 2-*bis* ci sia appunto un «mal calibrato slancio in tal senso». Secondo G. DE SIMONE, *Discriminazione*, cit., p. 135, il comma *de quo* pare fare riferimento alle discriminazioni multiple, anche se solo in relazione ad alcuni fattori. Di diverso avviso sembrano invece M. BARBERA, S. BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., p. 11.

[28] La direttiva menziona quelli di cui alle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE. Alla discriminazione intersezionale nell'UE è dedicata anche la Relazione A9-0190/2022 del Parlamento Europeo, sulla situazione socioeconomica delle donne di origine africana, mediorientale, latinoamericana e asiatica. Il concetto è ripreso dallo schema di decreto legislativo attuativo della direttiva, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 5 febbraio 2026, per il cui art. 3, comma 1, lett. m) è discriminazione intersezionale « la discriminazione originata dalla combinazione della discriminazione fondata sul genere con quella derivante da altri fattori di discriminazione, quali la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, di cui ai d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 e n. 216, all'art. 15 della l. 20 maggio 1970, n. 300, e agli artt. 43 e 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286».

autonomo, bensì nel contesto della nozione di discriminazione di genere. Se questa lettura fosse corretta si dovrebbe escludere che possa contare sulle tutele offerte dal CPO un lavoratore discriminato per ragioni di cura nel caso in cui non sia portatore *anche* di uno degli altri fattori che sono menzionati nel comma 2-*bis*, magari per non essere anche madre o padre del soggetto curato[29]. Ma, a parte il fatto che tutte le persone sono portatrici del fattore genere, questo significherebbe interpretare la disposizione *de qua*, come modificata nel 2021, in una logica esclusiva di intersezionalità, cosa che non sembra ragionevolmente sostenibile alla luce di come la norma è formulata. I diversi fattori sono esposti in un (ormai lungo) elenco, nel quale si parla «del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive» e se vi può essere alternatività tra alcuni di essi (ad esempio il sesso e la maternità) non si vede come non possa esservi tra tutti[30].

Come però si è visto, non è sempre così evidente e dimostrabile che genere, maternità, paternità siano la causa del trattamento diverso. Ecco che il legislatore, con gli inserti del 2021, ha (non si sa quanto consapevolmente) agevolato la prova di questo tipo di inaccettabili disparità di trattamento, consentendo un più facile utilizzo delle tecniche di tutela (anche processuale) di cui al CPO nelle assai frequenti situazioni in cui il fattore genere è qualificato da un'esigenza di cura, di per sé non compresa nel fattore stesso (a meno che, come si è detto, non si tratti specificamente dei genitori).

Da ciò consegue che, come si anticipava e come è stato già bene evidenziato[31], la circostanza di avere inserito le esigenze di cura tra i fattori di discriminazione produce alcuni ulteriori risultati vantaggiosi.

In primo luogo, se queste esigenze sono specificamente ad autonomamente menzionate nella norma, non è più necessario fare riferimento alla figura della discriminazione indiretta per provare che un trattamento dispari riservato ad un lavoratore genitore o ad una lavoratrice ponga questi soggetti in una posizione di particolare svantaggio (come prevede il comma 2 dell'art. 25) "proprio perché" essi hanno delle particolari necessità di cura. L'esigenza di cura, elevata di per sé a fattore vietato, conquista cioè un posto diverso

[29] Anche C. BERTI, *La Corte UE sui «caregiver»: tutela antidiscriminatoria indiretta e diritto agli accomodamenti ragionevoli*, cit., p. 7, si chiede se dalla peculiare collocazione del fattore cura derivi che esso può esser fatto valere soli dai genitori o se riguardi chiunque si occupi stabilmente di una persona non autosufficiente.

[30] Un discorso a parte deve essere fatto però per il fattore età, che appare veramente estraneo alla logica di una nozione come quella di discriminazione di genere e al contesto nelle tutele nel quale la nozione si inserisce. Si rinvia sul punto a E. PASQUALETTO, *La complicata nozione di discriminazione di genere dopo la l. n. 162/2021*, cit., spec. p. 373.

[31] R. SANTAGATA DE CASTRO, *Discriminazione diretta e indiretta: una distinzione da ripensare*?, cit., p. 509.

in seno alla fattispecie di cui all'art. 25 e quindi anche e proprio all'interno di quella diretta, la quale oltre tutto non tollera, come è noto, giustificazioni di sorta.

Per fare un esempio, valorizzando questo ragionamento il giudice del lavoro sarebbe più facilmente pervenuto ad individuare una discriminazione diretta anziché indiretta in un caso nel quale una lavoratrice, madre di tre figli, tra cui uno gravemente disabile, aveva subito un cambiamento degli orari di lavoro (o comunque un'applicazione rigida del sistema di turni praticato in azienda) per ragioni legate proprio alle sue necessità di accudimento del minore[32].

3. ESIGENZE DI CURA E DISCRIMINAZIONE: IL DIRITTO INTERNO SCAVALCA IL DIRITTO EUROUNITARIO?

In secondo luogo l'inserimento del fattore cura all'interno della definizione di discriminazione di genere consente di superare anche alcuni ulteriori problemi che sono venuti in evidenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia con riferimento al tema della cura delle persone con disabilità.

Ed invero il percorso che ha portato a considerare come vere e proprie discriminazioni quelle perpetrate nei confronti di chi si prende cura di una persona con disabilità è stato lungo e tortuoso e forse solo in tempo recenti, con la sentenza dell'11 settembre 2025, C-38/24 si è arrivati ad un approdo più ampio e stabile.

In precedenza, come è noto, sul fronte del diritto eurounitario, il tema del rapporto tra esigenze di cura e discriminazione era venuto alla ribalta in occasione della vicenda che ha portato alla pronuncia, da parte della Corte di Giustizia, della sentenza Coleman, del 17 luglio 2008, C-303/06. La Corte ha ritenuto che la direttiva 2000/78/CE trovi applicazione non solo in caso di discriminazioni perpetrate in modo diretto a danno di persone con disabilità, ma anche a fronte di disparità di trattamento attuate nei confronti di chi si prende cura di un soggetto disabile. Secondi i giudici del Lussemburgo infatti il principio della parità di trattamento sancito dalla direttiva si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1[33]. L'obiettivo perseguito è invero

[32] Si tratta della vicenda decisa da Trib. Catanzaro, (ord.), 9 dicembre 2023, in *www.italianequalitynetwork.it*, 17 gennaio 2024, con nota di D. COLABRARO, *Ancora su orario di lavoro e compiti di cura. Commento a Trib. Catanzaro 9.12.2023*.

[33] Ai sensi dell'art. 1 la direttiva "mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento". Per la Corte l'interpretazione di cui sopra è avallata dal testo dell'art. 13 CE, disposizione che costituisce il fondamento normativo della direttiva 2000/78, il quale conferisce alla Comunità la competenza ad adottare i provvedimenti necessari a combattere ogni discriminazione fondata, tra l'altro, sulla disabilità.

quello di combattere ogni discriminazione legata ad una delle caratteristiche personali elencate.

Per inquadrare meglio questo tipo di inaccettabili disparità di trattamento è stato coniato da tempo il termine di discriminazione per associazione[34].

Nella sentenza Coleman peraltro la Corte ha sostenuto che in realtà vi sono nella direttiva alcune disposizioni che restano applicabili solo a chi è personalmente portatore di una di tali caratteristiche, in specie della disabilità. In particolare, secondo la Corte, questo vale per l'art. 5, sulle soluzioni ragionevoli, così come per l'art. 7, n. 2[35]. Ciò in quanto «si tratta di disposizioni riguardanti o misure di discriminazione positiva a favore della persona essa stessa disabile, o misure specifiche che sarebbero private di ogni contenuto o che potrebbero rivelarsi sproporzionate se non fossero limitate alle sole persone disabili»[36].

A ciò si aggiunga che, per la medesima sentenza, le discriminazioni per associazione vietate dalla direttiva sono solo quelle dirette.

Questa lettura restrittiva è stata tuttavia messa di recente in discussione dalla Corte di Cassazione, con un'ordinanza (la n. 1788 del 17 gennaio 2024), con la quale si è sottoposta alla Corte di Giustizia una questione inerente ad una possibile discriminazione indiretta per associazione fondata sulla disabilità[37]. Per la Cassazione è invero astrattamente possibile un'interpretazione estensiva della direttiva, che metta in primo piano gli obiettivi perseguiti. Ed in effetti una vera tutela contro le disparità di trattamento sul lavoro passa necessariamente attraverso il divieto di discriminazioni anche di tipo indiretto. A favore di ciò vi è anche la valorizzazione di quanto previsto nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, alla quale deve conformarsi l'interpretazione della direttiva 2000/78. Seguendo l'interpretazione estensiva proposta dalla Cassazione si può arrivare a

---

[34] La quale non deve tuttavia essere considerata come un'autonoma ipotesi di discriminazione, derivando piuttosto dall'interpretazione del fattore di discriminazione e dal nesso di causalità che intercorre tra tale fattore e il trattamento svantaggioso: così M. BARBERA, *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2020, p. 58.

[35] Esso prevede che, quanto ai disabili, il principio della parità di trattamento non pregiudica il diritto degli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul posto di lavoro né osta alle misure intese a creare o mantenere disposizioni o strumenti al fine di salvaguardare o promuovere il loro inserimento nel mondo del lavoro.

[36] «Come risulta dai considerando sedicesimo e ventesimo», prosegue la Corte, «si tratta di misure volte a tener conto delle esigenze dei disabili sul lavoro e ad adeguare il luogo di lavoro a seconda della loro disabilità. Siffatte misure sono quindi specificamente volte a consentire e a incoraggiare l'inserimento dei disabili nel mondo del lavoro e, per questa ragione, possono riguardare soltanto questi ultimi nonché gli obblighi che incombono, nei loro confronti, ai loro datori di lavoro e, eventualmente, agli Stati membri».

[37] In argomento M.A. IMPICCIATORE, *La discriminazione per associazione del prestatore di cura nel recente dialogo "creativo" tra le Corti*, in *Dir. sicur. lav.*, 2025, 2, p. 39; F. ANDRETTA, *La centralità della figura del caregiver nell'assistenza ai disabili: effettività della tutela e adattamenti ragionevoli. La resilienza è donna*, in *www.rivstalabor.it*, 1° febbraio 2024.

imporre al datore di lavoro l'adozione di soluzioni ragionevoli nei confronti non solo dei disabili, ma anche di coloro che se ne prendono cura.

La Corte di Cassazione è arrivata peraltro a suggerire questa lettura senza poter applicare alla fattispecie da cui era originata la vicenda giudiziaria il comma 2-*bis* dell'art. 25 CPO, nella parte in cui fa riferimento alla cura, trattandosi di norma entrata in vigore successivamente al verificarsi dei fatti di causa. La circostanza che nella sentenza ciò sia espressamente rimarcato induce a pensare che i giudici della Suprema Corte fossero ben consapevoli del fatto che se, al contrario, la nuova disposizione fosse stata applicabile, il percorso argomentativo da seguire per estendere la tutela antidiscriminatoria ai lavoratori con esigenze di cura di una persona disabile anche ai casi di discriminazioni indirette sarebbe stato più agevole[38] e, addirittura, forse non sarebbe stato neppure necessario fare ricorso alla Corte di Giustizia per sollecitare un'interpretazione della direttiva tale da riflettersi su quella del diritto nazionale nel senso prospettato[39].

Ciò premesso, nonostante una parte della dottrina[40] si sia mostrata scettica su tale sviluppo, ritenendo il percorso argomentativo proposto dalla Cassazione non consentito dal testo dell'art. 5, che attribuisce il diritto agli accomodamenti ragionevoli direttamente ai disabili, la Corte di Giustizia, con la citata sentenza del settembre 2025, ha condiviso la prospettiva suggerita ed ha affermato che la direttiva vieta le discriminazioni per associazione di tipo sia diretto che indiretto[41].

Per la Corte inoltre l'art. 5, letto alla luce degli artt. 24 e 26 della Carta nonché degli artt. 2 e 7 della Convenzione dell'ONU, va interpretato nel senso che un datore di lavoro è tenuto, per garantire il rispetto del principio di uguaglianza dei lavoratori e del divieto di discriminazione indiretta di cui all'art. 2, par. 2, lett. b), della direttiva, ad adottare soluzioni ragionevoli anche nei confronti dei lavoratori che, senza essere essi stessi disabili, forniscano

---

[38] Ciò è invero quello che si è verificato in Trib. Milano, 17 luglio 2023 (in www.italianequalitynetwork.it, 16 novembre 2023, con nota di F. RIZZI, *L'impresa riorganizzata dai divieti di discriminazione*), che ha applicato il comma 2-*bis* dell'art. 25 in un caso nel quale il padre di una ragazzina affetta da disabilità, della quale egli si prendeva stabilmente cura, aveva subito una modifica dell'orario di lavoro considerata discriminatoria dal giudice. La fattispecie avrebbe potuto essere considerata come un'ipotesi di discriminazione indiretta per associazione.

[39] Sostanzialmente nello stesso senso C. BERTI, *La Corte UE sui «caregiver»: tutela antidiscriminatoria indiretta e diritto agli accomodamenti ragionevoli*, cit., p. 8; S. GUALANDI, *Oltre Coleman. La caregiver familiare di persona disabile è destinataria della tutela contro le discriminazioni indirette sul luogo di lavoro e del diritto agli accomodamenti ragionevoli?*, in *www.rivstalabor.it*, n. 4/2024, p. 507.

[40] M.A. IMPICCIATORE, *La discriminazione per associazione del prestatore di cura nel recente dialogo "creativo" tra le Corti*, cit., p. 42; G. ZAMPIERI, *Discriminazione indiretta e soluzioni ragionevoli per il* caregiver *della persona con disabilità?,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, IV, 805.

[41] Per un commento alla sentenza cfr. G. ZAMPIERI, *Il diritto del* caregiver *di una persona con disabilità alla piena tutela antidiscriminatoria di cui alla dir. 2000/78/CE*, in corso di pubblicazione in *Equal*, *www.dirittoantidiscriminatorio.it*.

ai figli affetti da disabilità l'assistenza che consente a loro di ricevere la parte essenziale delle cure che le loro condizioni richiedono, purché tali soluzioni non impongano al datore di lavoro un onere sproporzionato.

In sostanza, con questa decisione la Corte di Giustizia ha affermato che tutta la direttiva 2000/78, che vieta le discriminazioni per disabilità, compreso l'art. 5 sugli accomodamenti ragionevoli, opera anche per le cosiddette discriminazioni per associazione e quindi si applica non solo nei confronti dei lavoratori con disabilità ma anche nei confronti di quei lavoratori che, senza essere essi stessi disabili, si occupino della cura di soggetti disabili[42].

Anche questa sentenza peraltro cita, tra le norme rilevanti, il comma 2-*bis* dell'art. 25, sottolineando ancora una volta il suo essere entrato in vigore (nella parte che qui interessa) successivamente ai fatti di cui al procedimento principale. Va detto però che proprio grazie alla modifica normativa sulla quale ci si è soffermati in precedenza, nel nostro ordinamento già dal 2021 il fatto di "prendersi cura" (di sé stesso o di un familiare con particolare problemi, tra quali potrebbe rientrare proprio la disabilità) va considerato come un attributo della persona che assurge al ruolo di fattore di discriminazione vietato, rendendo forse superfluo ragionare di discriminazione per associazione[43].

Anche da questo punto di vista, pertanto, la maldestra operazione di aggiustamento della norma sulla discriminazione di genere ha prodotto un effetto positivo, forse addirittura "scavalcando" il diritto eurounitario.

BIBLIOGRAFIA

ANDRETTA, Francesco *La centralità della figura del caregiver nell'assistenza ai disabili: effettività della tutela e adattamenti ragionevoli. La resilienza è donna*, in *www.rivstalabor.it*, 1° febbraio 2024.

BARBERA, Marzia *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione*, in BARBERA, Marzia, GUARISO, Alberto (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2020, p. 5.

BARBERA, Marzia, BORELLI, Silvia, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2022, n. 451, p. 1.

[42] Nel caso di specie si trattava di una madre che prestava assistenza ad un figlio gravemente disabile e una parte della dottrina ritiene che non sia certo che i principi affermati dalla Corte di Giustizia siano applicabili in via analogica al caso in cui l'assistenza sia fornita da un altro familiare: in questo senso L. LA PECCERELLA, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronuncia sulla tutela del lavoratore caregiver di familiare affetto da grave disabilità*, in *www.lavorodirittieuropa.it*, 2025, n. 3, p. 9.

[43] Una vicenda recente nella quale si è ritenuto che fosse stata perpetrata una discriminazione diretta per associazione è stata decisa da Trib. Busto Arsizio, 21 luglio 2025, in *www.wikilabour.it*, *Newsletter Wikilabour* - anno XIV - n. 2 del 28/01/2026.

BERTI, Carola, *La Corte UE sui «caregiver»: tutela antidiscriminatoria indiretta e diritto agli accomodamenti ragionevoli*, in *www.rivstalabor.it*, 28 ottobre 2025.

BORELLI, Silvia, *Sguardi sul diritto antidiscriminatorio e sulle recenti politiche di genere*, in *Lav. dir.*, 2022, n. 3, p. 502.

DE SIMONE, Gisella, *Discriminazione*, in NOVELLA, Marco, TULLINI, Patrizia (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, p. 127.

GAROFALO, Carmela, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, in www.lavorodirittieuropa.it, 2023, n. 1.

GUALANDI, Sofia, *Oltre Coleman. La caregiver familiare di persona disabile è destinataria della tutela contro le discriminazioni indirette sul luogo di lavoro e del diritto agli accomodamenti ragionevoli?*, in *www.rivstalabor.it*, n. 4/2024.

GUARISO, Alberto, *La Corte di Giustizia apre definitivamente la strada all'applicazione dell'art. 18 SL al licenziamento in gravidanza*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 1, p. 87.

IMPICCIATORE, Milena Anna, *La discriminazione per associazione del prestatore di cura nel recente dialogo "creativo" tra le Corti*, in *Dir. sicur. lav.*, 2025, 2, p. 35.

IZZI, Daniela, *La discriminazione di genere rivisitata e il* puzzle *da ricomporre*, in *Lav. dir.*, 2022, 3, p. 512.

LA PECCERELLA, Luigi, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronuncia sulla tutela del lavoratore caregiver di familiare affetto da grave disabilità*, in www.lavorodirittieuropa.it, 2025, n. 3.

ORTIS, Silvia, *Lo stato di gravidanza come fattore di rischio nella tutela contro la discriminazione di genere sul luogo di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, II, p. 480.

PALIAGA, Daniela, *La discriminazione per disabilità: le principali questioni e le ultime novità dall'Europa*, in www.lavorodirittieuropa.it, 2025, n. 3.

PASQUALETTO, Elena, *La complicata nozione di discriminazione di genere dopo la l. n. 162/2021*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, 2, p. 350.

PERUZZI, Marco, *Mancata proposta di proroga di contratto a termine a lavoratrice in gravidanza: prova della discriminazione e danno*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, II, p. 539.

SANTAGATA DE CASTRO, Raffaello, *Discriminazione diretta e indiretta: una distinzione da ripensare*?, in *LD*, 2022, n. 3, p. 497

SCHIAVETTI, Flavia, *I recenti interventi normativi volti a sostenere lo sviluppo della parità di genere in ambito lavorativo e familiare, anche promuovendo azioni di riequilibrio dei tempi di vita e di lavoro*, in D'AVINO, Emilia, DE GENNARO, Davide, INNO, Laura, VICENTINI, Giulia (a cura di), *Work life balance e gender equality tra diritto e prassi*, Cacucci, Bari, 2025, p. 116.

VALLAURI, Maria Luisa, *Fatica ad affermarsi il divieto di discriminazione per maternità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, 1, II, p. 169.

ZAMPIERI, Giovanna, *Discriminazione indiretta e soluzioni ragionevoli per il* caregiver *della persona con disabilità?,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, IV, p. 802.

ZAMPIERI, Giovanna, *Il diritto del* caregiver *di una persona con disabilità alla piena tutela antidiscriminatoria di cui alla dir. 2000/78/CE*, in corso di pubblicazione in *Equal*, *www.dirittoantidiscriminatorio.it*.

LAVORO SPORTIVO E DISCRIMINAZIONI

Sports employment and discriminations

Antonio Leonardo Fraioli[1]

Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

DOI: https://doi.org/10.62140/ALF335966636

Sommario: 1. Introduzione - 2. I principi costituzionali in materia. – 3. Il rapporto tra uguaglianza e autonomia negoziale. – 4. Sport e discriminazioni di genere: le donne nello sport italiano. – 5. Ulteriori strumenti legislativi contro le discriminazioni. – 6. Considerazioni conclusive.

Abstract: Le discriminazioni in ambito sportivo hanno rappresentato per decenni una delle questioni più importanti con le quali anche i giuristi si sono dovuti confrontare. Invero, se lo sport è stato sempre visto idealmente come un luogo protetto dalle discriminazioni, soprattutto di genere, è altrettanto vero che questo, come altri settori dell'agire umano, è stato comunque permeabile ad influenze di natura discriminatoria, sia da parte del legislatore, sia nei rapporti tra gli individui stessi. Al fine di porre un freno a questi fenomeni, il legislatore italiano di recente ha promulgato una disciplina che, oltre a riformare il lavoro sportivo, ha consentito di introdurre una serie di prescrizioni con il preciso obbiettivo di contrastare i fenomeni discriminatori di genere e di ogni altra forma di violenza, di abuso, o discriminazione esistente. In particolare, esso è intervenuto con il d.lgs. 36/2021 con il quale si è previsto, tra le altre cose, l'incentivazione della rappresentanza femminile nelle Federazioni sportive ed il loro progressivo passaggio alle tutele approntate dalla categoria del professionismo sportivo. Inoltre, con il d.lgs. 39/2021, di concerto sempre con il d. lgs. 36/2021, il legislatore ha disciplinato l'introduzione, da parte delle Federazioni Sportive Nazionali, delle Discipline Sportive Associate, degli Enti di Promozione Sportive e delle Associazioni Benemerite, di linee guida e modelli organizzativi idonei al contrasto della discriminazione di genere, prevedendo tra l'altro, l'introduzione di una nuova figura all'interno di esse, il Safeguard officer, con il preciso compito di sovrintendere rispetto all'applicazione delle linee guida e dei modelli organizzativi anzidetti.

Parole chiave: Parità; discriminazione; genere; lavoro; sport.

Abstract: Discrimination in the field of sport has, for decades, represented one of the most important issues that legal scholars have had to confront. Indeed, although sport

[1] Professore associato di Diritto del lavoro presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", alfraioli@libero.it

has always been ideally regarded as a space protected from discrimination, especially gender discrimination, it is equally true that, like other areas of human activity, it has nonetheless been permeable to discriminatory influences, both on the part of the legislator and in relations among individuals themselves. In order to curb these phenomena, the Italian legislator has recently enacted legislation which, in addition to reforming sports labor, has introduced a series of provisions with the specific aim of combating gender-based discrimination and every other form of violence, abuse, or discrimination. In particular, Legislative Decree No. 36/2021 provided, among other things, incentives for female representation within sports federations and their gradual transition toward the protections afforded by the category of professional sports. Moreover, through Legislative Decree No. 39/2021, in conjunction with Legislative Decree No. 33/2021, the legislator regulated the introduction, by National Sports Federations, Associated Sports Disciplines, Sports Promotion Bodies, and Honorary Associations, of guidelines and organizational models aimed at combating gender discrimination. Among other measures, this included the introduction of a new role within these bodies — the Safeguarding Officer — entrusted with overseeing compliance with and implementation of the aforementioned guidelines and organizational models.

Keywords: Equality; discrimination, gender, employment, sport.

1. Introduzione

Lo sport ha da sempre rappresentato uno degli strumenti attraverso i quali gli individui hanno provato ad arginare e combattere le discriminazioni. Diversi sono gli esempi di atleti che, oltre ad essere stati eccellenti agonisti nelle loro discipline, si sono distinti per le lotte contro le discriminazioni. Basti ricordare il primatista olimpionico Jesse Owens, afroamericano, che combatté una battaglia silenziosa vincendo quattro ori olimpici alle Olimpiadi Berlino del 1936 davanti ad Adolf Hitler. Oppure Tommy Smith e John Carlos (afroamericani anche loro), rispettivamente il primatista mondiale ed il secondo classificato nei 200 metri alle Olimpiadi di Città del Messico del 1968, che alzarono il pugno nero in segno di protesta contro la segregazione razziale negli Stati Uniti d'America. Ed infine, proprio sul tema della discriminazione di genere, la tennista statunitense Billie Jean King, che da sempre si è battuta contro il sessismo nello sport e nella società, famosa, oltre che per i suoi risultati sportivi, anche per la c.d. *battaglia dei sessi*[2].

Eppure, la lotta alle discriminazioni in ambito sportivo certamente non si è conclusa, restando centrale, da un lato il superamento di quei comportamenti che gli individui pongono

[2] Celebre è la partita di tennis trasmessa in mondovisione nel 1973, tenutasi all'Astrodome di Houston, tra il 55enne Bobby Riggs e la 29enne Billie Jean King, vinto da King in tre set. L'incontro fu visto da circa cinquanta milioni di persone negli Stati Uniti e novanta milioni in tutto il mondo e la vittoria di King è considerata una pietra miliare nell'accettazione pubblica del tennis femminile.

in essere con intento discriminatorio e denigratorio nei confronti di atleti appartenenti alle minoranze più varie, dall'altro il problema dell'accesso al professionismo da parte delle atlete e la relativa parità salariale.

Il presente scritto intende soffermarsi sui recenti interventi che il legislatore italiano ha introdotto come argine a tali fenomeni, analizzando i principi costituzionali in materia e le problematiche inerenti al rapporto tra la libertà dei soggetti coinvolti e la tutela dell'eguaglianza e delle pari opportunità degli atleti.

2. I principi costituzionali in materia

La rilevanza dello sport nel nostro ordinamento ed il riconoscimento del suo valore sono consacrati dalla modifica dell'art. 33 Cost. con la l. cost. 1/2023, che ha riconosciuto in "*il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme*".

La Costituzione, infatti, a partire dall'art. 2[3] pone l'individuo come centro della garanzia e della tutela dei suoi diritti inviolabili, enucleando il c.d. *principio personalistico*, ossia la precedenza sostanziale dell'individuo rispetto allo Stato, ponendo tale principio in funzione *anti-totalitaria* e riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo sia nella sua unicità e individualità, sia nelle formazioni sociali ove la sua personalità si manifesta[4].

Alla luce di ciò, pertanto, l'individuo operante nel contesto sportivo gode, come qualsiasi altro soggetto, di una duplice tutela: la prima nei confronti dello Stato, o comunque di qualsiasi ente che si caratterizza in un rapporto di natura verticale nei confronti dell'individuo (ad esempio, nel contesto sportivo, le varie Federazioni sportive ed il Coni), la seconda nei rapporti tra individui stessi, ponendosi difatti l'art. 2 Cost. anche come limite espresso all'autonomia negoziale, qualora questa ecceda in condotte che ledano la persona ed i suoi diritti fondamentali.

Al rafforzamento del contrasto alle discriminazioni nell'ambito del lavoro sportivo contribuisce, ovviamente, anche l'art. 3 della Costituzione. Tale disposizione, come noto, rappresenta nel nostro ordinamento l'enucleazione del principio di eguaglianza (e quindi di non discriminazione) declinato sotto due direttrici fondamentali: il principio di eguaglianza formale ed il principio di eguaglianza sostanziale. Con il primo (art. 3, co. 1, Cost.) la

[3] "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

[4] L. PIROZZI, *L'art. 2 della Costituzione e i diritti inviolabili*, in D. MORANA, *I diritti costituzionali in divenire*, pp. 1-5, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

Repubblica sancisce l'eguaglianza di tutti i cittadini avanti la legge senza distinzioni di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. Con il secondo (art. 3, co. 2, Cost.), invece, la Repubblica si assume il compito di intervenire nei rapporti sociali ed economici al fine di rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto l'eguaglianza e la libertà dei cittadini, "*impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*".

Pertanto, la dimensione sportiva in cui si esplica la libertà dell'individuo risulta, al pari delle altre dimensioni costituzionalmente riconosciute e tutelate, una delle manifestazioni dell'individualità e della socialità umana nella quale i soggetti vedono riconosciuta una tutela sia di natura negativa, ossia di astensione da parte dell'ordinamento, di altri enti o altri individui da pratiche lesive della sfera giuridica dell'individuo, sia di natura positiva, ossia del compito da parte dell'ordinamento di predisporre tutti gli strumenti idonei a prevenire e reprimere le condotte di natura discriminatoria all'interno del mondo sportivo, e ciò anche e soprattutto sotto il profilo lavoristico, al fine di approdare ad una rinnovata concezione del principio di eguaglianza che non si sostanzia solamente nel concetto della *parità di trattamento*, bensì anche e soprattutto nel principio delle *pari opportunità*, che si pone quindi anche come limite all'autonomia negoziale.

3. Il rapporto tra uguaglianza ed autonomia negoziale

Il passaggio dalla concezione liberale dell'eguaglianza alla sua concezione potremmo dire "sociale", la quale chiama lo Stato non solo a non porre a fondamento delle proprie decisioni politiche ragioni di natura discriminatoria, ma ne richiede anche l'intervento affinché l'eguaglianza sia effettiva nel contesto sociale ove i cittadini stessi operano, ha posto evidentemente in crisi anche il classico concetto della libertà di origine ottocentesca, ed in particolare, sul versante civilistico, dell'autonomia privata e negoziale.

Con quest'ultima, infatti, si intende il potere del soggetto di diritto di poter "decidere sul *se* e sul *come* perseguire e raggiungere un certo scopo"[5]. Ossia, in altri termini, l'autonomia negoziale si manifesta come il potere da parte del soggetto di poter determinare il contenuto e l'oggetto del contratto, nei limiti imposti dalla legge. La libertà negoziale, pertanto, ha sia un contenuto positivo che si estrinseca nel potere di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, sia un contenuto negativo, inteso quale assenza di un obbligo di prestazione all'infuori della volontà del soggetto (eteronomia).

[5] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024.

È su quest'autonomia che tradizionalmente si fonda anche l'ordinamento sportivo, la quale è stata però spesso foriera di atteggiamenti di natura discriminatoria nei confronti degli atleti, si pensi ad esempio all'esclusione dal professionismo delle calciatrici, durata per molti anni.

Se da un lato, quindi, l'ordinamento giuridico deve esigere che anche nell'ordinamento sportivo vi sia il rispetto delle pari opportunità e del divieto di discriminazione tra i consociati così come statuito dall'art. 3 Cost., dall'altro deve considerare i principi classici del diritto civile quali la libertà e l'autonomia negoziale sulle cui basi l'ordinamento sportivo rivendica il potere di autodeterminarsi. Ed invero, la c.d. regola sportiva costituirebbe un ordinamento autonomo rispetto alla quale lo Stato non potrebbe intervenire attraverso le regole ed i principi dell'ordinamento generale[6].

Tale interpretazione[7], però, rischierebbe di rendere l'ordinamento sportivo impermeabile ai principi costituzionali, quando invece la *regola sportiva* non può sostituirsi all'ordinamento costituzionale, dovendo essere interpretata sotto il profilo della liceità (art. 1343 c.c.) e della meritevolezza (art. 1322 c.c.), anche alla luce del principio di non discriminazione, ai sensi dell'art. 3 Cost.[8]

4. Sport e discriminazioni di genere: le donne nello sport italiano

Ancora oggi di estremo rilievo è il tema della discriminazione di genere nel mondo sportivo, subendo le donne discriminazioni nei rapporti di lavoro rispetto ai colleghi uomini, a parità di livello e mansioni.

Le donne, infatti, prima della riforma di cui al d.lgs. 36/2021, erano sempre inquadrate come atlete "dilettanti", ancorché vi fossero anche atlete di altissimo profilo, mentre la qualifica di atleti professionisti era riservata solo agli atleti uomini di alcuni sport (calcio, ciclismo, basket e golf)[9].

Ed invero, nonostante il dettato costituzionale esaminato *supra* ed i principi sovranazionali in materia[10], lo sport femminile in Italia ha ricevuto e continua a ricevere un

---

[6] E. INDRACCOLO, *Sport femminile e discriminazioni di genere: la riforma del lavoro sportivo in Italia*, in *Actualidad juridica liberoamericana*, 2/2020, p. 602.

[7] Sul problema del rapporto tra ordinamento statuale e ordinamento sportivo si veda, in giurisprudenza, Cass. civ. n. 5216/2015; Cass. civ. 15934/2012.

[8] E. INDRACCOLO, *ibidem*, pp. 603-606. Sull'efficacia delle norme costituzionali programmatiche si veda A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 19 e ss.

[9] R. NUNIN, *Sport e questioni di genere*, in Lavoro e diritti in Europa, 3/2024, p. 4.

[10] Si veda ad esempio, la "Strategia per la parità di genere" presentata dalla Commissione europea, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0152;

trattamento di minor favore rispetto allo sport maschile. Circostanza emblematica è stata l'esclusione, sino al 2020, delle calciatrici dalle tutele del professionismo: le stesse, nonostante potessero militare nelle massime categorie dei campionati di calcio femminile, non potevano concludere rapporti di lavoro subordinato o autonomo in quanto equiparate agli atleti "non professionisti"[11].

Tale situazione di profonda illegittimità si poggiava sostanzialmente su due aspetti, uno legislativo e l'altro giurisprudenziale. Il primo, appunto, risiedeva nella legge n. 91/1981 (attualmente superata dalla riforma di cui al d.lgs. 36/2021) che regolamentava la disciplina del rapporto di lavoro tra atleti e sodalizi sportivi secondo la distinzione tra atleti "professionisti" ed atleti "dilettanti". Tale distinzione risultava essere evidentemente illogica ed arbitraria poiché la qualificazione di atleta professionista (e della conseguente tutela lavoristica sottesa) era una scelta del tutto arbitraria rimessa alla Federazione sportiva di riferimento, sul presupposto dell'autonomia ordinamentale sportiva. Questa qualificazione fornita *ex ante* dalla Federazione incideva direttamente sulla disciplina dei rapporti tra singoli atleti e sodalizi sportivi, con la diretta conseguenza che quest'ultimi non potessero derogarvi ancorché il concreto assetto di interessi stipulato dalle parti fosse sostanzialmente diverso[12].

Il secondo aspetto atteneva alla rilevanza dell'autonomia ordinamentale delle Federazioni sportive avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità[13], che non consentiva di poter derogare alle illogiche e discriminatorie disposizioni delle singole Federazioni che impedivano al genere femminile l'accesso al professionismo ed alle relative tutele.

Nell'ottica di superare tale situazione di profonda irragionevolezza, si è posta la riforma di cui al d.lgs. 36/2021 (entrata in vigore dal primo di luglio del 2023), la quale ha inteso apportare una sostanziale e profonda modifica dei rapporti lavoristici in ambito sportivo, ponendosi in netta cesura con la legge n. 91/1981[14].

Mediante tale nuova disciplina, invero, si è proceduto ad una radicale riforma del rapporto di lavoro sportivo ove la nozione di atleta "professionista" e atleta "dilettante" non è più dirimente nella qualificazione del lavoratore stesso, essendo oramai previsto all'art. 25 del d.lgs. 36/2021 che si intende lavoratore sportivo: "*l'atleta […] che, senza alcuna distinzione di genere ed indipendentemente dal settore professionistico o dilettantistico, esercita l'attività sportiva verso un corrispettivo a favore di un soggetto dell'ordinamento sportivo iscritto nel Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche, nonché a favore delle Federazioni sportive nazionali, delle Discipline sportive*

[11] E. INDRACCOLO, *Sport femminile e discriminazioni di genere: la riforma del lavoro sportivo in Italia*, *op. cit*., p. 596.
[12] E. INDRACCOLO, *ibidem*, p. 598.
[13] Si veda nota 7
[14] Per un approfondimento sia consentito rinviare a A.L. FRAIOLI, *La riforma del lavoro sportivo di cui al d.lgs. n. 36/2021*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1/2023.

associate, degli Enti di promozione sportiva, delle associazioni benemerite, anche paralimpici, del CONI, del CIP e di Sport e salute S.p.a. o di altro soggetto tesserato. È lavoratore sportivo ogni altro tesserato, ai sensi dell'articolo 15, che svolge verso un corrispettivo a favore dei soggetti di cui al primo periodo le mansioni rientranti, sulla base dei regolamenti tecnici della singola disciplina sportiva, tra quelle necessarie per lo svolgimento di attività sportiva, con esclusione delle mansioni di carattere amministrativo-gestionale"; ed inoltre al comma 2 la norma aggiunge che il rapporto di lavoro sportivo può costituire oggetto o di un rapporto di lavoro subordinato, o di un rapporto di lavoro autonomo, ovvero costituirsi nella forma delle collaborazioni coordinate e continuative *ex* art. 409, co. 1, n. 3.

La portata innovatrice della riforma è duplice. *In primis* perché con essa ora la qualifica di lavoratore sportivo esula dalla semplice qualificazione che la Federazione di appartenenza precedentemente faceva tra atleti "professionisti" ed atleti "dilettanti", ancorandosi ora su criteri oggettivi ed eliminando ingiustificate disparità di trattamento tra gli atleti stessi. *In secundis* emerge *expressis verbis* che l'articolo poc'anzi esaminato sancisce che la qualificazione di lavoratore sportivo non si basa sul genere dell'atleta lavoratore.

La volontà del legislatore è evidente ed è quella di arginare e contrastare irragionevoli disparità di trattamento tra atleti ed atlete a scapito di quest'ultime, favorendone l'integrazione e la parità anche sul piano lavoristico.

Ma la riforma non si limita a ciò.

Invero, il legislatore ha previsto agli artt. 39 e 40 del decreto legislativo in esame una disciplina di tutela e promozione delle atlete nell'ordinamento sportivo[15].

L'art. 39, infatti, ha istituito, sulla base di quanto già era stato disposto dalla legge n. 126/2020, nello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze il "Fondo per il professionismo negli sport femminili" da trasferire al bilancio autonomo della Presidenza del Consiglio dei ministri, il quale prevedeva una dotazione di 2,9 milioni di euro per il 2020, 3,9 milioni di euro per il 2021 e altrettanti per il 2022, ed infine rifinanziato, sinora, nel 2025. L'accesso al Fondo era condizionato dalle deliberazioni formali delle rispettive Federazioni sportive nazionali del passaggio al professionismo sportivo dei campionati femminili. Tale adempimento, però, non bastava, in quanto l'accesso al fondo era consentito nel caso in cui le risorse previste fossero state spese dalle Federazioni sportive per una serie definita di finalità. Per l'anno 2020, infatti, era previsto che tali fondi fossero utilizzati al fine di contrastare l'emergenza Covid-19, attraverso il sostegno al reddito, alla tutela medico-sanitaria delle atlete ed allo svolgimento di attività di sanificazione e ristrutturazione di

[15] Si veda anche T. VETTOR, *Incentivi economici per il professionismo femminile e promozione della parità di genere nello sport*, in *Ratio Iuris*, 2024, https://ratioiuris.it/incentivi-economici-per-il-professionismo-femminile-e-promozione-della-parita-di-genere-nello-sport/.

impianti e strutture sportivi. Mentre, per gli anni 2021 e 2022 i fondi dovevano essere destinati: "*1) alla riorganizzazione e al miglioramento delle infrastrutture sportive; 2) al reclutamento e alla formazione delle atlete; 3) alla qualifica e alla formazione dei tecnici; 4) alla promozione dello sport femminile; 5) alla sostenibilità economica della transizione al professionismo sportivo; 6) all'allargamento delle tutele assicurative e assistenziali delle atlete.*"[16]

Invece, l'art. 40 del d.lgs. n. 36/2021, sulla stessa scia dell'ampliamento e del rafforzamento della parità di genere in seno alle Federazioni sportive, ha previsto anzitutto che le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano, il CONI ed il CIP promuovano nei rispettivi ambiti di competenza la parità di genere, agevolando l'introduzione delle donne nei ruoli di gestione nei loro organi ed in quelli delle organizzazioni sportive.

Inoltre il legislatore ha previsto che il CONI ed il CIP adottassero, attraverso un regolamento da loro stessi emanato, i principi informatori degli statuti delle Federazioni Sportive Nazionali, delle Discipline Sportive Associate e delle Associazioni Benemerite, conformemente a quanto previsto dal Codice delle pari opportunità (d.lgs. n. 198/2006), mediante l'indicazione delle aree e dei ruoli ove implementare la partecipazione femminile e delle misure volte a favorire la rappresentanza delle donne nello sport. Nel caso in cui il CONI o il CIP non avessero provveduto a ciò entro sei mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. in esame, il regolamento sarebbe stato adottato tramite decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dell'Autorità politica da esso delegata in materia. Ed infine, la norma prevede per il CONI ed il CIP l'obbligo di vigilanza sull'osservanza di detti principi da parte delle Federazioni, Discipline Sportive Associate ed Associazioni Benemerite.

Ad oggi, tuttavia, non risultano essere stati emanati regolamenti in tal senso sia da parte del CONI, sia da parte del CIP, né tantomeno in regime di sussidiarietà è intervenuta la Presidenza del Consiglio, come invece previsto dalla norma già esaminata.

In realtà il CONI non è rimasto completamente inerte rispetto a quanto sinora detto. Ed invero con la delibera n. 1773 del 17 dicembre 2024, recante la disciplina in materia di "*Principi fondamentali degli Statuti delle Federazioni Sportive Nazionali e delle Discipline Sportive Associate*", il Comitato Olimpico Nazionale Italiano ha introdotto regole precipue volte a favorire la partecipazione delle donne all'interno degli organi direttivi. Invero, l'art. 5 prevede che gli Statuti delle Federazioni e delle Discipline associate devono garantire la presenza di componenti di diverso genere nei Consigli federali o nei Consigli di settore in misura non inferiore ad 1/3 del totale dei componenti.

[16] Art. 39 co. 3, lett. b del d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36.

Anche in ambito sovranazionale bisogna riscontrare con favore il lento ma progressivo cammino intrapreso dalla UEFA verso il superamento delle discriminazioni di genere, con l'aumento del premio per le fasi finali degli Europei di Calcio femminile del 2025 salito fino a 41 milioni di Euro (che ha rappresentato un aumento del 156% rispetto alla cifra del 2022), con l'obbligo di ogni Federazione nazionale di versare tra il 30% ed il 40% del totale dei pagamenti ricevuti dalla UEFA e per le squadre che raggiungono la fase ad eliminazione diretta è stato raccomandato di assegnare una percentuale compresa tra il 35% ed il 40% dei guadagni totali.

Ed ancora, nel caso dei Mondiali di Calcio delle nazionali femminili del 2023, la FIFA aveva previsto lo stanziamento di un montepremi di 110 milioni di dollari (con un assegno di 30.000 dollari per ogni calciatrice partecipante), rispetto ai 30 milioni del Mondiale del 2019, a fronte dell'ultimo montepremi per il Mondiale maschile del 2022 che è stato di 440 milioni di dollari[17].

5. Ulteriori strumenti legislativi contro le discriminazioni nello sport

Al di là delle discriminazioni di genere, il legislatore della riforma ha inoltre fornito una disciplina di tutela contro qualsiasi fattispecie discriminatoria, e più in generale, contro qualsiasi manifestazione di violenza ed abusi, anche nei confronti degli atleti minorenni. Ed invero il già più volte citato d. lgs. 36/2021 ed il d.lgs. n. 39/2021 hanno introdotto una serie di misure prodromiche al contrasto ed alla prevenzione delle violenze, degli abusi e delle discriminazioni in ambito sportivo.

L'art. 16 del d.lgs. 39/2021 ha previsto per le Federazioni sportive nazionali, le Discipline sportive associate, gli Enti di promozione sportiva e le Associazioni Benemerite, previo parere del CONI, l'obbligo di adozione, entro dodici mesi dalla entrata in vigore del presente decreto, delle linee guida (aventi validità quadriennale) recanti la predisposizione dei modelli organizzativi e di controllo dell'attività sportiva e dei codici di condotta a tutela dei minori avverso qualsiasi forma di molestia, violenza di genere e di ogni altra forma di discriminazione prevista dal Codice delle Pari opportunità, ovvero per ragioni di etnia, religione, convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale (art. 16., co. 1). Le Associazioni e le Società sportive dilettantistiche dovranno, entro dodici mesi dalla

[17] Di rilievo sono anche i casi, come quello della Nazionale danese maschile di calcio, ove i giocatori hanno rifiutato l'aumento dello stipendio per le loro presenze in Nazionale, così da garantire l'equità del compenso per le loro colleghe.

comunicazione di quanto sopra disposto, predisporre ed adottare modelli organizzativi e di controllo dell'attività sportiva conformi a quanto sopra prescritto (art. 16, co. 2). Contestualmente, il già più volte citato d. lgs. 36/2021, all'art. 33 prevedeva l'obbligo da parte delle società ed associazioni sportive (anche dilettantistiche) della designazione del Responsabile per la protezione dei minori per i fini anzidetti.

Per l'attuazione delle disposizioni appena esaminate è intervenuto il CONI con la delibera 255 del 25 luglio 2023.

Oltre a ribadire quanto già sopra previsto, tale delibera ha istituito l'obbligo per le Federazioni Sportive Nazionali, le Discipline Sportive Associate, gli Enti di Promozione Sportiva e le Associazioni Benemerite di nominare, anche istituendo un apposito organo federale, il Responsabile delle politiche di *safeguarding*, con il compito di sovrintendere e vigilare sull'adozione dei modelli organizzativi e di controllo dell'attività sportiva nonché sui codici di condotta, sul loro relativo aggiornamento, sulla loro applicazione ed osservanza, con la possibilità di adottare tutte le opportune misure ed iniziative volte a prevenire e contrastare ogni forma di abuso, violenza e discriminazione. Inoltre, si è previsto che tali soggetti debbano prevedere nei loro Statuti qualsiasi misura idonea a garantire l'effettività delle misure predette, prevedendo altresì la comminazione di sanzioni disciplinari per il mancato adeguamento a tali regole.

Ed infine, la delibera in esame ha disposo l'istituzione in seno al CONI dell'"Osservatorio Permanente per le Politiche di *Safeguarding*", le cui funzioni consistono, sostanzialmente: nell'emanare ed aggiornare le linee guida anzidette da trametterSi alle Federazioni, discipline sportive associate, Enti di promozione sportiva e Associazioni Benemerite; nel formulare raccomandazioni alla Giunta Nazionale del CONI sui pareri resi ai sensi dell'art. 16 d. l.gs. n. 39/2021; nel formulare raccomandazioni sulle iniziative di promozione e contrasto da parte dei soggetti coinvolti nelle politiche di prevenzione degli abusi, discriminazioni, violenze di genere di cui agli artt. 33 del d. lgs. 36/2021 e 16 d.lgs. n. 39/2021; nel favorire il coordinamento tar i vari Enti per la corretta attuazione delle disposizioni anzidette; nel predisporre e trasmettere alla Giunta Nazionale del CONI una Relazione annuale sulle politiche di *safeguarding*; nel condurre studi e ricerche anche con l'ausilio di istituzioni accademiche; infine, nell'espletare ogni altro compito affidagli dalla Giunta Nazionale del CONI.

6. Considerazioni conclusive

In conclusione, con la riforma del 2021 il legislatore italiano ha compiuto uno sforzo per cercare di garantire anche all'interno dell'ordinamento sportivo italiano i principi della pari opportunità e della parità di genere, affinché il mondo dello sport non sia solo idealmente veicolo dei principi di non discriminazione, parità ed eguaglianza, ma lo sia anche nei rapporti, soprattutto, tra gli Enti che compongono l'ordinamento sportivo (Federazioni, Discipline sportive Associate, Enti di Promozione sportiva, Associazioni Benemerite) ed i loro tesserati e tesserate.

Certamente, l'intervento legislativo non è sufficiente ad arginare fenomeni discriminatori che ledono la dignità della persona se questo non è accompagnato da una precipua applicazione delle direttive fornite e non vi sia anche una rinnovata coscienza individuale di ogni singolo soggetto che opera all'interno di tale contesto. Altrettanto evidente appare la parziale, se non totale, mancata ottemperanza all'art. 40 del d.lgs. n. 36/2021 che prevedeva per il CONI e per il CIP la deliberazione dei principi informatori degli statuti delle Federazioni Sportive Nazionali, delle Discipline Sportive Associate e delle Associazioni Benemerite, volti a rafforzare l'incremento della partecipazione e della rappresentanza femminile delle donne nello sport**.** Quest'obbligo, rimasto inevaso, avrebbe sicuramente apportato una disciplina di maggior tutela e favore nei confronti delle donne nello sport, ampliandone la partecipazione e la rappresentanza sino agli organi di vertice dei vari enti e federazioni di appartenenza (salvo quanto già previsto dal CONI con la delibera summenzionata).

L'altro nodo irrisolto della riforma è l'aver lasciato nelle mani delle Federazioni le decisioni in merito al professionismo o dilettantismo delle aree dello sport femminile, consentendo quindi alle stesse di poter decidere autonomamente (ed arbitrariamente) sulle sorti delle stesse lavoratrici.

Bibliografia

D'ATENA A., Lezioni di diritto costituzionale, Giappichelli Editore, Torino, 2018

Gazzoni F., Manuale di diritto privato, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024.

Indraccolo E., Sport femminile e discriminazioni di genere: la riforma del lavoro sportivo in Italia, in Actualidad juridica liberoamericana, 2/2020, p. 602.

Nunin R., Sport e questioni di genere, in Lavoro e diritti in Euroa, 3/2024, p. 4.

Pirozzi L., L'art. 2 della Costituzione e i diritti inviolabili, in D. Morana, I diritti costituzionali in divenire, pp. 1-5, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023;

Vettor T., Incentivi economici per il professionismo femminile e promozione della parità di genere nello sport, in Ratio Iuris, 2024, https://ratioiuris.it/incentivi-economici-per-il-professionismo-femminile-e-promozione-della-parita-di-genere-nello-sport/;

DISABILITÀ E LIBERA PROFESSIONE: DIGNITÀ DELLA PERSONA E RESPONSABILITÀ ISTITUZIONALI NELL'ATTUAZIONE DELL'UGUAGLIANZA SOSTANZIALE

Disability and Professions: human dignity and substantive equality as institutional obligations

Cristina Levorato[1]

Università degli Studi di Padova

DOI: https://doi.org/10.62140/CL460425164

Sommario: 1. Introduzione; 2. La dignità umana come principio fondante dell'ordinamento costituzionale e criterio di emersione delle discriminazioni; 3. Dignità, solidarietà ed effettività dei diritti nel lavoro contemporaneo: dalla proclamazione alla partecipazione; 4. Uguaglianza sostanziale, dignità e inclusione lavorativa: ragionevolezza, diritti sociali e disabilità tra tutela e rischio di paternalismo; 5. Diritto vivente, interpretazione costituzionale e nuove discriminazioni nel lavoro; 6. Diritti proclamati e diritti praticabili: l'accessibilità come criterio di effettività per l'avvocatura; 7. Conclusioni.

Riassunto: Il contributo analizza il rapporto tra dignità umana, uguaglianza sostanziale e inclusione lavorativa delle persone con disabilità nel contesto delle trasformazioni del lavoro contemporaneo, con particolare attenzione al lavoro autonomo e alle libere professioni. Muovendo dalla qualificazione della dignità quale principio fondante dell'ordinamento costituzionale e criterio di emersione delle nuove discriminazioni, l'indagine evidenzia come le attuali dinamiche economiche e organizzative producano forme di esclusione indirette e strutturali, spesso occultate dietro assetti formalmente neutrali.
L'articolo ricostruisce il nesso sistematico tra art. 2 e art. 3 Cost., valorizzando la funzione trasformativa dell'uguaglianza sostanziale quale strumento di rimozione degli ostacoli che limitano di fatto libertà, partecipazione e autodeterminazione professionale. In tale prospettiva, la disabilità viene letta secondo il modello sociale affermato dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, che impone di considerare le barriere ambientali, organizzative e culturali come fattori determinanti delle diseguaglianze.
Particolare attenzione è dedicata al ruolo del diritto vivente e dell'interpretazione costituzionalmente orientata nel garantire l'effettività dei diritti fondamentali anche nei contesti del lavoro autonomo, tradizionalmente meno presidiati dal diritto antidiscriminatorio. Nella parte conclusiva, il contributo affronta il tema dell'accessibilità della giustizia quale banco di prova della distanza tra diritti proclamati e diritti praticabili, qualificando l'accessibilità non come mero profilo organizzativo, ma come parametro di legittimità costituzionale e indicatore della qualità democratica della giurisdizione.
Parole-chiave: Dignità; Uguaglianza sostanziale; Disabilità; Lavoro autonomo; Accessibilità.

[1] Avvocato, Cultore della materia in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Padova. Email: crislevo@gmail.com. Link ORCID: https://orcid.org/0009-0000-4509-4539.

Abstract: This article explores the relationship between human dignity, substantive equality and labour inclusion of persons with disabilities in the context of contemporary transformations of work, with particular focus on self-employment and liberal professions. Starting from the recognition of dignity as a foundational constitutional principle and as a criterion for identifying emerging forms of discrimination, the study highlights how current economic and organizational dynamics generate indirect and structural forms of exclusion, often concealed behind formally neutral arrangements.
The paper reconstructs the systematic interplay between Articles 2 and 3 of the Italian Constitution, emphasizing the transformative function of substantive equality as a tool for removing obstacles that concretely limit freedom, participation and professional self-determination. Within this framework, disability is interpreted according to the social model endorsed by the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which shifts attention from individual impairment to environmental and organizational barriers.
Special attention is devoted to the role of "living law" and constitutionally oriented interpretation in ensuring the effective protection of fundamental rights in the field of self-employment, traditionally less covered by anti-discrimination safeguards. In its final section, the article addresses access to justice as a crucial test of the gap between proclaimed rights and rights actually exercisable. Accessibility is framed not merely as an administrative matter, but as a constitutional parameter and as an indicator of the democratic quality of the judicial system
Keywords: Dignity; Substantive equality; Disability; Self-employment; Accessibility.

1. INTRODUZIONE

Nel diritto contemporaneo, il rapporto tra lavoro, uguaglianza e dignità della persona si colloca al centro di una profonda trasformazione dei sistemi giuridici e sociali. Il lavoro continua a rappresentare uno degli spazi privilegiati di espressione della personalità e di partecipazione alla vita collettiva; al contempo, costituisce un ambito nel quale si manifestano con crescente intensità nuove forme di disuguaglianza e di discriminazione, non sempre riconducibili ai modelli tradizionali di esclusione.

La progressiva differenziazione dei modelli lavorativi, la diffusione del lavoro autonomo e professionale, nonché l'introduzione di criteri organizzativi e tecnologici apparentemente neutrali incidono in modo significativo sulle condizioni di esercizio dei diritti fondamentali. Queste trasformazioni assumono particolare rilievo con riferimento alle persone con disabilità, per le quali l'accesso e la permanenza nel lavoro — soprattutto al di fuori del rapporto di subordinazione — risultano frequentemente condizionati da fattori strutturali che sfuggono alle categorie tradizionali di tutela.

In questo contesto, la nozione di discriminazione si configura come fenomeno complesso e stratificato, che non si esaurisce nel divieto di trattamenti differenziati ingiustificati, ma investe le stesse modalità di organizzazione delle attività lavorative e

professionali. Le forme di discriminazioni indirette e cumulative operano attraverso meccanismi che, pur formalmente neutrali, producono effetti selettivi, limitando l'accesso alle opportunità lavorative, la continuità dell'attività professionale e la piena valorizzazione delle competenze.

L'ambito privilegiato dal diritto antidiscriminatorio è stato tradizionalmente il lavoro subordinato, nel quale si è sviluppato un apparato articolato di garanzie. Rimangono invece, meno esplorati i contesti del lavoro autonomo e delle libere professioni, nei quali le dinamiche escludenti assumono forme più diffuse e meno immediatamente riconoscibili, anche in ragione della pluralità dei centri decisionali e dell'assenza di un datore di lavoro formalmente individuabile.

La trasformazione del lavoro e la frammentazione delle forme organizzative sollecitano una riflessione sulla capacità dell'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost. di operare in modo trasversale, indipendentemente dalla qualificazione giuridica del rapporto. L'obbligo di rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto la libertà e la partecipazione non può essere circoscritto al solo ambito del lavoro subordinato, ma deve essere valutato alla luce dell'incidenza concreta delle barriere sull'autonomia e sulla dignità della persona.

In tale prospettiva, l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nel lavoro autonomo e nelle professioni costituisce un banco di prova significativo della coerenza dell'ordinamento rispetto al progetto costituzionale di pari dignità sociale. Le barriere organizzative, materiali e culturali che incidono sull'accesso e sull'esercizio dell'attività professionale pongono questioni rilevanti circa l'adeguatezza degli strumenti antidiscriminatori, non sempre calibrati su contesti caratterizzati da assetti relazionali e organizzativi più fluidi.

Il nesso tra art. 2 e art. 3 Cost. consente di leggere l'uguaglianza sostanziale come principio che orienta non solo il giudizio sulla legittimità delle differenziazioni, ma anche l'organizzazione delle professioni e dei servizi pubblici connessi al loro esercizio, nella prospettiva di un'effettiva tutela della dignità e della partecipazione professionale delle persone con disabilità.

L'obiettivo che ci pone non è proporre soluzioni precettive immediate, ma offrire una riflessione sistematica sulle condizioni di effettività della dignità e della partecipazione professionale delle persone con disabilità, nella consapevolezza che la qualità democratica

dell'ordinamento si misura anche nella capacità delle sue istituzioni di prevenire, oltre che di rimuovere, le diseguaglianze di fatto.

2. LA DIGNITÀ UMANA COME PRINCIPIO FONDANTE DELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE E CRITERIO DI EMERSIONE DELLE DISCRIMINAZIONI

La dignità umana costituisce uno dei cardini del costituzionalismo contemporaneo e rappresenta un principio fondativo dell'ordinamento, pur mantenendo una struttura concettuale aperta e intrinsecamente indeterminata. La sua forza normativa non risiede nella possibilità di una definizione puntuale e univoca, quanto piuttosto nella funzione assiologica che essa svolge quale valore supremo, idoneo a permeare l'intero sistema dei diritti fondamentali e a orientarne l'interpretazione e l'applicazione[2]. In questa prospettiva, la dignità opera come criterio ordinante del sistema costituzionale, assumendo una funzione trasversale che consente di ricomporre in unità diritti eterogenei e di guidare il bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti, specialmente nei casi in cui siano coinvolti soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità.

Sul piano storico-concettuale, la dignità non nasce come categoria giuridica, ma affonda le proprie radici nella tradizione filosofica e teologica, dove essa esprime il valore intrinseco dell'essere umano in quanto tale. È soltanto nel secondo dopoguerra che la dignità viene progressivamente elevata a parametro giuridico, in risposta alle esperienze totalitarie del Novecento e agli esiti disumanizzanti di un diritto sganciato da limiti assiologici[3]. In tale contesto, la dignità assume la funzione definibile "fondamento negativo" dell'ordinamento, quale limite invalicabile all'esercizio del potere pubblico e privato e quale criterio di delegittimazione di pratiche normative e amministrative lesive dell'integrità della persona[4].

---

[2] Sul carattere assiologico dei principi supremi PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale,* Padova: CEDAM, 1998, pp. 167-172; CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza del 9 maggio 2013 n. 85; CORTE COSTITUZIONALE. 9 aprile 2014, sentenza n. 162 ove la dignità della persona è qualificata come valore supremo dell'ordinamento costituzionale.

[3] LEVORATO, Cristina. Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, n. 2, pp. 871-894.

[4] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino: Einaudi, 1992, pp. 87 ss.; RODOTÀ, Stefano. *Il diritto ad avere diritti.* Roma-Bari: Laterza, 2012, pp. 179 ss.; RUGGERI, Antonio. Dignità umana e diritti fondamentali, in *Giurisprudenza costituzionale,* 2008, n. 6, pp. 3775 ss.; sul ruolo della dignità umana quale limite all'esercizio del potere pubblico e privato si veda HÄBERLE, Peter. La dignità dell'uomo come

La positivizzazione della dignità segna così il passaggio da una concezione meramente formale della legalità a un costituzionalismo sostanziale, fondato sul primato della persona.

Nell'ordinamento costituzionale italiano, la dignità non è proclamata come principio generale autonomo, ma emerge quale presupposto implicito dei diritti inviolabili dell'uomo. Essa è ricavata in via interpretativa dalla complessiva architettura costituzionale e trova significative espressioni testuali nella "pari dignità sociale" di cui all'art. 3, comma 1, Cost., nonché nel riferimento a un'esistenza "libera e dignitosa" contenuto nell'art. 36 Cost. La Corte costituzionale ha progressivamente valorizzato la dignità quale parametro assiologico di riferimento, affermando che la persona umana rappresenta il fine ultimo dell'ordinamento repubblicano[5] e che la tutela dei diritti fondamentali non può prescindere dal rispetto della dignità in tutte le sue dimensioni. In tal senso, la dignità si configura come valore unitario e indivisibile, idoneo a fungere da criterio di interpretazione evolutiva della Costituzione e da fondamento della protezione rafforzata dei soggetti più esposti a dinamiche di esclusione.

In questa prospettiva, la pari dignità sociale assume una valenza che trascende il lavoro subordinato, imponendo di considerare anche le forme di lavoro autonomo e libero-professionale come spazi costituzionalmente rilevanti di realizzazione della persona e, dunque, come ambiti nei quali devono essere prevenute e rimosse discriminazioni, anche indirette o strutturali, fondate sulla disabilità.

Nel contesto europeo, la dignità umana è espressamente riconosciuta come valore fondativo dell'ordine giuridico sovranazionale. L'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclama l'inviolabilità della dignità umana e ne impone il rispetto e la tutela[6], collocandola in posizione assiologicamente sovraordinata rispetto agli altri diritti garantiti. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha costantemente ribadito che la dignità costituisce il presupposto di tutti i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta e può fungere da limite anche alle libertà economiche, quando queste entrino in conflitto con la tutela della persona[7]. In tale prospettiva, la dignità assume una funzione

fondamento della comunità costituzionale. *Rivista AIC*, 2009, n. 1, pp. 1 ss.; LUCIANI, Massimo. Dignità umana e Costituzione, in *Politica del diritto*. 2010, n. 4, pp. 579 ss.

[5] CORTE COSTITUZIONALE. 28 novembre 2012, sentenza n. 264; Corte cost., sent. n. 85/2013; Corte cost., n. 162/2014; BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Gaetano. *Diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2020, pp.135 ss.

[6] BARBERA, Augusto. *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: il Mulino. 2017, pp. 27 ss.; CANNIZZARO, Enzo. *Diritti fondamentali e integrazione europea*. Milano: Giuffrè. 2018, pp. 63 ss.

[7] CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen,* ove la dignità umana è qualificata come valore fondamentale dell'ordinamento dell'Unione, idoneo a giustificare

ordinante del bilanciamento, sottraendosi a una logica puramente utilitaristica o economicistica.

Ciò assume particolare rilievo rispetto al lavoro autonomo e alle professioni, ove la libertà di iniziativa economica e la concorrenza non possono giustificare assetti regolatori o prassi di mercato che, pur formalmente neutrali, producano effetti discriminatori nei confronti dei professionisti con disabilità, comprimendone l'accesso, la permanenza o la piena partecipazione al mercato dei servizi professionali.

Nel diritto del lavoro e, più in generale, nel diritto delle relazioni economiche contemporanee, la dignità umana assume una funzione decisiva quale parametro di emersione delle nuove forme di discriminazione, che non si manifestano più soltanto attraverso esclusioni esplicite, ma mediante assetti organizzativi, criteri di produttività, modelli contrattuali, sistemi di accreditamento e pratiche di mercato che incidono sulla qualità del lavoro e sulla considerazione sociale della persona. Nel lavoro libero-professionale delle persone con disabilità, tali dinamiche si traducono frequentemente in discriminazioni indirette e sistemiche: requisiti organizzativi non ragionevolmente adattati, standard di *performance* non calibrati su un approccio inclusivo, costi di accesso non compensati, nonché barriere materiali e digitali che limitano l'effettiva possibilità di esercizio dell'attività professionale[8]. In tale quadro, la dignità non opera soltanto come limite negativo all'esclusione, ma come principio positivo che impone all'ordinamento di conformare le regole del mercato professionale in modo da garantire condizioni effettive di pari opportunità. La tutela della dignità della persona con disabilità nel lavoro libero-professionale si configura, pertanto, come criterio di qualificazione costituzionale delle discriminazioni non evidenti, consentendo di riconoscere come lesive della pari dignità sociale anche quelle prassi che, pur non esplicitamente discriminatorie, producono una compressione sostanziale delle possibilità di autodeterminazione professionale e di piena partecipazione economica e sociale.

limitazioni alla libertà economica; CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*.

[8] D'ONGHIA, Maria. Lavoro, disabilità e accomodamenti ragionevoli. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2019, n. 1, parte I, pp. 243 ss.; LASSANDARI, Andrea. Discriminazioni e lavoro non subordinato. *Lavoro e diritto,* 2020, n. 3, 421ss.

3. DIGNITÀ, SOLIDARIETÀ ED EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI NEL LAVORO CONTEMPORANEO: DALLA PROCLAMAZIONE ALLA PARTECIPAZIONE

La dignità umana trova il suo principale ancoraggio normativo nell'art. 2 della Costituzione, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiama contestualmente i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. In quanto norma a struttura aperta, parrebbe essere idonea a fungere da clausola generale di protezione della persona. Come costantemente affermato dalla Corte costituzionale, l'art. 2 Cost. non si limita a recepire un catalogo chiuso di diritti, ma consente l'emersione di nuove situazioni giuridiche soggettive, purché funzionali allo sviluppo integrale della personalità umana, ponendosi quale sede privilegiata di espressione della dignità come valore fondante dell'ordinamento[9].

Su queste fondamenta, la dignità assume una duplice valenza: da un lato, opera come limite invalicabile all'esercizio del potere pubblico e privato, impedendo che la persona venga ridotta a mero strumento per il perseguimento di fini eteronomi; dall'altro, si traduce in fondamento di pretese positive nei confronti dello Stato, imponendo obblighi di protezione e di promozione delle condizioni materiali e sociali necessarie al pieno sviluppo della persona. La giurisprudenza costituzionale ha, altresì, progressivamente chiarito che i diritti inviolabili non possono essere concepiti in una dimensione meramente negativa, ma implicano un dovere attivo della Repubblica di predisporre strumenti normativi e organizzativi idonei a garantirne l'effettività, in particolare nei confronti dei soggetti che si trovano in condizioni di fragilità strutturale. In termini teorici, tale impostazione si colloca, sulla condivisibile linea, secondo cui i diritti fondamentali, per non restare meri enunciati, devono essere accompagnati da garanzie istituzionali idonee a renderli effettivi[10].

Il richiamo ai doveri inderogabili di solidarietà, conferisce all'art. 2 Cost. una peculiare connotazione relazionale. La persona non è, infatti, considerata come individuo isolato, bensì come soggetto inserito in una rete di relazioni sociali che ne costituiscono il contesto di realizzazione. La solidarietà, in tale ottica, non si esaurisce in una dimensione etica o morale, ma assurge a principio giuridico vincolante, idoneo a fondare obblighi di cooperazione e di responsabilità condivisa. Essa rappresenta il necessario contrappunto dei diritti inviolabili e

[9] *Ex multis* CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza 11 luglio 2003 n. 233; Corte cost., sent. n. 85/2013;
[10] FERRAJOLI, Luigi; VITALI Ermanno (a cura di). *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari: Laterza, 2001, pp. 28 ss.

consente una loro lettura sistemica, orientata alla partecipazione e all'inclusione. Invero "i diritti non sono mai dati una volta per tutte: vivono solo se trovano strumenti che ne rendano possibile l'esercizio"[11], soprattutto dato che il problema centrale dei diritti fondamentali, nelle democrazie contemporanee, non è tanto la loro giustificazione, quanto la loro protezione effettiva[12].

In base a questa chiave interpretativa, l'art. 2 Cost. svolge una funzione di raccordo tra il riconoscimento della centralità della persona e il principio pluralista, anticipando e integrando le istanze di uguaglianza sostanziale che troveranno pieno sviluppo nell'art. 3, comma 2, Cost. La tutela della dignità e dei diritti inviolabili non può, dunque, essere disgiunta da una concezione attiva della solidarietà, intesa come criterio ordinante dell'azione pubblica e come presupposto indispensabile per la costruzione di un ordinamento inclusivo. Ne discende una concezione dei diritti fondamentali non come meri strumenti difensivi, ma come diritti abilitanti, funzionali alla partecipazione effettiva della persona alla vita politica, sociale ed economica della comunità.

Vale la pena sottolineare che l'art. 2 Cost. consente di qualificare come discriminatorie quelle dinamiche che, pur non violando formalmente il principio di parità di trattamento, determinano una sistematica compressione dei diritti fondamentali dei lavoratori più esposti, in ragione della loro posizione contrattuale o della loro fragilità sociale. In tale prospettiva, la solidarietà si traduce in un criterio di responsabilità dell'ordinamento rispetto agli effetti escludenti prodotti dal mercato del lavoro. Il principio di inclusione assume, dunque, una valenza sistemica, ponendosi come punto di raccordo tra dignità, partecipazione ed uguaglianza. Esso consente di superare una concezione statica dei diritti fondamentali e di adottare una prospettiva dinamica, orientata alla rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono a taluni soggetti di partecipare alla vita della comunità in condizioni di effettiva parità. L'inclusione si configura così come criterio ordinante dell'azione pubblica e come parametro di legittimità delle scelte normative e amministrative, imponendo una lettura della Costituzione sensibile alle diseguaglianze reali e alle condizioni concrete di esercizio dei diritti.

Se il nesso tra dignità, partecipazione ed effettività dei diritti emerge, come già accennato, con particolare evidenza nel contesto lavorativo, in quanto uno degli spazi

[11] RODOTÀ, Stefano. *Il diritto ad avere diritti*, p. 11.
[12] BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi, 1990, p. 16.

privilegiati di realizzazione della personalità, a ben vedere, proprio nel mercato del lavoro contemporaneo, si palesano con maggiore intensità le nuove forme di esclusione; e la partecipazione costituisce proprio uno degli ambiti nei quali si rivelano con maggiore evidenza le nuove discriminazioni che si producono, sempre più spesso, attraverso meccanismi indiretti legati all'assenza di protezioni adeguate per i soggetti inseriti in rapporti di lavoro atipici, discontinui o economicamente dipendenti. L'esclusione dai percorsi di stabilizzazione, dalla formazione, dalla rappresentanza sindacale o dai processi decisionali incide pertanto, sull'effettività dei diritti fondamentali. È in base a questa prospettiva, che l'inclusione lavorativa non può essere ridotta all'accesso formale all'occupazione, ma deve essere intesa come possibilità concreta di partecipare, in condizioni di pari dignità, alla vita economica e professionale, pena la trasformazione del lavoro in fattore di marginalizzazione, anziché di integrazione sociale; e proprio la tutela della dignità richiede che l'ordinamento garantisca non solo diritti astratti, ma le condizioni materiali affinché ciascuno possa sviluppare le proprie capacità fondamentali[13].

4. UGUAGLIANZA SOSTANZIALE, DIGNITÀ E INCLUSIONE LAVORATIVA: RAGIONEVOLEZZA, DIRITTI SOCIALI E DISABILITÀ TRA TUTELA E RISCHIO DI PATERNALISMO

Il principio di uguaglianza, nella sua declinazione costituzionale, si configura come criterio dinamico di garanzia della pari dignità sociale della persona e come parametro di legittimità delle differenziazioni normative, assumendo nel diritto del lavoro una funzione particolarmente problematica alla luce della crescente frammentazione delle forme contrattuali e organizzative[14]. L'art. 3 Cost., nel collegare l'uguaglianza formale alla pari dignità sociale, esclude una concezione meramente aritmetica del trattamento giuridico e impone una valutazione sostanziale delle differenze, orientata alla verifica delle condizioni concrete di esercizio dei diritti fondamentali[15]. Secondo questa visione, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha costantemente affermato che l'uguaglianza non coincide con

[13] NUSSBAUM, Martha C. *Frontieres of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*. Cambridge (MA), Harvard University Press, 2006, pp. 172 ss.
[14] BARBERA, Augusto. *Uguaglianza e diritti fondamentali*. Bologna: il Mulino, 2016, pp. 45 ss.
[15] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, pp. 147 ss.

l'uniformità, ma richiede l'adozione di trattamenti differenziati ogniqualvolta situazioni diseguali siano disciplinate in modo irragionevolmente omogeneo[16].

Il principio di ragionevolezza si afferma, in questo quadro, quale criterio di mediazione tra l'esigenza di generalità della norma e la tutela della dignità della persona, fungendo da parametro di controllo delle scelte legislative e amministrative[17]. Tuttavia, come sottolineato da parte della dottrina, la ragionevolezza non può risolversi in una clausola di stile, né in uno strumento di giustificazione *ex post* di opzioni discrezionali, bensì, deve essere ancorata a una verifica effettiva di proporzionalità e adeguatezza rispetto alle finalità perseguite[18]. In ambito lavorativo, ciò implica che le differenziazioni contrattuali e organizzative siano valutate non solo in base alla loro coerenza interna, ma anche in relazione agli effetti sistemici che producono su categorie strutturalmente vulnerabili di lavoratori.

Il secondo comma dell'art. 3 Cost. attribuisce alla Repubblica un compito positivo di rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza, configurando l'uguaglianza sostanziale come strumento funzionale alla realizzazione della dignità e non come fine autosufficiente[19]. In questa prospettiva, i diritti sociali – e in particolare il diritto al lavoro – assumono una funzione centrale quali condizioni materiali della partecipazione e della cittadinanza sostanziale. La Corte costituzionale ha chiarito che tali diritti, pur caratterizzati da una dimensione prestazionale, non possono essere compressi oltre un nucleo essenziale, neppure in presenza di vincoli finanziari, imponendo al Legislatore un rigoroso giudizio di proporzionalità nelle scelte allocative[20]. Ciò non significa, tuttavia, che ogni intervento compensativo sia di per sé costituzionalmente legittimo: la promozione dell'uguaglianza sostanziale incontra il limite della dignità, che esige politiche orientate all'autonomia e non alla mera assistenza.

Proprio su questo crinale si colloca il rischio di una degenerazione assistenzialistica dell'art. 3, comma 2, Cost., più volte segnalato in dottrina[21]. L'uguaglianza autentica non consiste nella produzione di risultati uniformi, ma nella predisposizione di condizioni che consentano a ciascun soggetto di esprimere le proprie capacità. Interventi pubblici che si

---

16 CORTE COSTITUZIONALE. 16 marzo 1960, sentenza n. 15/1960; CORTE COSTITUZIONALE. 24 marzo 1993, sentenza n. 109; CORTE COSTITUZIONALE 24 luglio 2020, sentenza n. 163.
17 CORTE COSTITUZIONALE. 23 gennaio 2015, sentenza n. 10.
18 LUCIANI, Massimo. Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. *Giurisprudenza costituzionale* 2007, n. 6, pp. 3657 ss.
19 RODOTÀ, Stefano. *Il diritto ad avere diritti,* pp. 181 ss.
20 CORTE COSTITUZIONALE. 19 ottobre 2016, sentenza n. 275; CORTE COSTITUZIONALE. 10 marzo 2022 n. 62.
21 CARLASSARE, Lorenza. Uguaglianza sostanziale e diritti sociali, in *Rivista AIC*, 2019, n. 1, pp. 1 ss.

limitino a compensare lo svantaggio senza incidere sulle sue cause strutturali rischiano di cristallizzare le differenze, trasformando la tutela in una forma indiretta di esclusione. Tale rischio emerge con particolare evidenza nel campo della disabilità, ove il superamento del modello medico-assistenziale a favore del modello sociale – affermato dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità – ha imposto una rilettura radicale delle categorie tradizionali di uguaglianza e discriminazione[22].

Secondo il modello sociale, la disabilità non è una qualità intrinseca della persona, ma il risultato dell'interazione tra l'individuo e un contesto lavorativo e organizzativo strutturato su standard di normalità escludenti.

L'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea[23], costituisce componente essenziale del principio di non discriminazione e non può essere degradato a misura meramente facoltativa, salvo il limite dell'onere sproporzionato. In questa prospettiva, anche misure formalmente neutrali possono integrare discriminazioni indirette quando producono effetti sistematicamente svantaggiosi in assenza di adeguati accomodamenti[24]. A tale quadro si affiancano le riflessioni dottrinali in materia di utilizzo di strumenti algoritmici e opacità decisionale nei contesti lavorativi, che evidenziano i rischi di discriminazioni indirette connesse a sistemi automatizzati di valutazione e gestione del lavoro[25]. Tale approccio è stato recepito tanto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha riconosciuto la disabilità quale fattore di vulnerabilità idoneo a fondare obblighi positivi di inclusione[26], quanto dalla

[22] NAZIONI UNITE. Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. Articoli 1, 3, 27. New York, 13 dicembre 2006. Ratificata in Italia con Legge 3 marzo 2009, n. 18.
[23] CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA. Sentenza 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, HK Danmark; CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA. Sentenza 11 settembre 2025, causa C-38/24, Bervidi.
[24] Per un quadro completo sugli accomodamenti ragionevoli si veda LIMENA, Francesco. Gli accomodamenti sempre più ragionevoli nel diritto vivente, nell'ottica antidiscriminatoria. *Equal*, 1, 2025, pp. 72 ss.; LIMENA, Francesco. La forza espansiva della nozione di accomodamenti ragionevoli: una strada sempre meno in salita. *Lavoro Diritti Europa,* 2025, n. 3 pp. 2 ss.; SBERNA, Giuseppe. L'adozione degli accomodamenti ragionevoli nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale: verso una piena inclusione lavorativa dei disabili. *Il diritto del mercato del lavoro*, 2025, n. 1, pp. 171-195; CELOTTO, Alfonso. Accomodamento ragionevole e diritti delle persone con disabilità. *Avvocatura dello Stato*, 2025, n. 1, pp. 1-16; BONARDI, Orsola. *L'accomodamento ragionevole: rimedio o nuova forma di discriminazione?* in Accomodamenti ragionevoli e discriminazioni. Atti del Convegno, Ferrara 27 novembre 2023, Quaderni IEN 2024, n. 1, pp. 5 ss.
[25] FABRIS, Matteo. Algoritmi e discriminazioni nel lavoro. *Riv. it. dir. lav.,* 2021, pp. 245 ss.
[26] CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO. Glor c. Svizzera, 30 aprile 2009; Cam c. Turchia, 23 febbraio 2016.

Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha qualificato gli accomodamenti ragionevoli come elemento essenziale del principio di non discriminazione in ambito lavorativo[27].

L'uguaglianza sostanziale, in tal modo, si configura quindi, oltre che principio ordinante anche trasformativo, che impone una revisione critica delle logiche di efficienza e produttività standardizzata e che consente di qualificare come costituzionalmente illegittime, non solo le discriminazioni dirette, ma anche quelle forme di esclusione strutturale che si annidano nell'organizzazione del lavoro. L'inclusione lavorativa delle persone con disabilità diviene così prova decisiva della tenuta complessiva del principio di uguaglianza, rivelando la capacità dell'ordinamento di coniugare dignità, autonomia e partecipazione in una prospettiva realmente sostanziale[28].

Ne deriva che, dando per assodata la ricostruzione dell'uguaglianza sostanziale come principio ordinante dell'inclusione lavorativa parrebbe possibile cogliere, con particolare chiarezza, il limite dell'attuale assetto delle politiche antidiscriminatorie, ancora fortemente ancorate a un modello occupazionale standard e a una concezione prevalentemente subordinata del lavoro. Infatti, se nel lavoro dipendente il diritto antidiscriminatorio ha conosciuto un progressivo affinamento degli strumenti di tutela – anche grazie all'elaborazione giurisprudenziale in tema di discriminazioni indirette e accomodamenti ragionevoli – tale evoluzione appare assai più fragile e discontinua nel lavoro autonomo e libero-professionale, ove la differenziazione dei regimi giuridici rischia di tradursi in una sostanziale sottrazione alle garanzie costituzionali[29]. In questi ambiti, l'uguaglianza formale tende a coincidere con l'assenza di divieti espliciti, mentre l'uguaglianza sostanziale resta affidata a interventi episodici, spesso di natura assistenziale o meramente incentivante, incapaci di incidere sulle barriere strutturali che ostacolano l'accesso e la permanenza nel mercato del lavoro.

Il ricorso sempre più frequente al lessico dell'"inclusione" nelle politiche pubbliche e nel discorso normativo, non sempre si accompagna a una reale trasformazione dei contesti organizzativi e professionali. Al contrario, esso rischia talvolta di assumere una funzione retorica, idonea a mascherare assetti che continuano a essere costruiti su standard di

[27] CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA. Sentenza 17 luglio 2008, causa C-303/06, Coleman. CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA. Sentenza 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, HK Danmark.
[28] CARETTI, Paolo; MORRONE, Andrea. *I diritti fondamentali,* Torino: Giappichelli, 2020, pp. 258 ss.
[29] PERSIANI, Mario. *Il Lavoro autonomo tra libertà e protezione*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2018, n. 1, 3 ss.; PERULLI, Adalberto. *Lavoro autonomo e tutele costituzionali*, in *DLRI,* 2019, n. 2, pp. 421 ss.

normalità produttiva escludenti. In tale prospettiva, l'inclusione viene ridotta a un obiettivo programmatico privo di adeguati strumenti attuativi, mentre l'uguaglianza sostanziale è svuotata della sua dimensione trasformativa e ricondotta a una logica di compensazione *ex post* dello svantaggio[30]. Questa torsione concettuale appare particolarmente problematica con riferimento alla disabilità, ove l'assenza di obblighi strutturali di adattamento nei contesti lavorativi autonomi e professionali finisce per trasferire sull'individuo l'intero costo dell'inclusione, in aperta contraddizione con il modello sociale affermato dal diritto internazionale e sovranazionale.

La dignità della persona, se assunta coerentemente come criterio di valutazione della legittimità delle differenziazioni normative, impone invece, di interrogarsi non solo sull'accesso formale al lavoro, ma sulle condizioni effettive di esercizio dell'attività professionale. Ciò implica una rilettura critica delle categorie tradizionali di autonomia e responsabilità individuale, frequentemente utilizzate per giustificare l'assenza di tutele nel lavoro autonomo, ma spesso incapaci di cogliere le asimmetrie strutturali che caratterizzano tali ambiti. In questa prospettiva, l'uguaglianza sostanziale non può essere confinata all'interno del rapporto di lavoro subordinato, ma deve estendersi all'intero spettro delle forme di lavoro, pena la costruzione di un sistema a tutela variabile, nel quale la dignità della persona risulta condizionata dal tipo di contratto o di *status* professionale.

L'inclusione lavorativa delle persone con disabilità si rivela, ancora una volta, come paradigmatica. Essa mostra come l'assenza di accomodamenti ragionevoli, di misure di accessibilità e di sostegni all'esercizio dell'attività autonoma non costituisca una lacuna neutra, ma una vera e propria forma di discriminazione strutturale, fondata su criteri apparentemente oggettivi, ma sostanzialmente escludenti[31]. Ne deriva l'esigenza di una riconfigurazione del principio di uguaglianza sostanziale in chiave realmente trasversale, capace di operare come limite alla frammentazione delle tutele e come parametro critico delle politiche del lavoro, restituendo alla dignità la sua funzione di criterio selettivo tra inclusione autentica e assistenzialismo mascherato. Solo in questa prospettiva l'uguaglianza può assolvere alla sua funzione costituzionale di strumento di emancipazione, anziché di legittimazione di nuove forme di disuguaglianza.

[30] AINIS, Michele. Inclusione e retorica dei diritti. *Questione giustizia,* 2020, n. 1, pp. 45 ss.
[31] LAMARQUE, Elisabetta. Disabilità*,* lavoro e discriminazioni indirette. *Rivista AIC*, 2021, n. 2, pp. 1 ss.; CORTE COSTITUZIONALE. 28 settembre 2016, sentenza n. 213.

5. DIRITTO VIVENTE, INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE E NUOVE DISCRIMINAZIONI NEL LAVORO

Nonostante l'ampiezza e la raffinatezza dell'apparato normativo posto a tutela dei diritti fondamentali, in particolare dei soggetti in condizioni di vulnerabilità, persistono significative diseguaglianze sul piano applicativo. Tale scarto tra il diritto formalmente proclamato e il diritto effettivamente vissuto evidenzia la centralità del diritto vivente quale luogo in cui i principi costituzionali sono chiamati a misurarsi con la complessità della realtà sociale[32]. La dignità e l'inclusione, in questa prospettiva, non possono essere affidate alla sola enunciazione normativa, ma richiedono un'opera interpretativa capace di tradurre i valori costituzionali in soluzioni concrete, sensibili alle condizioni materiali di esercizio dei diritti.

Seguendo questa direzione, assume particolare rilievo una concezione del diritto che ne riconosce l'origine e la legittimazione nella realtà sociale. La riflessione di Paolo Grossi ha messo in luce come il diritto non possa essere ridotto a un insieme di comandi astratti calati dall'alto, ma debba essere inteso come espressione di una fattualità intrisa di relazioni, bisogni e consuetudini[33]. In tale prospettiva, il compito del giurista non si esaurisce nella mera applicazione della norma, ma consiste in un'attività di interpretazione responsabile, volta a individuare, nel rispetto del dato normativo, soluzioni capaci di governare la complessità del reale. La dignità della persona diviene così criterio guida dell'interpretazione, imponendo una lettura della Costituzione orientata all'effettività dei diritti e alla rimozione delle diseguaglianze di fatto.

La centralità del diritto vivente emerge con particolare evidenza nella giurisprudenza costituzionale[34], che ha progressivamente valorizzato l'interpretazione sistematica ed evolutiva della Carta, al fine di garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali. In questo quadro, la dignità opera come parametro assiologico trasversale, idoneo a orientare il bilanciamento tra diritti e interessi costituzionalmente rilevanti e, a delimitare l'ambito della discrezionalità legislativa. La Corte costituzionale ha più volte affermato che il rispetto della dignità e dei diritti incomprimibili della persona costituisce un limite invalicabile anche per le

[32] HÄBERLE, Peter. *La società aperta degli interpreti della Costituzione.* Traduzione italiana a cura di A. Ruggeri. Roma: Carocci, 2001 pp. 29-35.
[33] GROSSI, Paolo. *L'invenzione del diritto.* Roma-Bari: Laterza, 2017, p. 33 ss.
[34] CORTE COSTITUZIONALE. 12 marzo 1969, sentenza n. 84. CORTE COSTITUZIONALE. 14 ottobre 1996, sentenza n. 356.

scelte di politica legislativa[35], imponendo una costante verifica della ragionevolezza e della proporzionalità degli interventi normativi.

In tale contesto, il ruolo delle professioni giuridiche assume una valenza che trascende la dimensione tecnica. L'avvocato, il magistrato e, più in generale, il giurista sono chiamati a farsi interpreti responsabili dei valori costituzionali, contribuendo alla costruzione di un ordinamento inclusivo attraverso una pratica del diritto attenta alle persone e alle loro concrete condizioni di vita. In questa prospettiva si colloca l'insegnamento di Piero Calamandrei[36], che ha concepito l'esercizio dell'avvocatura come attività intrinsecamente etica, fondata sulla comprensione dell'altro e sull'assunzione delle sue istanze. Tale visione risulta pienamente coerente con un diritto orientato alla dignità e all'inclusione, nel quale l'interpretazione giuridica si configura come strumento di responsabilità sociale e di promozione dei diritti fondamentali.

La dignità e l'inclusione emergono, così, non soltanto come principi normativi, ma come criteri interpretativi e operativi, capaci di orientare l'evoluzione del diritto costituzionale verso una tutela sempre più effettiva e sostanziale della persona. In questa chiave, il contributo del diritto vivente e l'impegno responsabile dei giuristi appaiono elementi imprescindibili per colmare la distanza tra il progetto costituzionale e la sua concreta attuazione, rendendo la Costituzione uno strumento vivo di inclusione e di giustizia sostanziale.

Nel diritto del lavoro, il divario tra norme antidiscriminatorie formalmente avanzate e prassi applicative escludenti, evidenzia il ruolo centrale del diritto vivente. Le nuove discriminazioni, spesso legate a modelli organizzativi e a procedure di valutazione caratterizzate da opacità decisionale, sfuggono a una lettura meramente letterale delle norme. Spetta al giurista il compito di intercettare tali fenomeni e di ricondurli a una valutazione costituzionale orientata alla dignità del lavoratore, assumendo una responsabilità interpretativa che si traduce in presidio effettivo dell'uguaglianza nel lavoro. Tale responsabilità interpretativa assume una valenza particolarmente significativa nel contesto delle professioni, ove la frammentazione degli assetti organizzativi e l'assenza di un datore di lavoro formalmente individuabile rendono più complessa l'emersione delle discriminazioni indirette. Nel lavoro autonomo e libero-professionale, l'effettività dell'uguaglianza sostanziale

[35] CORTE COSTITUZIONALE. 7 aprile 2011, sentenza n. 113.
[36] CALAMANDREI, Piero. *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*. Firenze: Le Monnier, 1935, rist. varie ed., pp. 5-18.

dipende in misura ancora maggiore dalla capacità del diritto vivente di intercettare prassi escludenti e di ricondurle entro la cornice dei principi costituzionali di dignità e pari dignità sociale.

6. DIRITTI PROCLAMATI E DIRITTI PRATICABILI: L'ACCESSIBILITÀ COME CRITERIO DI EFFETTIVITÀ PER L'AVVOCATURA

Le difficoltà di accesso agli uffici pubblici costituiscono una criticità strutturale che incide in modo significativo sull'esercizio delle professioni, mettendo in evidenza la persistente distanza tra il riconoscimento formale dei diritti e la loro effettiva fruizione nella concretezza dell'esperienza quotidiana. Nonostante l'ordinamento italiano abbia previsto un quadro normativo volto a garantire l'accessibilità degli spazi e dei servizi pubblici[37], tali disposizioni restano spesso inattuate o applicate in modo disomogeneo nei diversi contesti territoriali, con conseguenze dirette sulla libertà di iniziativa professionale e sulla pari dignità sociale dei soggetti interessati.

Dal punto di vista costituzionale, il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost., come già evidenziato, impone alla Repubblica un dovere positivo di rimozione degli ostacoli di fatto, che limitano la partecipazione alla vita sociale e professionale, dovere che assume particolare rilievo nei confronti delle persone con disabilità. Tale obbligo risulta ulteriormente rafforzato dal recepimento della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità[38], che riconosce il diritto all'accesso effettivo ai servizi pubblici e alla giustizia e impone l'adozione di accomodamenti ragionevoli quali strumenti ordinari di attuazione dell'uguaglianza sostanziale[39].

Accanto al profilo normativo, emerge tuttavia una criticità di natura culturale e informativa: la maggioranza dei professionisti non conosce in modo adeguato l'esistenza e il contenuto di protocolli organizzativi, linee guida e prassi inclusive già elaborate, né è consapevole delle possibilità offerte dall'ordinamento per attivare misure di accomodamento ragionevole. Questa asimmetria informativa finisce per tradursi in una limitazione indiretta

[37] ITALIA. Legge 9 gennaio 2004, n. 4. *Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici.*
[38] NAZIONI UNITE. *Convenzione sui diritti umani delle persone con disabilità.* New York, 13 dicembre 2006, art. 9 e art.13. Ratificata e resa esecutiva in Italia con Legge 3 marzo 2009, n. 18.
[39] CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA. Sentenza 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark* (Ring e Skouboe Werge) punti 53-56.

dell'esercizio dei diritti, che vengono percepiti come eccezioni da rivendicare caso per caso piuttosto che come garanzie strutturali del sistema.

In questo quadro, la figura dell'avvocato riveste un ruolo centrale e peculiare. In quanto professionista chiamato a garantire il diritto di difesa, l'avvocato non è soltanto titolare di diritti propri, ma anche soggetto funzionalmente preposto alla tutela dei diritti altrui. La sua piena ed effettiva partecipazione al processo costituisce, pertanto, una condizione essenziale per l'attuazione degli artt. 24 e 111 Cost. e per la realizzazione di un processo equo nel senso delineato dalla giurisprudenza europea[40]. Tale funzione di garanzia assume una valenza ancora più significativa quando l'avvocato sia egli stesso una persona con disabilità: in tal caso, l'ostacolo all'esercizio della professione non si traduce solo in una lesione individuale, ma incide indirettamente sulla qualità complessiva della tutela giurisdizionale offerta dal sistema[41].

Le difficoltà di accesso alle aule giudiziarie — aggravate dalla rigidità dei tempi processuali e dall'insufficiente strutturazione di modalità alternative di partecipazione, quali le udienze da remoto — riflettono in modo emblematico le stesse barriere riscontrabili negli uffici pubblici in generale. In assenza di protocolli chiari e uniformi, tali ostacoli colpiscono non solo gli avvocati con disabilità, ma anche parti, testimoni e consulenti anziani e/o con ridotta autonomia funzionale, con una compressione sostanziale del diritto di difesa e del principio del contraddittorio.

In questa prospettiva, assume rilievo la necessità di rafforzare il legame istituzionale e culturale tra gli ordini professionali e le università, al fine di integrare stabilmente nei percorsi formativi — iniziali e di aggiornamento — i temi dell'accessibilità, dell'accomodamento ragionevole e della giustizia inclusiva. Solo attraverso una consapevolezza diffusa dei diritti e degli strumenti disponibili è possibile superare una concezione meramente formale dell'uguaglianza e ricondurre l'accessibilità alla sua dimensione propria di requisito ordinario del buon funzionamento degli uffici pubblici e della giurisdizione.

Alla luce di ciò, le esperienze organizzative maturate in alcuni uffici giudiziari italiani[42] assumono un rilievo che travalica la dimensione meramente amministrativa. Esse dimostrano

---

[40] CONSIGLIO D'EUROPA. *Convenzione europea dei diritti dell'uomo.* Roma, 4 novembre 1950, art. 6.
[41] CORTE COSTITUZIONALE. 22 novembre 2021, sentenza n. 150.
[42] A titolo esemplificativo si vedano: ORDINE DEGLI AVVOCATI DI PADOVA, TRIBUNALE DI PADOVA, PROCURA DELLA REPUBBLICA, COMITATO PARI OPPORTUNITÀ DELL'ORDINE

che l'accessibilità può essere strutturata come criterio ordinario di organizzazione del servizio giustizia, attraverso protocolli condivisi, procedure standardizzate e meccanismi preventivi di attivazione degli accomodamenti ragionevoli[43]. La loro importanza non risiede soltanto nelle soluzioni tecniche adottate, ma nell'impostazione culturale sottesa: l'idea che la piena partecipazione al processo costituisca un presupposto di legittimità dell'attività giurisdizionale.

Tuttavia, la loro applicazione circoscritta e non uniforme sul territorio nazionale evidenzia un problema di sistema. Se l'effettività dell'accessibilità dipende dall'iniziativa del singolo ufficio o dalla sensibilità contingente dei dirigenti, si introduce una differenziazione territoriale nell'esercizio di diritti fondamentali che la Costituzione, agli artt. 3, 24 e 111, impone invece di garantire in condizioni di uguaglianza sostanziale[44]. L'assenza di una cornice nazionale vincolante rischia, pertanto, di tradursi in una tutela variabile e disomogenea, incompatibile con l'universalità del diritto di difesa.

Ne deriva che l'accessibilità non può essere relegata a profilo organizzativo né affidata alla discrezionalità amministrativa. Essa incide sul nucleo essenziale[45] della funzione giurisdizionale e sulla stessa legittimazione costituzionale dell'assetto processuale[46]. Un sistema che consenta la piena partecipazione solo in via eventuale o differenziata non realizza l'uguaglianza sostanziale, ma la condiziona.

L'implementazione generalizzata di protocolli inclusivi non rappresenta, dunque, una scelta opzionale di buona amministrazione, bensì un passaggio coerente con l'obbligo costituzionale di rimozione degli ostacoli di cui all'art. 3, comma 2, Cost., con la garanzia del diritto di difesa *ex* art. 24 Cost. e con il principio del giusto processo[47] *ex* art. 111 Cost. In tal

---

DEGLI AVVOCATI DI PADOVA. Accordo per la realizzazione del Progetto inclusione. Padova, 18 gennaio 2023; ORDINE DEGLI AVVOCATI DI VERONA, TRIBUNALE DI VERONA, PROCURA DELLA REPUBBLICA, COMITATO PARI OPPORTUNITÀ DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI VERONA. Protocollo procedimentale per l'accesso alla giustizia delle persone con disabilità. Verona, 9 luglio 2024; ORDINE DEGLI AVVOCATI DI GELA, TRIBUNALE DI GELA, PROCURA DELLA REPUBBLICA, COMITATO PARI OPPORTUNITÀ DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI GELA. Protocollo d'intesa, 9 aprile 2025.

[43] PUPO, Valentina. L'accomodamento ragionevole tra diritto antidiscriminatorio e Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. In *Rivista AIC,* 2023, n. 4, spec. pp. 7, 23-24.

[44] CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza 3 giugno 1987 n. 215; CORTE COSTITUZIONALE. 26 febbraio 2010, sentenza n. 80.

[45] CORTE COSTITUZIONALE. Sent. n. 80/2010.

[46] CAPUOZZO, Valentina. Capacità amministrativa ed efficienza dell'azione: ricadute sull'effettività del diritto di difesa e organizzazione degli uffici giudiziari. *La rivista "Gruppo di Pisa",* fasc. 4/2023, pp. 7 ss.

[47] CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO. Sentenza 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*; CORTE COSTITUZIONALE. 12 gennaio 1982, sentenza n. 18.

senso, l'accessibilità diviene parametro di misura della qualità democratica della giurisdizione: laddove essa manchi, la distanza tra diritti proclamati e diritti praticabili non costituisce una fisiologica imperfezione del sistema, ma un indice di incompiuta attuazione del progetto costituzionale.

L'effettività dei diritti non si misura nella loro proclamazione normativa, ma nella loro concreta praticabilità[48]. Se l'organizzazione giudiziaria non è strutturalmente predisposta a rimuovere gli ostacoli che impediscono l'esercizio della professione e la partecipazione al processo, il deficit non è meramente gestionale: è costituzionale.

Per questa ragione, l'implementazione generalizzata di protocolli inclusivi non rappresenta una scelta opzionale di buona amministrazione, ma un adempimento coerente con l'obbligo di rimozione degli ostacoli *ex* art. 3, comma 2, Cost., con la garanzia del diritto di difesa *ex* art. 24 Cost. e con il principio del giusto processo *ex* art. 111 Cost. L'accessibilità diviene così parametro di misura della qualità democratica della giurisdizione.

In questa prospettiva, la distanza tra diritti proclamati e diritti praticabili non può essere tollerata come fisiologica: essa costituisce un indice di incompiuta attuazione del progetto costituzionale. Colmare tale distanza non significa introdurre privilegi, ma rendere effettiva la promessa di pari dignità che la Costituzione pone a fondamento dell'ordinamento[49].

7. CONCLUSIONI

L'analisi svolta mostra come la dignità della persona con disabilità, letta in connessione sistematica con l'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost., non possa essere confinata entro il perimetro tradizionale del lavoro subordinato. Il lavoro autonomo e libero-professionale rappresenta oggi, uno degli ambiti nei quali più chiaramente emergono discriminazioni indirette e strutturali, spesso occultate dietro assetti formalmente neutrali e giustificate attraverso il richiamo all'autonomia contrattuale o alla libertà di iniziativa economica.

---

48 CALAMANDREI Piero. *La Costituzione e le leggi per attuarla.* In: Opere giuridiche, vol. III. Napoli: Morano, 1965 pp. 511-595.

49 RUGGERI Antonio. Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale. *Rivista AIC*, 2011, n. 1, pp. 2-3.

L'uguaglianza sostanziale non si esaurisce nel divieto di trattamenti differenziati espliciti, ma impone una revisione critica delle condizioni organizzative, materiali e culturali che incidono sull'accesso e sull'esercizio dell'attività professionale. L'assenza di accomodamenti ragionevoli[50], di protocolli inclusivi e di misure di accessibilità non costituisce una mera inefficienza amministrativa: essa integra una forma di discriminazione strutturale, in quanto trasferisce sull'individuo l'intero costo dell'inclusione, in contraddizione con il modello sociale della disabilità affermato a livello costituzionale e sovranazionale.

In tale quadro, il diritto vivente e l'interpretazione costituzionalmente orientata svolgono un ruolo decisivo nel colmare la distanza tra diritti proclamati e diritti praticabili. Tuttavia, l'effettività dei diritti fondamentali non può essere affidata esclusivamente all'iniziativa del singolo che rivendica un accomodamento caso per caso. Un sistema che intervenga solo "a richiesta" non realizza l'uguaglianza sostanziale, ma si limita a porre rimedi episodici a una struttura organizzativa intrinsecamente escludente.

Ne deriva una responsabilità istituzionale chiara. Le università, il Consiglio Nazionale Forense, gli ordini professionali e, più in generale, le istituzioni che regolano l'accesso e l'esercizio delle professioni sono chiamate ad assumere un ruolo attivo e strutturale. Non è sufficiente reagire alle istanze individuali o predisporre soluzioni *ad hoc*; occorre integrare stabilmente l'accessibilità e gli accomodamenti ragionevoli nei regolamenti, nei protocolli organizzativi, nei percorsi formativi e nei meccanismi di valutazione professionale. L'inclusione non può essere gestita come eccezione, ma deve divenire criterio ordinario di organizzazione.

La qualità democratica dell'ordinamento si misura nella capacità delle sue istituzioni di prevenire le diseguaglianze e non soltanto di correggerle *ex post*[51]. Se l'accesso alla professione, alla formazione e alla giurisdizione resta condizionato dalla sensibilità contingente del singolo ufficio o dall'iniziativa individuale del professionista con disabilità, il deficit non è personale ma sistemico. In tale prospettiva, la frammentazione delle forme di lavoro non può tradursi in una frammentazione della tutela costituzionale, né la libertà economica può fungere da schermo rispetto agli obblighi di rimozione degli ostacoli.

[50] BUSATTA, Laura. *L'accomodamento ragionevole nel diritto antidiscriminatorio.* Napoli: Jovene, 2018, pp. 92 ss.
[51] RODOTÀ, Stefano. *Il diritto ad avere diritti*, p. 48.

Rendere effettiva la pari dignità sociale significa assumere l'inclusione come parametro strutturale di legittimità dell'organizzazione professionale e giudiziaria. Solo attraverso un impegno istituzionale proattivo — e non meramente reattivo — l'uguaglianza sostanziale può conservare la sua funzione emancipatrice ed evitare di ridursi a formula programmatica priva di incidenza reale. Diversamente, la distanza tra diritti proclamati e diritti praticabili continuerà a rappresentare non una fisiologica imperfezione del sistema, ma il segno di un progetto costituzionale ancora incompiuto.

Il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. evidenzia che i diritti fondamentali non sono monadi isolate, ma vivono dentro relazioni e responsabilità condivise. L'inclusione professionale delle persone con disabilità non è soltanto una questione di tecnica normativa, ma di cultura istituzionale e di assunzione concreta di responsabilità. Sono dunque i soggetti — nei ruoli universitari, forensi, ordinistici e amministrativi — a rendere effettivi o a svuotare di significato i principi costituzionali. La solidarietà, prima ancora che obbligo giuridico, è scelta quotidiana di rendere possibile la partecipazione dell'altro. È in questa determinazione – quotidiana ed istituzionale – che la promessa costituzionale di uguaglianza e pari dignità sociale cessa di essere promessa e, trovando la sua piena attuazione, diviene realtà. Infatti "la solidarietà non è un sentimento di vaga compassione o di superficiale intenerimento per i mali di tante persone. Al contrario, è la determinazione ferma e perseverante di impegnarsi per il bene comune"[52].

REFERENZE BIBLIOGRAFICHE:

AINIS, Michele. Inclusione e retorica dei diritti. Questione giustizia, 2020.

BARBERA, Augusto. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Bologna: il Mulino, 2017.

BARBERA, Augusto. Uguaglianza e diritti fondamentali. Bologna: il Mulino, 2016.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Gaetano. Diritto costituzionale. Torino: Giappichelli, 2020.

BOBBIO, Norberto. L'età dei diritti. Torino: Einaudi, 1990.

BUSATTA, Laura. L'accomodamento ragionevole nel diritto antidiscriminatorio. Napoli: Jovene, 2018.

CALAMANDREI, Piero. Elogio dei giudici scritto da un avvocato. Firenze: Le Monnier, 1935.

[52] GIOVANNI PAOLO II. *Sollicitudo Rei Socialis*. Lettera Enciclica. Città del Vaticano. 30 dicembre 1987, n. 38.

CALAMANDREI, Piero. La Costituzione e le leggi per attuarla. In: Opere giuridiche. Napoli: Morano, 1965.

CARETTI, Paolo; MORRONE, Andrea. I diritti fondamentali. Torino: Giappichelli, 2020.

CARLASSARE, Lorenza. Uguaglianza sostanziale e diritti sociali. Rivista AIC, 2019.

D'ONGHIA, Maria. Lavoro, disabilità e accomodamenti ragionevoli. Rivista italiana di diritto del lavoro, 2019.

FABRIS, Matteo. Algoritmi e discriminazioni nel lavoro. Rivista italiana di diritto del lavoro, 2021, pp. 245 ss.

FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. Roma-Bari: Laterza, 2001.

GROSSI, Paolo. L'invenzione del diritto. Roma-Bari: Laterza, 2017.

HÄBERLE, Peter. La società aperta degli interpreti della Costituzione. Roma: Carocci, 2001.

LAMARQUE, Elisabetta. Disabilità, lavoro e discriminazioni indirette. Rivista AIC, 2021.

LASSANDARI, Andrea. Discriminazioni e lavoro non subordinato. Lavoro e diritto, 2020.

LIMENA, Francesco. Gli accomodamenti sempre più ragionevoli nel diritto vivente. Equal, 2025.

LUCIANI, Massimo. Dignità umana e Costituzione. Politica del diritto, 2010.

NUSSBAUM, Martha C. Frontiers of Justice. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2006.

PALADIN, Livio. Diritto costituzionale. Padova: CEDAM, 1998.

PERSIANI, Mario. Il lavoro autonomo tra libertà e protezione. Rivista giuridica del lavoro, 2018.

PERULLI, Adalberto. Lavoro autonomo e tutele costituzionali. Diritto delle relazioni industriali, 2019.

RODOTÀ, Stefano. Il diritto di avere diritti. Roma-Bari: Laterza, 2012.

RUGGERI, Antonio. Dignità umana e diritti fondamentali. Giurisprudenza costituzionale, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Il diritto mite. Torino: Einaudi, 1992.

IL PROBLEMA DELL'EFFETTIVITÀ DEGLI STRUMENTI DI TUTELA PER IL RECUPERO DELLA RETRIBUZIONE[1]

The Effectiveness of Legal Remedies for the Recovery of Wages

Andrea Sitzia[2]

Università di Padova

Simone Caponetti[3]

Università di Padova

DOI: https://doi.org/10.62140/ASSC245427374

Sommario: 1. Introduzione; 2. Cenni sulle caratteristiche del processo del lavoro nell'ordinamento italiano; 3. Alcuni profili critici sull'accesso alla giustizia del lavoro; 4. Quali gli strumenti giudiziali di recupero della retribuzione? 5. Le problematiche relative all'onere della prova; 6. Potenzialità e limiti strutturali delle misure alternative nelle controversie del lavoro; 7. Gli arbitrati di diritto del lavoro; 8. L'esclusione delle controversie di lavoro dall'ambito applicativo dell'art. 614 – bis del C.P.C. nel dibattito dottrinale; 9. La questione dell'azione collettiva e del ruolo del sindacato; 10. Il problema del recupero del credito retributivo in caso di insolvenza; 11. La conciliazione; 12. La conciliazione sindacale; 13. La conciliazione davanti alle Commissione di Certificazione; 14. La negoziazione assistita e il ruolo degli avvocati; 15. Conciliazione monocratica e diffida accertativa; 16. Conclusioni.

Riassunto: Il contributo esamina il tema dell'effettività degli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento per il recupero dei crediti retributivi, collocandolo nel più ampio contesto dell'accesso alla giustizia nel diritto del lavoro. L'analisi muove dalla considerazione che la concreta possibilità per il lavoratore di far valere i propri diritti rappresenta un elemento essenziale non soltanto della tutela individuale, ma anche del corretto funzionamento del mercato del lavoro e della garanzia di condizioni concorrenziali eque tra gli operatori economici. In tale prospettiva, lo studio prende in esame i principali strumenti giudiziali e amministrativi previsti dall'ordinamento per il recupero delle retribuzioni non corrisposte, con particolare attenzione al procedimento per decreto ingiuntivo, che costituisce uno dei rimedi più frequentemente utilizzati in ragione della sua struttura semplificata e accelerata. Vengono tuttavia evidenziati i limiti che tale strumento incontra sul piano probatorio, soprattutto nelle ipotesi di lavoro irregolare o non formalizzato, nelle quali l'assenza di documentazione idonea può rendere necessario il ricorso al giudizio ordinario di cognizione. L'analisi si sofferma inoltre sulle principali criticità che incidono sull'effettività della tutela, tra cui le difficoltà probatorie, le condizioni di vulnerabilità di alcune categorie di lavoratori e i problemi connessi all'insolvenza del datore di lavoro. In conclusione, il

[1] Benché lo scritto sia il frutto di un'elaborazione condivisa, i paragrafi 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16, sono da imputarsi alla redazione di Andrea Sitzia, i paragrafi 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 a Simone Caponetti.

[2] Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Padova. E-mail: andrea.sitzia@unipd.it https://orcid.org/0000-0001-7723-5826

[3] Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Padova. E-mail: simone.caponetti@unipd.it https://orcid.org/0000-0003-2578-3454.

contributo evidenzia l'esigenza di rafforzare i meccanismi di tutela e di accesso alla giurisdizione, al fine di garantire una protezione effettiva dei diritti retributivi.
Parole chiave: Crediti di lavoro e recupero retributivo; Accesso alla giustizia nel diritto del lavoro; Tutela giurisdizionale dei lavoratori; Procedimento per decreto ingiuntivo; Lavoro sommerso e tutela dei diritti.

Abstract: The essay examines the effectiveness of the legal mechanisms available for the recovery of unpaid wages, situating the analysis within the broader framework of access to justice in labour law. The study proceeds from the premise that the effective enforceability of workers' rights constitutes not only a fundamental dimension of individual protection, but also a crucial element for the proper functioning of the labour market and for ensuring fair competitive conditions among economic operators. Against this background, the article analyses the principal judicial and administrative remedies provided by the legal system for the recovery of unpaid remuneration. Particular attention is devoted to the order for payment procedure, which represents one of the most frequently used instruments due to its simplified and expedited procedural structure. Nevertheless, the study highlights the evidentiary limitations that may arise in the use of this remedy, especially in situations involving undeclared or informal employment relationships, where the absence of adequate documentation may require recourse to ordinary judicial proceedings.The article further addresses the main factors that may hinder the effective enforcement of wage claims, including evidentiary constraints, the vulnerability of certain categories of workers, and the difficulties connected with the employer's insolvency. In conclusion, the paper emphasises the need to strengthen procedural safeguards and improve access to judicial remedies in order to ensure the effective protection of wage entitlements.
Keywords: Wage claims enforcement; Access to justice in labour law; Judicial protection of workers' rights; Order for payment procedure; Undeclared work

1. INTRODUZIONE

In via preliminare, giova sottolineare come il tema dell'accesso alla giustizia si collochi al centro del paradigma dell'effettività della tutela giurisdizionale, rappresentando un presupposto indefettibile per la concreta attuazione dei diritti soggettivi. Esso si inscrive pienamente nel disegno costituzionale di promozione dell'eguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, secondo comma, Cost., imponendo alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, di fatto, limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impedendone il pieno sviluppo.

Al contempo, l'accesso alla giustizia assume un rilievo sistematico anche sotto il profilo del principio di legalità, che deve permeare, con intensità crescente, un ordinamento sociale ed economico evoluto. La legalità non può ridursi a enunciazione programmatica o a mera proclamazione normativa: essa esige strumenti istituzionali idonei a garantirne l'osservanza effettiva. In tale prospettiva, la giurisdizione non rappresenta soltanto un meccanismo di composizione delle controversie, bensì un presidio strutturale dell'ordinamento, funzionale alla stabilità e alla credibilità del sistema nel suo complesso.

La questione non può essere confinata alla sola dimensione della tutela dei soggetti socialmente ed economicamente più deboli — pur costituendo tale profilo un ambito di primaria rilevanza, specie nel diritto del lavoro —, poiché un sistema che non assicura l'effettività dei diritti è, prima ancora che iniquo, strutturalmente disfunzionale. L'effettività, infatti, presuppone l'assenza di barriere economiche, informative o temporali tali da rendere l'accesso alla giurisdizione eccessivamente oneroso o aleatorio. In difetto di tali condizioni, i diritti rischiano di rimanere mere enunciazioni formali, privi di concreta incidenza nei rapporti sociali ed economici.

Un ordinamento nel quale la tutela giurisdizionale sia ostacolata da costi elevati, eccessiva durata dei procedimenti o complessità procedurali non proporzionate, non soltanto tradisce la propria vocazione costituzionale, ma compromette la stessa efficienza del sistema economico. L'ineffettività della tutela produce infatti esternalità negative diffuse: incentiva comportamenti opportunistici, altera le dinamiche concorrenziali e abbassa il tasso complessivo di conformità alle regole.

Tale considerazione assume un rilievo particolarmente marcato nel settore del lavoro. In questo ambito, una giustizia percepita come distante, costosa o di difficile accesso non incide esclusivamente sulla posizione del lavoratore titolare del diritto leso — con evidenti ricadute in termini di compressione della dignità e della sicurezza economica —, ma genera effetti sistemici distorsivi. La scarsa effettività dei controlli giurisdizionali può infatti favorire pratiche elusive o irregolari, incidendo negativamente sulla leale concorrenza tra imprese. Gli operatori economici che conformano la propria attività al rispetto della legalità, sostenendone i relativi costi, risultano penalizzati rispetto a coloro che, confidando nella difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale, adottano condotte difformi.

Ne deriva che l'accesso alla giustizia non costituisce soltanto una garanzia individuale, ma un fattore di regolazione del mercato e di stabilizzazione dell'ordinamento economico. La sua compressione non produce risparmi sistemici, bensì costi occulti, sotto forma di incertezza, diseguaglianze e alterazioni competitive.

Alla luce di tali considerazioni, appare necessario evitare che le riforme della giustizia, orientate — come spesso accaduto negli ultimi anni — al perseguimento dell'efficienza, siano sorrette da una concezione meramente tecnocratica del sistema giudiziario. L'efficienza non può essere intesa in termini esclusivamente quantitativi o manageriali, né ridotta alla sola riduzione dei tempi o dei carichi pendenti. Essa deve essere letta in chiave funzionale rispetto alla finalità primaria della giurisdizione: garantire l'effettività dei diritti e assicurare la piena operatività del principio di legalità.

In questa prospettiva, l'accesso alla giustizia si configura come parametro di legittimazione sostanziale dell'intero sistema, costituendo il punto di convergenza tra tutela dei diritti fondamentali, equilibrio del mercato e affidabilità dell'ordinamento.

2. CENNI SULLE CARATTERISTICHE DEL PROCESSO DEL LAVORO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

In un contesto segnato da diffusa disoccupazione e da accentuata asimmetria contrattuale, il lavoratore nutre un interesse primario alla conservazione del rapporto, quale fonte essenziale di reddito e di stabilità personale. Tale interesse lo induce, non di rado, a evitare forme di autotutela a effetti estintivi – come le dimissioni per giusta causa in ipotesi di mancato pagamento della retribuzione – anche quando ne ricorrerebbero i presupposti. Proprio questa condizione di strutturale debolezza ha giustificato l'elaborazione di un rito speciale calibrato sulle esigenze di effettività e tempestività della tutela giurisdizionale in materia lavoristica.

Il processo del lavoro si connota, infatti, per una serie di tratti distintivi che hanno inciso profondamente sull'evoluzione del diritto processuale civile, fungendo da modello per ulteriori riti speciali. Tra tali caratteristiche assume rilievo centrale il regime delle preclusioni, strettamente funzionale all'obiettivo di concentrazione e speditezza del giudizio. Le parti sono onerate di introdurre sin dall'atto introduttivo – e, per il convenuto, dalla memoria difensiva – l'intero thema decidendum e il thema probandum, senza possibilità di successive integrazioni o modifiche, salvo limitate eccezioni.

In particolare, il lavoratore che agisca per il recupero di retribuzioni omesse o parzialmente corrisposte deve indicare nel ricorso introduttivo, ai sensi degli artt. 414 e 415 c.p.c.:

a) l'oggetto della domanda;

b) i fatti costitutivi del diritto azionato;

c) i mezzi di prova di cui intende avvalersi.

Tale rigorosa impostazione consente al giudice, già prima della prima udienza, di disporre di una cognizione completa della controversia, in linea con il principio di effettività della tutela. Ne deriva che, fin dalla prima comparizione delle parti, il giudice può procedere all'interrogatorio libero e al tentativo obbligatorio di conciliazione; in caso di esito negativo, può immediatamente avviare l'istruttoria e, ove la causa sia matura per la decisione, definire il giudizio in tempi sensibilmente ridotti rispetto al rito ordinario.

La concentrazione delle attività processuali, l'intensità dei poteri officiosi del giudice e la disciplina stringente delle preclusioni configurano, dunque, un modello processuale orientato alla rapida definizione delle controversie e alla pronta soddisfazione dei diritti di credito del lavoratore, coerentemente con la funzione costituzionale della retribuzione quale mezzo di sostentamento e strumento di realizzazione della dignità personale.

3. ALCUNI PROFILI CRITICI SULL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA DEL LAVORO

Affrontare il tema dell'accesso alla giustizia nel diritto del lavoro significa interrogarsi sulla concreta esigibilità degli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento, il cui archetipo rimane la sede giurisdizionale. L'accesso alla tutela giurisdizionale costituisce, infatti, un presupposto indefettibile dello Stato di diritto, in quanto condizione di effettività dei diritti sostanziali e parametro di civiltà giuridica[4].

Nel contesto europeo, il diritto a un ricorso effettivo e a un processo equo è stato progressivamente elevato a principio cardine dell'ordinamento sovranazionale, con una marcata valorizzazione della dimensione giudiziale quale forma primaria di protezione dei diritti. In tale prospettiva si inscrive anche la previsione del patrocinio a spese dello Stato per i soggetti privi di mezzi adeguati, misura che assume particolare rilievo nell'ambito lavoristico, ove il mancato pagamento della retribuzione incide direttamente sulla capacità del lavoratore di sostenere i costi dell'azione giudiziaria[5]. L'effettività della tutela implica, pertanto, non solo il riconoscimento del diritto sostanziale, ma anche la concreta possibilità di farlo valere dinanzi a un giudice e di ottenere una risposta adeguata alla situazione dedotta in giudizio[6].

Con specifico riguardo al recupero dei crediti retributivi, l'accesso alla giustizia presuppone almeno quattro condizioni: l'esistenza di un nucleo incomprimibile di garanzie processuali; il riconoscimento normativo del diritto azionato; la possibilità effettiva di adire l'autorità giudiziaria; l'idoneità degli strumenti processuali a garantire una tutela realmente satisfattiva.

Proprio sotto quest'ultimo profilo emergono, tuttavia, significative criticità[7].

---

[4] Cfr. European Union Agency for Fundamental Right, Access to justice: an overview of challenge and opportunities, Luxembourg, 2011.

[5] Al riguardo si veda L.P. COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Nuova giur. civ. comm., 2001, pag. 477.

[6] Per approfondimenti si veda M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice*, Milano, 1978, ma anche ID. *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in Riv. dir. proc., 1982, 233 ss.; più di recente si veda, D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2014, 3, 907 ss.

[7] A. GARAPON, *La raison du moindre État*, Editions Odile Jacob, 2010 (trad. it., *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Milano, R. Cortina, 2012).

Se il processo del lavoro è tradizionalmente improntato ai principi di concentrazione e celerità, tali caratteristiche rischiano di essere frustrate nella fase esecutiva. Il lasso temporale intercorrente tra la formazione del titolo e l'effettiva assegnazione delle somme può risultare considerevole, incidendo negativamente sull'utilità concreta della pronuncia. Ancora più rilevante è il problema della capienza patrimoniale del datore di lavoro, specie quando l'attività sia esercitata in forma societaria con limitata patrimonializzazione: in tali ipotesi, l'aggressione esecutiva può rivelarsi sostanzialmente infruttuosa, nonostante la presenza di privilegi legali a tutela dei crediti di lavoro[8].

Le recenti modifiche processuali in materia di pignoramento presso terzi, volte a semplificare e accelerare l'assegnazione delle somme in caso di mancata comparizione del terzo, si collocano in questa logica di rafforzamento dell'effettività esecutiva, mirando a ridurre i margini di dilazione e di incertezza nella soddisfazione del credito.

Il quadro si complica ulteriormente quando il lavoratore sia privo di regolare titolo di soggiorno. La condizione di irregolarità amministrativa, unita alla vulnerabilità economica e sociale, può costituire un deterrente all'esercizio dell'azione giudiziaria, soprattutto in ragione del rischio di segnalazione alle autorità competenti e dell'eventuale avvio di procedure espulsive[9]. Tale timore incide in modo significativo sull'effettività dell'accesso alla giustizia, trasformando un diritto formalmente riconosciuto in una prerogativa di fatto difficilmente esercitabile.

Nondimeno, l'ordinamento appronta strumenti di tutela volti a evitare che l'irregolarità del soggiorno si traduca in una negazione della protezione retributiva[10]. Sebbene l'instaurazione del rapporto in violazione della normativa sull'immigrazione comporti conseguenze sanzionatorie per il datore di lavoro, la prestazione di fatto resa dal lavoratore conserva rilevanza sul piano civilistico[11]. In applicazione del principio secondo cui la nullità

---

[8] Su cui E. BALLETTI – R. SANTUCCI (a cura di), *Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2023.

[9] Su cui A. SALETTI, *Novità dell'espropriazione presso terzi*, in Judicium, 4 marzo 2013; A. BRIGUGLIO, *Note brevissime sull'onere di contestazione per il terzo pignorato*, in Judicium, 15 aprile 2013.

[10] Per cui si veda anche lo scritto di L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano,* in Lav. dir., 2017, 1, pag. 67. Ampiamente, S. NAPPI, *Il lavoro degli extracomunitari*, Napoli, Esi, 2005, 413. È rilevante richiamare la General Survey sulle Ispezioni sul lavoro del 2006, che, ai paragrafi 77 e 78 evidenzia in termini molto chiari ed espliciti che nessun lavoratore può essere escluso solo perché irregolare (cfr. International Labour Conference, 95 Session, 2006, Labour Inspection, General Survey). Cfr, anche Cfr. A. BONFANTI, *Accesso alla giustizia per violazioni dei diritti umani sul lavoro lungo la catena globale del valore: recenti sviluppi nella prospettiva del diritto internazionale privato*, in Gir. dir. lav. rel. ind., 2021, 171, 369.

[11] Al fine di armonizzare le misure di contrasto all'immigrazione irregolare, all'articolo 6 di tale direttiva veniva posto l'obbligo agli Stati membri di rendere i datori di lavoro responsabili del pagamento delle retribuzioni, delle imposte e dei contributi previdenziali che sarebbero spettati a favore del lavoratore in caso di assunzione regolare. In dottrina, si vedano; M. BARBIERI, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in Riv. it. dir. lav. , 2010, 3, 71; T. VETTOR, *Lavoro e immigrazione irregolare nel d.lgs. n. 109 del 2012*, in Dir.

del contratto non priva il lavoratore del diritto alla retribuzione per l'attività svolta, l'ordinamento riconosce la debenza delle somme maturate e dei correlati obblighi contributivi, escludendo che l'irregolarità amministrativa possa travolgere il diritto al compenso[12].

A ciò si aggiungono specifiche misure di protezione nei casi di particolare sfruttamento lavorativo, che prevedono, a determinate condizioni, il rilascio di un titolo di soggiorno temporaneo in favore del lavoratore che denunci e cooperi nel procedimento penale. Tali strumenti, pur caratterizzati da un ambito applicativo circoscritto, testimoniano il tentativo del legislatore di bilanciare le esigenze di controllo dell'immigrazione con la necessità di contrastare fenomeni di sfruttamento e di garantire un nucleo minimo di tutela effettiva[13].

In definitiva, l'accesso alla giustizia del lavoro, soprattutto con riferimento al recupero salariale, si colloca all'intersezione tra garanzie processuali, sostenibilità economica dell'azione ed esigenze di protezione delle situazioni di vulnerabilità. L'ordinamento offre rimedi significativi, ma la distanza tra riconoscimento formale del diritto ed effettiva possibilità di farlo valere rimane, in taluni contesti, un nodo critico che interroga la stessa tenuta del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

4. QUALI GLI STRUMENTI GIUDIZIALI DI RECUPERO DELLA RETRIBUZIONE?

imm. citt., 2013, 3, 38 e L. LOREA, *Sulla nozione di "sfruttamento del lavoro": cosa è cambiato*, in Dir. rel. ind., 2020, 4 1083.

12 Il diritto vivente tutela il lavoratore in quanto, pur essendovi disposizioni che prevedendo che il contratto di lavoro stipulato con lo straniero extracomunitario privo del permesso di soggiorno è illegittimo per violazione dell'articolo 22, comma 12 del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 , deve ritenersi che in virtù del disposto dell'articolo 2126 codice civile, comma 1, e, soprattutto, comma 2, da tale rapporto deriva l'obbligo datoriale di corrispondere la retribuzione e, di conseguenza, di versare i relativi contributi . Ciò è dovuto alla circostanza che quel rapporto, pur illegittimo, non è affetto da nullità per illiceità della causa o dell'oggetto e pertanto, il lavoratore, ha diritto alla tutela giurisdizionale con riferimento ai diritti garantiti dall'articolo 2126 del codice civile. Cfr. Cass. 26 marzo 2010 n. 7380 e Cass. 11 luglio 2001, in Riv. it. dir. lav., 2010, 4, II, 778, con nota di A. DONINI, La giurisprudenza evidenzia infatti che la stipulazione è in violazione di norma imperativa (cfr. Trib. Parma, 28 settembre 2000, in Dir. & lav., 2001, pag. 222, con nota di Neri), o, in generale, il mancato rispetto delle procedure di legge (Cass. 1° settembre 1982, n. 4755, in Giust. civ., 1983, I, pag. 482; Trib. Monza, 9 aprile 2009, in Dir. & lav., 2009, pag. 531, con nota di Guariso), o, ancora, la natura di requisito di efficacia del permesso di soggiorno (Cass. 11 luglio 2001, n. 9407 e Trib. Padova, 19 ottobre 2007, in Dir. & lav., 2008, I, 723, con nota di Campilongo). In dottrina, G. DONDI, *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti critici*, Padova, Cedam, 2001, pag. 151 ss.; G. LUDOVICO, *La disciplina del lavoro subordinato*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, pag. 783; nel regime precedente al decreto legislativo n. 286 del 1998, si veda A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato: tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale,* Napoli, Esi, 1991, pag. 161. Peraltro, in forza del disposto dell'articolo 2126 codice civile, i diritti che sorgono in capo al lavoratore in conseguenza dell'esecuzione della prestazione non vengono travolti dall'invalidità del contratto di lavoro. Cfr. M.C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 109 ss. e M. DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, Cedam, 1970.

13 D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in Nuova giur. civ. comm., 2001, pag. 477.

Tra gli strumenti giudiziali di recupero del credito retributivo, il procedimento per decreto ingiuntivo rappresenta, per struttura e funzione, il rimedio connotato dal più elevato grado di celerità ed efficacia. La sua attivazione presuppone, tuttavia, la sussistenza di un credito certo, liquido ed esigibile, nonché la disponibilità di prova scritta idonea a dimostrare tanto l'esistenza del rapporto di lavoro quanto l'ammontare delle somme dovute.

Proprio sul versante probatorio si annidano le principali criticità.

Qualora il lavoratore non sia in possesso del contratto – perché il rapporto non è stato formalizzato o perché egli ne è privo materialmente – difetta il requisito della prova scritta richiesto ai fini monitori. In tali ipotesi, prima di poter agire per il pagamento delle spettanze, si rende necessario un accertamento giudiziale della sussistenza del rapporto di lavoro. In mancanza di idonea documentazione, l'unica via percorribile resta dunque il giudizio ordinario di cognizione, con inevitabile dilatazione dei tempi di tutela[14].

Nondimeno, anche nell'ambito del processo ordinario del lavoro, l'ordinamento appronta strumenti di tutela endoprocessuale volti ad anticipare, almeno in parte, gli effetti satisfattivi della decisione finale. In particolare, l'art. 423 c.p.c. attribuisce al giudice il potere di emanare un'ordinanza immediatamente esecutiva – non autonomamente impugnabile – per il pagamento delle somme non contestate, nonché, in favore del solo lavoratore, delle somme che risultino già provate nei limiti dell'istruzione compiuta.

Si tratta di un meccanismo coerente con la ratio acceleratoria del rito del lavoro, che consente di attenuare l'impatto della durata del processo sul diritto alla retribuzione, bene primario e funzionalmente connesso alla dignità e alla sussistenza del prestatore. In tal modo, pur nel rispetto delle garanzie del contraddittorio, il sistema processuale tenta di bilanciare l'esigenza di accertamento pieno con quella, non meno rilevante, di tempestiva soddisfazione del credito lavoristico.

5. LE PROBLEMATICHE RELATIVE ALL'ONERE DELLA PROVA

La disciplina dell'onere della prova, dettata dall'art. 2697 c.c., integra una regola di giudizio funzionale a colmare l'eventuale incertezza probatoria sui fatti rilevanti ai fini della decisione. In linea generale, l'attore è tenuto a provare i fatti costitutivi del diritto azionato, mentre al convenuto incombe la dimostrazione dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi. Si tratta di una ripartizione legale che opera quale criterio residuale di decisione, applicabile allorché l'istruttoria non consenta di pervenire a un pieno convincimento.

[14] Al riguardo G. SANTORO PASSARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in Riv. it. dir. lav., 2013, I, 543 e S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale di)*, in Enc. dir., vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973.

Nel processo civile – e, in linea di principio, anche nel rito del lavoro – non è ammessa una "prova attenuata" fondata sulla mera verosimiglianza del fatto, salva l'ipotesi, tipizzata, delle controversie in materia di discriminazione, ove il legislatore ha previsto un regime probatorio peculiare. La semplice plausibilità può, al più, fungere da presupposto per il deferimento del giuramento suppletorio, ma non consente di ritenere accertato il fatto controverso.

Nel diritto del lavoro, tuttavia, l'asimmetria strutturale tra le parti – in termini di disponibilità delle informazioni, accesso alla documentazione e forza contrattuale – incide in modo significativo sulla concreta operatività della regola di cui all'art. 2697 c.c.[15] L'oggettiva difficoltà del lavoratore nel provare fatti spesso interni all'organizzazione datoriale ha indotto la giurisprudenza e il legislatore a elaborare tecniche correttive, tanto sul piano processuale quanto su quello sostanziale[16].

Sotto il primo profilo, centrale è il ruolo dei poteri istruttori officiosi attribuiti al giudice del lavoro dall'art. 421 c.p.c., come novellato dalla riforma del 1973[17]. Tali poteri, finalizzati alla ricerca della verità materiale, attenuano il c.d. profilo soggettivo dell'onere della prova, consentendo al giudice di disporre d'ufficio mezzi istruttori anche al di fuori delle richieste delle parti. Ne deriva un rapporto, per così dire, inversamente proporzionale tra ampiezza dei poteri officiosi e ricorso alla regola residuale di cui all'art. 2697 c.c.: quanto più il giudice esercita i poteri istruttori, tanto meno rileva l'automatica applicazione del criterio legale di riparto.

Tale assetto non elimina, tuttavia, i limiti strutturali del processo. I poteri officiosi non possono supplire all'onere di allegazione, che rimane nella disponibilità esclusiva delle parti. Il giudice non può introdurre d'ufficio fatti costitutivi non ritualmente dedotti, pena la violazione del principio dispositivo e del contraddittorio. Nel rito del lavoro, l'ampiezza dei poteri ex art. 421 c.p.c. trova infatti un contrappeso nel rigoroso sistema di preclusioni delineato dagli artt. 414 e 416 c.p.c., a presidio della certezza del thema decidendum[18].

---

[15] Così sembra orientarsi anche la Corte costituzionale con sentenza n. 77 del 2018. In dottrina, A. VALLEBONA, L'onere della prova nel diritto del lavoro, Cedam, Padova, 1988; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, Cedam, 1966 e S. PATTI, *Delle prove: art. 2697-2739*, in G. DE NOVA, (a cura di) *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, Zanichelli, 2015.

[16] In altri termini l'articolo 2697 codice civile costituisce di fatto una sorta di extrema ratio cui il giudice ricorre ove non abbia potuto altrimenti accertare i fatti rilevanti da porre a fondamento della propria decisione, evitando così il rischio di una pronuncia di non "liquet". Così A. VALLEBONA, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Padova, Cedam, 2006.

[17] Ci offre un interessante spaccato sul punto Cass., Sez. U., 17 giugno 2004, n. 11353, in Dir. rel. ind., 2005, pag. 487 et seg. Si veda anche P. SANDULLI, A.M. SOCCI, *Il processo del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2016. Cfr. anche F. DE MICHIEL, *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2020.

[18] Su cui si veda E. SARTOR, *Il rito del lavoro tra rigidità delle preclusioni processuali e difficoltà probatorie*, in Lav. giur., 2018, 6, 603 e Tribunale di Ivrea, 17 ottobre 2007, con nota di A. ROSITO, *Le preclusioni nel rito del lavoro*, in Foro

Sul piano giurisprudenziale, particolare rilievo ha assunto il principio della "vicinanza della prova", in forza del quale l'onere probatorio grava sulla parte che, per posizione sostanziale e organizzativa, si trovi nella migliore condizione per fornirne dimostrazione[19]. Il fondamento di tale criterio è stato individuato nell'esigenza di non rendere eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto di difesa, costituzionalmente garantito. In ambito lavoristico, esso opera frequentemente in relazione a fatti attinenti all'organizzazione aziendale o alla gestione del rapporto, di cui il datore di lavoro ha diretta disponibilità documentale.

Accanto agli interventi di matrice pretoria, il legislatore ha previsto specifiche ipotesi di inversione o modulazione dell'onere della prova. Emblematico è il caso della legittimità del licenziamento, ove l'onere probatorio grava sul datore di lavoro. Analogamente, in tema di differenze retributive, il lavoratore è tenuto a provare il fatto costitutivo della pretesa (esistenza del rapporto, inquadramento, svolgimento della prestazione), mentre incombe sul datore dimostrare l'esatto adempimento o l'esistenza di fatti estintivi o modificativi.

In materia retributiva, la regola generale può essere così sintetizzata: il lavoratore che agisca per il pagamento delle somme dovute deve provare l'esistenza del rapporto di lavoro, quale fatto costitutivo del diritto azionato; una volta dimostrata l'obbligazione, spetta al datore provare l'avvenuto adempimento, secondo il principio generale di cui all'art. 1218 c.c. In caso di dedotto inadempimento, al creditore è sufficiente dimostrare la fonte del diritto, mentre il debitore deve provare di avere esattamente adempiuto o che l'inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile.

Tale riparto vale tanto per la retribuzione corrente quanto per le mensilità aggiuntive e per il trattamento di fine rapporto[20]. Restano, tuttavia, ambiti nei quali la prova del fatto costitutivo può risultare particolarmente onerosa – si pensi alla dimostrazione dell'esistenza stessa del rapporto in assenza di formalizzazione – riemergendo così le criticità connesse all'assenza di meccanismi presuntivi sufficientemente incisivi[21].

---

pad., 2007, 3-4, 532. Con riferimento alla certezza del diritto, cfr., AA.VV., *L'utopia della certezza del diritto*, in Colloqui giuridici del lavoro, 2017, 1.

[19] L. ANTONIOTTI, *Onere della prova e inversioni: tra bilanciamento di interessi e principio di vicinanza*, in Il giusto proc., 2018, 4, 1177 e V. MIRMINA, *Il principio di vicinanza della prova quale deroga dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c.*, in Giur. it., 2016, 4, 821.

[20] Si veda in particolare Cass., Sez. lav., 22 dicembre 2009, n. 26985; Trib. Velletri, 29 settembre 2020, n. 983; Trib. Roma, Sez. lav., 16 luglio 2019, n. 7118; Trib. Roma, Sez. lav., 16 luglio 2019, n. 7127; Trib. Rieti, Sez. lav., 11 luglio 2019, n. 238.

[21] Si veda, tra le più recenti, Trib. Teramo, Sez. lav., 12 gennaio 2022, n. 9; Trib. Castrovillari, 16 giugno 2021, n. 1108; Trib. Roma, Sez. lav., 28 febbraio 2020, n. 2093; Trib. Roma, Sez. lav., 6 dicembre 2019, n. 10901; Trib. Lecce, Sez. lav., 26 novembre 2018, n. 3549. La giurisprudenza riconosce altresì che le buste paga, anche se corredate dalla firma per ricevuta del lavoratore, non provano l'effettivo pagamento della retribuzione, posto che tale dicitura prova solo l'avvenuta consegna della busta paga, restando a carico del datore di lavoro, in caso di contestazione, la dimostrazione dell'avvenuta retribuzione (cfr. in questo senso, recentemente, Corte appello

È così che nel processo del lavoro, l'art. 2697 c.c. conserva una funzione di regola generale e residuale, ma la sua applicazione risulta significativamente modulata da interventi normativi e giurisprudenziali volti a compensare l'asimmetria strutturale del rapporto, in un equilibrio costante tra principio dispositivo, effettività della tutela e ricerca della verità materiale.

6. POTENZIALITÀ E LIMITI STRUTTURALI DELLE MISURE ALTERNATIVE NELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

La perdurante crisi della giustizia statale ha alimentato, anche sul piano legislativo, un crescente interesse verso gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (ADR)[22]. Accanto agli istituti tradizionali – quali arbitrato e conciliazione – sono stati progressivamente introdotti meccanismi innovativi, finalizzati a deflazionare il contenzioso e a offrire risposte più rapide ed efficienti rispetto al circuito giurisdizionale ordinario.

Tra questi meritano menzione, in particolare, la certificazione dei contratti di lavoro – concepita per ridurre il contenzioso in materia di qualificazione del rapporto – e la diffida accertativa per crediti patrimoniali, singolare figura di titolo esecutivo di formazione amministrativa, volta a consentire al lavoratore una soddisfazione del credito in via alternativa rispetto all'azione giudiziale. Si tratta di strumenti che, almeno nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero contribuire a rafforzare l'effettività della tutela, alleggerendo il carico della giurisdizione e favorendo soluzioni più tempestive.

La valorizzazione delle ADR si inserisce in una più ampia tendenza, maturata originariamente nel settore della tutela dei consumatori, secondo cui il ricorso a mezzi "sostitutivi" o complementari alla giurisdizione rappresenterebbe una condizione essenziale per ridurre i tempi di definizione delle controversie e per fronteggiare la crescente complessità delle domande di tutela che la giustizia ordinaria fatica a soddisfare in modo adeguato.

I punti di forza di tali strumenti sono noti: maggiore rapidità nella definizione delle controversie; competenza tecnica dei soggetti chiamati a decidere; riservatezza del procedimento; flessibilità delle regole processuali. In ambito lavoristico, tali caratteristiche

Brescia, Sez. lav., 29 marzo 2022, n. 72; Trib. S. Maria Capua V., Sez. lav., 24 maggio 2018, n. 1443; Trib. Lecce, Sez. lav., 30 gennaio 2018, n. 187).

[22] A. RICCOBONO, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, in Riv. it. dir. lav., 2010, I, 124; P. SANDULLI, *Il punto in tema di mediazione e di adr*, in Nuova proc. civ., 3, 2015 e F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/EU sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in www.judicium.it 2013.

possono risultare particolarmente attrattive, specie in controversie caratterizzate da elevata tecnicità o da rilevanti interessi economici.

Tuttavia, a fronte di tali indubbi vantaggi, emergono limiti strutturali che ne hanno finora impedito una piena affermazione quale alternativa generalizzata alla giurisdizione. In primo luogo, le controversie di modesto valore economico risultano, di fatto, escluse dall'arbitrato: i costi connessi al compenso degli arbitri – ancor più se si tratta di collegi – rendono l'accesso antieconomico rispetto all'entità del credito azionato. Tale considerazione assume particolare rilievo con riferimento ai crediti retributivi, spesso di importo contenuto ma di primaria importanza per la sussistenza del lavoratore.

Ne deriva una significativa compressione dell'accesso agli strumenti di "giustizia privata" proprio per quei lavoratori – regolari o irregolari – che versano in condizioni di maggiore vulnerabilità economica e che, sovente, dispongono di risorse informative e linguistiche limitate. L'assenza del patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di tali procedure incide ulteriormente sulla loro fruibilità, determinando una selezione di fatto fondata sulla capacità economica delle parti.

Specularmente, anche le controversie più semplici, che non richiedono competenze specialistiche particolarmente sofisticate, tendono a non trovare nell'arbitrato uno strumento adeguato, giacché la semplicità della questione non giustifica il maggior costo rispetto al ricorso al giudice ordinario, pur in presenza di un valore economico significativo.

Le considerazioni svolte inducono a ritenere che la "giustizia privata" del lavoro operi, in concreto, entro un perimetro circoscritto, riservato a controversie selezionate in base al loro valore e al loro grado di complessità. A ciò si aggiunge un ulteriore fattore decisivo: la fiducia. Gli strumenti alternativi si fondano, infatti, sulla fiducia che le parti ripongono nella competenza e nell'imparzialità dei soggetti non togati chiamati a decidere. È solo in virtù di tale affidamento che esse accettano di sostenere costi superiori rispetto a quelli del processo ordinario.

In questa prospettiva, le ADR in materia di lavoro appaiono meno come un modello realmente alternativo alla giurisdizione e più come un meccanismo integrativo, destinato a operare in un ambito limitato e strutturalmente selettivo. L'accesso alle misure alternative, lungi dal configurarsi come soluzione generalizzata alla crisi della giustizia, resta condizionato da fattori economici, informativi e fiduciari che ne delimitano significativamente la portata applicativa.

7. GLI ARBITRATI DI DIRITTO DEL LAVORO

L'articolo 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183, ha profondamente innovato la disciplina dell'arbitrato nelle controversie di lavoro, ridefinendone assetto e funzione sistematica[23]. L'intervento normativo si è mosso lungo tre direttrici fondamentali: l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'istituto; l'introduzione di una regolamentazione più analitica — fatta eccezione per l'arbitrato di cui all'articolo 412-ter c.p.c. —; nonché l'espressa apertura alla decisione secondo equità.

Il legislatore del 2010 ha così configurato una tutela alternativa alla giurisdizione ordinaria, articolata in quattro modelli: l'arbitrato presso le commissioni di conciliazione ex articolo 412 c.p.c.; quello previsto dalla contrattazione collettiva ex articolo 412-ter c.p.c.; l'arbitrato ad hoc disciplinato dall'articolo 412-quater c.p.c.; nonché il modello incardinato presso gli organi di certificazione, ai sensi dell'articolo 31, comma 12, della legge n. 183 del 2010.

Occorre tuttavia precisare che il sistema della giustizia privata del lavoro non si esaurisce nei modelli richiamati. Restano infatti ferme le disposizioni relative alle species di arbitrato rituale codicistico, nonché agli arbitrati previsti extra codicem, in particolare dall'articolo 5, comma 1, della legge n. 533 del 1973; dall'articolo 7, ultimo comma, della legge n. 604 del 1966; dall'articolo 7, commi 6 e 7, della legge n. 300 del 1970; e dall'articolo 5 della legge n. 108 del 1990.

Sul piano genetico, l'arbitrato si instaura ordinariamente mediante clausola compromissoria, la quale presuppone l'esistenza di un valido contratto di lavoro tra le parti, e dunque l'inquadramento del rapporto in un contesto di regolarità formale. La clausola compromissoria costituisce un negozio giuridico autonomo rispetto al contratto cui accede: essa esprime la volontà delle parti di derogare alla competenza del giudice ordinario, devolvendo agli arbitri la cognizione di controversie future ed eventuali.

In ragione di tale autonomia, la clausola può essere inserita nel contratto di lavoro ovvero in un atto separato successivo; in ogni caso, essa conserva natura indipendente, con la conseguenza che l'eventuale nullità del contratto non si estende automaticamente alla clausola compromissoria, la quale permane valida ed efficace.

Ai sensi dei commi 10 e 11 dell'articolo 31 della legge n. 183 del 2010, la clausola compromissoria deve, a pena di nullità, essere certificata dagli organi di certificazione di cui

[23] Per un'analisi delle critiche dottrinali si veda A. PESSI, *Gli arbitrati di diritto del lavoro*, Napoli, Esi, 2012; ID. *Le novità in tema di arbitrato e di conciliazione in materia di lavoro*, in Giur. it., 2011, 12, 2696. Si vedano anche G. CANALE, *Arbitrato e 'collegato lavoro',* in Riv. dir. proc., 2011, 3, 566; V. BERTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla l. 4 novembre 2010 n. 183*, in Riv. dir. proc., 2011, 4, 834; ID., *L'arbitrato e le controversie di lavoro*, Napoli, Esi, 2018; C. PUNZI, *L'arbitrato per la soluzione delle controversie di lavoro*, in Riv. dir. proc., 2011, 1, 1; M. BOVE, *Conciliazione e arbitrato nel collegato lavoro*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, 1, 125.

all'articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003. Il legislatore ha inoltre previsto un limite oggettivo espresso, escludendo dall'ambito di operatività della clausola le controversie aventi ad oggetto la risoluzione del contratto di lavoro.

Non sono mancate perplessità in ordine alla compatibilità costituzionale dell'istituto, segnatamente con riferimento alla tutela dei diritti del lavoratore qualificati come indisponibili. Se è vero che taluni diritti — quali, ad esempio, quello a una retribuzione proporzionata e sufficiente ex articolo 36 Cost. — sono espressamente garantiti a livello costituzionale, è stato osservato che la disciplina positiva non assicura in modo altrettanto esplicito la piena salvaguardia di ulteriori posizioni soggettive parimenti sottratte alla disponibilità delle parti.

La giurisprudenza ha peraltro chiarito che l'efficacia della clausola compromissoria può essere neutralizzata esclusivamente mediante la stipulazione di una transazione novativa. Tale contratto, quale strumento di composizione della lite con effetti novativi ai sensi dell'articolo 1976 c.c., determina l'estinzione della clausola, precludendo il ricorso alla procedura arbitrale.

Quanto agli effetti del procedimento, il lodo, sottoscritto dagli arbitri e debitamente autenticato, vincola le parti con efficacia assimilabile a quella del contratto ex articolo 1372 c.c.; esso è sottratto all'impugnazione ai sensi dell'articolo 2113 c.c. ed è idoneo a costituire titolo esecutivo ai sensi dell'articolo 474 c.p.c., su istanza della parte interessata. L'esecutività può essere dichiarata decorsi trenta giorni dalla notificazione del lodo, ovvero anteriormente qualora vi sia stata espressa accettazione della decisione da parte di entrambe le parti. Il giudice, verificata la regolarità formale dell'atto, provvede con decreto a dichiararne l'esecutorietà[24].

8. L'ESCLUSIONE DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO DALL'AMBITO APPLICATIVO DELL'ART. 614-BIS C.P.C. NEL DIBATTITO DOTTRINALE

[24] Quanto agli strumenti specifici di impugnazione del lodo arbitrale, ai sensi dell'articolo 808 ter codice di procedura civile, il lodo è annullabile con ricorso al tribunale, in funzione di giudice del lavoro, nella cui circoscrizione si è svolto l'arbitrato, da presentarsi entro trenta giorni dalla notificazione del lodo a pena di decadenza. A mente di questo articolo, il lodo è impugnabile: a) se la convenzione con la quale è stato dato il mandato agli arbitri è invalida o gli arbitri sono andati oltre i limiti del mandato e la relativa eccezione sia stata sollevata nel corso del procedimento; b) se gli arbitri non sono stati nominati nelle forme e nei modi stabiliti nella convenzione arbitrale; c) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere arbitro ex articolo 812 codice di procedura civile (incapacità totale o parziale di agire); d) se gli arbitri non si sono attenuti alle condizioni apposte dalle parti come condizione di validità del lodo; e) se non è stato osservato il principio del contraddittorio. In dottrina, è stato rilevato che, godendo il lodo del regime di impugnabilità di cui all'articolo 2113 codice civile, si deve ritenere che l'arbitrato "transazione" è pienamente valido quando esso abbia per oggetto diritti del lavoratore non nascenti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo (R. DONZELLI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, a cura di, Torino, Giappichelli, 2011, 117).

L'esclusione dei rapporti di lavoro subordinato e c.d. parasubordinato dall'ambito applicativo dell'art. 614-bis c.p.c. ha alimentato un vivace e tuttora irrisolto dibattito dottrinale. Le posizioni si polarizzano, in sintesi, tra un orientamento largamente critico — oggi prevalente — e un indirizzo volto a giustificare la scelta legislativa alla luce della specialità della materia lavoristica.

La questione si intreccia, senza tuttavia sovrapporsi, con il tema preliminare dell'individuazione degli obblighi datoriali suscettibili di esecuzione forzata, in particolare di quelli materialmente fungibili. In passato, il confronto si è concentrato sugli obblighi frazionabili o solo parzialmente fungibili (teoria delle c.d. sottoprestazioni), nonché sulla distinzione tra infungibilità materiale e infungibilità giuridica, quest'ultima talora ricondotta all'esigenza di salvaguardare la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore.

Tuttavia, con riguardo al rapporto di lavoro — caratterizzato dalla continuità e dalla dimensione organizzativa della prestazione — si è osservato che la sostituzione dell'obbligato o l'esecuzione in forma specifica non garantirebbero un risultato effettivamente satisfattivo, se non in termini temporanei. L'adempimento datoriale implica infatti un comportamento attivo di natura organizzativo-funzionale (direttive, coordinamento, inserimento nel contesto produttivo) che non appare integralmente surrogabile.

Ciò nondimeno, tali considerazioni sulla difficoltà di coercizione diretta si riflettono sulla scelta di escludere le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. anche dall'ambito della coercizione indiretta. L'indirizzo critico ravvisa in tale esclusione un contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., evidenziando una disparità di trattamento sia interna al diritto del lavoro — rispetto a rimedi tipizzati per l'inottemperanza a specifici provvedimenti — sia rispetto al sistema processuale generale, che finirebbe per accordare maggiore tutela ad altri creditori, inclusi quelli del medesimo datore di lavoro.

Sotto il profilo sostanziale, si sottolinea inoltre che gli obblighi datoriali, a differenza di quelli del lavoratore, non coinvolgerebbero in via diretta la sfera personale o intellettuale dell'obbligato, risolvendosi prevalentemente in prestazioni a contenuto patrimoniale e dunque, almeno in astratto, compatibili con una misura coercitiva indiretta. La clausola di salvaguardia della manifesta iniquità nella determinazione dell'importo costituirebbe, secondo tale tesi, un adeguato presidio contro possibili abusi.

L'orientamento opposto valorizza invece la specialità del sistema giuslavoristico, strutturato su una pluralità di rimedi tipizzati e calibrati sulle peculiarità delle situazioni soggettive coinvolte. In questa prospettiva, l'estensione dell'art. 614-bis c.p.c. rischierebbe di

alterare la coerenza del sistema, sovrapponendo un rimedio generale a un assetto già connotato da tecniche di tutela specifiche. Si è altresì sostenuto che l'introduzione di misure coercitive indirette nei confronti del datore potrebbe incidere negativamente sull'equilibrio economico dell'impresa e, in via mediata, sull'occupazione.

Il quadro si complica ulteriormente sul piano sistematico. Da un lato, permane l'inclusione del lavoro autonomo nell'ambito applicativo dell'art. 614-bis c.p.c., con conseguente disparità rispetto al lavoro subordinato e parasubordinato, nonostante anche per il lavoratore autonomo possano porsi problemi di incoercibilità della prestazione personale. Dall'altro, per il pubblico impiego non privatizzato, il codice del processo amministrativo consente il ricorso al giudizio di ottemperanza, comprensivo della possibilità di imporre misure coercitive indirette, anche per il pagamento di somme.

Ne derivano evidenti tensioni di coordinamento tra disciplina ordinaria e processo amministrativo, non solo sotto il profilo dell'eguaglianza, ma anche in termini strettamente tecnici, specie con riguardo alla possibile estensione dell'ottemperanza ai dipendenti pubblici privatizzati e alla diversa latitudine applicativa delle misure coercitive.

E così, l'esclusione dei rapporti di lavoro dall'art. 614-bis c.p.c. si colloca al crocevia tra esigenze di tutela effettiva, coerenza sistematica e salvaguardia dell'equilibrio economico-organizzativo. Il dibattito, lungi dall'essere meramente teorico, investe il delicato bilanciamento tra effettività della giurisdizione e specialità del diritto del lavoro, lasciando aperti rilevanti spazi di riflessione anche in prospettiva de iure condendo.

9. LA QUESTIONE DELL'AZIONE COLLETTIVA E DEL RUOLO DEL SINDACATO

Nell'ordinamento italiano è stato introdotto un istituto particolarmente efficace, funzionale anche a garantire una forma di recupero salariale attraverso il ruolo dell'amministratore giudiziario che può essere nominato dal giudice in luogo del sequestro nelle ipotesi di "controllo giudiziario dell'azienda e rimozione delle condizioni di sfruttamento". Questo strumento ha un ambito di applicazione limitato al solo caso dei procedimenti per i reati di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'articolo 603-bis del codice penale e alle ipotesi di infiltrazione mafiosa.

Attualmente, in linea generale, e al di fuori del perimetro di applicabilità dell'istituto sopra menzionato, non vi sono strumenti che consentano a soggetti diversi dall'interessato di agire per il recupero salariale.

Al riguardo, si può evidenziare, che l'articolo 13 della direttiva 2009/52/CE, dedicato al tema della "agevolazione delle denunce", prevede, al paragrafo 1, che "*gli Stati membri provvedono affinché siano disponibili meccanismi efficaci per consentire ai cittadini di paesi terzi assunti illegalmente di presentare denuncia nei confronti dei loro datori di lavoro, sia direttamente sia attraverso terzi designati dagli Stati membri, quali sindacati o altre associazioni o un'autorità competente dello Stato membro, qualora previsto dalla legislazione nazionale*". Ai sensi del paragrafo 2, inoltre, "*gli Stati membri provvedono affinché i terzi aventi, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, un interesse legittimo a garantire che la presente direttiva sia rispettata possano, per conto o a sostegno di un cittadino di un paese terzo assunto illegalmente, e con il suo consenso, avviare tutte le procedure amministrative o civili previste ai fini dell'applicazione della presente direttiva*".

L'ordinamento italiano, allo stato, non consente al sindacato o ad altre associazioni, di agire per conto del lavoratore per il recupero dei crediti salariali, diversamente da quanto previsto dall'articolo 44 del decreto legislativo n. 286 del 1998 (testo unico immigrazione), che prevede, al comma 10, che "*qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche in casi in cui non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere presentato dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentativi a livello nazionale*".

Neppure ad altri soggetti, come ad esempio i servizi consolari, è riconosciuta una tale facoltà.

Tuttavia, va segnalato che la legge n. 31 del 2019 ha introdotto nel codice di procedura civile un nuovo articolo 840-sexiesdecies, che disciplina la "azione inibitoria collettiva"[25].

Questa norma prevede che "*chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, può agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva. Le organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta di cui al primo periodo sono legittimate a proporre l'azione qualora iscritte nell'elenco di cui all'articolo 840-bis, secondo comma. L'azione può essere esperita nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività*".

[25] Su cui si vedano i commenti di A. TEDOLDI, G. M. SACCHETTO, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c.*, in Riv. dir. proc., 2021, 1, 230; M. STELLA, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c. tra tradizione e promesse di deterrenza*, in Corr. giur., 2019, 4, 1453; D. AMADEI, *Primi approcci della giurisprudenza alla nuova azione collettiva inibitoria*, in Giur. it., 2022, 10, 2144; A. BELLELLI, *Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile*, in Nuova giur. civ. comm., 2021, 6, 1429; I. PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, in Giur. it., 2019, 10, 2329.

È previsto che "*il tribunale può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici" e che "con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su istanza di parte, adottare i provvedimenti di cui all'articolo 614-bis, anche fuori dei casi ivi previsti*".

Con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, inoltre, "*su richiesta del pubblico ministero o delle parti, ordinare che la parte soccombente adotti le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate*".

Con decreto n. 27 del 17 febbraio 2022, il Ministero della Giustizia ha adottato il prescritto "regolamento in materia di disciplina dell'elenco pubblico delle organizzazioni e associazioni", istituendo, presso il Ministero medesimo, l'elenco, appunto, delle organizzazioni e associazioni che possono proporre l'azione di classe.

L'articolo 1, comma 2, di detto decreto ministeriale, nel definire le "organizzazioni e associazioni" rinvia all'articolo 4 del decreto legislativo n. 117 del 2017 (Codice del Terzo settore) ed esclude le "imprese sociali incluse le cooperative sociali". Inoltre, l'articolo 4 del Codice del Terzo settore espressamente esclude i sindacati dalla nozione di enti del terzo settore. Questo pone un problema di grande rilevanza che richiede una considerazione attenta.

In ragione delle sicure potenzialità dello strumento processuale occorre valutare l'opportunità di un intervento correttivo[26], tenendo anche conto del fatto che, *de iure condendo*, l'articolo 19 della direttiva (UE) 2831/2024 relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali del 23 ottobre 2024, prevede che gli Stati membri devono provvedere affinché i rappresentanti delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali possano avviare procedimenti giudiziari o amministrativi per far valere i diritti o gli obblighi derivanti dalla direttiva[27].

10. IL PROBLEMA DEL RECUPERO DEL CREDITO RETRIBUTIVO IN CASO DI INSOLVENZA

[26] In argomento si veda O. RAZZOLINI, *Azione di classe e legittimazione ad agire del sindacato a prescindere dall'iscrizione nel pubblico elenco: prime considerazioni*, in Lav. dir. Eu., 2022 e ID. *Azione di classe risarcitoria e azione collettiva inibitoria: novità anche per il diritto del lavoro?*, in Arg. dir. lav., 2019, 1, 81; G. ZAMPIERI, *L'azione di classe e il ruolo delle organizzazioni sindacali nel contrasto alle discriminazioni,* in EQUAL, 2024, 6 (https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/app/uploads/2025/01/2_Zampieri.pdf), V. PROTOPAPA, *Sindacato e nuove azioni di "classe",* in Lav. dir., 2024, 2, 257 ss.

[27] La straordinaria rilevanza di questa norma (che era contenuta nell'art. 14 della proposta di direttiva) è stata ben colta dal Comitato economico e sociale, che nelle considerazioni specifiche rese nel proprio parere del 23 marzo 2022, ha criticato la formulazione attuale della proposta sottolineando che il riferimento ai rappresentanti dei lavoratori e non ai sindacati "*è un punto critico, poiché è importante formulare un riferimento esplicito ai rappresentanti sindacali, in modo da evitare di creare sindacati «di comodo» e conferire ai lavoratori il diritto alla rappresentazione collettiva, anche in caso di vertenze*".

La Convenzione OIL n. 173 del 1992 prevede due soluzioni per la protezione dei crediti dei lavoratori in caso di insolvenza; gli Stati sono liberi di scegliere una o l'altra o anche tutte e due le soluzioni. Essa fissa regole più precise, rispetto alla Convenzione n. 95 in relazione alla protezione tramite privilegio, e introduce il nuovo concetto di "istituzione di garanzia". Il privilegio non deve essere limitato solo al salario ma deve proteggere anche altre voci retributive, come la remunerazione relativa ai congedi e le indennità di cessazione del rapporto. La legislazione nazionale deve inoltre situare i crediti dei lavoratori ad un rango di privilegio più elevato di quello della maggior parte degli altri crediti privilegiati ed in particolare di quelli dello Stato e della sicurezza sociale.

L'articolo 12 della Convenzione n. 173 introduce le "istituzioni di garanzia", che devono proteggere le medesime categorie di credito.

La Commissione di esperti OIL, nel 2003, ha evidenziato[28] che le istituzioni di garanzia non possono costituire la panacea in risposta a tutti i problemi di insolvibilità delle imprese, in quanto non possono sostituirsi totalmente alla protezione attraverso un privilegio nel quadro della procedura di liquidazione giudiziaria. Questi due modelli devono essere costruiti in termini complementari.

La direttiva 80/987/CEE del Consiglio, del 20 ottobre 1980, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro è stata integrata dalla direttiva 2022/74/CE. La normativa italiana di attuazione è contenuta nella legge n. 297 del 1982 e nei decreti legislativi n. 80 del 1992 e n. 186 del 2005.

Il Fondo di garanzia per il Trattamento di Fine Rapporto (TFR) è stato istituito con l'articolo 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, per il pagamento del TFR in sostituzione del datore di lavoro insolvente. Per effetto di quanto previsto dagli articoli 1 e 2 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80, il Fondo interviene anche per le retribuzioni maturate negli ultimi tre mesi del rapporto.

Il credito deve riferirsi alla sola retribuzione maturata nell'ultimo trimestre, inclusi i ratei di tredicesima e delle altre eventuali mensilità aggiuntive previste contrattualmente, oltre alle somme dovute dal datore di lavoro a titolo di prestazioni di malattia e maternità. Restano esclusi: l'indennità di mancato preavviso, gli importi relativi a ferie non godute, le indennità di malattia a carico dell'INPS, che il datore di lavoro avrebbe dovuto anticipare. Queste somme sono erogate dal Fondo nei limiti di un massimale, pari a tre volte la misura del

[28] Bureau Internationale du Travail, *Protection du salaire. Normes et garanties relatives au paiement de la rémunération des travailleurs. Rapport 91 III (1B)*, 2003, par. 353.

trattamento di Cassa integrazione guadagni straordinaria mensile al netto delle trattenute previdenziali e assistenziali.

Ai sensi dell'articolo 24, legge 8 marzo 1989, n. 88 il Fondo, istituito presso l'INPS, afferisce alla "Gestione Prestazioni Temporanee ai lavoratori dipendenti", ed è alimentato da un contributo a carico dei datori di lavoro.

Qualora il datore di lavoro sia assoggettabile a procedura concorsuale, il Fondo interviene in caso di cessazione (per qualsiasi causa) del rapporto di lavoro subordinato; apertura di una procedura concorsuale (a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, con decorrenza 15 luglio 2022, recante "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155", le procedure concorsuali che danno diritto all'intervento del Fondo di garanzia sono: liquidazione giudiziale/fallimento; concordato preventivo; liquidazione coatta amministrativa; amministrazione straordinaria; concordato semplificato[29]) o l'esperimento infruttuoso dell'azione esecutiva (pignoramento); insolvenza del datore di lavoro.

Qualora, invece, il datore di lavoro non risulti assoggettabile a procedura concorsuale[30], è necessario che risultino insufficienti le garanzie patrimoniali del datore di lavoro a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata (pignoramento negativo o pignoramento mancato del patrimonio del datore di lavoro). Ciò significa, in concreto, che il lavoratore deve dimostrare di aver intentato una procedura di esecuzione forzata individuale e che al termine della stessa il patrimonio del datore si sia rivelato in tutto o in parte insufficiente a coprire il credito del lavoratore.

Questo vale anche nei casi in cui il lavoratore/trice disponga di un titolo esecutivo rappresentato da diffida accertativa divenuta esecutiva o da un verbale di conciliazione monocratica o comunque da un verbale altrimenti esecutivo.

Pare necessario sottolineare che, per regola generale, la legge fallimentare esonerava l'imprenditore agricolo dal fallimento e dalle altre procedure concorsuali[31]. Analogamente, il

---

[29] Si veda la Circolare INPS numero 70 del 26 luglio 2023.

[30] L' onere di dimostrare che il datore di lavoro non è soggetto a procedure concorsuali è a carico del lavorator e, che dovrà produrre idonea documentazione al riguardo (copia del decreto del Tribunale con cui viene rigettata l'istanza di fallimento per insussistenza dei presupposti). In determinate ipotesi la presentazione del decreto di rigetto non è necessaria; tra queste merita di essere segnalato il caso in cui il datore di lavoro è un imprenditore agricolo.

[31] Si veda l'art. 1 del regio decreto n. 267 del 1942. La Corte di cassazione ha precisato che l'esenzione dell'imprenditore agricolo dal fallimento viene meno ove non sussista, di fatto, il collegamento funzionale della sua attività con la terra, intesa come fattore produttivo, o quando le attività connesse di cui all'articolo 2135, comma 3, codice civile assumano rilievo decisamente prevalente, sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura, gravando su chi invochi l'esenzione, sotto il profilo della connessione tra la svolta attività di trasformazione e commercializzazione dei prodotti ortofrutticoli e quella tipica di coltivazione ex articolo 2135, comma 1, codice civile il corrispondente onere probatorio (Cass. civ., Sez. I Ordinanza, 24 agosto 2018, n. 21176). Inoltre, l'esenzione dell'imprenditore agricolo dal fallimento postula la

nuovo codice della crisi d'impresa, continua ad escludere l'impresa agricola dalla procedura di liquidazione giudiziale, a cui risultano assoggettati solo gli imprenditori commerciali; all'imprenditore agricolo non si applica neppure la disciplina del concordato preventivo[32].

Questa circostanza, evidentemente, rende problematico il recupero salariale in caso di insolvenza in agricoltura, esponendo lavoratori/trici del settore all'onere di esperimento dell'esecuzione forzata[33].

11. LA CONCILIAZIONE

Ai sensi dell'articolo 2113 del codice civile "*Le rinunzie e le transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi […] non sono valide*". Le rinunce e le transazioni devono essere impugnate a pena di decadenza entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinunzia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima. Il datore di lavoro che intenda far valere la rinuncia o la transazione ha l'onere di eccepire la decadenza del lavoratore dall'impugnazione.

È fatta eccezione per:

- conciliazioni in sede giudiziale (articolo 185 codice di procedura civile);
- conciliazioni in sede amministrativa, innanzi agli appositi Collegi e Commissioni istituiti presso l'Ispettorato territoriale lavoro (articoli 410 e 411 codice di procedura civile) o innanzi ad un singolo funzionario di tale Ispettorato (articolo 11 decreto legislativo n. 124 del 2004);
- conciliazioni in sede sindacale (articolo 412 *ter* codice di procedura civile);
- conciliazioni innanzi al collegio di conciliazione e arbitrato costituito liberamente dalle parti (articolo 412 *quater* codice di procedura civile);
- conciliazioni presso le sedi di certificazione (articolo 31, comma 13, legge n. 183 del 2010).

---

dimostrazione, da parte di chi la invoca, in ossequio all'articolo 2697, comma 2, codice civile e del principio di vicinanza della prova, della sussistenza delle condizioni per ricondurre l'attività di commercializzazione dei prodotti agricoli esercitata nell'ambito di cui all'articolo 2135, comma 3, codice civile, dovendosi segnatamente dimostrare che essa ha come oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo (così Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza 22 marzo 2022, n. 9353).

[32] Si veda il decreto legislativo n. 14 del 2019, in particolare agli art. 124 e 84. L'imprenditore agricolo, invece, al pari di quello commerciale, ove si trovi in stato di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne renda probabile la crisi o l'insolvenza, può richiedere l'ammissione alla procedura di composizione negoziata della crisi (articolo 12 del decreto legislativo n. 14 del 2019).

[33] Il problema prescinde la questione relativa al fatto che obbligato al pagamento del trattamento di fine rapporto sia l'INPS o l'ENPAIA, competente, in forza della legge n. 1655 del 1962, per impiegati, dirigenti e operai a tempo determinato in agricoltura.

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che si tratta di atti di disposizione validi in quanto, nelle "sedi protette", "*la posizione del lavoratore viene ad essere adeguatamente protetta nei confronti del datore di lavoro per effetto dell'intervento in funzione di garanzia di un terzo 'autorevole' e quindi viene meno la presunzione di condizionamento della volontà del lavoratore*"[34].

12. LA CONCILIAZIONE SINDACALE

La giurisprudenza ha chiarito a quali condizioni la conciliazione in sede sindacale può riconoscersi valida ai fini di cui all'articolo 2113 del codice civile precisando che:

- il conciliatore deve appartenere ad una organizzazione sindacale genuina alla quale il disponente sia associato o abbia conferito mandato[35];
- il conciliatore deve essere incaricato dall'associazione sindacale (prassi del deposito della firma del conciliatore sindacale presso l'Ispettorato territoriale del lavoro);
- l'assistenza alla parte deve essere effettiva, consentendo al lavoratore di sapere a quale diritto rinunzia ed in che misura[36]; così, ad esempio, non è stata giudicata idonea l'assistenza in caso di intervento dell'ultima ora senza alcuna conoscenza della vicenda[37].

La legge n. 183 del 2010 ha modificato l'articolo 412-*ter* codice di procedura civile stabilendo che la conciliazione può essere svolta "*presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative*".

Questo comporta una individuazione vincolata delle fonti regolative delle conciliazioni sindacali: il mancato rispetto della procedura conciliativa stabilita nei contratti collettivi costituisce motivo di invalidità del verbale di conciliazione in sede sindacale. Si pone dunque il problema di individuare quale sia il livello di contrattazione di riferimento.

Alcuni contratti collettivi nazionali (p.e. quello del Commercio) richiamano espressamente la normativa del codice di procedura civile ("*La Commissione paritetica territoriale esperisce il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 412 ter cod. proc. civ.*"). In questi casi può ritenersi

---

[34] Cass. 18 aprile 2008, n. 10218; Cass. 18 agosto 2008, n. 16168.
[35] Cass. 3 aprile 2002, n. 4730.
[36] Cass. 23 ottobre 2013, n. 24024.
[37] Cass. 22 maggio 2008, n. 13217: il sindacalista, chiamato dalla società e non dal lavoratore, si era limitato ad assistere all'elaborazione dei conteggi e, lungi dal fornire una consapevole assistenza, era stato successivamente stigmatizzato dallo stesso sindacato di appartenenza). Tale principio è stato ribadito da Cass. ord. 1° aprile 2019, n. 9006, secondo cui le rinunce e le transazioni ex articolo 2113 del codice civile non sono impugnabili a condizione che "(...) *l'assistenza prestata dai rappresentanti sindacali sia stata effettiva, così da porre il lavoratore in condizione di sapere a quale diritto rinunci e in quale misura, nonché, nel caso di transazione, a condizione che dall'atto stesso si evincano la questione controversa oggetto della lite e le reciproche concessioni in cui si risolve il contratto transattivo ai sensi dell'articolo 1965 del Codice civile*".

che il contratto collettivo affidi la competenza esclusiva per la composizione delle controversie alle commissioni paritetiche territoriali di conciliazione (costituite, nel caso del CCNL del commercio, presso l'Ente bilaterale del terziario): in tale settore un verbale di conciliazione firmato da un solo sindacalista non sarebbe valido.

Una pronuncia del Tribunale di Roma (8 maggio 2019, n. 4354) ha precisato che se il contratto collettivo detta apposite modalità procedurali per la conciliazione sindacale esse vanno seguite a pena di invalidità del verbale; qualora invece il contratto collettivo non disciplina la procedura di conciliazione sindacale in tale settore detta conciliazione non è possibile.

Il Tribunale di Bari (con sentenza del 6 aprile 2022) ha affermato che la validità del verbale di conciliazione firmato in sede protetta secondo l'articolo 2113, comma 4, codice civile, presuppone che il rappresentante sindacale davanti al quale le parti sottoscrivono l'accordo transattivo appartenga alla organizzazione sindacale cui è iscritto il lavoratore. Solo i funzionari sindacali della sigla a cui è iscritto il lavoratore sono legittimati a fornire l'assistenza qualificata che costituisce il presupposto di validità della conciliazione. Né può darsi alcun valore all'incarico che il lavoratore abbia conferito contestualmente alla sottoscrizione del verbale di conciliazione, perché la circostanza di averlo rilasciato al momento in cui si transige lo rende inidoneo a comprovare che il lavoratore abbia ricevuto una effettiva assistenza.

Si ricorda che il verbale di conciliazione in sede sindacale deve essere depositato presso l'Ispettorato del lavoro a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale. Il direttore o un suo delegato, accertata l'autenticità del verbale, provvede a depositarlo nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è stato redatto. Il giudice, su istanza di parte, accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto (articolo 411 codice di procedura civile).

13. LA CONCILIAZIONE DAVANTI ALLE COMMISSIONI DI CERTIFICAZIONE

Dal 2010, presso le sedi di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003, può essere esperito il tentativo di conciliazione di cui all'articolo 410 codice di procedura civile (legge n. 183 del 2010 articolo 31, comma 13).

Sono organi abilitati alla certificazione, a condizione che vengano seguite le specifiche procedure di costituzione delle commissioni come previsto dall'articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003, gli Ispettorati territoriali del lavoro, le province, i Consigli

provinciali dei consulenti del lavoro, gli Enti bilaterali, le Università pubbliche/private, il Ministero del lavoro.

Le varie sedi di certificazione presentano caratteristiche differenti, ciascuna con pregi e difetti. Alla elevata competenza tecnica delle sedi universitarie si giustappone la forte connotazione paritetica delle commissioni costituite presso gli Enti bilaterali, che poggiano la propria competenza sulla rappresentatività maggioritaria[38], e che in astratto, presentano caratteristiche concettualmente ideali per lo svolgimento di funzioni di certificazione e di conciliazione, anche nella logica del governo attivo del mercato del lavoro prevista dall'articolo 2, comma 1, lettera h), del decreto legislativo n. 276 del 2003[39].

Le procedure di certificazione sono determinate nel regolamento della commissione. Per analogia di ratio l'assistenza alla parte si ritiene debba essere effettivamente fornita dalle Commissioni di certificazione, che operino in composizione collegiale o monocratica (come previsto da numerosi regolamenti).

14. LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA E IL NUOVO RUOLO DEGLI AVVOCATI

Il decreto legislativo n. 149 del 2022 (noto come "riforma Cartabia"), in un'ottica di deflazione del contenzioso civile, ha introdotto la negoziazione assistita anche per le controversie di lavoro.

La riforma ha introdotto l'articolo 2-ter nel decreto legge n. 132 del 2014 (convertito in legge n. 162 del 2014, come modificato dal decreto legislativo n. 149 del 2022), ampliando l'accesso alla negoziazione assistita alle controversie ai sensi dell'articolo 409 codice di procedura civile. La norma prevede espressamente l'applicabilità alla negoziazione assistita dell'articolo 2113 codice civile. Per le controversie del lavoro, come specificato nel nuovo articolo 2-ter, la negoziazione ha natura facoltativa, non rappresentando condizione di procedibilità della domanda. Nella negoziazione ciascuna parte deve essere assistita almeno da un avvocato, oltre alla presenza (eventuale) di un consulente del lavoro.

Sino ad oggi, nelle sedi protette, i diritti del lavoratore sono stati tutelati dalla presenza di soggetti "istituzionali", in grado di garantire la veridicità di rinunce e transazioni; nella

[38] Il tema cruciale della maggiore rappresentatività in termini comparativi come fondamento della legittimazione a rilasciare certificazioni da parte degli Enti bilaterali è stato affrontato anche sopra al paragrafo 2.4.

[39] In questo senso M. TIRABOSCHI, *Lavoro a termine e certificazione delle causali: davvero una buona soluzione?*, in Bollettino ADAPT, 26 aprile 2023, n. 16, il quale evidenzia, per contro, "*come la bilateralità fittizia cerchi da tempo di insinuarsi su questo fronte che è centrale nei moderni mercati del lavoro*". Al riguardo si veda Corte App. L'Aquila, 5 luglio 2022, n. 1018).

negoziazione assistita è invece la presenza dell'avvocato a garantire la tutela del lavoratore, oltre alla possibile compresenza di un consulente del lavoro.

La nuova norma impone che l'accordo raggiunto all'esito della procedura di negoziazione assistita venga trasmesso, da una delle due parti, ad una delle Commissioni di Certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003 nel termine di dieci giorni.

15. CONCILIAZIONE MONOCRATICA E DIFFIDA ACCERTATIVA

Il tentativo di conciliazione è sempre facoltativo[40]. Ci sono ipotesi in cui la conciliazione può essere tentata anche in corso di ispezione. Il lavoratore, infatti, può segnalare, in autonomia o per il tramite del sindacato, all'Ispettorato del lavoro territorialmente competente il mancato pagamento delle retribuzioni.

Di norma l'Ispettorato, se ritiene ci siano i presupposti per una definizione bonaria della controversia, attiva la "conciliazione monocratica preventiva". La procedura può essere attivata con riferimento alle sole questioni riguardanti diritti patrimoniali dei lavoratori, e prevede innanzitutto la convocazione dei soggetti interessati: dipendente e datore di lavoro. Questi possono presentarsi al funzionario incaricato di persona (eventualmente con l'assistenza di un sindacalista / professionista) oppure delegando formalmente un altro soggetto.

Il compito dell'ispettorato/conciliatore è innanzitutto quello di evidenziare alle parti (in particolare all'azienda) le possibili conseguenze in caso di ispezione sul luogo di lavoro. Al termine della conciliazione, in caso di accordo tra le parti, il procedimento ispettivo si estingue ed il datore di lavoro provvede a riconoscere i compensi non pagati.

In caso di mancato accordo, o di assenza di una o entrambe le parti convocate, si procede, invece, all'accertamento ispettivo (articolo 11, comma 5 del decreto legislativo n. 124 del 2004). Questo è un evidente fattore di forte incentivo alla conciliazione. L'istituto della conciliazione monocratica è estremamente funzionale e dovrebbe essere agevolato soprattutto attraverso un sistema che ne consenta un'operatività più celere e capillare.

[40] Tranne il caso delle controversie relative a contratti certificati (articolo 80, comma 4, decreto legislativo n. 276 del 2003). Autorevole dottrina spiega la ragione dell'inutilità di modelli di obbligatorietà del tentativo di conciliazione stragiudiziale evidenziando che "le parti, prima di rivolgersi al giudice, conciliano solo le controversie per le quali i loro rappresentanti, siano essi sindacalisti, consulenti del lavoro o avvocati, siano riusciti a raggiungere un accordo. Si tratta di soggetti tecnicamente competenti, sicché nessun conciliatore, per quanto preparato e a conoscenza dei termini della controversia, potrà mai aumentare sensibilmente il numero delle conciliazioni preventive" (così A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2025, pag. 564). In generale si veda R. DE LUCA TAMAJO, *La composizione extragiudiziale delle controversie individuali e collettive di lavoro*, in *Atti del Convegno AIdLaSS, Roma 12 dicembre 2019*), in Quaderni Arg. Dir. Lav., 2020, 17, 109.

Qualora poi, a seguito dell'ispezione, vengano accertati crediti retributivi derivanti da omesso pagamento delle buste paga, i funzionari competenti possono diffidare l'azienda a corrispondere le somme in questione direttamente al lavoratore.

L'azienda può reagire promuovendo, entro trenta giorni dalla notifica della diffida, un tentativo di conciliazione presso l'Ispettorato territoriale del lavoro, con le stesse modalità di svolgimento della conciliazione monocratica. L'effetto è quello di sospendere sino al termine della procedura l'esecutività della diffida.

In alternativa, il datore può inoltrare ricorso al direttore dell'ufficio che ha emanato il provvedimento. Anche in questo caso l'effetto è quello di sospendere l'efficacia della diffida. La decisione sul ricorso è adottata entro sessanta giorni dalla presentazione dello stesso.

Decorsi i termini per inoltrare ricorso o per esperire il tentativo di conciliazione, ovvero nel caso in cui le parti non pervengano ad un accordo o a fronte del rigetto del ricorso, la diffida acquista efficacia di titolo esecutivo, dando al lavoratore dipendente la possibilità di agire per soddisfare i propri crediti[41].

Questo è un aspetto di rilevante interesse atteso che la diffida è un titolo esecutivo emesso da una autorità amministrativa senza un preventivo intervento dell'autorità giudiziaria e senza prevista la possibilità di ricorrere al giudice per opporsi al provvedimento attraverso un apposito meccanismo processuale. Contro il precetto che segua una diffida accertativa esecutiva è comunque ammessa l'opposizione all'esecuzione ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 615 codice di procedura civile[42].

Nel 2020 il legislatore ha introdotto rilevanti modifiche al potere di "disposizione" disciplinato dall'art. 14 del decreto legislativo n. 124 del 2004. La norma, oggi, prevede che "*il personale ispettivo dell'Ispettorato nazionale del lavoro può adottare nei confronti del datore di lavoro un provvedimento di disposizione, immediatamente esecutivo, in tutti i casi in cui le irregolarità rilevate in materia di lavoro e legislazione sociale non siano già soggette a sanzioni penali o amministrative*". Si tratta dunque di una facoltà attribuita al personale ispettivo dell'INL con quale si "ordina" al datore di lavoro di eliminare determinate irregolarità entro un certo periodo di tempo pena l'applicazione, in caso di inottemperanza, di una sanzione.

Non sono previste modalità di comunicazione di informazioni alle autorità amministrative in ordine ai dati relativi all'effettivo recupero salariale all'esito della notifica

[41] Ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo n. 124 del 2004, una volta che la diffida acquista efficacia di titolo esecutivo, il lavoratore può iniziare l'esecuzione, notificando precetto e poi pignoramento.

[42] Si veda in particolare Cass. 29 luglio 2022, ord. n. 23744, ove si ribadisce il principio in virtù del quale "la diffida accertativa – non opposta ovvero, come nel caso in esame, confermata dal Comitato regionale – è atto di natura amministrativa che è idonea ad acquisire valore di titolo esecutivo ma non determina un passaggio in giudicato dell'accertamento in essa contenuto che può sempre essere contestato".

dei precetti conseguenti ad atti di diffida o disposizione. Questo non consente una mappatura rispetto alla valutazione di efficacia delle procedure in termini di concreta soddisfazione dell'interesse protetto.

Con la Circolare n. 5 del 2020, l'INL ha precisato che il nuovo potere di disposizione può trovare applicazione in relazione al mancato rispetto di norme legali e di disposizioni contenute nel contratto collettivo applicato e, in questo ultimo caso, solamente in presenza di violazioni della parte economica e normativa del contratto collettivo medesimo. Con Nota n. 4539 del 15 dicembre 2020 l'Ispettorato Nazionale ha elaborato un elenco esemplificativo di ipotesi nelle quali è possibile fare ricorso alla disposizione. Tra queste rientra la "*disposizione su parte economica*", con la precisazione, fatta dalla Nota dell'INL, "*limitatamente alle ipotesi in cui siano coinvolti molti lavoratori, atteso che la diffida resta lo strumento privilegiato di tutela patrimoniale*".

16. CONCLUSIONI

L'ordinamento italiano riconosce alla mancata corresponsione del salario e al pagamento di retribuzioni inferiori al salario minimo stabilito per legge o per contratto collettivo la consistenza di indice di sfruttamento lavorativo.

Gli strumenti più efficaci, dal punto di vista giuridico, nella prospettiva della garanzia di attuazione effettiva dell'esigenza di soddisfazione tempestiva del recupero del credito salariale consistono, da un lato, nella possibilità, riconosciuta al giudice penale, di disporre il controllo giudiziario dell'azienda e la rimozione delle condizioni di sfruttamento e, dall'altro, negli istituti della conciliazione monocratica e diffida accertativa.

Per quanto concerne il tema dei rimedi giudiziari civili, si ritiene di dover portare in primo piano la questione relativa alla tempestività della risposta giudiziaria alle azioni di recupero salariale. Questa problematica, allo stato, non pare essere stata risolta.

Con riferimento agli strumenti alternativi e di conciliazione, ampio spazio si è ritenuto di riconoscere alla conciliazione monocratica e diffida accertativa, in quanto l'analisi condotta ha consentito di evidenziarne la particolare efficacia, donde l'esigenza, da una parte, di una riduzione dei tempi di attivazione della procedura e, dall'altra, di garantire l'effettiva esecuzione ai titoli esecutivi ed in particolare alla diffida accertativa.

Parallelamente, nella medesima prospettiva, potrebbe essere valorizzato il ruolo dei sindacati (o eventualmente di altri soggetti terzi, quali ad esempio i servizi consolari), riconoscendo ai medesimi la possibilità di intervento al posto del singolo lavoratore nelle istanze amministrative e nelle azioni civili per il recupero salariale.

Resta, infine, il problema della certezza del recupero salariale nei casi di insolvenza e/o fallimento/liquidazione giudiziale.

A questo riguardo, l'analisi condotta consente di focalizzare l'attenzione sull'insufficienza del sistema di garanzia offerto dal Fondo INPS, e questo, essenzialmente, per due, evidenti, ragioni. Da un lato si pone il problema delle tempistiche e, dall'altro, quello della limitata operatività del Fondo a TFR ed ultime retribuzioni.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *L'utopia della certezza del diritto*, in Colloqui giuridici del lavoro, 2017, 1.

AMADEI, *Primi approcci della giurisprudenza alla nuova azione collettiva inibitoria*, in Giurisprudenza Italiana, 2022, 10, 2144.

ANTONIOTTI, *Onere della prova e inversioni: tra bilanciamento di interessi e principio di vicinanza*, in Il giusto processo civile, 2018, 4, 1177.

BALLETTI – SANTUCCI (a cura di), *Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro*, Torino, 2023.

BARBIERI, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2010, 3, 71.

BELLELLI, *Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2021, 6, 1429.

BERTOLDI, *L'arbitrato e le controversie di lavoro*, Napoli, 2018.

BERTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla l. 4 novembre 2010 n. 183*, in Rivista di diritto processuale, 2011, 4, 834.

BONFANTI, *Accesso alla giustizia per violazioni dei diritti umani sul lavoro lungo la catena globale del valore: recenti sviluppi nella prospettiva del diritto internazionale privato*, in Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali, 2021, 171, 369.

BOVE, *Conciliazione e arbitrato nel Collegato lavoro*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2011, 1. 125.

BRIGUGLIO, *Note brevissime sull'onere di contestazione per il terzo pignorato*, in Judicium, 15 aprile 2013.

CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, in Lavoro e Diritto, 2017, 1, 67.

CANALE, *Arbitrato e 'collegato lavoro',* in Rivista di diritto processuale, 2011, 3, 566.

CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice*, Milano, 1978.

CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in Riv. Dir. Proc., 1982, 233.

CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008, 109.

COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Nuova Giur. Civ. comm., 2001, 477.

DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 2014, 3, 907.

DE LUCA TAMAJO, *La composizione extragiudiziale delle controversie individuali e collettive di lavoro*, in Atti del Convegno AIdLaSS, Roma 12 dicembre 2019), in Quaderni Arg. Dir. Lav., 2020, 17, 109.

DE MICHIEL, *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 2020.

DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, Cedam, 1970.

DONDI, *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti critici*, Padova, 2001, 151.

DONZELLI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro), a cura di, Torino, 2011, 117).

GARAPON, *La raison du moindre État,* Editions Odile Jacob, 2010 (trad. it., Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia, Milano, R. Cortina, 2012).

LOREA, *Sulla nozione di "sfruttamento del lavoro": cosa è cambiato*, in Diritto delle Relazioni Industriali, 2020, 4 1083.

LUDOVICO, *La disciplina del lavoro subordinato*, in B. Nascimbene (a cura di), Diritto degli stranieri, Padova, Cedam, 2004, 783.

LUISO, *La direttiva 2013/11/EU sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in www.judicium.it 2013.

MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale di)*, in Enciclopedia del diritto, vol. XXIII, Milano, 1973.

MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966.

MIRMINA, *Il principio di vicinanza della prova quale deroga dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c.*, in Giurisprudenza Italiana, 2016, 4, 821.

NAPPI, *Il lavoro degli extracomunitari*, Napoli, Esi, 2005, 413.

PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, in Giurisprudenza Italiana, 2019, 10, 2329.

PATTI, *Delle prove: art. 2697-2739*, in G. De Nova, (a cura di) Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano, Bologna, 2015.

PESSI, *Gli arbitrati di diritto del lavoro*, Napoli, 2012.
PESSI, *Le novità in tema di arbitrato e di conciliazione in materia di lavoro*, in Giurisprudenza Italiana, 2011, 12, 2696.
PROTOPAPA, *Sindacato e nuove azioni di "classe"*, in *Lav. Dir.*, 2024, 2, 257.

PUNZI, *L'arbitrato per la soluzione delle controversie di lavoro*, in Rivista di diritto processuale, 2011, 1, 1.
RAZZOLINI, *Azione di classe e legittimazione ad agire del sindacato a prescindere dall'iscrizione nel pubblico elenco: prime considerazioni*, in Lavoro Diritti Europa, 2022.

RAZZOLINI, *Azione di classe risarcitoria e azione collettiva inibitoria: novità anche per il diritto del lavoro?*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2019, 1, 81.

RICCOBONO, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2010, I, 124.
SALETTI, *Novità dell'espropriazione presso terzi,* in Judicium, 4 marzo 2013;
SANDULLI - SOCCI, *Il processo del lavoro*, Milano, 2016.
SANDULLI, *Il punto in tema di mediazione e di adr,* in La Nuova Procedura Civile, 3, 2015.
SANTORO PASSARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2013, I, 543.
SARTOR, *Il rito del lavoro tra rigidità delle preclusioni processuali e difficoltà probatorie*, in Il lavoro nella giurisprudenza, 2018, 6, 603.
STELLA, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c. tra tradizione e promesse di deterrenza*, in Corriere Giuridico, 2019, 4, 1453.

TEDOLDI, SACCHETTO, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c.*, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, 1, 230.
TIRABOSCHI, *Lavoro a termine e certificazione delle causali: davvero una buona soluzione?*, in Bollettino ADAPT, 26 aprile 2023, n. 16.

VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988.
VALLEBONA, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Padova, 2006.
VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, 15ª ed., 2025

VETTOR, *Lavoro e immigrazione irregolare nel d.lgs. n. 109 del 2012*, in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 2013, 3, 38.
VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato: tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Napoli, 1991, 161.

ZAMPIERI, *L'azione di classe e il ruolo delle organizzazioni sindacali nel contrasto alle discriminazioni*, in EQUAL, *Rivista di Diritto Antidiscriminatorio* 2024, 6 (https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/app/uploads/2025/01/2_Zampieri.pdf).

IL LAVORATORE NELL'ALGORITMO: LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI QUALE GARANZIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'ORGANIZZAZIONE DIGITALE DEL LAVORO

Livia Tamburro[1]

Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

DOI: https://doi.org/10.62140/LT253196558

Sommario: 1. Introduzione. -2. L'inscindibile legame tra trasparenza algoritmica, Regolamento GDPR e Regolamento AI Act. -3. (Segue) Il sistema di garanzie contro le discriminazioni algoritmiche nella Direttiva (UE) 2024/2831. -4. Brevi osservazioni conclusive.

Sinossi: Lo studio analizza le profonde trasformazioni che la progressiva autonomia operativa dei sistemi di gestione algoritmica (*algorithmic management*) determina sulle modalità di esercizio dei poteri datoriali e sulle tecniche di organizzazione della prestazione lavorativa, sollevando rilevanti questioni in ordine alla tutela dei diritti fondamentali del lavoratore. Evidenzia, altresì, come in tale contesto si imponga la scelta tra un approccio orientato all'efficientismo tecnologico, volto alla massimizzazione delle *performance* economico-sociali, e un'impostazione *human-centred* che ponga la persona al centro dell'organizzazione digitale del lavoro, assicurandone la piena tutela dei diritti fondamentali.

Il saggio, che privilegia una prospettiva antropocentrica, esamina la disciplina eurounitaria della protezione dei dati personali quale architettura regolatoria della gestione algoritmica del lavoro, in un'ottica di complementarità con il Regolamento (UE) 2024/1689 (c.d. *AI Act*) e con la Direttiva (UE) 2024/2831 sul lavoro mediante piattaforme digitali. Tali strumenti sono orientati a predisporre un sistema di garanzie contro i rischi discriminatori e l'opacità dei sistemi automatizzati, mediante limiti al trattamento dei dati personali, obblighi informativi e diritti di spiegazione e revisione umana delle decisioni algoritmiche.

Parole chiave: Discriminazioni algoritmiche – protezione dei dati personali – Intelligenza Artificiale – Lavoro tramite piattaforme digitali – Tutela diritti forndamentali dei lavoratori

Abstract: The study analyses the profound transformations that the progressive operational autonomy of algorithmic management systems brings about in the exercise of managerial powers and in the techniques used to organise work performance, raising significant issues concerning the protection of workers' fundamental rights. It further highlights how, in this context, a choice emerges between a technology-efficiency-oriented

[1] Assegnista di Ricerca in Diritto del Lavoro – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"; e-mail: livia.tamburro@uniroma2.it.

approach aimed at maximising socio-economic performance and a human-centred model that places the individual at the core of the digital organisation of work, ensuring the full protection of fundamental rights.

Adopting an anthropocentric perspective, the article examines the EU personal data protection framework as the regulatory architecture governing algorithmic management in employment, in a complementary relationship with Regulation (EU) 2024/1689 (the AI Act) and Directive (EU) 2024/2831 on platform work. These instruments are designed to establish a system of safeguards against discriminatory risks and the opacity of automated systems through limits on the processing of personal data, information obligations, and rights to explanation and human review of algorithmic decisions.

Keywords: Algorithmic discrimination – personal data protection – artificial intelligence – platform work – protection of workers' fundamental rights.

1. Introduzione

Il proliferare dell'economia digitale ha favorito la diffusione di modelli di organizzazione del lavoro, originariamente propri del settore della produzione di servizi tramite piattaforma informatica[2], oltre i limiti dell'originario contesto in cui tali modelli hanno preso forma.

E' noto che si tratti di modelli segnati dall'essere la gestione delle relative prestazioni la risultante degli esiti di processi decisionali automatizzati o semi-automatizzati, governati dagli algoritmi[3].

---

[2] *Ex Multis*, per un approfondimento sul lavoro attraverso piattaforma digitale si v. P. DE PRETIS, *Lavoro e piattaforme digitali. Qualificazione, poteri e tutele*, Giappichelli, Torino, 2025; E. MENEGATTI, Il lavoro tramite piattaforme nel quadro comparato, in M. BIASI (a cura di) *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2024, 455 ss.; G. BANDELLONI, *Il lavoro tramite piattaforma nel diritto interno*, in M. BIASI (a cura di), op. cit., 479 ss.; M. GIOVANNONE, *Il lavoro tramite piattaforma nell'ordinamento europeo*, in M. BIASI (a cura di), op. cit., 497 ss.; S. GIUBBONI, *Il lavoro attraverso piattaforma digitale nella disciplina nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, fasc. 3, p. 295 ss.; ID, I RIDERS E LA LEGGE, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, n. 4, 849; P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017, 3 ss., spec., 6.; P. TULLINI, *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig economy*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1, 52 ss.; V. BAVARO, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo nell'era digitale: il problema della libertà del lavoro*, in *La dignità del lavoro. Nel cinquantesimo dello Statuto*, Franco-Angeli, Milano, 2021, 148; A. DONINI, *Il lavoro attraverso piattaforme digitali*, BUP, Bononia University Press, Bologna, 2019; M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, n. 3, 651 ss.; A. ALOISI, *Il lavoro "a chiamata" e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *Labour & Law Issues*, 2016, 2, 2, 16 ss. ; M. BARBERA, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale: fra differenziazione e universalismo delle tutele*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 158, 2, 403 ss; M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 126, 2, 203 ss.; M. BIASI, *Uno sguardo oltreconfine sui nuovi lavori della gig economy. Spunti per una breve riflessione sulle potenzialità e sui limiti della comparazione*, in *Labour & Law Issues*, 2018, 4, 2, C.3-C.24; M. D'ANTONA, *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, in M. D'ANTONA, *Opere*, B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), Vol. III, Tomo III, Giuffrè, Milano, 2000, 1294 ss; F. LUNARDON, *Le reti di impresa e le piattaforme digitali della sharing economy*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 2, pp. 375-387; A. LYON-CAEN, *Plateforme*, in *Rev. droit trav.*, 5, 2016.

[3] Il tema è oggetto di vivace dibattito dottrinale, si veda, senza pretese di esaustività: M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino, 2023; A. BELLAVISTA, R.

Nonostante l'*algorithmic management* venga sovente prospettato come una soluzione funzionale a ridurre, se non addirittura eliminare, il margine di discrezionalità e di errore umano, al fine di pervenire a decisioni caratterizzate da un maggior grado di obiettività ed equità rispetto a quelle assunte da soggetti umani; studi e riscontri empirici ed il Garante della Privacy hanno dimostrato come le tecnologie algoritmiche e i sistemi di intelligenza artificiale non siano affatto immuni da pregiudizi e da dinamiche discriminatorie[4].

Alla c.d. *"opacità algoritmica"*[5] si correla, infatti, la possibilità di esercizio dei poteri datoriali oltre limiti tradizionalmente posti dal diritto del lavoro, derivandone a carico del lavoratore un potenziale pregiudizio sul piano della fruizione dei diritti fondamentali della persona, a muovere dal diritto dell'integrità psicofisica, alla dignità morale, su cui impattano rischi connessi alla sovrapposizione tra tempi di lavoro e tempi di vita (c.d. *work-life balance*), alla deriva discriminatoria nell'avvalersi delle prerogative datoriali, al trattamento indiscriminato dei dati personali.

Tale scenario ha sollecitato l'adozione di misure di governo dei processi algoritmici, idonee a realizzare quel difficile bilanciamento tra l'inarrestabile imporsi dell'*algorithmic management* e la garanzia di una tutela effettiva dei diritti fondamentali della persona.

La disciplina eurounitaria dei dati personali, che è improntata non a caso, al pari della tutela antidiscriminatoria, ad una logica di *accountability*, intesa quale responsabilizzazione dell'impresa nella *"prevenzione dei rischi di lesione dei diritti fondamentalissimi di libertà e dignità"*[6], prevede una pluralità di strumenti normativi che assumono rilievo anche ai fini della prevenzione della discriminazione algoritmica.

SANTUCCI (a cura di), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2022; ivi si veda anche A. SITZIA, *I limiti ai controlli tra giurisprudenza nazionale e CEDU*, 109 ss.; G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *Labour & Law Issues*, n. 2, 2020; ID, *Le discriminazioni algoritmiche*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, 1; L. ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 446, 2021.

[4] Cfr. Relazione del 2017, il Garante per la Protezione dei Dati Personali, ammoniva che *"gli algoritmi non sono neutri sillogismi di calcolo, ma opinioni umane strutturate in forma matematica che, come tali, riflettono, in misura più o meno rilevante, le precomprensioni di chi li progetta, rischiando di volgere la discriminazione algoritmica in discriminazione sociale"* con rischio di trasformare la discriminazione algoritmica in una forma di discriminazione sociale.
Molte sono state, le pronunce dell'Autorità Garante della *privacy* italiana in tema di algoritmi: sul punto si veda V. PAGNANELLI, *Decisioni algoritmiche e tutela dei dati personali. Riflessioni intorno al ruolo del Garante*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2021. In dottrina, sulle discriminazioni algoritmiche, v. M.C. CATAUDELLA, *La tutela della persona nel lavoro computazionale*, Relazione al Convegno A.N.F., 24 febbraio 2025, Roma; S. CAPONETTI, *Non-human employers and algorithmic management*, in *WP di FA.RI*, 2024, n. 6.

[5] Sul punto, per gli aspetti di informatica giuridica, v. G. FIORIGLIO, *La Società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici*, in *Ars interpretandi*, 2021, 53 ss.

[6] Cfr. A. INGRAO, *La protezione dei dati personali dei lavoratori nel diritto vivente al tempo degli algoritmi,* in A. BELLAVISTA, R. SANTUCCI (a cura di), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2022, 130; più ampiamente sul tema, ID, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, Cacucci, Bari, 2018, 68 ss.

2. L'inscindibile legame tra trasparenza algoritmica, Regolamento GDPR e Regolamento AI Act

Il Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), direttamente applicabile anche ai rapporti di lavoro, stabilisce che il titolare del trattamento debba adottare misure giuridiche e tecnico-organizzative idonee a garantire la tutela dei dati personali, nonché la trasparenza[7] e la correttezza del trattamento, nel rispetto dei principi di limitazione della finalità, trasparenza e minimizzazione, nonché dei criteri di *privacy by design*[8] e *privacy by default*[9] e della valutazione preventiva d'impatto del trattamento (artt. 25 e 35 GDPR)[10].

Per comprendere il ruolo del Regolamento (UE) 2016/679 nella ricostruzione delle garanzie dei lavoratori rispetto ai processi automatizzati occorre muovere da due considerazioni: la prima attinente all'ampiezza del suo ambito di applicazione; la seconda concernente la centralità, al suo interno, della valutazione d'impatto, quale strumento regolativo centrale di un modello improntato ad un approccio *risk-based*[11]. Qualsiasi processo automatizzato - sia esso di monitoraggio o decisionale - in quanto basato sull'esecuzione di uno o più algoritmi, implica necessariamente un trattamento di dati e integra, pertanto, una fattispecie che, specie in ambito lavorativo, è verosimile possa ricadere nel campo di applicazione del GDPR. Ciò si giustifica alla stregua dell'ampiezza della nozione di dato personale accolta dal Regolamento[12], idonea a ricomprendere anche dati formalmente non ricompresi nella stretta allocuzione di *personali*, allorquando questi risultino indissolubilmente connessi, però, a *dati personali*.

---

[7] Cfr. G. PROIA, *Origine, evoluzione e funzioni della trasparenza nei rapporti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2023, 4, 719.

[8] *Privacy by design*: La tutela dei dati personali deve essere integrata fin dalla fase di progettazione di un prodotto, servizio, sistema informatico o processo organizzativo che comporti un trattamento di dati.

[9] *Privacy by default*: per impostazione predefinita, il sistema o servizio deve garantire il livello massimo di protezione dei dati.

[10] La funzione della valutazione di impatto ex art. 35 del GDPR è valorizzata da G. GAUDIO, *Le discriminazioni algoritmiche*, op. cit., come importante fattore per prevenire la discriminazione algoritmica, specie in relazione agli algoritmi di tipo machine learning, rispetto ai quali occorre assicurare una valutazione ciclica del rischio di discriminazione. Cfr. P. TULLINI, *Algorithm at Work; Machine Learning and Discrimination*, presentation at the Labour Law
Community Webinar of 23 April 2021.

[11] In dottrina, M. PERUZZI, *Gestione algoritmica del lavoro, protezione dei dati personali e tutela collettiva*, in *Lav. & dir.*, fasc. 2, 2024;

[12] Così, l'art. 4, Regolamento (UE) 2016/679 dispone che: *"dato personale»: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale"* (Art. 4, n. 1).

Ai fini della qualificazione di un'informazione come dato personale, non è infatti necessario che questa attenga a caratteristiche soggettive dell'individuo: il collegamento con la persona dell'interessato - fisica identificata o identificabile - può derivare dall'uso o dal possibile uso dell'informazione ai fini della sua valutazione o del suo trattamento, ovvero dal potenziale impatto della stessa sui diritti e sugli interessi del soggetto trattato (art. 4, n. 1, GDPR cit. [13]). Ne consegue che assumono natura personale anche i dati relativi all'uso di macchine o strumenti di lavoro - dalla loro geolocalizzazione alle stesse battute sulla tastiera - qualora siano utilizzabili per valutare la produttività o le prestazioni del lavoratore ovvero per adottare decisioni incidenti sulle sue condizioni di lavoro.

Risulta, dunque, come detto, altamente probabile che l'impiego di sistemi automatizzati di decisione o di monitoraggio nel rapporto di lavoro possa coinvolgere il trattamento di dati personali dei dipendenti, nonché operazioni di profilazione, intese quali trattamenti automatizzati diretti a valutare o prevedere, sul piano individuale, aspetti, o caratteristiche personali (quali rendimento, ubicazione, affidabilità o comportamento)[14].

Come anticipato, la rilevanza del GDPR nella costruzione delle garanzie dei lavoratori emerge anche dall'approccio metodologico del sistema normativo da esso delineato.

Si può brevemente sottolineare come l'obbligo di attuare una DPIA (*Data Protection Impact Assessment*)[15] ossia una disciplina di impatto dei dati, ai sensi dell'art. 35 GDPR, sia imprescindibile laddove il datore di lavoro si avvalga di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati.

La DPIA richiede al titolare del trattamento non solo di adottare tutte le misure necessarie per assicurare e dimostrare la conformità di queste ai principi del GDPR, compreso il principio di trasparenza; ma richiede anche di valutare, mitigare e gestire i rischi per tutti i diritti e le libertà degli interessati.

La DPIA include, inoltre, anche *"una valutazione della necessità e della proporzionalità del trattamento in relazione alle finalità"* (art. 35, par. 7, lett. b); si può ritenere che tale verifica imponga al datore di giustificare la scelta di un certo tipo di algoritmo rispetto a un

[13] Cfr. Gruppo di lavoro Articolo 29, Parere 4/2007 sul concetto di dati personali, 01248/IT, WP, 136.
[14] Sul tema della profilazione dei lavoratori, cfr. S. RENZI, *Decisioni automatizzate, analisi predittive e tutela della privacy dei lavoratori*, in *Lav. & dir.*, 2022, n. 3, 583; M. AIMO, *Dalle schedature dei lavoratori alla profilazione tramite algoritmi: serve ancora l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori?*, in *Lav. & dir.* , 2021, n. 3-4, p. 585.
[15] La *DPIA* (*Data Protection Impact Assessment*), prevista dall'art. 35 del GDPR, è una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali che il titolare del trattamento deve effettuare prima di avviare trattamenti che possano comportare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche.

determinato obiettivo organizzativo, nel difetto di alternative meno invasive dei diritti e delle libertà coinvolti.

In mancanza di alternative, la questione si sposta sull'adeguatezza delle misure da adottare per garantire la trasparenza e mitigare i rischi per i diritti dei lavoratori[16].

Questo significa che il datore di lavoro deve abbandonare l'approccio algoritmico in questione, per orientarsi verso un obiettivo organizzativo e un algoritmo diversi e meno complessi[17], laddove l'algoritmo stesso lasci spazio all'incertezza e all'opacità, ipotesi, quest'ultima, che il Regolamento sull'IA, invero, intende scongiurare, posto che al fornitore è richiesto di garantire la comprensibilità del sistema e dell'*outcome* da parte del *deployer*, art. 13 *AI Act*[18], o di assicurarla, con i relativi costi, anche utilizzando le c.d. *tecniche di XAI* (*eXplainable AI*[19]) per *"aprire la scatola nera"*[20].

Rileva, al riguardo, la correlazione tra loro delle singole prescrizioni risultanti dai diversi ambiti di regolamentazione.

Ai sensi dell'art. 13, la documentazione pertinente e le istruzioni per l'uso consegnate al datore, in qualità di *deployer*, devono infatti includere *"qualsiasi circostanza nota o prevedibile (…) che possa comportare rischi (…) per i diritti fondamentali"* (così come mappati dal fornitore all'interno del sistema di gestione dei rischi di cui all'art. 9), quindi anche gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche utilizzate, nonché le specifiche relative ai dati di *input* e ai *set* dei dati di addestramento, convalida e prova, i quali, come detto, devono essere obbligatoriamente sottoposti, a opera del fornitore, a pratiche di *governance* e gestione, tra cui

---

16 Risulta, al riguardo, particolarmente significativa la segnalazione di Pizzetti, La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale, in Pizzetti (a cura di), Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione, Torino, 2018, 5 ss., secondo cui al cuore del GDPR *"la persona fisica con i suoi diritti e le sue libertà. La tutela dei dati personali è, si potrebbe dire, il contenuto "specialistico" di questa normativa che però, nelle sue caratteristiche fondamentali, è, per così dire, una "legge di rango costituzionale" di diritto europeo. (...) In sostanza, in questa prospettiva, la tutela dei dati personali costituisce, a partire dal livello europeo, l'attuazione di un diritto di spessore costituzionale, funzionale alla tutela "integrale" della persona e dei suoi diritti di libertà"* (p. 165).

17 Cfr. M. PERUZZI, *La discriminazione algoritmica*, in *EQUAL - Rivista di Diritto Antidiscriminatorio*, 2024, 1, 15.

18 Nel Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (AI Act – Reg. UE 2024/1689) la norma che impone al fornitore di assicurare la comprensibilità del sistema e del suo *outcome* da parte del deployer (ossia di predisporre informazioni chiare, accessibili e comprensibili per chi utilizza il sistema) è l'art. 13 – *"Trasparenza e fornitura di informazioni ai deployer"* (principio di comprensibilità e trasparenza verso il deployer). In dottrina, S. CIUCCIOVINO, *Risorse umane e intelligenza artificiale alla luce del regolamento (UE) 2024/1689, tra norme legali, etica e codici di condotta*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, 3, 573.

19 *Explainable AI* (*XAI*) — che in italiano può essere reso come *"intelligenza artificiale spiegabile"* o *"IA interpretabile"*: indica un insieme di tecniche, metodi e strumenti che permettono a modelli di intelligenza artificiale (soprattutto complessi come le *deep neural networks*) di essere compresi, interpretati e giustificati in modo trasparente dagli esseri umani.

20 Si pensi, ad esempio modelli algoritmici che generano risultati controfattuali utili non solo per spiegare la decisione, ma anche per esaminare la fairness del sistema).

un esame atto a valutare le possibili distorsioni suscettibili di comportare discriminazioni vietate dal diritto eurounitario.

Il Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), dalla sua prospettiva, prevede invece l'obbligo informativo sotteso a qualsiasi trattamento di dati personali, impone che il soggetto interessato sia informato di essere oggetto di un trattamento di dati personali automatizzato, in questo caso effettuato mediante lo strumento dell'algoritmo.

Gli artt. 13, par. 2, lett. f) e 14, par. 2, lett. g) del GDPR, infatti, a seconda se i dati siano o meno acquisiti direttamente dal soggetto interessato, impongono al titolare del trattamento di rendere nota l'esistenza di un trattamento decisionale automatizzato, specificando, inoltre, le *"informazioni significative sulla logica utilizzata"*, nonché la rilevanza delle conseguenze che un simile trattamento può avere nei confronti dei soggetti interessati.

Nel dettato normativo degli artt. 13 e 14 GDPR è, pertanto, possibile riscontrare due diversi principi funzionali a conferire contenuto alla trasparenza algoritmica. Il *"principio di conoscibilità"*[21] è volto a rendere edotto l'interessato, ponendo uno specifico correlativo obbligo a carico del titolare del trattamento, circa la sussistenza di un trattamento decisionale automatizzato cui i propri dati sono oggetto; il *"principio di comprensibilità"*, invece, si propone di dare effettività alla conoscibilità, imponendo che all'interessato siano fornite spiegazioni intelligibili in ordine alla logica di funzionamento dell'algoritmo posto a base della decisione[22].

La comprensibilità della logica algoritmica, è evidente, potrà essere assicurata fintanto che il procedimento logico avanzato dalla macchina sia quanto più simile ai procedimenti

---

21 *"Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato. In altri termini, la "caratterizzazione multidisciplinare" dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la "formula tecnica", che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella "regola giuridica" ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice"* (Cons. St., 8 aprile 2019, n. 2270).

22 In dottrina si riscontra un ampio dibattito sull'esistenza di un vero e proprio *right of explanation* presente nel GDPR, che si basi su un concetto di *explanation* per molti profili vicino a quello di *"conoscibilità"* in termini di *"comprensibilità"* sancito dal Consiglio di Stato nella sent. n. 8472/2019, in relazione al quale si rinvia, tra i tanti, a G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, cit., p. 285. Cfr. da una parte la posizione di S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation,* in *International Data Privacy Law*, 2017, 76 ss., a cui si rimanda per una più ampia ricostruzione dell'oggetto e dei profili rilevanza del concetto di *explanation*; dall'altra parte, v'è chi sostiene l'esistenza del diritto come G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Pro-tection Regulation* in *International Data Privacy Law*, 2017, 224 ss.; ma anche A.D. SELBST, J. POWLES, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 233 ss.

logici tipicamente umani, divenendo, invece, sempre più complessa, se non impossibile, nel caso in cui i procedimenti logici algoritmici e quelli umani siano diversi tra loro.

Fondamentale è poi il ruolo rivestito dall'art. 15 GDPR, che, insieme, all'art. 13 e 14, fa parte di quella che viene definita come la *"Magna Charta"* del diritto dell'interessato di essere informato[23] e che, prevedendo il *"diritto di accesso"* dell'interessato, consente al destinatario di una decisione algoritmica di conoscere non solo quali siano i dati implicati nel trattamento, ma anche l'esistenza di un procedimento decisionale automatizzato cui i propri dati sono sottoposti.

Al riguardo, si noti come l'ambito di applicazione dell'art. 15 rispetto a quello degli artt. 13 e 14 sia differente: mentre questi ultimi si riferiscono ad un momento antecedente all'inizio del trattamento, e quindi giustificano la richiesta di informazioni relative esclusivamente ai dati e ai processi in quel momento in atto; l'art. 15 fa, invece, riferimento ad una fase successiva a quella dell'inizio del trattamento, legittimando quindi la richiesta di ulteriori informazioni, le quali non potranno essere le medesime previste dai citati artt. 13 e 14, ma, invece, dovrebbero essere ulteriori e coincidere, ad esempio, con informazioni relative ai nuovi dati generati dall'algoritmo, nonché informazioni relative al funzionamento, nel momento della richiesta, dell'algoritmo stesso, limitate a *"quanto necessario sul piano giuridico per tutelare la persona in un processo di eterodeterminazione tecnologica della sua identità"*[24].

Il GDPR prevede, inoltre, una serie di diritti posti a tutela dell'interessato, orientati a garantire controllo e trasparenza nel trattamento dei dati personali[25].

Tra questi, il diritto di rettifica (art. 16) consente di correggere dati inesatti, mentre il diritto alla cancellazione (art. 17) permette di ottenere l'eliminazione dei dati quando non sono più necessari o il trattamento è illecito. L'art. 18 introduce il diritto a limitare il trattamento dei dati in determinate circostanze, e l'art. 20 garantisce la portabilità dei dati, ossia la possibilità di riceverli in un formato leggibile e trasferirli ad un altro titolare. Infine, l'art. 21 riconosce il diritto di opposizione al trattamento, in particolare per finalità di

---

[23] Così, F. SCHMIDT-WUDY, *DSGVO Art. 15 Auskunftsrecht der betroffenen Person*, in H. A. WOLFF, S. BRINK (a cura di), *Datenschutz-Grundverordnung*, 2016, Commentario *online*. Sul punto sia consentito rimandare anche a C. COLAPIETRO, *Circolazione dei dati, automatizzazione e regolazione*, in *Osservatoriosullefonti.it*. n. 2, 2021, 837.

[24] Cfr. R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'Intelligenza Artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contratto e Impresa*, n. 2, 2019, p. 885, la quale ricostruisce il dibattito relativo all'origine dell'istituto della trasparenza algoritmica, differenziando la portata degli artt. 13,14 e15 del GDPR.

[25] Per un commento di dottrina e giurisprudenza, cfr. L. BOLOGNINI, E. PELINO, *Codice della Disciplina Privacy*, Giuffré, Milano, 2024.

marketing diretto, rafforzando la posizione dell'interessato nel controllo delle proprie informazioni.

Sembra opportuno chiedersi in quale misura sia possibile basare una decisione su un procedimento algoritmico.

In proposito, il legislatore europeo sembra chiaro, prevedendo quello che viene generalmente definito come *"principio di non esclusività"*, in virtù del quale, qualora una decisione automatizzata produca effetti giuridicamente rilevanti su una persona, questa ha diritto a che la decisione non sia il mero prodotto di un calcolo matematico, quale quello algoritmico, e sia, invece, il risultato dell'intervento umano.

L'art. 22 GDPR[26] assume una posizione precisa sul dibattito relativo al rapporto uomo-macchina: *"L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona"*. Diversamente non si vedrebbe come l'intervento umano possa essere dirimente al fine di evitare che la decisione risulti soltanto configurare esito di un *trattamento automatizzato*, restando, quindi, inopinatamente relegato ai margini della determinazione, quale mera finzione sulla base della quale il legislatore avrebbe creduto di rendere lecite le decisioni algoritmiche[27].

È pur vero che l'art. 22 prevede anche eccezioni che derogano al principio generale del divieto di decisioni interamente algoritmiche, nei casi in cui ricorrano le basi giuridiche del consenso, del contratto o della norma di legge, quasi finendo per soverchiare il rapporto tra norma generale e norma speciale, atteso l'ampio novero di eccezioni alla regola.

---

[26] Cfr. F. LAGIOIA, G. SARTOR, A. SIMONCINI, *Commento art. 22*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della Privacy e data protection*, Giuffré, Milano, 2021, pp. 378 ss.; R. BIFULCO, *Intelligenza Artificiale, Internet e ordine spontaneo*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit, pp. 393 ss; A. CAIA, *Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione*, in G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy*, op. cit., pp. 219, ss.; O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona: il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 573 ss. V. sul punto anche GRUPPO DI LAVORO, Articolo 29 (WP29), *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, adottato il 3 ottobre 2017, revisionato e adottato il 6 febbraio 2018 (WP251rev.01); Gruppo di lavoro Articolo 29 (WP29), *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, adottato il 28 novembre 2017, revisionato e adottato il 10 aprile 2018.

[27] Si veda come, al contrario, l'intenzione del legislatore europeo fosse tutt'altra: il considerando 71 del GDPR, infatti, pur se non dotato di efficacia dispositiva ma solo esplicativa, è chiaro nell'enunciare che *"l'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani"*.

Tuttavia, la possibilità di consentire una decisione interamente algoritmica al di là dell'intervento umano e nei casi summenzionati, non è significativo di una sconfinata risoluzione di assoggettamento dell'uomo alla macchina, sussistendo pur sempre i diritti e le libertà che all'interessato sono riconosciuti, dal diritto alla limitazione[28] del trattamento dei propri dati (nell'ipotesi in cui siano oggetto di trattamento mediante algoritmo), sino a quello più netto di opposizione[29].

Vale osservare, al riguardo, che seppure non inserito nel dettato dispositivo dell'art. 22 GDPR, il *Considerando* 71 prevede il diritto dell'interessato di ottenere la spiegazione della decisione algoritmica (c.d. *"principio di spiegabilità"*), quale attività che va oltre la comprensibilità enunciata della logica dell'algoritmo stesso, imponendo che le relative motivazioni e le relative consecuzioni, anche sillogistiche, vengano rese razionalmente ripercorribili da chiunque, rompendo, dunque, la barriera costituita dal possesso di specifiche conoscenze tecniche, che potrebbe, diversamente, rivelarsi un ostacolo all'effettiva e piena giustificazione.

Non si tratta, quindi, una obbligazione generale in capo al titolare ma, invece, di un vincolo che sorge dopo la valutazione del caso concreto, qualora quindi i principi già posti a tutela dell'interessato non risultino o siano risultati sufficienti.

Si tratta di garanzie dirimenti, già oggetto di applicazione giurisprudenziale, come, ad esempio, attraverso l'Ordinanza di ingiunzione del 10 giugno 2021, n. 234 nei confronti della *Foodinho*[30]; l'Ordinanza di ingiunzione del 22 luglio 2021, n. 285, resa nei confronti di *Deliveroo*[31], alla cui stregua il Garante ha sanzionato il sistema algoritmico di controllo e gestione dei lavoratori impiegati dalle due piattaforme per violazione dell'art. 22, par. 3, GDPR[32], non avendo queste ultime provveduto ad informare adeguatamente i lavoratori del trattamento automatizzato e ad attuare misure appropriate per *"tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano (…), di esprimere la propria opinione e di contrastare la decisione"*.

---

[28] Cfr. Art. 18, Regolamento GDPR.
[29] Cfr. Art. 21 Regolamento GDPR.
[30] Cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Ordinanza di ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l. - 10 giugno 2021*, Registro dei provvedimenti n. 234, del 10 giugno 2021, doc. web., 9675440.
[31] Cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Ordinanza ingiunzione nei confronti di Deliveroo Italy s.r.l.,* 22 luglio 2021, Registro dei provvedimenti n. 285, del 22 luglio 2021, doc. web. n. 9685994.
[32] Così, art. 22 GDPR, Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione, par. 3 dispone che: *"Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione"*.

L'effettività del divieto di decisioni integralmente automatizzate presuppone, quindi, un intervento umano dotato di reale incidenza valutativa sul procedimento, che non si esaurisca nel solo controllo formale incapace di alterare la sostanziale meccanicità della decisione. Né le eccezioni previste dall'art. 22, par. 2, GDPR — fondate sul consenso, sulla necessità contrattuale o su una base normativa — valgono a determinare un assoggettamento dell'interessato alla decisione algoritmica, permanendo in capo a quest'ultimo il nucleo dei diritti di controllo sul trattamento, dalla limitazione all'opposizione.

Nonostante non abbia una efficacia cogente, il *Considerando n. 71* può essere impiegato per imporre al titolare del trattamento obblighi ulteriori a quelli che discendono dal suddetto principio di comprensibilità, qualora questo non sia sufficiente a garantire un equilibrio tra l'interesse sotteso all'impiego di un algoritmo e la tutela dell'interessato. Un'obbligazione che sorge, quindi, dopo la valutazione del caso concreto, qualora i principi già posti a tutela dell'interessato non siano sufficienti.

In ogni caso, l'intervento dell'art. 22 GDPR può dirsi risolutivo sia quando il processo decisionale sia interamente automatizzato, sia quando non lo sia, consentendo di ricondurre nell'ambito del legittimo e comprensibile una decisione la cui *ratio* sia sconosciuta.

La persona umana potrà e dovrà sempre discostarsi dalla decisione algoritmica, modificandola, qualora ritenga che l'elaborazione conduca a risultati ingiusti o non conformi ai parametri di legge, richiedendo, quando possibile, un intervento umano – verosimilmente di un tecnico – volto alla correzione dell'algoritmo. E ciò anche al fine di consentirne la comprensione.

3. *(Segue)* Il sistema di garanzie contro le discriminazioni algoritmiche nella Direttiva (UE) 2024/2831.

Su questa linea si colloca la Direttiva (UE) 2024/2831[33], del 23 ottobre 2024, relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro mediante piattaforme digitali, la quale - in

[33] Sulla Direttiva (UE) 2024/2831: A. DONINI, G. SMORTO, *L'approvazione della Direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali: prima lettura*, in *Labour & Law Issues*, Vol. 10, no. 1, 2024; S. GIUBBONI, *Il lavoro tramite piattaforma e i problemi di inquadramento*, in *AmbienteDiritto.it,* n. 3, 2025.
In relazione al testo originario della Proposta, A. ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta d Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?,* in *Labour & Law Issues*, 2022, 1, 10 ss.; G. BRONZINI, *La proposta di direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'"umanesimo digitale"*, *Lav. dir. eur.*, 2022, 1, 4 ss.; A. DONINI, *Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme*, in *Labour & Law Issues*, 2022, 1, 39; M. FALSONE, *What impact will the proposed EU Directive on platform work have on Italian system?*, *in Ital. Labour Law e-J,* 2022, 1, 106 ss.; M. KULLMAN,

continuità con la precedente proposta - si qualifica espressamente come normativa più specifica, ai sensi dell'art. 88 del Regolamento (UE) 2016/679[34], in materia di trattamento dei dati personali nel contesto del lavoro tramite piattaforma.

Nell'ambito delle disposizioni sulla gestione algoritmica, un primo profilo preso in considerazione dal legislatore eurounitario riguarda la protezione delle persone fisiche per ciò che concerne il trattamento dei dati personali (art. 7), in termini parzialmente convergenti con talune proibizioni previste dall'AI Act con riferimento ai sistemi di AI a rischio inaccettabile.

La Direttiva stabilisce limiti specifici al trattamento dei dati personali mediante sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati che si aggiungono a quelli già desumibili dal GDPR.

Nello specifico, si dispone che le piattaforme di lavoro digitali non debbano trattare alcuni tipi di dati personali, ossia: quelli relativi allo stato emotivo o psicologico o riguardanti conversazioni private; quelli legati all'esercizio di diritti fondamentali (compresi il diritto di associazione, il diritto di contrattazione e di azione collettiva, il diritto all'informazione e alla consultazione); e quelli finalizzati a desumere caratteristiche della persona che dovrebbero rimanere ignoti alla piattaforma, quali l'origine razziale o etnica, lo status di migrante, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, la disabilità, lo stato di salute, lo stato emotivo o psicologico, l'appartenenza sindacale, la vita sessuale o l'orientamento sessuale. E' altresì vietato il trattamento dei dati biometrici delle persone ai fini della loro identificazione mediante confronto con banche dati (art. 7).

Tali limitazioni si applicano a tutte le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, a prescindere dalla qualificazione del rapporto (subordinato o autonomo), sin dalla fase di selezione o ingaggio e indipendentemente dal fatto che il trattamento avvenga mediante sistemi integralmente o parzialmente automatizzati.

"Platformisation" of work: An EU perspective on introducing a legal presumption, *in Ital. Labour Law e-J*, 2022, 1, 69 ss.; P. PASSALACQUA, *Qualificazione del rapporto di lavoro nella proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme e spunti sul diritto interno*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 9, 249; P. TULLINI, *C'è lavoro sul web?*, in *Labour & Law Issues*, 2015, 1, 1, p. 18; M. DAQUINO, *Le professioni del lavoro digitale*, in in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela.*, Giappichelli, Torino, 2017; E. DAGNINO, *Le proposte legislative in materia di lavoro da piattaforma: lavoro subordinazione, autonomia*, in *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, Padova, Cedam, 2018, p. 207 ss;

[34] L'art. 88 GDPR, nel disporre sul trattamento dei dati nell'ambito dei rapporti di lavoro, autorizza gli Stati membri a definire, tramite leggi o contratti collettivi, norme più specifiche per il trattamento dei dati personali dei dipendenti (assunzione, esecuzione contratto, sicurezza, gestione). Queste misure devono garantire la dignità umana e la protezione dei diritti.

Secondo il successivo art. 8, il trattamento effettuato tramite sistemi decisionali automatizzati o di monitoraggio determina sempre *"un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche"*, da cui deriva la necessità di valutazione di impatto ai sensi del citato art. 35 GDPR.

Ai fini dello svolgimento della valutazione di impatto, le piattaforme devono coinvolgere il parere delle persone che svolgono lavoro mediante piattaforme digitali e delle loro rappresentanze.

Al fine di garantire una maggiore trasparenza della gestione algoritmica, l'art. 9 stabilisce specifici obblighi informativi a carico delle piattaforme. Queste sono tenute a informare i lavoratori, i loro rappresentanti e, su richiesta, le autorità nazionali, in merito all'impiego di sistemi automatizzati di monitoraggio e decisione, e alle loro caratteristiche principali. Le informazioni devono essere riportate in un documento scritto, anche in formato elettronico, in forma trasparente, intellegibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro.

Il contenuto delle informazioni risulta parzialmente differenziato in relazione a ciascuna delle due tipologie di sistemi automatizzati. Per entrambe, l'informazione deve riguardare l'impiego attuale o la prevista introduzione di tali sistemi.

Con riferimento ai sistemi di monitoraggio devono, inoltre, essere esplicitate le categorie di azioni monitorate, supervisionate e valutate (anche da parte dei destinatari del servizio), l'obiettivo del monitoraggio e le modalità attraverso cui il sistema persegue tale obiettivo, nonché i destinatari o le categorie di destinatari dei dati personali trattati.

Per i sistemi decisionali, invece, l'informazione deve concernere, le categorie di decisioni che possono essere adottate, i principali parametri utilizzati per assumerle, nonché i motivi alla base delle decisioni che incidono significativamente sulla posizione del lavoratore, quali la limitazione, sospensione o chiusura dell'account o la mancata corresponsione della retribuzione.

In funzione di una sorveglianza umana rafforzata, che si affianca agli obblighi derivanti dal Regolamento (UE) 2016/679 e alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, l'art. 10 impone alle piattaforme una valutazione periodica dell'impatto delle decisioni individuali adottate o sostenute da sistemi automatizzati, con particolare riguardo ai rischi per la parità di trattamento e la non discriminazione nel lavoro tramite piattaforma. Qualora

emergano rischi elevati, la piattaforma è tenuta ad adottare misure correttive adeguate, inclusa la modifica o, se del caso, la cessazione dell'uso del sistema.

Il quadro di garanzie è completato dal diritto delle persone che lavorano tramite piattaforma, indipendentemente dalla qualificazione giuridica del rapporto, di ottenere spiegazioni e di richiedere il riesame umano delle decisioni individuali prese o sostenute da sistemi decisionali automatizzati (art. 11).

Infine, nell'ambito delle disposizioni relative alla tutela della salute e sicurezza nel lavoro tramite piattaforma, la Direttiva pone l'accento sui rischi derivanti dalla gestione algoritmica del lavoro, inclusi quelli di natura psicosociale, richiedendo agli Stati membri di assicurare che le piattaforme valutino e prevengano tali rischi mediante misure organizzative e preventive adeguate, anche attraverso canali di segnalazione efficaci (art. 12), ferma restando la possibilità di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli a livello nazionale.

4. Brevi osservazioni conclusive

In conclusione, la centralità della persona – principio guida di un autentico modello antropocentrico – implica che l'innovazione tecnologica non subordini l'uomo alla macchina, ma ponga la tecnologia al suo servizio, prevenendo discriminazioni e promuovendo l'equità. Tale impostazione trova un solido fondamento nella matrice personalista dell'ordinamento costituzionale, che riconosce nella dignità della persona il valore primario (art. 2 Cost.) e impone che anche l'organizzazione tecnologica dei rapporti sociali ed economici sia orientata al pieno sviluppo della personalità e all'eguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.), nonché alla tutela del lavoro in tutte le sue forme (artt. 4 e 35 Cost.).

In questa prospettiva, trasparenza algoritmica e protezione dei dati personali si configurano come dimensioni inscindibili di una medesima architettura di tutela, coerente con il disegno del diritto eurounitario e con i principi costituzionali che presidiano la libertà e l'autodeterminazione della persona nei contesti produttivi (artt. 2 e 41 Cost.). Il diritto a conoscere, comprendere e, se necessario, correggere le decisioni algoritmiche si configura così quale proiezione contemporanea delle garanzie contro l'arbitrio nei rapporti di potere,

assicurando che anche nell'ambiente digitale la persona non sia ridotta a mero oggetto di trattamento o a variabile di calcolo[35].

La trasparenza e la supervisione umana delle decisioni automatizzate costituiscono, pertanto, condizioni di legittimità dell'impiego dell'intelligenza artificiale nei rapporti di lavoro, in quanto strumenti volti a preservare la responsabilità umana dell'azione organizzativa e a impedire che l'automazione si traduca in nuove forme di diseguaglianza o esclusione, in coerenza con il principio di eguaglianza sostanziale e con la funzione sociale dell'iniziativa economica (artt. 3 e 41 Cost.). In tale quadro, la progettazione e l'uso dei sistemi algoritmici devono essere orientati sin dall'origine al rispetto dei diritti fondamentali e alla prevenzione dei *bias* e delle discriminazioni, secondo una logica di integrazione tra innovazione, responsabilità e garanzia.

Ne deriva un paradigma regolatorio nel quale la tecnologia è concepita come mezzo e non come fine, e nel quale la persona che lavora tramite piattaforma resta titolare di diritti di conoscenza, contestazione e intervento sulle decisioni che la riguardano. È in questo orizzonte che può essere ricondotta l'idea di un *"umanesimo digitale"*[36] costituzionalmente orientato: un modello in cui la trasformazione tecnologica del lavoro si sviluppa entro i confini della dignità, dell'eguaglianza e della libertà della persona, evitando che la razionalità algoritmica sovverta il primato dell'umano che l'ordinamento pone a fondamento dell'organizzazione economico-sociale (artt. 2, 3, 4, 35 e 41 Cost.).

BIBLIOGRAFIA:

AIMO, Mariapaola. *Dalle schedature dei lavoratori alla profilazione tramite algoritmi: serve ancora l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori?*, in *Lavoro e diritto*, 2021, Vol. 35, nn. 3-4, 585 ss.

ALAIMO, Anna. *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di direttiva al progetto di risoluzione del Parlamento europeo, in Labour & Law Issues*, 2022, Vol. 8, n. 1.

ALOISI, Antonio. *Il lavoro "a chiamata" e le piattaforme online della collaborative economy,* in *Labour & Law Issues*, 2016, Vol. 2, No. 2.

BANDELLONI, Giacomo. *Il lavoro tramite piattaforma nel diritto interno.* in BIASI, Marco (a cura di). *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale.* Giuffrè, Milano, 2024, 479 ss.

[35] Da un punto di vista del diritto costituzionale: cfr. C. COLAPIETRO, *Gli algoritmi tra trasparenza e protezione dei dati personali*, in *federalismi.it*, 2023, 5, 151.
[36] Cfr. E. BATTELLI, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona*, *in Dir. Fam. Pers.*, 2022, n. 3, p. 1120.

BARBERA, Marzia. *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale.* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, fasc. 158, 403 ss.

BARBERA, Marzia. *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto.* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, 126, 203 ss.

BATTELLI, Ettore. *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona.* in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2022, n. 3, 1096 ss.

BAVARO, Vincenzo. *Lavoro subordinato e lavoro autonomo nell'era digitale,* in *La dignità del lavoro,* FrancoAngeli, Milano, 2021.

BELLAVISTA, Alessandro; SANTUCCI, Rosario (a cura di). *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori,* Giappichelli, Torino, 2022.

BIASI, Marco. *Uno sguardo oltreconfine sui nuovi lavori della gig economy.* in *Labour & Law Issues*, 2018, Vol. 4, no. 2.

BIFULCO, Raffaele. *Intelligenza artificiale, Internet e ordine spontaneo,* in PIZZETTI, Franco (a cura di). *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione.* Giappichelli, Torino, 2018.

BOLOGNINI L., PELINO E., *Codice della Disciplina Privacy*, Giuffré, Milano, 2024.

BRONZINI, Giuseppe. *La proposta di direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'"umanesimo digitale",* in *Lavoro, Diritti, Europa,* 2022, n. 1.

CAIA, Andrea. *Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche,* in RICCIO, Giovanni Maria; SCORZA, Guido; BELISARIO, Ernesto (a cura di). *GDPR e normativa privacy.* Commentario, Giuffrè, Milano, 2019.

CAPONETTI, SIMONE. *Non-human employers and algorithmic management*, in *WP di FA.RI*, 2024, n. 6.

CATAUDELLA, MARIA CRISTINA. *La tutela della persona nel lavoro computazionale*, Relazione al Convegno A.N.F., 24 febbraio 2025, Roma.

CIUCCIOVINO, SILVIA. *Risorse umane e intelligenza artificiale alla luce del regolamento (UE) 2024/1689, tra norme legali, etica e codici di condotta*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, 3, 573.

COLAPIETRO CARLO. *Gli algoritmi tra trasparenza e protezione dei dati personali*, in *federalismi.it*, 2023, 5, 151.

COLAPIETRO, Carlo. *Circolazione dei dati, automatizzazione e regolazione.* Osservatorio sulle fonti, 2021, fasc. 2, 832 ss.

D'ANTONA, Massimo. *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia.* In: CARUSO, Bruno; SCIARRA, Silvana (a cura di). *Opere,* Giuffrè, Milano, 2000.

DAGNINO, Emanuele. *Le proposte legislative in materia di lavoro da piattaforma,* in ZILIO GRANDI, Gaetano; BIASI, Marco (a cura di). *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile,* Cedam, Padova, 2018.

DAQUINO, Marilena. *Le professioni del lavoro digitale.* in TULLINI, Paola (a cura di). *Web e lavoro,* Giappichelli, Torino, 2017.

DE PRETIS, PIA. *Lavoro e piattaforme digitali. Qualificazione, poteri e tutele*, Giappichelli, Torino, 2025.

DONINI, Annamaria. *Il lavoro attraverso piattaforme digitali,* Bononia University Press, Bologna, 2019.

DONINI, Annamaria; SMORTO, Guido. *L'approvazione della Direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali: prima lettura,* in *Labour & Law Issues*, 2024, Vol. 10, n. 1, 2024.

FALSONE, Maurizio. *What impact will the proposed EU Directive on platform work have on Italian system?*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2022, 1, Issue 1, Vol. 15.

FIORIGLIO, Gianluigi. *La società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici*, in *Ars interpretandi*, 2021, 1, 53 ss.

GAUDIO, Giovanni. *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova,* in *Labour & Law Issues*, 2020, Vol. 6, no. 2.

GAUDIO, Giovanni. *Le discriminazioni algoritmiche,* in *Lav. eur. eur.*, 2024, 1.

GIOVANNONE, Maria. *Il lavoro tramite piattaforma nell'ordinamento europeo,* in BIASI, Marco (a cura di). *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale,* Giuffrè, Milano, 2024, 497.

GIUBBONI, Stefano. *I riders e la legge,* in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, n. 4, 847.

GIUBBONI, Stefano. *Il lavoro attraverso piattaforma digitale nella disciplina nazionale,* in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, 3, 295.

GIUBBONI, Stefano. *Il lavoro tramite piattaforma e i problemi di inquadramento,* in *AmbienteDiritto.it*, 2025, n. 3.

INGRAO, Alessandra. *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy. Una lettura integrata,* Cacucci, Bari, 2018.

INGRAO, Alessandra. *La protezione dei dati personali dei lavoratori nel diritto vivente al tempo degli algoritmi,* in BELLAVISTA, Alessandro; SANTUCCI, Rosario (a cura di). *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori,* Giappichelli, Torino, 2022, 127.

KULLMANN, Miriam. *Platformisation of work: An EU perspective on introducing a legal presumption,* in *European Labour Law Journal*, 2021, Vol. 13, Issue 1.

LAGIOIA, Francesca, SARTOR, Giovanni, SIMONCINI, Andrea. *Commento all'art. 22 GDPR,* in FINOCCHIARO, Giusella; POLLICINO, Oreste; RESTA, Giorgio (a cura di). *Codice della privacy e data protection,* Giuffrè, Milano, 2021, 378.

LUNARDON, Fiorella. *Le reti di impresa e le piattaforme digitali della sharing economy*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, fasc. 2, 375.

LYON-CAEN, Antoine. *Plateforme,* in *Revue de droit du travail*, 2016, 301.

MALGIERI, Gianclaudio; COMANDÉ, Giovanni. *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists, in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 243.

MENEGATTI, Emanuele. *Il lavoro tramite piattaforme nel quadro comparato,* in BIASI, Marco (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale,* Giuffrè, Milano, 2024.

MESSINETTI, Raffaella. *La tutela della persona umana versus l'Intelligenza Artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata,* in *Contratto e impresa*, 2019 3, 861.

PAGNANELLI, Valentina. *Decisioni algoritmiche e tutela dei dati personali.* Riflessioni intorno al ruolo del Garante, in Osservatoriosullefonti.it, 2021, 2, 783.

PASSALACQUA, Pasquale. *Qualificazione del rapporto di lavoro nella proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme,* in *Federalismi.it*, 2023, 9, 241.

PERUZZI, Marco. *Gestione algoritmica del lavoro, protezione dei dati personali e tutela collettiva,* in *Lavoro e diritto*, 2024, 2, 285.

PERUZZI, Marco. *Intelligenza artificiale e lavoro,* Giappichelli, Torino, 2023.

PERUZZI, Marco. *La discriminazione algoritmica,* in *EQUAL. Rivista di diritto antidiscriminatorio*, 2024.

PIZZETTI, Franco. *La protezione dei dati personali e la sfida dell'intelligenza artificiale,* In PIZZETTI, Franco (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione,* Giappichelli, Torino, 2018.

PROIA, GIAMPIERO. *Origine, evoluzione e funzioni della trasparenza nei rapporti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2023, 4, 719.

RENZI, Samuele. *Decisioni automatizzate, analisi predittive e tutela della privacy dei lavoratori,* in *Lavoro e diritto*, 2022, 3, 583 ss.

RICCIO, Giovanni Maria; SCORZA, Guido; BELISARIO, Ernesto (a cura di). *GDPR e normativa privacy. Commentario,* Giuffrè, Milano, 2022.

SCHMIDT-WUDY, Felix. *Art. 15 GDPR – Auskunftsrecht der betroffenen Person,* in WOLFF, Heinrich Amadeus; BRINK, Stefan (a cura di), *Datenschutz-Grundverordnung,* Beck, München, 2016.

SELBST, Andrew D.; POWLES, Julia. *Meaningful Information and the Right to Explanation,* in *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, Issue 4, 233.

SESSO SARTI, Ottavio. *Profilazione e trattamento dei dati personali,* in CALIFANO, Licia; COLAPIETRO, Carlo (a cura di). *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento (UE) 2016/679,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

SITZIA, Andrea. *I limiti ai controlli tra giurisprudenza nazionale e CEDU*, in BELLAVISTA, ALESSANDRO, SANTUCCI, ROSARIO (a cura di). *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 109 ss.

TULLINI, PAOLA. *Algorithm at Work; Machine Learning and Discrimination*, presentation at the Labour Law Community Webinar of 23 April 2021.

TULLINI, Paola. *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa,* in TULLINI, Paola (a cura di). *Web e lavoro,* Giappichelli, Torino, 2017.

TULLINI, Paola. *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig economy*. Costituzionalismo.it, 2020, 1, 41 ss.

WACHTER, Sandra. MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation,* in *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, Issue 2, 76 ss.

WEISS, Manfred. *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro,* in *Diritto delle relazioni industriali*, 2016, 3, 161.

ZAPPALÀ, Laura. *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro,* in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2021.

"*AN UNTAPPED TALENT POOL*": AVVOCATURA E INCLUSIONE IN PROSPETTIVA COMPARATA

Giovanna Tieghi[1]

Università di Padova

DOI: https://doi.org/10.62140/GT123328524

Sommario: 1. L'ascolto e il riconoscimento dei talenti 'invisibili': il rischio della dissoluzione della 'dimensione sapienziale del diritto'; 2. Dal diritto allo studio al diritto al lavoro: incoerenze o nuove discriminazioni?; 3. La comparazione per 'cogliere il principio attivo del diritto': esperienze a confronto tra Italia, Stati Uniti e Brasile; 4. La sfida del progresso attraverso l'eliminazione delle 'illibertà' e le potenzialità della formazione forense nell'era contemporanea: "il valore di includere"; 5. Una concezione virtuosa del binomio inclusione-risorse nella prospettiva costituzionale comparata.

Abstract: Il presente contributo esplora in prospettiva comparata il lento e tuttora inadeguato processo di riconoscimento di 'bacini di talenti finora trascurati' nell' accesso all'avvocatura e i potenziali benefici - in termini di inclusione sostanziale, tutela dei diritti fondamentali e acquisizione di risorse umane ed economiche - di cui i sistemi costituzionali contemporanei potrebbero godere se scegliessero di operare per eliminare forme di 'illibertà' che, tuttora, colpiscono i giuristi con disabilità, non solo nell'ordinamento italiano. In particolare, con riferimento alla non adeguata correlazione tra diritto allo studio e diritto al lavoro nella fase di passaggio tra gli studi giuridici accademici e il tirocinio forense, il presente studio suggerisce, anche alla luce di recenti prassi locali ed esperienze straniere, un percorso di rivitalizzazione del 'valore di includere' come parametro costituzionale di riferimento per un'effettiva promozione della cultura istituzionale della competenza e, non ultimo, della diversità.

Parole-chiave: disabilità; talenti inesplorati; avvocatura; diritto comparato; valore dell'inclusione.

Abstract: From a comparative perspective, this paper explores the slow and still inadequate process of recognizing 'previously untapped talent pools' in terms of access to the legal profession. It also considers the potential benefits that contemporary constitutional systems could enjoy - in terms of substantive inclusion, protection of fundamental rights and acquisition of human and economic resources - if they chose to work towards eliminating

[1] Ricercatrice di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi internazionali dell'Università degli Studi di Padova. E-mail: giovanna.tieghi@unipd.it. Link ORCID: https://orcid.org/0009-0001-5225-2870.

the forms of 'lack of freedom' still affecting lawyers with disabilities, not only within the Italian legal system. With regard to the inadequate correlation between the right to education and the right to work during the transition from academic legal studies to legal clerkship in particular, this study suggests a path towards revitalizing the 'value of inclusion' as a constitutional benchmark for effectively promoting an institutional culture of competence and diversity, in light of recent local practices and foreign experiences.
Keywords: Disabilità; talenti inesplorati; professione legale; Diritto comparato; valore dell'inclusione **-** Disability; untapped talents; legal profession; comparative law; value of inclusion.

1. L'ASCOLTO E IL RICONOSCIMENTO DEI TALENTI 'INVISIBILI': IL RISCHIO DELLA DISSOLUZIONE DELLA 'DIMENSIONE SAPIENZIALE DEL DIRITTO'.

Dicembre 2022, Sudafrica. Il relatore sta esponendo ma, ad un tratto, come accade ciclicamente nel corso della giornata in quella parte del mondo, il blackout elettrico colpisce anche l'Università di Johannesburg, ove si sta tenendo il *World Congress of Constitutional Law* (WCCL), edizione 2022[2]. Improvvisamente regna il buio, brusio di sottofondo, movimenti che, seppur lievi, interferiscono in quell'atmosfera silenziosa che caratterizzava l'ascolto fino al momento prima. Il collega relatore, pur chiaramente percependo l'intervento di un evento modificatore, qualunque esso fosse, non si lascia distrarre e continua a presentare il suo interessantissimo lavoro nel più ampio contesto delle "Trasformazioni costituzionali": titolo del convegno mondiale e, ora - non casualmente - chiave di lettura, in prospettiva comparata[3], della riflessione che si propone in questo scritto.

Solo quando la luce torna, la condizione di ipovisione del relatore diviene istantaneamente irrilevante per l'intero uditorio, tanto la presentazione del suo lavoro aveva colto l'interesse dei presenti e, salvo l'interruzione, riportato l'ascolto, intenso, al centro dell'attenzione, pur non senza qualche rimpianto per averlo in qualche modo interrotto. Ne scaturisce una grande lezione per tutti; un talento, potremmo dire, fino a quel momento inesplorato, 'untapped'. Espressione, quest'ultima, comunemente utilizzata sul piano internazionale per indicare proprio l'individuazione – e le miglior pratiche a ciò finalizzate –

[2] Convegno IACL sul tema "*Constitutional Transformations*", tenutosi presso l'Università di Johannesburg nel periodo 5-9 Dicembre, 2022 (World Congress of Constitutional Law - University of Johannesburg).
[3] "(…) are we in presence of interpretative transformations of traditional constitutionalism or are we facing new alternative tendencies? A useful approach may be offered by the combination of the hermeneutic concepts of transformation and interpretation of the constitutional orders": BARTOLE, S. The Internationalisation of Constitutional Law. A view from the Venice Commission. London: Bloomsbury Publishing, 2020, p. 6.

di bacini di talenti fino a quel momento trascurati e la diffusa e persistente incapacità di parametrarsi rispetto alla diversità nel rispetto della dignità sociale quale "proiezione del valore paritario della dignità umana su tutti i rapporti riferibili ai cittadini"[4].

L'unica cosa che si era tenuti a fare come partecipanti al Convegno, era *ascoltare*, non vedere. Il relatore non stava utilizzando nessun tipo di visuals, slides o altro. La condizione dell'ascolto era l'unica costante che avrebbe dovuto tener tutti concentrati sul suo intervento. Eppure, quel giurista, docente di una remota università di giurisprudenza asiatica, risulta essere l'unico a rimanere veramente concentrato – pur evidentemente consapevole dell'interferenza -: una interferenza a cui, di fatto, anche l'uditorio avrebbe dovuto essere abituato, vista la cadenza continuativa delle interruzioni durante l'intera settimana del convegno. Eppure, la dimensione dell'ascolto come parte integrante della dimensione giuridica costituzionale, nelle sue diverse forme e frammentazioni[5], è sempre più spesso ridimensionata se non, addirittura, negata. E, colui che cerca di essere ascoltato, ne esce troppo spesso 'inesplorato' nelle proprie qualità e potenzialità.

Questo è il motivo per il quale l'ascolto stesso – e il diritto di essere ascoltato[6] inteso in senso ampio - risulta essere, in questo scritto, la premessa da cui parte la riflessione sulla tematica sulle interrelazioni tra avvocatura e inclusione, con riferimento al parametro costituzionale della 'pari dignità sociale' di cui all'art.3 della Costituzione italiana[7]. Una

---

[4] Non solo. Anche come "corollario della libertà e dell'uguaglianza di tutti, considerate come presupposti e strumenti per il pieno sviluppo della persona umana": FERRARA, G. La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione), in: Scritti in onore di G. Chiarelli. Milano: Giuffrè, 1974, pp. 1104 e ss.

[5] "(…) the constitutional nomos collapses in the process of globalisation, unsettling the reconciliation of constitutionalism and political power in constitutional ordering. As a result, constitutional ordering in the global era fluctuates between selective constitutionalism and constitutional fragmentism, signaling the end of constitutionalism as we know it": KUO, Ming-Sung. "The End of Constitutionalism As We Know It? Boundaries and the State of Global Constitutional (Dis)Ordering", in: Transnational Legal Theory, Vol. 1, 2010.

[6] Da ultimo, con riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, il diritto è stato riconosciuto (con sentenza 30 novembre 2023 – Causa C-173/2022) nello specifico ambito processuale e, in particolare, prima dell'adozione di un provvedimento individuale pregiudizievole, alla luce del principio di cui all'art.41, par.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tale disposizione, per ciò che qui interessa, è suscettibile di applicazione generale, anche qualora non vi sia una norma che prevede tale formalità e, come già affermato con sentenza 4 giugno 2020, SEAE/De Loecker, C-187/19, ne consegue che il diritto di essere ascoltato non va concepito come esclusivamente finalizzato "all'istruzione del fascicolo e all'accertamento dei fatti nel modo più preciso e corretto possibile". Esso, infatti, "consente di assicurare una tutela effettiva dell'interessato. Il diritto […] ha, in particolare, l'obiettivo di consentire all'autorità competente di correggere un errore o all'interessato di far valere gli elementi relativi alla sua situazione personale tali da far sì che la decisione sia o meno adottata, o abbia un contenuto piuttosto che un altro". Sul piano dei rapporti privatistici e, in particolare, dell'accesso alla professione forense, questo tipo di tutela non può non avere alcuna significativa ripercussione: ma è proprio nell'ambito forense che, di fatto, tale dinamica pare ancora sfuggire, troppo spesso, alle seppur minime garanzie di tutela quando i soggetti in questione, affetti da forme, più o meno gravi, di disabilità, hanno compiuto il percorso accademico di studi giuridici.

[7] Tema di un primo convegno svoltosi presso il Tribunale di Padova, presso la Sala dell'Ordine degli Avvocati, il 14 dicembre 2022, intitolato "Avvocatura, Inclusione, Dignità": fu l'esito di un percorso che ha portato alla definizione del "Progetto Inclusione 2021-22", siglato nel 2023, di cui si dirà al paragrafo 3.

riflessione che è iniziata da tempo e che, grazie all'ascolto di 'talenti inesplorati'[8], continua a portare alla luce nuovi stimoli scientifici. Ciò, anche a fronte delle ricadute, oramai evidenti, sul percorso accademico e professionale di numerosi laureati in giurisprudenza disabili che, dopo la laurea, sono costretti a fermarsi e rinunciano ad un futuro nella professione forense.

L'episodio sudafricano ha, dunque, un ruolo decisivo per supportare un'indagine il più possibile coerente del rapporto tra 'lavoro, uguaglianza, e nuove discriminazioni nel diritto contemporaneo' in una prospettiva globale. Sul tema, la comparazione pare assumere un rilievo cruciale per il recupero di quella che Paolo Grossi – storico del diritto e Presidente emerito della Corte costituzionale italiana - definiva la "dimensione sapienziale del diritto"[9]: "un'intima sapienzialità" che caratterizzava il diritto comune medievale e che il diritto moderno, segnalava l'illustre studioso, aveva perduto, così provocando il grave oblio del diritto come "atto di conoscenza"; sapiente per il suo "carattere antico (…) da leggere, scoprire nella realtà cosmica e sociale e tradurre in regole"[10].

Sulla base di queste premesse ci si propone di indirizzare la "ricerca del diritto che riposa negli strati profondi e durevoli della società"[11] – piuttosto che in "un comando autoritario che piove dall'alto sull'inerme comunità dei cittadini"[12] – nel contesto costituzionale delle possibili discriminazioni in ambito forense. Più precisamente, nel passaggio tra l'università e l'accesso al tirocinio forense, come prodromo all'esercizio della professione forense. Ciò, alla luce della perdurante inadeguatezza del quesito circa l'identificazione di 'nuovi fattori' di discriminazione, da sostituirsi – si anticipa – con l'urgenza di individuare un 'nuovo modo' di guardare alle diversità[13]. Ne scaturisce l'esigenza, in primo luogo, di verificare la connessione, nel settore, tra il diritto allo studio e il diritto al lavoro, anche alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana sul punto (par.2); a seguire, di vagliare, anche a fronte di alcune recenti pratiche italiane, l'adeguatezza delle

[8] "Immaginate che Madre Natura vi abbia dotato di un talento on comune per gli studi, talento che vi ha condotto a conseguire in sequenza due lauree magistrali all'Università di Padova, prima in Scienze Politiche e poi in Giurisprudenza; immaginate ancora di avere una forte predisposizione delle materie giuridiche, in particolare per il diritto costituzionale, e che il naturale approdo di questo percorso sia la legittima aspirazione a diventare avvocato, dopo aver concluso la pratica forense in uno dei principali studi della città. E adesso, immaginate che tutto questo sia avvenuto dopo che l'insorgere di una malattia vi ha costretto a vita su una carrozzina, straordinariamente liberi nella testa ma ostaggi di un corpo tetraplegico che on risponde più ai vostri comandi": ZUIN, A. "Cristina, la tetraplegia e la lunga sfida per diventare avvocata. Un progetto inclusivo per farle esercitare la professione". Il Corriere del Veneto, 8 gennaio 2023, p. 7.

[9] GROSSI, P. Mitologie giuridiche della modernità. Milano: Giuffrè, 2001, p. 5.

[10] GROSSI, P. Mitologie giuridiche della modernità, cit., p. 6.

[11] GROSSI, P. Mitologie giuridiche della modernità, cit., pp. 21-22.

[12] GROSSI, P. Mitologie giuridiche della modernità, cit., p. 15.

[13] BUSATTA, L. L'universo della disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale, in CORTESE, F. TOMASI, M. (a cura di), Le definizioni nel diritto, in: Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento, 2016, p. 336 e ss.

misure adottate nell'ambito specifico dell'accesso alla professione forense dei laureati in giurisprudenza affetti da disabilità, con uno sguardo alla comparazione con i sistemi americano e brasiliano (par. 3) e, da ultimo, di ragionare, sul piano del diritto costituzionale, sulla fattiva possibilità che la sfida del progresso in questo ambito si possa davvero superare attraverso l'eliminazione di quelle che, Amartya Sen, ha da sempre definito come vere e proprie forme di 'illibertà'[14] (par.4).

L'obiettivo sarà comprendere come attingere a riserve di talenti ancora inesplorate (secondo la definizione globalmente condivisa e riconosciuta del '*Tapping into the Untapped Talent Pools*'[15]): ciò, anche grazie all'aiuto di sensibilità giuridiche (in specie giudici costituzionali e operatori del diritto che operano nelle diverse associazioni e ordini forensi) che hanno segnato la strada e, grazie ai quali, si possono considerare percorsi operativi di indiscussa implementazione delle garanzie di tutela e inclusione in prospettiva virtuosa.

2. DAL DIRTTO ALLO STUDIO AL DIRITTO AL LAVORO: INCOERENZE O NUOVE DISCRIMINAZIONI?

Il tema è decisivo per la tenuta stessa degli ordinamenti costituzionali. Si tratta infatti di verificare, nel passaggio tra l'istruzione accademica e il tirocinio forense, l'inveramento – o meno – del riconoscimento della 'dignità umana'[16], da un lato secondo il principio personalista espresso nella Costituzione italiana all'art. 2 nelle sue declinazioni in termini di partecipazione e valorizzazione delle diverse 'personalità'[17], ma anche in termini di doveri di solidarietà[18]; dall'altro, secondo il principio dell'uguaglianza – formale e sostanziale – cui si ispira il fondamento della 'pari dignità sociale', di cui all'art. 3 della medesima Costituzione.

---

[14] SEN, A., Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia. Milano: Mondadori, 2001, da p. 21.

[15] FULLER, J., RAMAN, M., SAGE-GAVIN, E., HINES, K., et al (September 2021). Hidden Workers: Untapped Talent. Published by Harvard Business School Project on Managing the Future of Work and Accenture. Hidden Workers: Untapped Talent.

[16] FLICK, G.M. Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica, in CECHERINI, E. (a cura di), La tutela della dignità dell'uomo. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008, da pp. 41.

[17] In questo senso, l'indicazione di "enfatizzare ciò che noi abbiamo in comune, come esseri umani", così da rendere "più facile il rispetto e l'adattamento alle cose che ci rendono diversi": LEONARDI, M. "ICF. La Classificazione internazionale del funzionamento delle disabilità e della salute dell'Organizzazione mondiale della sanità. Proposte di lavoro e di discussione per l'Italia", in: Giorn. it. med. riab., 2003.

[18] "I problemi dei disabili sono problemi dell'intera collettività": FURLAN, F. La tutela costituzionale del cittadino portatore di handicap, in CATTANEO, C. (a cura di), Terzo settore, statualità e solidarietà sociale. Milano: Giuffrè, 2001, p. 257.

Nel processo di mutamento – innanzitutto culturale – da una visione della disabilità puramente individuale a fenomeno di responsabilità collettiva[19], il diritto all'educazione all'avviamento professionale di cui al terzo comma dell'art. 38 della Costituzione italiana potrebbe apparire non più sufficiente a rispondere alle più complesse esigenze di tutela di cui ai parametri costituzionali succitati – e, in specie, ai fini del "pieno sviluppo della persona umana" di cui all'art. 3 Cost. - se unicamente considerato nella prospettiva del riconoscimento dei diritti sociali[20].

È la giurisprudenza costituzionale che ha maggiormente contribuito, nel tempo, in Italia, a quella che è stata chiaramente definita come un'"incessante opera di garanzia e promozione" di diritti delle persone con disabilità con la peculiarità di "assecondare una rilettura delle disposizioni della Costituzione alla luce dell'evoluzione della coscienza sociale e della legislazione in materia", ma anche "esplicandone (…) dimensioni nuove"[21].

Il fronte più innovativo, ossia quello che va oltre[22] la tutela del diritto all'assistenza e il riconoscimento economico, è quello che pare poter dare nuova luce anche al rapporto tra il diritto allo studio in ambito accademico giuridico e il diritto al lavoro in ambito forense: si tratta del nuovo diritto sociale alla "socializzazione" del disabile, in cui sono proprio "le capacità" delle persone disabili a diventare la chiave di volta – ad oggi mancante nel dialogo tra il diritti allo studio (art. 34 Cost.) e il principio lavorista (art. 4 Cost.) - della promozione dei talenti[23].

In particolare, per un processo di riconoscimento di una vera Costituzione inclusiva[24], il fattore decisivo per il riconoscimento dei talenti va rivenuto nel passaggio in cui i giudici costituzionali italiani, già negli anni Ottanta, così concludevano: "sul tema della condizione

---

19 TERZI, L. Justice and Equality in Education. A capability Perspective on Disability and Special Educational Needs. Londra-New York: Continuum, 2008, pp. 26 e ss.

20 DE SIERVO, U. Libertà negative e positive, in BELLI, L. (a cura di), Libertà inviolabili e persone con disabilità. Milano: FrancoAngeli, 2000, p. 35.

21 Sul tema, e per un'approfondita disamina dell'evoluzione giurisprudenziale, si rinvia a COLAPIETRO, C. "I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il 'nuovo' diritto alla socializzazione", in: DirittiFondametali.it., fascicolo 2/2020, pp.128-129.

22 Si è parlato, infatti, di un processo secondo il quale, "grazie alla valorizzazione del paradigma della dignità umana e del pieno sviluppo della persona, si assiste ad una rilettura pretoria dell'art. 38 Cost., per trarne profili sconosciuti ad un'interpretazione letterale": SCAGLIARINI, S. "L'incessante dinamica della vita moderna". I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale, in CAVASINO, E., SCALA, G., VERDE G. (a cura di), I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza. Napoli: Editoriale Scientifica, 2013, p.235 e ss.

23 NUSSBAUM, M. C. Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie. Bologna: Il Mulino, 2007.

24 D'AMICO, M. Introduzione, U uovo modo di guardare al modello delle disabilità: la Costituzione inclusiva, in D'AMICO, M.-ARCONZO, G. (a cura di), Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all'inclusione a vent'anni dalla legge n. 104 del 1992. Milano: FrancoAngeli, 2013, pp.9 e ss.

giuridica dello studente disabile portatore di handicap confluiscono un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale"[25]. L'interpretazione sistematica dei parametri costituzionali 2, 3 e 34 della Costituzione, in ogni caso, se da un lato riporta alla garanzia piena del diritto all'istruzione, non approda ad alcuna immediatezza circa il dato che il titolo di studio sia poi effettivamente propedeutico al riconoscimento delle medesime tutele in capo al soggetto disabile, in generale[26], e a colui che si approccia alla professione forense, in particolare. Ne sono evidente prova le difficoltà persistenti di accogliere un giovane disabile neolaureato in giurisprudenza in uno studio legale: esito naturale del percorso di chi, alla conclusione del curriculum accademico, scegliesse di intraprendere la professione forense. Accessibile, appunto, solo dai laureati in giurisprudenza. La presenza di barriere architettoniche appropriate per accogliere studenti disabili è solo il primo ostacolo, ma ad esso si aggiungono abilità del gruppo di lavoro e di chi rappresenta la categoria che, innanzitutto, riportano all'ascolto e alla scoperta delle 'capacità' dei suddetti soggetti.

È qui che lo scarto con il principio lavoristico necessita di un ulteriore elemento per un effettivo avanzamento in termini di tutela. Il diritto alla socializzazione attraverso la scuola va coordinato – e ripensato - in termini funzionali al diritto alla socializzazione attraverso il lavoro: la Corte costituzionale italiana si è più volte espressa, a favore degli studenti e cittadini disabili, in merito al loro "pieno diritto di inserirsi nel mondo del lavoro, specie in un Paese come il nostro di intensa socialità e nel quale tutti i cittadini hanno diritto di concorrere all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art.3 Cost.) ed, in particolare, hanno diritto al lavoro in una Repubblica impegnata a promuovere le condizioni per rendere effettivo tale diritto"[27].

Si tratta, dunque, alla luce delle premesse costituzionali qui esposte - e che trovano coincidenza con le premesse teoriche del contesto sia europeo[28], sia comparato[29] - di capire

[25] Punto 6 del Considerato in diritto della sentenza n. 215 del 1987 della Corte costituzionale.
[26] Basti rinviare al recente primo provvedimento dell'Autorità garante nazionale de diritti delle persone con disabilità – il parere n. 1 del 2025 – che, ai fini dell'effettiva realizzazione della 'pari dignità sociale' delle persone con disabilità chiarisce l'imprescindibilità di nuove risposte da parte delle istituzioni e dell'ordinamento. Sul tema, v. CELOTTO, A. "Accomodamento ragionevole e diritti delle persone con disabilità", in: Rassegna Avvocatura dello Stato, n.1/2025.
[27] Sentenza della Corte Costituzionale n. 1088 del 13 dicembre 1988.
[28] In particolare, si rinvia a BRODERICK, A., FERRI, D. International and European Disability Law and Policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
[29] Per un'analisi approfondita, si veda BIANCHI, P. La tutela delle persone con disabilità nella prospettiva comparata, in COLAPIETRO, C., SALVIA, A. (a cura di), Assistenza inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104. Napoli: Editoriale Scientifica, 2013, da p. 464.

come, nei vari ordinamenti, a partire dalla dignità umana[30], si possano migliorare le pratiche di assunzione di categorie – definite, non casualmente, come 'nascoste'[31] - di potenziali lavoratori: categorie in cui, ad oggi, paiono rientrare ancora molti laureati disabili in giurisprudenza. L'obiettivo è costituzionalmente rilevante in termini di avanzamento democratico e di rimozione di sempre nuove forme di discriminazione[32]: individuare bacini di talenti finora trascurati, colmare le lacune di competenze, promuovere la diversità[33] e, non ultimo, valorizzare le differenze perché diventino risorse[34].

3. LA COMPARAZIONE PER 'COGLIERE IL PRINCIPIO ATTIVO DEL DIRITTO': ESPERIENZE A CONFRONTO TRA ITALIA, STATI UNITI E BRASILE.

Quando si parla di "*untapped talent pool"* (bacino di talenti ancora inesplorato) si crea immediatamente un terreno comune di confronto che appare di estremo interesse. Ciò, in specie, nella prospettiva comparata[35], ove la si riconosca finalizzata a "cogliere il principio attivo del diritto"[36]: "comparare", è stato magistralmente ricordato, "non significa unificare"

---

30 LEVORATO, C. "Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità", in: ConsultaOnline, 2019.

31 "*In coining the term 'hidden workers', we wanted to hone in on language that reflected the effects that companies' policies, practices, and deployment of technology have on their capacity to identify and access various pools of talent. The term "hidden worker" is not intended to suggest in any way that workers are hiding and wish to or actively seek to remain excluded from consideration for employment. Far from it. (…) analysis indicates many such workers want to work and are actively seeking work*": FULLER, J., RAMAN, M., SAGE-GAVIN, E., HINES, K. et al (September 2021). Hidden Workers: Untapped Talent. Published by Harvard Business School Project on Managing the Future of Work and Accenture, cit., p. 2.

32 LORENZETTI, A. Dis-eguaglianza e disabilità, in DELLA MORTE, M. (a cura di), La diseguaglianza nello Stato costituzionale. Napoli: Edizione Scientifica, 2016, pp. 176 e ss.

33 "*How leaders can improve hiring practices to uncover missed talent pools, close skills gaps, and improve diversity*" è, non a caso, il sottotitolo del Rapporto 2021 (FULLER, J., RAMAN, M., SAGE-GAVIN, E., HINES, K. et al (September 2021). Hidden Workers: Untapped Talent. Published by Harvard Business School Project on Managing the Future of Work and Accenture, cit.) che si ritiene abbia valenza imprescindibile non solo per le aziende, ma per qualunque datore di lavoro.

34 "*Thinking back to the legal traditions and methodology or methods, that characterize comparative law, their plural use can help us identify a place: "between cultures and peoples, between empires and the world of stateless villages, [...] where different peoples recompose their differences*" (R. WHITE, *The Middle Ground: Indians, Empires and Republics in the Great Lakes Region*, Cambridge, Cambridge University Press,1991, p. X): SCARCIGLIA, R. Methodological Pluralism as a contemporary challenge of legal comparison, in TIEGHI, G. (edited by)..Comparative Law and Global English for Legal Studies. A Law-Linguistic Journey. Napoli: Jovene, 2024, p.49.

35 *"(…) it is precisely this complexity that forces us to reflect on the role of jurists and the identity of the role of comparative law scholars and how they relate to other scientific disciplines and plural methodological approaches. This perspective constitutes an ever-shifting boundary between those materially involved in legal comparison and those who prefer to focus on their disciplinary boundaries*": R. SCARCIGLIA, R. Methods and Legal Comparison. Challenges for Methodological Pluralism, Cheltenham, UK, and Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2023, p. 124.

36 " (…) la comparazione" allora "deve" soprattutto "servire a identificare il *principio attivo* al quale si riportano le regole della convivenza civile": "è" essa stessa quel "percorso indispensabile per evitare una conoscenza figurativa"; "vuole, in altre parole aiutare a comprendere la struttura interna della dinamica delle relazioni giuridiche che hanno un impatto istituzionale e costituzionale": BERTOLISSI, M. Bilanciamento tra solidarietà e responsabilità nell'ambito del federalismo fiscale, in BERTOLISSI, M. Autonomia e Responsabilità sono un punto di vista. Napoli: Jovene, 2015, p. 261.

ma, piuttosto, "ragionare per problemi alla luce di esperienze diverse, di cui si cerca lo scopo comune"[37].

Esperienze recenti, nel vecchio continente e in quello americano, impongono di riflettere su quel principio attivo di cui il diritto si deve far portatore in termini di inclusione, soprattutto a fronte del pluralismo delle democrazie contemporanee. La logica dei talenti inesplorati non è, ad oggi, pienamente compresa e, soprattutto attuata.

In prospettiva mondiale comparata, il quadro numerico è ancora molto carente: non risultano statistiche di comparazione sul piano globale in merito alle percentuali di accesso alla professione come estensione del diritto allo studio per tutti (e non solo come diritto al lavoro): in particolare, non solo i dati risultano concentrarsi su occupazione generale e tassi di passaggio all'esame di stato tralasciando i fattori di discriminazione, ma, soprattutto, non paiono esserci – sempre in termini comparativi -, dati attendibili sull'accesso all'esercizio della professione forense e, nello specifico, sul più delicato percorso *post lauream* dei laureati disabili in giurisprudenza. Quest'ultimo, a ben vedere, è proprio il dato temporale decisivo per vedere realizzato il diritto al lavoro delle persone disabili nelle sue operative esplicazioni inerenti alla fase del tirocinio: modalità di assistenza alle udienze, partecipazione alla scuola forense, utilizzo, già durate il tirocinio, di codici funzionali – e ammessi – alla prova di abilitazione finale. Fino al più ampio problema dell'accesso all'esame di Stato e della possibilità di affrontarlo senza ostacoli – che si rivelano vere e proprie discriminazioni e il cui superamento è lasciato al buon cuore della commissione -. Barriere relative all'accessibilità della sede, all'utilizzo di codici appropriati, ai costi per la riconosciuta possibilità di essere affiancati da persona di supporto. Tutt'oggi, e salvo qualche eccezione, la tendenza generale anche in prospettiva comparata rimane quella di concepire il fenomeno nell'ottica dell'erogazione di misure dispensative, più che compensative. Ma alcuni ordinamenti stanno operando in termini proattivi e propositivi, proprio nella logica qui auspicata, della valorizzazione dei talenti.

Dall'ordinamento statunitense sono pervenute alcune cruciali sollecitazioni, ciclicamente coincise con il mese di ottobre, in cui si celebra il '*National Disability Employment Awareness Month*'[38]. Nell'anno 2022, in particolare, a fronte del tema '*Disability: Part of the Equity*

[37] BERTOLISSI, M. Prefazione, in TIEGHI, G. Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale comparato. Il contribuente partner. Napoli: Jovene, 2012, p. XV.

[38] Si tratta di "*an annual campaign that celebrates the talents, contributions, and value of workers with disabilities. To foster disability diversity and inclusion in the legal profession, the ABA's Board of Governors formally recognizes October as NDEAM, encouraging law firms, judiciaries, and other legal employers to take action*". Nell'ultimo Ottobre del 2025, il tema "*Celebrating Value and Talent*", è stato lanciato in occasione dell'ottantesimo anniversario per "*celebrate the value*

Equation' e del monitoraggio costante sull'impiego in ambito forense di studenti disabili[39], la commissione sui Disability Rights dell'American Bar Association (ABA), durante il '*National Disability Employment Awareness Month'* (NDEAM) dell'ottobre 2022, ha operato per enfatizzare il significato della formula dell"Untapped talent pool' proprio in ambito forense. Si è dunque concentrata sulla valorizzazione del talento "untapped" (esplorato/o sfruttato) degli avvocati con disabilità nel settore legale promuovendo iniziative per combattere la sottorappresentazione dei professionisti con disabilità e incoraggiare un ambiente inclusivo[40].

"*Why hire lawyers with disabilities?"*[41] E' su questo quesito che, sul piano globale, si gioca il futuro di una nuova concezione dell'inclusione in termini di garanzia sostanziale: i c.d. lavoratori 'nascosti', infatti, sono abitualmente imbrigliati in una logica discriminatoria molto precisa: "*They experience distress and discouragement when their regular efforts to seek employment consistently fail due to hiring processes that focus on what they don't have (such as credentials) rather than the value they can bring (such as capabilities)"*[42]. Come, dunque, un lavoratore disabile può essere considerato una risorsa? E, in particolare, come uno studente disabile laureato in giurisprudenza può arricchire la categoria forense?

Nell'educazione brasiliana la sperimentazione di esperienze di inclusione ha avuto inizio dalla fine degli anni Cinquanta e studi recenti danno conto delle sfide affrontate fino al compimento degli studi universitari[43]. L'ordinamento brasiliano si pone, da quasi un

---

and talent that all Americans – including people with disabilities – bring to our nation's workplaces and communities": Secretary of Labor, Lori Chavez-DRemers, al link https://www.americanbar.org/groups/diversity/disabilityrights/initiatives_awards/ndeam/#:~:text=Share:-,About%20NDEAM,diversity%20in%20the%20legal%20profession.

39 NALP Reports on Diversity, reperibili al link https://www.nalp.org/reportondiversity. Da ultimo, nel rapporto pubblicato a Marzo 2026, risulta il seguente dato: "*Overall, 3.06% of lawyers identified as having a disability, up from 2.54% in 2024. Associates were almost twice as likely to identify as having a disability as compared to partners (3.80% vs. 2.13%)*" (p. 3),

40 Si tratta, innanzitutto, del c.d. *Pledge for Change*: La Commissione ha esortato gli studi legali, le istituzioni giudiziarie e le facoltà di diritto a firmare il *"Pledge for Change: Disability Diversity in the Legal Profession"*, un impegno formale per il reclutamento, l'assunzione, la ritenzione e la promozione di avvocati con disabilità. In secondo luogo, il Video Iniziativa: In collaborazione con il Law School Admission Council (LSAC), è stato diffuso un video che presenta avvocati e studenti disabili, evidenziando perché la diversità disabile è essenziale per la professione legale e perché gli studi dovrebbero valorizzare questo talento inespresso. Da ultimo, il focus sulla "*Inclusion Equation*": La ABA ha sottolineato come le barriere fisiche e sistemiche ostacolino l'inclusione, definendo gli avvocati con disabilità come una delle risorse di talento più spesso trascurate. La Commissione ha sostenuto che le persone con disabilità apportano resilienza, creatività e capacità di *problem-solving* uniche al sistema legale.

41 Video at https://www.americanbar.org/groups/diversity/disabilityrights/initiatives_awards/ndeam/2020-video/.

42 FULLER, J., RAMAN, M., SAGE-GAVIN, E., HINES, K. et al (September 2021). Hidden Workers: Untapped Talent. Published by Harvard Business School Project on Managing the Future of Work and Accenture, cit., p. 2.

43 In particolare, si segnala ORLANDO, R.M., BARVOSA, M.O. "La realizzazione professionale delle persone disabili: il ruolo fondamentale della scuola e della formazione nell'evitare che le differenze divengano disuguaglianze", in: Rivistedigitali, Vol. 18, n.1, 2019.

decennio, quale ordinamento con un preciso perimetro normativo in tema di inclusione, ma con un impatto che risulta ancora poco significativo sull'avvocatura. La *Legge Brasileira de Inclusão* (LBI, n. 13.146/2015[44], nota anche come Statuto della Persona con Disabilità) è considerata un pilastro fondamentale nel quadro giuridico brasiliano fondato sui principi cardine della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. Se sul fronte del riconoscimento del fenomeno promuove l'accesso alla professione forense per persone con disabilità imponendo obblighi di accessibilità, non discriminazione e accomodamenti ragionevoli, sul piano applicativo risultano ancora ridotte implementazioni. L'impatto pratico risulta, infatti, ancora fortemente limitato da fattori che riguardano non solo le barriere infrastrutturali, ma anche l'assenza di monitoraggio statale su iscrizioni OAB disabili a seguito della normativa LBI e, non ultima, una carente attuazione della normativa stessa sia in sede amministrativa che di applicazione giudiziaria. Di conseguenza, anche l'impatto sull'avvocatura risulta estremamente limitato in termini di effettiva tutela sostanziale[45].

Di sicuro interesse per i fini di questo scritto appare, in ogni caso, il recente 'Protocollo aggiuntivo ai Memorandum d'Intesa firmati tra l'Avvocatura Generale dell'Unione della Repubblica Federativa del Brasile e l'Avvocatura Generale dello Stato della Repubblica Italiana in data 11 aprile 2014 e 16 novembre 2018' sottoscritto lo scorso 5 settembre 2025[46]. Oltre ad un'implementazione in termini di reciproca "consulenza, assistenza e collaborazione, in campo giuridico e nel rispetto delle normative vigenti nei rispettivi ordinamenti nazionali (…)" (art.2, Integrazione del Memorandum), al comma due, è prevista "la creazione di un programma scientifico-accademico-continuativo, gestito da scuole o enti istituzionali dedicato a) alla formazione di avvocati (…) e b) al rafforzamento delle cooperazioni istituzionali sopra menzionate" (art. 2, co.2, III). In questo tipo di iniziativa non possono non considerarsi essenziali processi di reciproca formazione in termini di inclusione che pongano al centro quesiti come il seguente: "Qual è, e quale

[44] Le disposizioni della LBI di maggior interesse per questo scritto (artt. 34-37) garantiscono pari opportunità nel lavoro, vietando discriminazioni in selezione, formazione e carriera; richiedono ambienti accessibili negli uffici dell'Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e tribunali, con tecnologie assistite e supporto per esame OAB; obbligano enti pubblici/privati a quote (2-5%) e formazione inclusiva. La normativa è reperibile al link https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm.

[45] Ha facilitato casi isolati di approvazione di misure compensative, da parte dell' OAB (es. Braille, tempo extra), ma risulta persistere un significativo gap: solo 5-10% avvocati disabili stimati, contro 15% popolazione (Falta de inclusão, acessibilidade e violação das prerrogativas, https://www.oabsp.org.br/jornaldaadvocacia/24-09-09-1922-falta-de-inclusao-acessibilidade-e-violacao-das-prerrogativas-foram-debatidos-no-iv-forum-dos-direitos-da-pcd e a pessoa com deficiência e o estatuto da oab: os desafios das, https://repositorio-api.animaeducacao.com.br/server/api/core/bitstreams/40625ac7-9a5d-474e-9388-733489939ae0/content).

[46] E pubblicato, alla voce 'Temi istituzionali', in Rassega Avvocatura dello Stato – N. 3-4/2024, pp. 10-12.

dovrebbe essere, oggi, il ruolo dell'avvocato in un sistema democratico – come quello italiano – la cui crisi appare sempre più evidente?"[47].

Il contesto comparato favorisce proprio la ricerca del punto di equilibrio tra Diritto, Etica e Deontologia forense[48]. Ciò ha un evidente impatto in termini di responsabilità in capo ai diversi interlocutori della formazione forense: dei rappresentanti degli Ordini degli avvocati dei due Paesi, dei Comitati Pari Opportunità in essi istituiti, di tutti coloro che esercitano la professione forense e, non ultimi, dei docenti universitari che quei talenti giuridici formano durante il percorso universitario, in vista di un futuro nel modo del lavoro.

L'Italia, su questo fronte, anche sullo sfondo di una normativa in progressivo aggiornamento[49], sta sperimentando oramai da alcuni anni i primi importati modelli prototipali. Il Comitato Pari Opportunità dell'Ordine degli Avvocati di Padova, su iniziativa di uno studio legale padovano da sempre promotore dell'inclusione come valore costituzionale[50], ha lavorato in sinergia con diversi interlocutori per siglare, il 18 gennaio 2023, un Progetto prototipale fondato sul principio costituzionale della solidarietà[51] e sul

---

[47] "Se si guarda all'avvenire della professione, che rimane servizio e funzione innanzitutto *costituzionale*, emerge la chiara esigenza di ripensare abitudini e comportamenti consolidati per confrontarsi con una realtà nuova, nella quale la logica dell'algoritmo e l'aridità della tecnica si fanno progressivamente strada, anche nel campo della giustizia. Il Volume invita a riflettere, da molteplici prospettive, su cosa significhi diventare – e continuare ad essere – un *grande avvocato*, secondo l'insegnamento di Piero Calamandrei": BERGONZINI, G., LOCATELLI, L., TIEGHI, G. (a cura di), Etica, Deontologia e Tecnica dell'Avvocato, Giuffrè, Milano, 2023, retrocopertina.

[48] "Il volume nasce dal condiviso e sentito intento di operare '*Per un'avvocatura migliore*": questo, non a caso, il titolo di un Convegno organizzato dal Centro Studi sulle Istituzioni Paladin, con il patrocinio dell'Università di Padova (…) e dall'Ordine degli Avvocati e della Scuola Forense": BERTOLISSI, M. Prefazione, in BERGONZINI, G., LOCATELLI, L., TIEGHI, G. (a cura di), Etica, Deontologia e Tecnica dell'Avvocato, cit., p.v. Questo volume, a cui hanno contribuito docenti della scuola forense, avvocati e docenti universitari, viene oggi consegnato a tutti coloro che superano l'esame per l'abilitazione forense dal Presidente dell'Ordine, in persona.

[49] Dal 1° gennaio 2026 è entrato in vigore un pacchetto di novità sui permessi previsti dalla Legge 104/92, con misure volte a migliorare la trasparenza, rafforzare i controlli e adeguare tutele e procedure alle esigenze dei lavoratori con disabilità e dei loro caregiver.

[50] Sull'essenziale enunciazione dell'insigne costituzionalista Livio Paladin "Bisogna lottare per il Diritto" (in BERTOLISSI, M. Livio Paladin. Appunti riflessioni ricordi di un allievo. Napoli: Jovene, 2015, p. 72), i componenti dello Studio legale hanno da sempre trovato linfa vitale nell'omonimo *Centro Studi sulle Istituzioni* che affianca, con un'attività di ricerca e approfondimento scientifico, l'attività professionale. L'attenzione alla tutela delle diverse espressioni della soggettività in un'ottica oltre che di giustizia, di rispetto della dignità umana di ciascuno, è divenuta dunque, in questo contesto professionale, sempre più essenziale a fronte dei sempre più preoccupanti segnali di crisi che relegano le categorie svantaggiate in posizioni 'nascoste'.

[51] Di cui alle Premesse 8 e 9 del Protocollo: ossia, che "8) la Corte costituzionale, con la sentenza n. 75 del 1992 ha ribadito il carattere fondamentale della solidarietà come principio "per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa", tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza, classificandolo come principio fondante e valore supremo dell'ordinamento, oltre che "un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali", ovvero "un paradigma dell'azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di più individui"... "l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo", ed è "la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale"; 9) che, più recentemente, la Corte stessa, con sentenza n. 131 del 2020 –nel richiamare la sentenza 75 del 1992– ha affermato che "fin da tempi molto

richiamo alla responsabilità collettiva denominato "Progetto Inclusione". Quest'ultimo, si prefissa come obiettivo la realizzazione di un 'percorso istituzionalizzato di sviluppo umano e professionale di coesione e inclusione sociale, che valorizzi le peculiarità del singolo praticante e/o avvocato affetto da disabilità, e permetta di divenire risorsa non solo dello studio legale, ma dell'intera comunità professionale'[52]. A seguire, nel tempo, anche altri Ordini si sono adoperati in tale senso siglando protocolli finalizzati a costruire reti per l"inclusione sostanziale delle persone disabili (in particolare, si segnalano il protocollo di Gela[53], il protocollo di Verona[54], il protocollo di Milano[55]). Va evidenziato, in ogni caso, che il percorso è solo iniziato e che ancora i fondamenti costituzionali faticano ad emergere: il fine ultimo è, invece, da intendersi, in senso più ampio rispetto alla mera eliminazione delle barriere architettoniche per l'accesso alla giustizia. Le misure compensative previste, per divenire davvero efficaci, sono da intendersi finalizzate all'adempimento dei più pregnanti doveri inderogabili di solidarietà[56] sociale per garantire un effettivo e "pieno sviluppo della persona umana" (art. 3 Cost) e della sua "personalità" (art. 2 Cost.). Personalità che è preziosa per la sua unicità. Anche nella sua talentuosità.

Si tratta, in definitiva, di operare per promuovere una lettura costituzionalmente orientata dell'inclusione che non si limiti a rimuovere gli ostacoli in termini assistenziali, ma che promuova la valorizzazione delle diverse potenzialità. In questo modo, saranno le stesse capacità, abilità e talenti del singolo a diventare, al contempo, risorsa e motore per l'eliminazione delle persistenti forme di 'illibertà'.

risalenti le relazioni di solidarietà sono state all'origine di una fitta rete di libera e autonoma mutualità che, ricollegandosi a diverse anime culturali della nostra tradizione, ha inciso profondamente sullo sviluppo sociale, culturale ed economico del nostro Paese"; «forme di solidarietà» che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (sentenza n. 309 del 2013)".

[52] Protocollo inclusione di Padova, reperibile al link https://tribunale-padova.giustizia.it/resources/cms/documents/20230118_Progetto_Inclusione__di_coesione_sociale_per_persone_non_autosufficienti_disabili.pdf.

[53] Reperibile al link https://www.ordineavvocatigela.it/wp-content/uploads/Protocollo-dintesa.pdf.

[54] Reperibile al link https://www.ordineavvocati.vr.it/wp-content/uploads/2024/07/Protocollo-procedimentale-Accesso-alla-Giustizia-Persone-con-disabilita.pdf.

[55] Reperibile nella sezione "protocolli con le istituzioni": https://www.ordineavvocatimilano.it/media/allegati/PRATICANTE-AVVOCATO/ESAME%20AVVOCATO%202020/Protocollo%20OAM_CDA_%20firmato_12042021%20(1).pdf

[56] COMAZZETTO, G. La solidarietà necessaria, metamorfosi di un principio nell'orizzonte costituzionale europeo. Napoli: Jovene, 2023.

4. LA SFIDA DEL PROGRESSO ATTRAVERSO L'ELIMINAZIONE DELLE 'ILLIBERTA' E LE POTENZIALITA' DELLA FORMAZIONE FORENSE NELL'ERA CONTEMPORANEA: "IL VALORE DI INCLUDERE".

Contro precise illibertà ha lottato una "donna prima in tutto"[57], recentemente scomparsa. Da ultimo, dal 1996, la prima donna ad essere nominata giudice costituzionale nell'ordinamento italiano. Ma Fernanda Contri non era solo una giurista che aveva raggiunto le più alte cariche dello Stato: era "una donna ed una giurista attenta soprattutto ai diritti delle persone più deboli e svantaggiate"[58]. Era colei che ha promosso fattivamente, in seno alla Corte costituzionale, una visione di inclusione reale per le persone con disabilità[59].

La promozione di una nuova visione degli '*hidden workers'* è passata, e continua a passare, attraverso l'operato di sensibilità che, mettendo a disposizione la loro professionalità e competenza, segnano un percorso. Un percorso che anche l'arte aiuta a comprendere, attraverso la riproduzione di grate, barriere, che possono poi schiudersi per dar vita alla rappresentazione concettuale del superamento degli ostacoli, fino a generare "gratificazione"[60]. Una gratificazione che diviene condivisione all'interno della comunità e, in definitiva, all'interno di quella che Grossi chiamava "la dimensione costituzionale della convivenza"[61]: è avendo a mente tale dimensione che la dinamica relazionale della socializzazione funge, non solo per la persona disabile, ma per l'intera comunità, da parametro dello sviluppo.

Come ricordava Amartya Sen, il progresso - e la sfida per determinarlo - è da intendersi, infatti, come la libertà[62]. Il progresso stesso si genera, innanzitutto, attraverso opere di eliminazione delle 'illibertà'[63]: molto spesso, illibertà addirittura nascoste ai più.

---

[57] PATRONE, I. Vita straordinaria di Fernanda Contri, in: Giustizia Insieme, 30 dicembre 2025, p.1.
[58] PATRONE, I. Vita straordinaria di Fernanda Contri, cit., p.1.
[59] Si ricordano, in materia di diritti fondamentali delle persone fragili e disabili, le decisioni n. 350 del 2003, n. 233 del 2005: ha costantemente rafforzato l'interpretazione della disabilità non come mera malattia, ma come condizione affinché il diritto alla cura e all'assistenza prevalesse su rigidità amministrative. Sul tema, tra gli altri: AINIS, M. I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale. Milano: Giuffrè, 1999.
[60] Si tratta dell'opera che ha fatto da sfondo alla mia relazione in occasione del IV seminario Italo-Brasiliano sui diritti fondamentali del 20 gennaio 2026, presso l'Università di Padova. L'opera si intitola *Gratificazioni 2*, dell'artista padovana *Federica Fontolan* (Padova, Italia). Ciclo: Gratificazioni- Anno: 2021- Tecnica: acrilico su tela e superficie specchiante.
[61] GROSSI, P. *L'*invenzione *del diritto*. Bari-Roma: Laterza, 2017, p. XV.
[62] "(…) è importante riconoscere contemporaneamente sia la centralità della libertà individuale, sia la forza delle influenze sociali sull'entità e la portata di tale libertà. Per affrontare i problemi che incontriamo", prosegue l'autore, "dobbiamo imparare a vedere la libertà individuale come impegno sociale. (…) In tale ottica l'espansione della libertà è vista sia come fine primario che come mezzo principale dello sviluppo": SEN, A. Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia, cit., p.6.
[63] "Poiché le libertà civili e politiche sono elementi costitutivi della libertà umana, il vedersele negare è di per sé uno svantaggio; e nell'esaminare il ruolo dei diritti umani nello sviluppo dobbiamo tener conto anche dell'importanza costitutiva di diritti civili e libertà politiche, oltre che di quella strumentale". Di qui, la decisività

Proprio come i talenti 'nascosti', i quali le sperimentano nei diversi ambiti lavorativi. "Lo sviluppo", ci ricorda il Premio Nobel per l'economia del 1998, "consiste nell'eliminare vari tipi di illibertà che lasciano agli uomini poche scelte e poche occasioni di agire secondo ragione. Eliminare tali illibertà sostanziali (…) è un aspetto costitutivo dello sviluppo" [64].

Se, dunque, la libertà, con la democrazia, sono il fine primario e il mezzo principale sulla strada che porta allo sviluppo, diviene imprescindibile avere piena consapevolezza delle potenzialità della formazione forense nell'era contemporanea[65] quale preciso motore etico-costituzionale del cambiamento culturale contro le discriminazioni e, non ultimo, dello sviluppo, anche economico[66]. In epoca di regressione costituzionale[67], l'inclusione come pratica che genera valore diviene, a maggior ragione, change-driver della dinamica relazionale. Se e nei termini in cui viene praticata, l'inclusione stessa può dunque assurgere a valore fondativo del substrato costituzionale, e le sue potenzialità, in termini di benefici relazionali, non possono che assumere un ruolo pregnante nell'evoluzione del diritto quale mezzo di "direzione sociale"[68].

Il 'valore di includere" così inteso pare dunque poter significativamente contribuire a riformare l'approccio e le pratiche di acquisizione di talenti che, come dimostrano recenti studi, "*indicate former hidden workers outperform their peers materially on six key evaluative criteria*": si tratta di "*attitude and work ethic, productivity, quality of work, engagement, attendance, and innovation*"[69].

---

del "ruolo attivo dell'individuo in quanto membro della società e in quanto partecipe di operazioni economiche, sociali e politiche": SEN, A. Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia, cit., p.23 e p. 25.

[64] SEN, A. Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia, cit., p.6.

[65] "Che l'avvocatura non costituisca una appendice estrinseca e occasionale ma una dimensione integrante della esperienza complessa di un giurista corrisponde a una tradizione tipicamente italiana, che troviamo già pienamente affermata nel momento sapienziale del nostro medioevo": GROSSI, P. "Nobiltà culturale degli avvocati", in: Rassegna Forense n.1/2001, p.27. Perché, come magistralmente ricordato, l'"avvocato (…) porta nelle impassibili aule della giustizia l'irrequieto fervore della carità": CALAMANDREI, P. Elogio dei giudici scritto da un avvocato. Milano: Ponte alle Grazie, 2001, p. xxxi.

[66] "*Our research revealed that long-standing and widespread management practices contribute significantly to constraining the candidates that companies will consider, leading to the creation of a diverse population of aspiring workers who are screened out of consideration—or 'hidden'. But it also affirmed that companies that purposefully hire hidden workers realize an attractive return on investment (ROI). They report being 36% less likely to face talent and skills shortages compared to companies that do not hire hidden workers*": FULLER, J., RAMAN, M., SAGE-GAVIN, E., HINES, K. et al (September 2021). Hidden Workers: Untapped Talent. Published by Harvard Business School Project on Managing the Future of Work and Accenture, cit., p.2.

[67] "*(Constitutional regression is) distinct from authoritarian reversion for three reasons: first, it occurs slowly; second, it involves different mechanisms; and third, its modal endpoint is quasi-authoritarianism (although a further slide to authoritarianism is possible. Because retrogression occurs piecemeal, it necessarily involves many incremental changes to legal regimes and institutions. Each of these changes may be innocuous or even defensible in isolation. It is only by their cumulative, interactive effect that retrogression occurs"*: HUQ, A.Z., GINSBURG, T. "How to Lose a Constitutional Democracy", 65, in: Ucla Law Review 78, 2018, p. 97.

[68] BOBBIO, N. "Sulla funzione promozionale del diritto" in: riv. Trim. dr. Proc. Civ., 1969, da p. 1313.

[69] FULLER, J., RAMAN, M., SAGE-GAVIN, E., HINES, K. et al (September 2021). Hidden Workers: Untapped Talent. Published by Harvard Business School Project on Managing the Future of Work and Accenture, cit., p.2.

Un paradigma virtuoso che, generando una nuova consapevolezza delle evidenze talentuose[70], genera anche produttività in termini economici, sociali e solidaristici[71].

5. UNA CONCEZIONE VIRTUOSA DEL BIOMIO INCLUSIONE-RISORSE NELLA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE COMPARATA

Dalla prospettiva di analisi costituzionale comparata qui adottata, emerge chiaramente l'importanza cruciale, anche nell'ambito lavorativo forense, del riconoscimento sostanziale dell'uguaglianza[72] quale viatico per un'inclusione valoriale che genera arricchimento reciproco[73]: da un lato, nel ruolo di parametro di qualità costituzionale degli ordinamenti contemporanei in crisi[74]; dall'altro, quale punto di svolta costituzionale in accezione trasformativa[75].

Affinché le disuguaglianze all'interno della professione forense – e in fase di accesso, in specie - non divengano discriminazioni, il substrato costituzionale è da intendersi necessariamente coniugato con una concezione virtuosa dei talenti inespressi. Concezione che, in definitiva, promuove la diretta correlazione inclusione-risorse. Si tratta, per la precisione, di un approccio inclusivo che valorizzi, innanzitutto, le risorse *umane*: il contesto che ne scaturirebbe sarebbe altamente differenziato in termini di abilità, così da creare gruppi di lavoro fortemente plurali nella loro diversificazione delle abilità e, dunque, dei talenti. In secondo luogo, la valorizzazione così intesa ha a che vedere con le risorse *economiche*: è oramai assodato che la condizione finanziaria dei diritti è elemento da considerarsi come intrinsecamente correlato alla tutela costituzionale dei medesimi[76], ma con riferimento alla tutela delle persone disabili la giurisprudenza costituzionale ha da tempo individuato un condiviso e avanzato punto di equilibrio che implica una vera e propria tutela rafforzata nei

---

70 TIEGHI, G. "La gradualità come 'legge della vita'. Insegnamenti eterni sull'arte di 'positioning', in: Rivista diritti fondamentali, n. 3/2023.

71 BUSNELLI, F. "Il principio di solidarietà e l'attesa della 'povera gente', oggi". in: Persona e mercato, 2021.

72 PALADIN, L. Il principio costituzionale d'eguaglianza. Milano: Giuffrè, 1965. Del medesimo Maestro, sul tema, soprattutto: voce Eguaglianza (diritto costituzionale), in: Enc. Dir., XIV, Milano, 1965, p. 519 ss.; "Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza, Aprile 1979-Dicembre 1983", in: Giur. Cost., 1984, p. 219 ss.

73 SCARCIGLIA, R. Methodological pluralism as a contemporary challenge of legal comparison, in TIEGHI. G. (a cura di), Comparative Law and Global English for Legal Studies: A Law-Linguistic Journey cit. Sul valore della diversità anche di orientamenti, CALABRESI, G. Il Mestiere di Giudice. Pensieri di un accademico americano. Seconda ed. a cura di B. Barbisan. Bologna: il Mulino, 2025.

74 TIEGHI, G. "Uguaglianza e Global Constitutionalism. Nuove sfide di intersezionalità tra legal reasoning e 'constitutional quality' (DPCE, monografico, *Oltre il costituzionalismo*), in DPCE, n.4/2022.

75 TIEGHI, G. "Transitioning Democracies Through or Beyond Law? The Legal Reasoning Process as a Transformative Constitutional Turning Point", in: Comparative Law Review, 1/2025.

76 HOLMES, S., SUNSTEIN, CASS R. Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse. Bologna: il Mulino, 2000.

confronti dei soggetti più deboli[77]. Tale prospettiva, tra l'altro, da subito riconosciuta come "manifesto più alto del programma di affrancamento sociale dello Stato costituzionale"[78], pare conciliare in modo lungimirante e incentivante le esigenze di bilanciamento in materia di diritti fondamentali[79] con l'attuale fase di transizione costituzionale dovuta anche alla grave congiuntura economica globale: il dato si rileva di pregnante significato per garantire l'apertura di nuovi spazi di osservazione e di ascolto quali momenti propedeutici all'adempimento del dovere (solidaristico) di sensibilizzazione alla promozione del cambiamento[80].

Alla luce delle esperienze dei diversi ordinamenti presi in esame, una diversa lettura costituzionale dei diritti fondamentali in gioco non può dunque che far propendere per una considerazione delle relazioni sociali ed economiche come spazi di libertà, uguaglianza e, da ultimo, di partecipazione alla vita sociale e lavorativa di un ordinamento. L'inerzia – o, peggio, l'indifferenza – ne confronti dei talenti inesplorati non può che implementare processi sempre più pregiudizievoli di incivilità. Le categorie più deboli ne verrebbero immediatamente compromesse. Ma è l'intera comunità che finirebbe per impoverirsi, rinunciando al valore pregnante dell'investimento nelle potenzialità altrui e, in definitiva, all'acquisizione di abilità che possono fungere da valori differenziali in specie in epoca di crisi economica, finanziaria, sociale e, non ultima, costituzionale. Siamo infatti stati ammoniti, nel solco lasciato da grandi Maestri, del fatto che

"Si originano, a ogni piè sospinto, vuoti sempre più ampi, e c'è bisogno di colmarli. E c'è bisogno di coniare nuovi strumenti atti a ordinare le novità dei mutamenti socio-

[77] Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza n. 275 del 2016 della Corte costituzionale italiana e all'inciso secondo il quale "è l'indefettibile garanzia dei diritti fondamentali a condizionar il bilancio pubblico, e non viceversa". La utilizza come spunto di riflessione anche il giudice Luca Antonini per rappresentare il tema, cruciale per le democrazie contemporanee, "La Corte e le 'compatibilità economiche'" (podcast pubblicato l'11/06/2020, Musica: E. Satie, Six Gnossiennes (1889-1897): No. 1 Lent. Aldo Ciccolini Data registrazione Podcast 27 aprile 2020. Registrato da remoto durante il periodo di emergenza sanitaria). Il podcast è inserito all'interno nella serie di Podcast 'La Costituzione raccontata dai giudici'. Serie rinvenibile al link https://www.cortecostituzionale.it/podcast/2/1.

[78] COLAPIETRO, C. "I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il 'nuovo' diritto alla socializzazione", cit., p. 164.

[79] Posizione confermata anche dalla successiva sentenza n. 114 del 2019 in cui la Corte esplicita la necessità di "un'attenzione e di una solidarietà 'speciale'"(COLAPIETRO, C. "I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il 'nuovo' diritto alla socializzazione", cit., p. 164.), in particolare quando, con riferimento all'art. 3 sottolinea che il suo primo comma "garantisce il principio di uguaglianza a prescindere dalle 'condizioni personali', tra le quali si colloca indubbiamente la condizione di disabilità".

[80] "È diffusa, e non sempre innocente, la lamentela sulla crisi della democrazia. Raramente la si affronta rivolgendo l'attenzione al progetto di democrazia fondata sul lavoro posto alla base della nostra Costituzione. La formula sembra ormai svuotata. Eppure offre, quando la si interroghi, indicazioni preziose": sul tema, si rinvia alle rigorose e incoraggianti riflessioni in PIZZOLATO, F., I sentieri costituzionali della democrazia. Roma: Carocci editore, 2020, interno di copertina.

economico-tecnici. È l'esperienza quotidiana che li pretende, non la sapienza di maestri o il progetto di politici. (…) in quell'affollato e disordinato cantiere che è ormai il diritto vivente un ruolo non minimo sembra competere anche all'avvocato. (…) il loro ruolo non potrà che crescere, così come crescerà il ruolo di ogni giurista. Il nuovo ordine giuridico non potrà fare a meno dei costruttivi apporti di coloro che sanno di diritto"[81]. Tra questi, in particolare, degli apporti costruttivi dei talenti nascosti. Per i quali, l'impegno comune va indirizzato in senso costituzionalmente orientato affinché non continuino a rimangano tali[82].

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AINIS, M. I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale. Milano: Giuffrè, 1999.

BARTOLE, Sergio. The Internationalisation of Constitutional Law. A view from the Venice Commission. London: Bloomsbury Publishing, 2020.

BERGONZINI, G., LOCATELLI, L., TIEGHI, G. (a cura di), Etica, Deontologia e Tecnica dell'Avvocato, Giuffrè, Milano, 2023.

BERTOLISSI, M. Bilanciamento tra solidarietà e responsabilità nell'ambito del federalismo fiscale, in BERTOLISSI, M. Autonomia e Responsabilità sono un punto di vista. Napoli: Jovene, 2015.

BERTOLISSI, M. Prefazione, in TIEGHI, G. Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale comparato. Il contribuente partner. Napoli: Jovene, 2012.

BERTOLISSI, M. Livio Paladin. Appunti riflessioni ricordi di un allievo. Napoli: Jovene, 2015

BIANCHI, P. La tutela delle persone con disabilità nella prospettiva comparata, in COLAPIETRO, C., SALVIA, A. (a cura di), Assistenza inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104. Napoli: Editoriale Scientifica, 2013.

BOBBIO, N. "Sulla funzione promozionale del diritto" in: Riv. trim. dr. proc. civ., 1969.

BRODERICK, A., FERRI, D. International and European Disability Law and Policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

[81] GROSSI, P. "Nobiltà culturale degli avvocati", cit., p. 32.

[82] C'è un particolare gesto di impegno che, simbolicamente, chiude il cerchio della riflessione qui condotta. E' quello che si è chiamati a fare all'uscita del Museo Apartheid, a pochi chilometri da Johannesburg, Sudafrica: prendere una pietra e appoggiarla nel terreno, insieme ad altre già sistemate dai visitatori che sono passati prima. Il luogo è l'ultima sala di quello storico museo, sotto alla bandiera del Sudafrica: un Paese che ha lottano e continua a lottare contro le vecchie e 'le nuove discriminazioni nel diritto contemporaneo' (Titolo del IV Seminario Italo-Brasiliano sui diritti fondamentali, anno 2026).

BUSATTA, L. L'universo della disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale, in CORTESE, F., TOMASI M. (a cura di), Le definizioni nel diritto, in: Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento, 2016.

BUSNELLI, F. "Il principio di solidarietà e l'attesa della 'povera gente', oggi". in: Persona e mercato, 2021.

CALABRESI, G. Il Mestiere di Giudice. Pensieri di un accademico americano. Seconda ed. a cura di B. Barbisan. Bologna: il Mulino, 2025.

CALAMANDREI, P. Elogio dei giudici scritto da un avvocato. Milano: Ponte alle Grazie, 2001.

CATTANEO, C. (a cura di), Terzo settore, statualità e solidarietà sociale. Milano: Giuffrè, 2001.

CELOTTO, A. "Accomodamento ragionevole e diritti delle persone con disabilità", in: Rassegna Avvocatura dello Stato, n.1/2025.

COLAPIETRO, C. "I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il 'nuovo' diritto alla socializzazione", in: DirittiFondametali.it., fascicolo 2/2020.

COMAZZETTO, G. La solidarietà necessaria, metamorfosi di un principio nell'orizzonte costituzionale europeo. Napoli: Jovene, 2023.

D'AMICO, M. Introduzione, U uovo modo di guardare al modello delle disabilità: la Costituzione inclusiva, in D'AMICO, M.-ARCONZO, G. (a cura di), Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all'inclusione a vent'anni dalla legge n. 104 del 1992. Milano: FrancoAngeli, 2013.

DE SIERVO, U. Libertà negative e positive, in BELLI, L. (a cura di), Libertà inviolabili e persone con disabilità. Milano: FrancoAngeli, 2000.

FERRARA, G. La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione), in: Scritti in onore di G. Chiarelli. Milano: Giuffrè, 1974.

FLICK, G.M. Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica, in CECHERINI, E. (a cura di), La tutela della dignità dell'uomo. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008.

FULLER, J., RAMAN, M., SAGE-GAVIN, E., HINES, K. et al (September 2021). Hidden Workers: Untapped Talent. Published by Harvard Business School Project on Managing the Future of Work and Accenture. Hidden Workers: Untapped Talent.

GROSSI, P. "Nobiltà culturale degli avvocati", in: Rassegna Forense n.1/2001.

GROSSI, P. L' invenzione del diritto. Bari-Roma: Laterza, 2017.

GROSSI, P., Mitologie giuridiche della modernità. Milano: Giuffrè, 2001.

HOLMES, S., SUNSTEIN, CASS R. Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse. Bologna: il Mulino, 2000.

HUQ, A.Z., GINSBURG, T. "How to Lose a Constitutional Democracy", 65, in: Ucla Law Review 78, 2018.

KUO, Ming-Sung. "The End of Constitutionalism as We Know It? Boundaries and the State of Global Constitutional (Dis)Ordering", in: Transnational Legal Theory, Vol. 1, 2010.

LEONARDI, M. "ICF. La Classificazione internazionale del funzionamento delle disabilità e della salute dell'Organizzazione mondiale della sanità. Proposte di lavoro e di discussione per l'Italia", in: Giorn. it. med. riab., 2003.

LEVORATO, C. "Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità", in: ConsultaOnline, 2019.

LORENZETTI, A. Dis-eguaglianza e disabilità, in DELLA MORTE, M. (a cura di), La diseguaglianza nello Stato costituzionale. Napoli: Edizione Scientifica, 2016.

NALP Reports on Diversity, reperibili al link https://www.nalp.org/reportondiversity.

NUSSBAUM, M. C. Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie. Bologna: Il Mulino, 2007.

ORLANDO, R.M., BARVOSA, M.O. "La realizzazione professionale delle persone disabili: il ruolo fondamentale della scuola e della formazione nell'evitare che le differenze divengano disuguaglianze", in: Rivistedigitali, Vol. 18, n.1, 2019.

PALADIN, L. Voce Eguaglianza (diritto costituzionale), in: Enc. Dir., XIV, Milano, 1965.

PALADIN, L. "Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza, Aprile 1979-Dicembre 1983", in: Giur. Cost., 1984.

PALADIN, L. Il principio costituzionale d'eguaglianza. Milano: Giuffrè, 1965.

PATRONE, I. Vita straordinaria di Fernanda Contri, in: Giustizia Insieme, 30 dicembre 2025.

PIZZOLATO, F. I sentieri costituzionali della democrazia. Roma: Carocci editore, 2020.

SCAGLIARINI, S. "L'incessante dinamica della vita moderna". I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale, in CAVASINO, E., SCALA, G., VERDE G. (a cura di), I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza. Napoli: Editoriale Scientifica, 2013.

SCARCIGLIA, R. Methodological Pluralism as a contemporary challenge of legal comparison, in TIEGHI, G. (edited by), Comparative Law and Global English for Legal Studies. A Law-Linguistic Journey. Napoli: Jovene, 2024.

SCARCIGLIA, R. Methods and Legal Comparison. Challenges for Methodological Pluralism, Cheltenham, UK, and Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2023.

SEN, A. Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia. Milano: Mondadori, 2001.

TERZI, L. Justice and Equality in Education. A capability Perspective on Disability and Special Educational Needs. Londra-New York: Continuum, 2008.

TIEGHI, G. "Uguaglianza e Global Constitutionalism. Nuove sfide di intersezionalità tra legal reasoning e 'constitutional quality' (DPCE, monografico, Oltre il costituzionalismo), in DPCE, n.4/2022.

TIEGHI, G. "La gradualità come 'legge della vita'. Insegnamenti eterni sull'arte di 'positioning', in: Rivista diritti fondamentali, n. 3/2023.

TIEGHI, G. "Transitioning Democracies Through or Beyond Law? The Legal Reasoning Process as a Transformative Constitutional Turning Point", in: Comparative Law Review, 1/2025.

ZUIN, A. "Cristina, la tetraplegia e la lunga sfida per diventare avvocata. Un progetto inclusivo per farle esercitare la professione". Il Corriere del Veneto, 8 gennaio 2023.

DIREITOS SOCIAIS, VULNERABILIDADE E ACESSO À JUSTIÇA DIGITAL: RISCOS E OPORTUNIDADES NO SÉCULO XXI

Social Rights, Vulnerability, and Access to Digital Justice: Risks and Opportunities in the Twenty-First Century

Amanda von Eye de Pereira Saliba[1]

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC

Gabriela de Lima Rodrigues[2]

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC

DOI: https://doi.org/10.62140/ASGR122282765

Sumário: 1. Introdução; 2. Direitos sociais como direitos de prestação: fundamentos teóricos e infraestrutura digital; 3. Vulnerabilidade social e exclusão digital: desafios e novas oportunidades; 4. Acesso à justiça digital: a quarta onda e a jurisdição contenciosa; 5. Serviços notariais e de registro digitais: revolução silenciosa e democratização do acesso a direitos; 6. Inclusão digital como direito social fundamental: fundamentação normativa comparada 7. Conclusão

Resumo: O presente artigo examina como a crescente digitalização dos serviços públicos e dos sistemas de justiça impacta a efetividade dos direitos sociais e a concretização do acesso à justiça em sociedades marcadas por desigualdades estruturais. Através de análise comparada entre Brasil e Itália, dois países de tradição civil law com contextos socioeconômicos distintos, investigam-se os desafios e, sobretudo, as oportunidades que a transformação digital oferece para ampliar o acesso a direitos fundamentais. Destaca-se o papel inovador dos serviços eletrônicos das serventias extrajudiciais como instrumentos de democratização jurídica, segurança patrimonial e inclusão social. Conclui-se que o direito à inclusão digital deve ser reconhecido como elemento integrante do catálogo contemporâneo de direitos sociais, constituindo condição material para o exercício pleno da cidadania no século XXI.

Palavras-chave: inclusão digital; acesso à justiça; direitos sociais; vulnerabilidade; justiça digital; e-notariado.

---

[1] Tabeliã. Mestre em Políticas Públicas e Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pelotas/RS. Mestranda em Filosofia Pela Universidade Federal de Pelotas/RS. Doutoranda pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa "Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos" certificado pelo CNPq; Professora da graduação. amandavep@hotmail.com. https://orcid.org/0009-0000-1495-0398.

[2] Tabeliã e Registradora. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestre em Gestão Pública pela Universidade Federal do Piauí - UFPI. E-mail: ielalimarodrigues3004@gmail.com

Abstract: This article examines how the growing digitalization of public services and justice systems impacts the effectiveness of social rights and the realization of access to justice in societies marked by structural inequalities. Through a comparative analysis between Brazil and Italy, two civil law tradition countries with distinct socioeconomic contexts, it investigates the challenges and, above all, the opportunities that digital transformation offers to expand access to fundamental rights. It highlights the innovative role of digitalized notarial and registry services as instruments of legal democratization, property security, and social inclusion. It concludes that the right to digital inclusion must be recognized as an integral element of the contemporary catalog of social rights, constituting a material condition for the full exercise of citizenship in the 21st century.

Keywords: digital inclusion; access to justice; social rights; vulnerability; digital justice; e-notary; registry services.

1. INTRODUÇÃO

A transformação digital dos sistemas de justiça e da administração pública representa um dos fenômenos mais significativos do constitucionalismo contemporâneo. Embora prometendo eficiência, celeridade e racionalização de recursos estatais, a digitalização reconfigura profundamente o acesso aos direitos sociais e à tutela jurisdicional efetiva. Este artigo investiga, sob perspectiva comparada entre Brasil e Itália, como a transição para serviços essencialmente digitais — tanto na esfera administrativa quanto judicial e extrajudicial — impacta a concretização de direitos fundamentais em contextos socioeconômicos diversos.

A escolha do eixo comparativo Brasil-Itália justifica-se por múltiplas razões. Ambos os países compartilham a tradição do civil law, com sistemas jurídicos estruturados em códigos e forte papel do Estado na organização dos serviços notariais e de registro. Ademais, ambos experimentaram, nas últimas duas décadas, processos acelerados de digitalização judicial e extrajudicial, com marcos normativos específicos que regulamentam o processo eletrônico e o e-notariado. Contudo, apresentam realidades socioeconômicas substancialmente distintas: enquanto a Itália integra o G7 com índice de Gini em torno de 0,33, o Brasil figura entre os países mais desiguais do mundo, com índice de Gini de 0,52 (Banco Mundial, 2023). Essa diferença permite observar como a desigualdade estrutural influencia de modo diverso os impactos da digitalização sobre o acesso à justiça.

A hipótese sustentada é que o direito à inclusão digital deve ser compreendido como elemento integrante e indispensável do catálogo contemporâneo de direitos sociais, constituindo condição material para o exercício pleno do acesso à justiça no século XXI. Argumenta-se que, apesar dos desafios impostos pela exclusão digital, a digitalização — especialmente dos serviços notariais e de registro — oferece oportunidades sem precedentes para democratizar o acesso a direitos, reduzir custos, ampliar capilaridade territorial e fortalecer segurança jurídica, desde que acompanhada de políticas adequadas de inclusão.

Metodologicamente, o trabalho articula três eixos: abordagem teórico-conceitual fundada no constitucionalismo contemporâneo e na teoria dos direitos fundamentais; análise

comparada da legislação e das experiências de digitalização judicial e extrajudicial no Brasil e na Itália; e revisão bibliográfica internacional sobre vulnerabilidade, exclusão digital e efetividade de direitos sociais.

O acesso à justiça, compreendido em sentido amplo, não se restringe à jurisdição contenciosa exercida pelos tribunais. Engloba também a chamada jurisdição voluntária e, fundamentalmente, os serviços notariais e de registro, que desempenham papel essencial na efetivação de direitos patrimoniais, sucessórios, familiares e empresariais. Escrituras públicas, procurações, testamentos, reconhecimento de firmas, autenticações, registros imobiliários, registros civis de pessoas naturais e registros empresariais constituem instrumentos jurídicos indispensáveis ao exercício da cidadania plena e à segurança das relações jurídicas.

2. DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS DE PRESTAÇÃO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E INFRAESTRUTURA DIGITAL

Os direitos sociais, compreendidos como direitos a prestações estatais positivas, dependem estruturalmente de infraestrutura material, institucional e tecnológica para sua concretização. Como demonstram Holmes e Sunstein (1999), todos os direitos custam, mas os direitos sociais explicitam sua dimensão prestacional de modo mais evidente: exigem hospitais, escolas, sistemas previdenciários, programas de assistência social e, fundamentalmente, mecanismos efetivos de acesso a essas prestações.

Robert Alexy (2008) sistematiza os direitos fundamentais como posições jurídicas que abrangem direitos de defesa e direitos a ações positivas. Os direitos sociais situam-se primordialmente nesta segunda categoria, exigindo do Estado não apenas abstenções, mas prestações fáticas e normativas. Tal estrutura implica reconhecer que a efetividade desses direitos depende de condições materiais prévias: não basta proclamar o direito à saúde se não há postos de atendimento acessíveis; não adianta garantir previdência social se o trabalhador não consegue requerer seu benefício; tampouco é suficiente assegurar o direito de propriedade se o cidadão não pode registrar seu imóvel por falta de acesso aos serviços notariais e de registro.

No constitucionalismo brasileiro, Sarlet (2015) identifica no mínimo existencial o núcleo intangível dos direitos sociais, aquém do qual se configura violação à dignidade humana. Esse mínimo não é estático: desloca-se historicamente conforme as condições tecnológicas e sociais de cada época. No século XXI, quando serviços essenciais migram para plataformas digitais, o acesso à tecnologia integra esse núcleo mínimo. A exclusão digital torna-se, assim, forma de exclusão social e jurídica, impedindo o exercício de direitos formalmente garantidos.

Na Itália, a Costituzione reconhece no art. 3º, parágrafo 2º, o dever da República de "remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana". A jurisprudência da Corte Costituzionale tem interpretado esse dispositivo como fundamento

para direitos sociais prestacionais, incluindo o acesso aos serviços públicos essenciais. A digitalização desses serviços, portanto, não pode criar novos obstáculos que contradigam esse mandamento constitucional.

Rodríguez-Garavito (2011) adverte que, no Sul Global, a efetividade dos direitos sociais enfrenta obstáculos estruturais agravados pela desigualdade extrema. A digitalização, quando implementada sem políticas compensatórias, reproduz e aprofunda essas assimetrias. Fredman (2008) complementa essa análise ao destacar que direitos sociais possuem quatro dimensões entrelaçadas: reconhecimento, redistribuição, participação e transformação. A inclusão digital, adequadamente concebida, pode potencializar essas quatro dimensões, ampliando reconhecimento de direitos, redistribuindo acesso a serviços, facilitando participação cidadã e transformando estruturas excludentes.

3. VULNERABILIDADE SOCIAL E EXCLUSÃO DIGITAL: DESAFIOS E NOVAS OPORTUNIDADES

Martha Albertson Fineman (2008) propõe uma teoria da vulnerabilidade que rompe com o modelo liberal do sujeito autônomo e autossuficiente. Todos somos vulneráveis em diferentes graus e momentos, dependendo de instituições sociais resilientes para prosperar. A vulnerabilidade não é exceção, mas condição humana universal, embora desigualmente distribuída. Cabe ao Estado criar estruturas que mitiguem vulnerabilidades evitáveis e que não imponham obstáculos adicionais aos já fragilizados.

A exclusão digital configura nova camada de vulnerabilidade no século XXI. Van Dijk (2020) identifica múltiplas dimensões do "digital divide": acesso material (conectividade e dispositivos), competências (habilidades para uso significativo), e uso efetivo (capacidade de converter acesso em oportunidades reais). Essas divisões são cumulativas e exigem respostas políticas multidimensionais.

No contexto brasileiro, dados da PNAD Contínua TIC 2023 revelam que 44,4 milhões de brasileiros não possuem acesso à internet, sendo a desigualdade regional, etária e de renda determinante na exclusão digital. A concentração dessa exclusão nas regiões Norte e Nordeste, áreas rurais e periferias urbanas cria desafio específico para políticas de digitalização. Na Itália, embora 92% da população tenha acesso à internet (Eurostat, 2023), persistem desafios relacionados a idosos (45% dos maiores de 65 anos não utilizam internet regularmente), população migrante e regiões do Sul italiano, particularmente Calabria, Sicilia e Campania, onde infraestrutura de banda larga é menos desenvolvida.

Contudo, é fundamental reconhecer que a digitalização, quando adequadamente implementada, oferece instrumentos poderosos para mitigar vulnerabilidades tradicionais. A telemedicina permite que habitantes de áreas rurais remotas acessem especialistas médicos; plataformas educacionais digitais democratizam conhecimento; cadastros sociais digitalizados reduzem burocracias excludentes; e, como se explorará adiante, serviços

notariais e de registro digitais podem ampliar substancialmente o acesso a instrumentos jurídicos essenciais para populações historicamente marginalizadas.

4. ACESSO À JUSTIÇA DIGITAL: A QUARTA ONDA E A JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

Cappelletti e Garth (1988), em sua obra seminal "Access to Justice", identificaram três ondas renovatórias: assistência jurídica aos pobres, representação de interesses difusos e coletivos, e enfoque multidisciplinar na efetividade processual. Economides (1999) propõe uma quarta onda: o acesso democrático à justiça através da tecnologia. Essa onda promete reduzir custos, vencer distâncias geográficas e ampliar capilaridade institucional.

Susskind (2019) defende que tribunais online podem democratizar o acesso, especialmente para litígios de pequeno valor e procedimentos de baixa complexidade. Online Dispute Resolution (ODR), processo judicial eletrônico e inteligência artificial aplicada ao direito representariam avanços irreversíveis rumo à justiça mais acessível e eficiente.

No Brasil, a informatização judicial avançou significativamente com o Processo Judicial Eletrônico (PJe). A pandemia de COVID-19 acelerou esse processo, normalizando audiências por videoconferência e peticionamento exclusivamente eletrônico. Dados do CNJ (Justiça em Números 2023) indicam que o processo eletrônico reduziu o tempo médio de tramitação processual de 5 anos e 4 meses em 2015 para 3 anos e 9 meses em 2022, representando ganho de eficiência de aproximadamente 30%.

Na Itália, o Processo Civile Telematico (PCT), tornado obrigatório pelo Decreto-Lei nº 179/2012 e consolidado pelo Decreto Ministeriale 21 febbraio 2011, n. 44, revolucionou a prática forense. Velicogna (2015) documenta que, após resistências iniciais, o sistema italiano alcançou níveis elevados de eficiência, com redução de custos para profissionais e partes, aceleração na tramitação de processos e maior transparência. A plataforma permite consulta pública de atos processuais (respeitada a privacidade), depósito telemático de petições 24 horas por dia, notificações eletrônicas instantâneas e integração com sistemas de pagamento de custas.

A experiência italiana demonstra que, com investimento adequado em capacitação de profissionais, desenvolvimento de interfaces intuitivas e manutenção de suporte técnico robusto, a digitalização judicial pode efetivamente ampliar acesso à justiça. Contudo, como alertam Katsh e Rabinovich-Einy (2017), sistemas digitais devem ser desenhados com salvaguardas procedimentais que garantam equidade, especialmente quando partes possuem assimetrias de recursos e conhecimento técnico.

5. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO DIGITAIS: REVOLUÇÃO SILENCIOSA E DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO A DIREITOS

Enquanto a digitalização judicial recebe atenção acadêmica substancial, a transformação dos serviços notariais e de registro permanece relativamente subexplorada na literatura jurídica, apesar de seu impacto potencialmente mais abrangente sobre o cotidiano dos cidadãos. Praticamente todos dependem de serviços notariais e de registro em momentos cruciais: nascimento, casamento, aquisição de imóveis, abertura de empresas, formalização de negócios jurídicos, sucessões e óbitos.

5.1. Marco normativo da digitalização notarial e registral no Brasil

No Brasil, a informatização dos registros públicos iniciou-se com a Lei nº 11.977/2009, e o marco regulatório consolidou-se com o Provimento CNJ nº 100/2020, que regulamentou integralmente o e-Notariado, permitindo a prática de atos notariais por videoconferência com assinatura digital.

Simultaneamente, desenvolveram-se plataformas integradas de informação. A Central de Informações do Registro Civil (CRC Nacional), centraliza informações de nascimentos, casamentos e óbitos de todo o país, permitindo emissão de certidões online gratuitas. Até dezembro de 2023, a CRC processou mais de 180 milhões de certidões digitais, eliminando custos e deslocamentos para milhões de brasileiros.

O sistema da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens integra informações sobre restrições patrimoniais de todos os cartórios de registro de imóveis do país, permitindo consultas instantâneas sobre bloqueios realizados.

5.2. Marco normativo da digitalização notarial e registral na Itália

Na Itália, a digitalização notarial seguiu trajetória paralela mas distinta. A Rete Unitaria del Notariato (RUN), criada pela Lei nº 246/2005, integra digitalmente os cartórios notariais italianos desde 2007, constituindo banco de dados unificado de atos notariais. O sistema permite consultas telemáticas, compartilhamento seguro de informações entre tabeliães e órgãos públicos, e geração de certificados digitais automatizados.

O Decreto Legislativo nº 110/2010 estabeleceu o "atto pubblico informatico", permitindo que escrituras públicas sejam lavradas inteiramente em formato digital com assinatura eletrônica avançada ou qualificada conforme o Regulamento eIDAS (Regulamento UE nº 910/2014). O Codice dell'Amministrazione Digitale (Decreto Legislativo nº 82/2005, constantemente atualizado) estabelece princípio geral de que documentos digitais possuem mesma validade jurídica que documentos em papel, salvo exceções expressas.

Particularmente relevante é o sistema de "firma digitale" (assinatura digital), amplamente difundido na Itália. Políticas governamentais subsidiaram certificados digitais, distribuindo dispositivos de assinatura (smart cards) gratuitamente para categorias específicas de profissionais e cidadãos.

5.3. Benefícios da digitalização notarial e registral: análise comparada

A digitalização dos serviços notariais e de registro oferece benefícios substanciais que merecem destaque, pois constituem avanços genuínos em termos de eficiência, segurança jurídica e democratização do acesso a direitos.

Tanto Brasil quanto Itália possuem territórios extensos com distribuição desigual de serviços. No Brasil, 1.293 municípios (23,2% do total) não possuem cartório de notas, concentrando-se nas regiões Norte e Nordeste. O serviço eletrônico permite que o cidadão acesse o cartório sem precisar desloca-se para outra cidade. Na Itália, embora a cobertura territorial seja mais uniforme, regiões montanhosas dos Alpes e Apeninos, ilhas menores e áreas rurais do Mezzogiorno beneficiam-se substancialmente do acesso remoto a serviços notariais.

Dados do CNJ indicam que, entre 2019 e 2023, o número de atos notariais eletrônicos no Brasil cresceu 847%, passando de 28.000 para 265.000 anualmente. Pesquisa do Colégio Notarial do Brasil revelou que 67% dos usuários de e-notariado residem a mais de 30 km do cartório utilizado, evidenciando como a digitalização amplia raio de acesso.

Procurações digitais permitem que brasileiros residentes no exterior outorguem poderes sem necessidade de consulados ou apostilamento complexo. Reconhecimento eletrônico de firmas e autenticações digitais reduzem filas e tempo de espera. Na Itália, estimativa da Fondazione Nazionale dei Commercialisti indica que a digitalização notarial reduziu tempo médio para formalização de transações imobiliárias de 45 para 12 dias, representando ganho de eficiência de 73%.

Sistemas integrados como CENSEC e RUN reduzem fraudes, duplicidades e inconsistências registrais. Antes da digitalização, múltiplas escrituras fraudulentas sobre o mesmo imóvel podiam ser lavradas em cartórios diferentes, gerando insegurança jurídica e litígios custosos. A consulta eletrônica obrigatória a bases unificadas praticamente eliminou esse problema.

Na Itália, a RUN permitiu identificação de padrões de lavagem de dinheiro através de análise de transações imobiliárias, auxiliando Guardia di Finanza em investigações sobre criminalidade organizada. No Brasil, integração entre CENSEC, Receita Federal e Ministério Público tem facilitado identificação de ocultação patrimonial, grilagem de terras e estruturas de corrupção.

Assinaturas digitais certificadas por ICP-Brasil ou firma digitale italiana oferecem níveis de segurança superiores a assinaturas manuscritas tradicionais, praticamente eliminando falsificações. Sistemas de blockchain começam a ser experimentados para registros imobiliários, criando camadas adicionais de imutabilidade e transparência.

A informatização de registros públicos facilita acesso cidadão à informação, fortalecendo accountability. Qualquer pessoa pode consultar eletronicamente matrículas imobiliárias, verificar titularidade de imóveis e identificar ônus reais, facilitando negócios jurídicos e reduzindo assimetrias informacionais. Na Itália, o portal "Catasto Online" da

Agenzia delle Entrate permite consultas públicas gratuitas a informações cadastrais, promovendo transparência sem precedentes.

A CRC Nacional brasileira democratizou acesso a certidões civis, anteriormente condicionado a custos e deslocamentos. Dados indicam que 78% das certidões emitidas pela CRC foram gratuitas, beneficiando especialmente populações de baixa renda.

A simplificação digital de registros empresariais, integrada ao sistema de Juntas Comerciais e Receita Federal, reduz burocracia para abertura de empresas. O Brasil criou a "Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios" (REDESIM), integrada aos cartórios de registro, que reduziu tempo médio de abertura de pessoas jurídicas de 107 dias em 2010 para 2 dias em 2023 (Banco Mundial, Doing Business).

Pequenos empreendedores, especialmente em periferias urbanas, beneficiam-se de procedimentos menos onerosos e demorados. A formalização empresarial é pressuposto para acesso a crédito, mercados formais e direitos trabalhistas e previdenciários, constituindo instrumento de inclusão social e desenvolvimento econômico. Na Itália, o sistema "ComUnica" (Comunicazione Unica d'Impresa) integra digitalmente obrigações de registro empresarial, previdenciárias e fiscais, permitindo abertura de empresa em procedimento único online.

Tanto Brasil quanto Itália possuem diásporas significativas. Estima-se que 4,5 milhões de brasileiros residam no exterior e 6 milhões de cidadãos italianos vivam fora da Itália. Para essas populações, serviços notariais digitais são transformadores. Brasileiros no exterior podem outorgar procurações digitalmente, vender ou comprar imóveis no Brasil, formalizar contratos e realizar atos sucessórios sem retorno físico ao país. Italianos residentes no exterior utilizam massivamente o e-notariado para gestão patrimonial e sucessória.

Aspecto frequentemente negligenciado, mas relevante, é a redução drástica no consumo de papel, transporte físico de documentos e armazenamento de arquivos. Estimativa do CNJ indica que a digitalização cartorária brasileira evitou consumo de aproximadamente 450 toneladas de papel anualmente. Na Itália, cálculo do Consiglio Nazionale del Notariato estima redução de 60% no consumo de papel desde implementação da RUN.

A pandemia de COVID-19 evidenciou importância crítica de serviços digitais. Países com infraestrutura digital mantiveram continuidade de serviços essenciais durante lockdowns, enquanto sistemas dependentes exclusivamente de atendimento presencial colapsaram. Na Itália, atos notariais eletrônicos aumentaram 340% durante 2020. No Brasil, a regulamentação emergencial do e-notariado (Provimento CNJ nº 100/2020) foi crucial para manutenção de transações econômicas essenciais.

6. INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL: FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA COMPARADA

Diante desse cenário, sustenta-se que a inclusão digital deve ser reconhecida como direito social fundamental, integrante do mínimo existencial contemporâneo. Esse reconhecimento não decorre de fetichismo tecnológico, mas da constatação empírica de que, progressivamente, direitos sociais e patrimoniais tornam-se inexigíveis sem mediação digital.

6.1. Fundamentação no ordenamento brasileiro

No ordenamento brasileiro, embora não haja previsão constitucional expressa do direito à inclusão digital, sua fundamentação sistemática é robusta. Ancora-se no princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), núcleo axiológico do sistema constitucional; no objetivo fundamental de erradicar a pobreza e reduzir desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III); nos direitos sociais do art. 6º, cuja efetividade depende crescentemente de acesso digital; e no direito fundamental à comunicação social (art. 5º, IX e XIV, art. 220).

Infraconstitucionalmente, a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) reconhece expressamente no art. 7º que "o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania". A Lei nº 14.129/2021, que institui princípios de governo digital, determina no art. 4º que acesso a serviços públicos digitais deve observar acessibilidade, usabilidade e simplicidade, vedando exclusão de qualquer parcela da população.

A justiciabilidade desse direito já encontra precedentes jurisprudenciais. O STF, no julgamento da ADPF 869, reconheceu necessidade de garantir conectividade a estudantes vulneráveis durante a pandemia como pressuposto material do direito à educação. Esse raciocínio deve estender-se ao acesso à justiça e aos serviços notariais e registrais.

6.2. Fundamentação no ordenamento italiano e europeu

Na Itália, a fundamentação normativa ancora-se no art. 3º, parágrafo 2º da Costituzione, que estabelece dever da República de remover obstáculos econômicos e sociais que impedem pleno desenvolvimento da pessoa humana. A jurisprudência da Corte Costituzionale tem interpretado esse dispositivo como fundamento para direitos sociais prestacionais que acompanham transformações sociais e tecnológicas.

O Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) estabelece no art. 3º o "diritto all'uso delle tecnologie", reconhecendo que cidadãos têm direito de utilizar tecnologias digitais nas relações com administração pública. Embora focado em relações administrativas, o princípio tem sido interpretado extensivamente pela doutrina italiana (Carloni, 2015; Donati, 2020) como abrangendo direito fundamental de não ser excluído de serviços essenciais por falta de acesso digital.

No nível europeu, a European Pillar of Social Rights (2017) estabelece no Princípio 20 que "toda pessoa tem direito a acesso atempado, de qualidade e acessível a serviços essenciais", incluindo infraestrutura digital. A Diretiva (UE) 2019/882 sobre requisitos de acessibilidade estabelece obrigações vinculantes para que serviços, incluindo bancários, comerciais e administrativos, sejam acessíveis a pessoas com deficiência, o que pressupõe inclusão digital.

6.3. Conteúdo normativo do direito à inclusão digital

O conteúdo normativo do direito à inclusão digital abrange múltiplas dimensões: acesso material (conectividade de qualidade e dispositivos adequados); literacia digital (habilidades para uso significativo de tecnologias); desenho universal (interfaces acessíveis conforme padrões WCAG); assistência digital qualificada (suporte humano para navegação em sistemas complexos); acessibilidade econômica (gratuidade ou subsídio para certificação digital para populações vulneráveis); e não-exclusividade (manutenção de canais presenciais alternativos).

La Rue (2011), como relator especial da ONU, afirmou que o acesso à internet constitui direito humano instrumental para exercício de outros direitos fundamentais. DeNardis (2014) argumenta que decisões sobre governança digital têm impacto direto sobre direitos fundamentais, exigindo regulação orientada por princípios de direitos humanos.

7. DESENHO INSTITUCIONAL PARA DIGITALIZAÇÃO INCLUSIVA: LIÇÕES COMPARADAS E PRINCÍPIOS NORTEADORES

A efetividade do direito à inclusão digital exige desenho institucional orientado por princípios normativos claros. A análise comparada Brasil-Itália oferece lições valiosas sobre políticas efetivas e desafios persistentes.

Princípio da acessibilidade universal: exige conformidade com padrões internacionais (WCAG 2.1 AA), interfaces em linguagem simples e compatibilidade com tecnologias assistivas. A Itália adotou a Legge Stanca (Lei nº 4/2004), estabelecendo obrigações estritas de acessibilidade digital para todos os serviços públicos, com fiscalização pela Agenzia per l'Italia Digitale (AgID). O Brasil possui legislação similar (Decreto nº 5.296/2004, Lei nº 13.146/2015), mas fiscalização é menos efetiva.

Princípio da subsidiariedade digital: o meio digital deve ser subsidiário, não exclusivo. Serviços essenciais devem manter canais presenciais ou híbridos. Lessig (2006) demonstra que arquitetura tecnológica é forma de regulação: decisões de design determinam quem pode acessar serviços. A Itália mantém robusta rede de "sportelli di facilitazione digitale" (balcões de facilitação digital) em prefeituras e bibliotecas, onde funcionários auxiliam cidadãos no

acesso a serviços digitais. O Brasil tem iniciativas fragmentadas, carecendo de política nacional articulada.

Princípio da assistência digital qualificada: defensorias públicas, centros de assistência social, bibliotecas e cartórios devem funcionar como pontos de apoio tecnológico. Citron (2008) argumenta que devido processo legal digital exige acesso assistido quando sistemas afetam direitos individuais. Na Itália, o programa "Facilitatori Digitali" capacita voluntários para auxiliar idosos e populações vulneráveis. No Brasil, o programa "Internet para Todos" do governo federal busca ampliar conectividade, mas componente de capacitação é insuficiente.

Princípio da transparência algorítmica: sistemas automatizados devem ser auditáveis e explicáveis. Pasquale (2015) denuncia "caixa-preta" de algoritmos que decidem sobre direitos. A regulação europeia avança nessa direção: o AI Act (Regulamento UE 2024/1689) estabelece obrigações rigorosas de transparência para sistemas de IA de alto risco, incluindo aqueles utilizados em administração pública e justiça.

Princípio da universalização da certificação digital: a Itália demonstra viabilidade de políticas de certificação digital subsidiada ou gratuita. O Brasil poderia expandir o programa de Identidade Civil Nacional (ICN), prevista pelo Decreto nº 10.977/2022, incluindo certificação digital gratuita para beneficiários do Cadastro Único.

Lições da experiência italiana: investimento massivo em capacitação de profissionais foi crucial para sucesso do PCT e da RUN. Programas de formação obrigatória para advogados, notários e funcionários judiciais facilitaram transição. Adicionalmente, interfaces foram desenvolvidas com participação de usuários finais, não apenas técnicos, resultando em usabilidade superior. Fiscalização efetiva de padrões de acessibilidade pela AgID garante cumprimento de obrigações.

Desafios persistentes: mesmo na Itália, exclusão digital de idosos permanece desafio significativo. Políticas de alfabetização digital para terceira idade têm sido insuficientes. No Brasil, desigualdades estruturais amplificam desafios: infraestrutura deficiente em vastas áreas rurais, desigualdade educacional que dificulta alfabetização digital, e recursos limitados de defensorias públicas comprometem assistência qualificada.

8. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA INCLUSÃO DIGITAL E ACESSO À JUSTIÇA: RECOMENDAÇÕES BASEADAS EM EVIDÊNCIAS

Com base na análise comparada, propõem-se recomendações específicas de políticas públicas:

(1) Programa Nacional de Conectividade Social: garantir acesso gratuito ou subsidiado à internet banda larga (mínimo 10 Mbps) para famílias de baixa renda, mediante integração com Cadastro Único. A Itália adotou política similar através do "Piano Voucher",

subsidiando conectividade para famílias de baixa renda, resultando em aumento de 18% no acesso em dois anos.

(2) Universalização da certificação digital: ofertar certificados ICP-Brasil gratuitos para beneficiários do Cadastro Único, idosos e pessoas com deficiência. Modelo italiano de "firma digitale" gratuita para categorias específicas demonstra viabilidade.

(3) Programa Nacional de Literacia Digital: investimento em capacitação, com foco em idosos, população rural e grupos vulneráveis. Experiência italiana do "Progetto Repubblica Digitale" oferece modelo: parcerias público-privadas, capacitação por voluntários certificados, materiais didáticos específicos para diferentes públicos.

(4) Regulação de Acessibilidade Digital: fortalecer fiscalização de padrões WCAG, com penalidades efetivas para descumprimento. Criar ouvidoria especializada para denúncias de exclusão digital.

(5) Manutenção obrigatória de canais presenciais: legislação estabelecendo que serviços públicos essenciais, incluindo notariais e registrais, devem manter obrigatoriamente atendimento presencial como alternativa ao digital.

(6) Investimento em infraestrutura: expandir banda larga em áreas rurais e periféricas. Programa italiano "Banda Ultralarga" conseguiu conectar 99% dos municípios entre 2015 e 2023 através de parceria público-privada com metas obrigatórias.

(7) Pesquisa e monitoramento: criar observatório nacional de inclusão digital e acesso à justiça, produzindo dados periódicos sobre barreiras e avanços, permitindo correção de rumos.

(8) Cooperação internacional: Brasil e Itália poderiam estabelecer acordo de cooperação técnica para compartilhamento de experiências em digitalização notarial, capacitação recíproca de profissionais e desenvolvimento de padrões comuns de interoperabilidade para facilitar transações transnacionais.

9. CONCLUSÕES

O século XXI exige que repensemos não apenas procedimentos, mas os próprios pressupostos materiais da cidadania em sociedades crescentemente mediadas por tecnologias. A digitalização não é finalidade em si mesma, mas meio para efetivação de direitos fundamentais. Seu sucesso será medido não pela sofisticação tecnológica dos sistemas, mas por sua capacidade de incluir, empoderar e ampliar oportunidades para os mais vulneráveis.

A justiça digital verdadeiramente democrática será aquela que não deixa ninguém para trás. Que reconhece tecnologia como instrumento de emancipação, não de exclusão. Que investe tanto em fibra óptica quanto em capacitação humana. Que desenvolve interfaces

intuitivas pensando em idosos analfabetos digitais, não apenas em profissionais especializados. Que mantém portas abertas em cartórios e tribunais para quem não pode ou não consegue acessar plataformas digitais. Que fiscaliza rigorosamente acessibilidade e penaliza discriminações. Que mede sucesso não por quantidade de atos digitalizados, mas por ampliação real de acesso para populações historicamente marginalizadas.

Brasil e Itália, com suas experiências robustas de digitalização notarial e judicial, possuem oportunidade histórica de liderar construção de modelo que equilibre eficiência tecnológica com justiça social. Os avanços alcançados — CRC Nacional, CENSEC, e-Notariado no Brasil; RUN, PCT, firma digitale na Itália — demonstram capacidade institucional e inovação. O desafio agora é garantir que esses avanços beneficiem todos, não apenas os já incluídos. Que a revolução digital seja também revolução democratizante. Que a justiça do século XXI seja, efetivamente, justiça para todos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CITRON, Danielle Keats. Technological Due Process. Washington University Law Review, v. 85, n. 6, p. 1249-1313, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2023. Brasília: CNJ, 2023.

CRAWFORD, Kate. Atlas of AI: power, politics, and the planetary costs of artificial intelligence. New Haven: Yale University Press, 2021.

DENARDIS, Laura. The Global War for Internet Governance. New Haven: Yale University Press, 2014.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce et al. (org.). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 61-76.

EUBANKS, Virginia. Automating Inequality: how high-tech tools profile, police, and punish the poor. New York: St. Martin's Press, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FINEMAN, Martha Albertson. The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. Yale Journal of Law and Feminism, v. 20, n. 1, p. 1-23, 2008.

FREDMAN, Sandra. Human Rights Transformed: positive rights and positive duties. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. Digital Justice: technology and the internet of disputes. Oxford: Oxford University Press, 2017.

LA RUE, Frank. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. UN Doc. A/HRC/17/27. Geneva: United Nations Human Rights Council, 2011.

LESSIG, Lawrence. Code: version 2.0. New York: Basic Books, 2006.

NOBLE, Safiya Umoja. Algorithms of Oppression: how search engines reinforce racism. New York: NYU Press, 2018.

PASQUALE, Frank. The Black Box Society: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. Texas Law Review, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição brasileira. Revista da AGU, v. 20, n. 3, p. 19-58, 2021.

SUSSKIND, Richard. Online Courts and the Future of Justice. Oxford: Oxford University Press, 2019.

VAN DIJK, Jan A. G. M. The Digital Divide. Cambridge: Polity Press, 2020.

VELICOGNA, Marco. Electronic Access to Justice: From Theory to Practice and Back. Droit et Cultures, n. 69, p. 113-142, 2015.

WING, Leah. Mediation and Inequality Reconsidered: Bringing the Discussion to the Table. Conflict Resolution Quarterly, v. 26, n. 4, p. 383-404, 2016.

O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA NATUREZA NA OPINIÃO CONSULTIVA 32/25 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Amina Welten Guerra[1]

UFMG

Lucas Vieira Rodrigues[2]

PUC-GOIÁS

DOI: https://doi.org/10.62140/AGLR732300579

Resumo: O texto busca discorrer a respeito do reconhecimento da natureza como sujeito de direitos por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua Opinião Consultiva n.32/25. Analisam-se uma série de outros instrumentos jurídicos, normativos e jurisprudenciais a nível latino-americano que vieram paulatinamente criando a conscientização pela necessidade deste reconhecimento.

Tal desenvolvimento no âmbito do direito internacional implicaria em profundas transformações da prática jurídica do mesmo modo que o reconhecimento do indivíduo como sujeito do direito internacional no século XX implicou.

A metodologia é a jurídico-descritiva com uso de dados secundários oriundos de normativa municipal, regional e nacional bem como de jurisprudência.

Palavras-chave: Opinião Consultiva Corte Interamericana - Natureza como sujeito de direitos - Perspectiva decolonial do direito internacional.

Abstract: This text aims to discuss the recognition of nature as a subject of rights by the Inter-American Court of Human Rights in its Advisory Opinion No. 32/25. It analyzes a series of other legal, normative, and jurisprudential instruments at the Latin American level that have gradually created awareness of the need for this recognition.

---

[1] Doutora *cum laude* em direito internacional. Professora substituta de direito internacional da UFMG entre 2023-2025. Conselheira da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Presidente da Comissão de Relações Internacionais da OAB/MG (2025-2027).

[2] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2015), com intercâmbio na Universidade de Coimbra (2014–2015). Especialista em Direito Constitucional pelo IDP (2017) e em Direito Internacional pelo CEDIN (2022). Alumni do Winter Courses na The Hague Academy of International Law (2020–2021). Professor de Direito Internacional no Instituto Diplomacia (desde 2019) e Assessor de Relações Internacionais do Estado de Goiás (desde 2025).

Such development in the field of international law would imply profound transformations in legal practice, just as the recognition of the individual as a subject of international law did in the 20th century.

The methodology is descriptive-legal, using secondary data from municipal, regional, and national regulations, as well as jurisprudence.

Keywords: Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights - Nature as a Subject of Rights - Decolonial Perspective on International Law.

INTRODUÇÃO

O direito internacional tem origem eurocêntrica e se desenvolve, em especial medida, a partir do nascimento do Estado-Nação.

Por essa razão é comum sustentar que os demais continentes e territórios do mundo se limitaram a assimilar aquelas práticas e costumes já reconhecidos no velho mundo.

Estudos pós-modernos, contudo, indicam como o chamado 'terceiro mundo' resistiu e por vezes incidiu nas categorias e desenvolvimentos do direito internacional pós-segunda guerra mundial e pós-colonização.

A temática indígena é, pois, central neste aspecto. A título exemplificativo, a Convenção da Organização Internacional do Trabalho número 169 adotada em 1989 reconhece que os povos indígenas, possuem direito ao reconhecimento do próprio direito consuetudinário.

Essa mudança de paradigma é emblemática ao constatar um direito indígena não mais meramente assimilacionista. Entende-se que há, naquele documento, a superação de um integracionismo forçado tipicamente moderno ligado ao desenvolvimento do direito internacional.[3]

Tal aspecto é relevante na medida em que a Opinião Consultiva 32/25 da Corte Interamericana propõe, ao reconhecer a natureza como sujeito de direito, uma perspectiva também, decolonial e evolutiva do direito internacional a partir de uma influência das jurisdições e paradigmas indígenas em detrimento ao modelo monocultural do Estado-Nação.

[3] FAJARDO. R.Z.Y. pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista, p. 40, 2015. *In:* **Aprender desde o sul: Novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade.** (coord) César Augusto Baldi. 1a edição, Editora Fórum.

Assim, o presente artigo busca discutir a avaliação da Corte Interamericana quanto à necessidade do reconhecimento da natureza como sujeito autônomo de direito bem como os *inputs* de que ela se utiliza para tal afirmação e que parte de um conjunto de práticas e legislações de nível municipal, regional e nacional.

Da mesma forma que o reconhecimento do indivíduo como sujeito do direito internacional no século XX rompe com um paradigma estadocêntrico do direito internacional permitindo uma série de desenvolvimentos das técnicas e práticas da disciplina internacionalista, não há dúvida que o reconhecimento da natureza como sujeito de direito, também, proporcionaria grandes mudanças e desenvolvimentos na disciplina.

A metodologia utilizada é a jurídico-descritiva com utilização de fontes secundárias como textos e legislações municipais, estaduais e regionais.

DESENVOLVIMENTO

A Opinião Consultiva da Corte Interamericana número 32 de 2025 vem em resposta ao pleito formulado por Chile e Colômbia, quanto a, *inter alia*, responsabilidade dos Estados pelas mudanças climáticas.

Dentre os vários aspectos explorados, este artigo ocupar-se-á do reconhecimento que a Corte dá à Natureza como sujeito coletivo de interesse público. O órgão entende que é apenas a partir deste reconhecimento que será efetivamente possível proteger as condições ecológicas essenciais à vida. Tal reconhecimento, ainda, superaria a visão herdada de que a Natureza seja meramente objeto de propriedade ou um "recurso explorável"[4].

Esse desenvolvimento interpretativo coaduna-se com o artigo 29 da Convenção Americana, no qual a interpretação dos direitos protegidos pelo sistema interamericano deve guiar-se por uma perspectiva evolutiva "em consonância com o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos".[5]

Não foi a Corte a primeira a valer-se desta justificativa para aportar uma visão mais expandida da Convenção.

[4] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 32/25, parágrafo 280. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/pt_br/vid/1084981967 Acesso em 24/2/2026.
[5] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 32/25, parágrafo 282. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/pt_br/vid/1084981967 Acesso em 24/2/2026.

Nessa esteira, cita-se a Sentença T-622 de 2016, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, que consubstancia-se como um dos marcos axiológicos mais profundos do denominado "Novo Constitucionalismo Latino-Americano", irradiando implicações sistêmicas que desafiam as estruturas clássicas do Direito Internacional contemporâneo.

Ao analisar o referido julgado sob a lente da proteção internacional, percebe-se, primordialmente, uma ruptura paradigmática representada pela transição do antropocentrismo clássico para um ecocentrismo jurídico emergente.

Historicamente, a tutela ambiental no plano internacional operou de forma reflexa ou parasitária, onde a proteção da biosfera justificava-se apenas na medida em que sua degradação representasse um óbice à saúde ou à higidez da vida humana.

A decisão colombiana rompe, todavia, com essa barreira epistemológica ao reconhecer o Rio Atrato como um verdadeiro sujeito de direitos, dotado de personalidade jurídica própria.

Esse entendimento estabelece um diálogo direto e evolutivo com a anterior Opinião Consultiva 23/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual já havia assentado a autonomia do direito ao meio ambiente sadio. A inovação da Corte Constitucional colombiana, no entanto, vai além, ao personificar a natureza e exigir que o Estado a proteja não por sua utilidade ao homem, mas por sua dignidade ontológica e existência intrínseca.[6]

A sentença colombiana representa um marco nesse avanço interpretativo, pois consolida o conceito de direitos bioculturais, ponto de intersecção que talvez represente o aspecto mais vanguardista para o Direito Internacional das populações vulneráveis.

A Corte abdica da separação estanque entre a proteção da biodiversidade e a salvaguarda da diversidade cultural, fundamentando seu arcabouço na simbiose entre o Convenção 169 da OIT e a jurisprudência consolidada da Corte IDH, notadamente o precedente *Saramaka v. Suriname*.

Para os povos indígenas e as comunidades afrodescendentes do Chocó, no caso concreto, o Rio Atrato exorbita a classificação de simples recurso hídrico, constituindo-se como o eixo gravitacional de sua cosmologia, espiritualidade e subsistência. Ao reconhecer

[6] COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-622 de 2016**. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, 2016. A decisão reconhece o Rio Atrato como sujeito de direitos, fundamentando-se em uma perspectiva ecocêntrica que concebe a natureza como um autêntico titular de direitos, respaldando cosmovisões plurais e alternativas que superam a visão puramente instrumental e antropocêntrica do meio ambiente.

os direitos bioculturais, o julgado impõe ao Estado colombiano a obrigação positiva de garantir que a conservação ambiental respeite a autodeterminação e as formas de vida tradicionais, unificando o direito ambiental e o direito dos povos tradicionais em um amálgama jurídico indissociável e protetivo[7].

Assim, a sentença T-622/16 não se limita a uma decisão doméstica, mas atua como uma fonte viva de interpretação evolutiva para o Sistema Interamericano, demonstrando que a eficácia dos direitos humanos no século XXI pressupõe a superação definitiva da dicotomia entre "Homem" e "Natureza". O Rio Atrato, portanto, deixa de ser um mero objeto geográfico para se investir da qualidade de ator jurídico, cujos direitos de proteção e restauração passam a ser parâmetros cogentes de validade da conduta estatal perante a ordem jurídica internacional.

É nesse sentido, que a Corte Interamericana[8] sublinha que:

> "os Estados não apenas devem se abster de adotar condutas que causem danos ambientais significativos, mas têm a obrigação positiva de tomar medidas para garantir a proteção, restauração e regeneração dos ecossistemas"

Esse paradigma andino na verdade, reflete uma concepção holística da vida onde o indivíduo sozinho não é nada se não se encontra dentro de uma rede de múltiplas relações.[9]

A Corte Suprema de Justiça da Colômbia, com a sentença STC4360-2018, avança no paradigma estabelecido no Caso Atrato, projetando-se como um *leading case* global no que tange à justiça climática e aos direitos das gerações futuras.

Nesse caso, reconhece-se a Amazônia Colombiana como sujeito de direitos, mas estabelece-se uma conexão indissociável entre a integridade ecológica de biomas transfronteiriços e a preservação do sistema climático global.

---

[7] A sentença enfrenta a problemática da mineração ilegal e do uso indiscriminado de mercúrio sob a ótica da proteção internacional, elevando o Princípio da Precaução, previsto na Declaração do Rio de 1992, ao patamar de uma obrigação fundamental de direitos humanos. Sob a perspectiva do Direito Internacional Público, a fundamentação judicial sugere que a degradação de biomas ecossistemicamente essenciais, como a bacia do Atrato e a Amazônia, não configura meramente um ilícito administrativo interno, mas uma potencial violação de obrigações *erga omnes*. Dada a interconexão climática global e a essencialidade desses biomas para o equilíbrio do planeta, a tutela dessas entidades geográficas passa a ser de interesse de toda a comunidade internacional, configurando uma responsabilidade coletiva perante a humanidade.

[8] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 32/25, parágrafo 283.. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/pt_br/vid/1084981967 Acesso em 24/2/2026.

[9] ESTERMAN. J. Filosofia Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina. Abya Yala, Quito-Ecuardor, 1998.

A decisão afasta-se, portanto, de uma visão puramente local para adotar uma perspectiva do constitucionalismo global, onde o dever de proteção do Estado não se esgota nas fronteiras nacionais, mas fundamenta-se na função ecológica que a floresta exerce para a manutenção da vida em escala planetária.

Um dos pilares fundamentais dessa sentença reside na materialização do princípio da solidariedade intergeracional, transformando-o de uma diretriz ética abstrata em uma obrigação jurídica concreta e exigível.

Ao acolher a ação de tutela movida por 25 crianças e jovens, a Corte Suprema colombiana reconhece que o "sujeito de direitos" protegido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos deve abranger aqueles que ainda não nasceram, mas que herdarão as consequências das omissões estatais contemporâneas.

Esse entendimento dialoga, outrossim, com a interpretação evolutiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos como já tem acenado, ao sugerir que o direito à vida e à integridade pessoal (Artigos 4 e 5 da CADH) exige a manutenção das condições climáticas mínimas para a existência futura. Assim, a omissão estatal no controle do desmatamento transforma-se em uma violação antecipada de direitos humanos, fundamentando o que a doutrina contemporânea denomina de "equidade intergeracional".

Ademais, a sentença inova ao vincular o descumprimento de compromissos internacionais voluntários, como o Acordo de Paris de 2015, à violação de direitos fundamentais internos.

A Corte colombiana utiliza os compromissos de redução de emissões e controle do desmatamento como parâmetros de legalidade da conduta do Executivo, elevando as metas climáticas internacionais ao patamar de obrigações de resultado no âmbito doméstico.

Sob a perspectiva do Direito Internacional Público, essa abordagem reforça a tese de que a proteção da Amazônia constitui uma obrigação *erga omnes* e um interesse comum da humanidade. A decisão, ao determinar a criação do "Pacto Intergeracional pela Vida da Amazônia Colombiana" (PIVAC), impõe uma estrutura de governança que exige a cooperação entre diferentes níveis de governo e a sociedade civil, alinhando-se aos deveres de consulta e participação previstos no Acordo de Escazú, bem como na Convenção 169 da OIT.

Para o Direito Internacional, esse julgado doméstico pode ser lido como uma bússola interpretativa para a OP 32/2025 da Corte IDH, ao demonstrar que a resposta à emergência

climática exige que os tribunais superem o formalismo jurídico clássico em favor de uma tutela preventiva e verdadeiramente sistêmica.

Em última análise, a Amazônia deixa de ser tratada como um repositório de recursos naturais para ser reconhecida como um ente vital cujos direitos de regeneração são agora condição *sine qua non* para a própria viabilidade do projeto humano na Terra.

O Equador, também, outro país que se insere nesta perspectiva andina de tutela de direitos traz aportes relevantes na temática, ao se analisar, por exemplo, a sentença 22-18-IN/21, da Corte Constitucional do Equador.

Tal julgado representa o ápice da sofisticação dogmática no que concerne à aplicabilidade prática dos direitos da natureza.

Enquanto as decisões colombianas abriram caminhos jurisprudenciais, o julgado equatoriano, sob a relatoria do Juiz Ramiro Ávila Santamaría, atua como uma lente de alta precisão que disseca a densidade normativa da *Pacha Mama*, retirando-a definitivamente do campo das declarações retóricas para inseri-la no centro do controle de constitucionalidade.

Ao analisarmos esse caso à luz do Direito Internacional, percebe-se que a Corte não apenas reafirma a personalidade jurídica da natureza, mas estabelece critérios rigorosos de interpretação que informam diretamente o dever de cuidado estatal e as obrigações de proteção em biomas ultra-sensíveis, como os manguezais.

Um dos pilares fundamentais da decisão reside no esclarecimento de que os direitos da natureza possuem uma dimensão de autonomia substantiva, não se confundindo com o direito humano meramente a um meio ambiente sadio. Sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, essa distinção é crucial: enquanto o direito ambiental clássico foca na reparação do dano ao homem, a Sentença 22-18-IN foca na integridade intrínseca do ecossistema.

A Corte estabelece que qualquer norma, como o Código Orgânico do Ambiente objeto de questionamento nesse caso, que permita atividades de infraestrutura ou monocultivos em áreas protegidas deve ser submetida a um escrutínio de proporcionalidade e de custos de oportunidade muito mais rigorosos. Esse entendimento eleva o patamar de proteção e dialoga com o Princípio do Não Retrocesso no Direito Internacional, sugerindo que, uma vez reconhecido um nível de proteção à Natureza, o Estado não pode promulgar leis que frustrem essa salvaguarda sob justificativas meramente econômicas.

Ademais, a sentença aprofunda a interconexão entre os direitos da natureza e os direitos de participação, especificamente no que tange à Consulta Prévia, Livre e Informada.

Ao enfrentar a constitucionalidade das normas de participação ambiental, a Corte equatoriana alinha-se de forma estrita ao Convênio 169 da OIT e à jurisprudência da Corte IDH, mas com um diferencial: a consulta não é apenas um direito dos povos, mas um mecanismo de defesa da própria Natureza.

A decisão reforça que a ausência de uma consulta adequada macula não apenas a soberania das comunidades, mas a legalidade da intervenção sobre a *Pacha Mama*.

A Corte estabelece, ainda, uma orientação interpretativa "*in dubio pro Natura*" onde diante da dúvida sobre o impacto de monocultivos ou infraestruturas em áreas de mangue, a decisão deve sempre pender para a proteção do ciclo vital da natureza.[10]

Esse julgado fornece o substrato teórico para que a OP 32/2025 da Corte IDH possa definir as obrigações estatais não apenas como deveres de "meios", mas como deveres de "resultado" na preservação da biodiversidade. Em última análise, a sentença equatoriana consolida a ideia de que a Constituição não é apenas um contrato entre humanos, mas um pacto de coexistência entre a humanidade e o sistema vivo que a sustenta, transformando a preservação ambiental em uma norma de ordem pública internacional e imperativa.

Esse paradigma andino "implica una correlación mutua y bidireccional entre dos elementos"[11]. Isso significa que a Natureza (a Pachamama) "requiere de los seres que la habitan y los seres no poderían vivir sin la naturaleza".

Assim, nota-se, que em grande medida a Corte Interamericana faz refletir em sua posição um entendimento que já vinha se consolidando a nível regional o que demonstra a capilaridade que os instrumentos normativos domésticos e regionais podem ter a nível internacional.

Ao longo da Opinião Consultiva, a Corte menciona os reflexos desse entendimento também a nível internacional, como quando cita a Carta Mundial da Natureza de 1982, a

[10] EQUADOR. Corte Constitucional. **Sentencia nº 22-18-IN/21**. Juez Ponente: Ramiro Ávila Santamaría. Quito, 8 de setembro de 2021, p. 45, itens 20 e 21. A Corte discorre sobre a aplicação do instituto *in dubio pro Natura* e a razão de prevalecer a interpretação que garanta a integridade, manutenção e regeneração dos ciclos vitais da natureza, tratando-a como sujeito de direitos hipossuficiente.

[11] SANTAMARÍA. R.A. La utopia andina, p. 159-160. I*n:* **Aprender desde o sul: Novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade.** (coord) César Augusto Baldi. 1a edição, Editora Fórum.

Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992 ou mesmo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar relativo à Conservação e Uso Sustentável da Diversidade Biológica Marinha em Áreas Situadas Fora da Jurisdição Nacional.

Em outras palavras, existe uma tendência crescente de reconhecimento da Natureza como sujeito de direitos tanto a nível normativo quanto jurisprudencial.

No Brasil, também, observou-se tal entendimento, como no caso do Recurso Especial nº 1.797.175/SP, relatado pelo Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e que representou um divisor de águas na hermenêutica jus-ambiental brasileira, ao operar o que a doutrina contemporânea denomina de "ecologização" do princípio da dignidade da pessoa humana.

O julgado sob o prisma do Direito Internacional e das obrigações climáticas que fundamentam a OP 32/2025, faz notar que o tribunal brasileiro não apenas aplicou a legislação doméstica, mas absorveu a "dimensão ecológica" da dignidade humana, reconhecendo que a integridade da vida humana é ontologicamente dependente da integridade dos sistemas naturais.

Um dos pilares centrais da decisão reside na superação do antropocentrismo estrito em favor de um antropocentrismo alargado ou mitigado, que reconhece o valor intrínseco da fauna e da flora.

No caso em tela, discutia-se a guarda de um animal silvestre (um papagaio), e o STJ fundamentou que a proteção ambiental não deveria ser vista como um fim em si mesmo ou apenas como um recurso econômico, mas como um direito fundamental coletivo e intergeracional.

Sob a ótica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, esse entendimento converge com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que o ambiente é um "pré-requisito" para o exercício de todos os demais direitos.

O voto do relator destaca com evidências que a dignidade da pessoa humana não se encerra no indivíduo isolado, mas projeta-se na qualidade do meio ambiente que o circunda, estabelecendo um nexo de interdependência vital entre a sobrevivência da espécie humana e a preservação da biodiversidade.

A decisão sugere que a integridade ecológica é um bem jurídico autônomo e transindividual, cuja lesão gera um dano que extrapola o plano material e atinge a dimensão moral coletiva da sociedade.

O REsp 1.797.175/SP revela-se como um instrumento de vanguarda que antecipa a necessária resposta judicial à emergência climática global. Ao reconhecer que a natureza possui uma "dignidade própria" que o Direito deve tutelar, o STJ prepara o terreno para que o sistema jurídico brasileiro dialogue com o constitucionalismo ecológico de países vizinhos como Colômbia e Equador, além de conformar-se às obrigações internacionais de natureza ambiental assumidas multilateralmente pelo Estado brasileiro.

Para o Direito Internacional, esse julgado serve como evidência de que a proteção de espécies e ecossistemas não é uma questão de mera política administrativa, mas uma exigência de justiça intergeracional e de sobrevivência planetária. Em última análise, o tribunal brasileiro sinalizou que o Direito do século XXI não pode mais ignorar que a humanidade é uma parte indissociável da biosfera, e que a proteção do "outro não-humano"[12] ou até mesmo do "outro não-vivo"[13] é, em última instância, a salvaguarda da nossa própria dignidade.

Outras inovações brasileiras podem ser notadas, em âmbito municipal, como no caso da lei número 387 de 13 de junho de 2024 do Município de Goiás.

Houve nesse ato o reconhecimento do Rio Vermelho como um sujeito de direito dotado de personalidade jurídica própria, foram reconhecidos os direitos intrínsecos do Rio Vermelho como um "ente vivo e sujeito de direitos"[14].

O Artigo 1º da norma estabelece uma fundamentação sistêmica que transcende a visão utilitarista de recurso hídrico para adotar uma perspectiva interconectada, na qual o rio, os seres vivos que nele habitam e a própria comunidade humana são entendidos como partes de um sistema interdependente.

---

[12] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006. O autor propõe uma "ecologia de saberes" que reconheça a alteridade e a subjetividade de seres não humanos na construção de uma justiça global e intercultural.

[13] POVINELLI, Elizabeth A. **Geontologies**: A Requiem to Late Liberalism. Durham: Duke University Press, 2016. A autora introduz o conceito de "outro não-vivo" (*non-living other*) para analisar como a distinção ocidental entre "vida" e "não-vida" (geontologia) opera como uma forma de poder. A expressão abarca entes que a ciência clássica considera inertes como rios, rochas e ciclos climáticos, mas que em diversas cosmovisões possuem agência e direitos.

[14] BRASIL. Município de Goiás/GO. **Lei nº 387/2024**. Art. 1º. A norma inova ao declarar o Rio Vermelho como sujeito de direitos e "ente vivo", assegurando-lhe direitos intrínsecos à existência, manutenção e regeneração de seus ciclos vitais.

Assim, diferente de modelos que isolam o meio ambiente em uma redoma intocável, o texto legal opera uma síntese entre a proteção biológica e a dignidade humana, ao incluir expressamente os seres humanos como componentes integrantes deste ecossistema.

Tal redação dialoga diretamente com a dimensão ecológica da dignidade humana, já ensaiada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.797.175/SP, ao reafirmar que o direito à vida humana é ontologicamente indissociável da higidez do sistema ecológico.

É função da tutela que cabe ao Estado estabelecer os deveres específicos de preservação, restauração e proteção contra a poluição. No Artigo 8º da legislação, redefine-se o conceito de poluição, afastando-se da visão estritamente sanitária para adotar um critério de proteção da biodiversidade em si.

A poluição será classificada como toda matéria que torne as águas "danosas à fauna e à flora" (Inciso III) ou "inconvenientes ao bem-estar público" (Inciso II), neste sentido, a lei instituiu uma responsabilidade estatal de resultado, alinhando-se aos compromissos internacionais de proteção da biodiversidade e de combate à emergência climática. Essa fundamentação reforça o cumprimento do Princípio da Prevenção e do Princípio da Precaução, uma vez que impõe ao Poder Executivo, via Artigo 9º, uma atividade fiscalizadora e repressiva permanente, inclusive sobre poluições com origem fora do território municipal, o que evoca a lógica das obrigações transfronteiriças de proteção ambiental no Direito Internacional Público.

A experiência de Goiás, somada a precedentes como o do Rio Laje em Guajará-Mirim e as Ondas da Foz do Rio Doce em Linhares, demonstra que o Brasil está construindo um robusto Constitucionalismo Ecológico. Com a legislação goiana, prova-se que a atribuição de direitos à natureza pode e deve ocorrer de "baixo para cima". Essas leis municipais servem agora de substrato fático-jurídico para a Corte Interamericana ao evidenciar que o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos já é uma realidade normativa capilarizada na América Latina, a qual deve ser harmonizada pelo Direito Internacional para enfrentar os desafios prementes da emergência climática contemporânea.

Sempre em âmbito brasileiro, a Lei nº 4.225, de 08 de agosto de 2024, do Município de Linhares, representou também, um dos desdobramentos mais específicos e inovadores do reconhecimento da natureza como sujeito de direitos no Brasil, ao conferir personalidade jurídica não a um bioma inteiro, mas a um fenômeno geofísico e ecológico particular: as Ondas da Foz do Rio Doce.

No contexto do Direito Internacional e das obrigações discutidas na OP 32/2025 da Corte IDH, esta norma materializa a proteção de elementos naturais singulares que possuem valor intrínseco, ecológico e cultural, estabelecendo um novo padrão de tutela para sistemas hidrodinâmicos.

Um dos pilares fundamentais dessa lei reside no reconhecimento das ondas como um "ente especialmente protegido", focando na preservação dos "processos e ciclos ecológicos responsáveis por manter o equilíbrio do ecossistema" (Artigo 1º). Juridicamente, a norma inova ao proteger a "identidade das Ondas", caracterizada pela sua formação "longa e tubular" na praia de Regência.

Sob a ótica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, essa proteção conecta-se ao direito à cultura e ao lazer, mas fundamenta-se, sobretudo, na integridade do sistema interconectado ao qual as ondas pertencem, incluindo os corpos d'água e os seres vivos que nelas interagem (Art. 1º, parágrafo único). Tal abordagem reforça a tese de que a natureza deve ser protegida na sua especificidade funcional, e não apenas como um cenário estático.

A Lei nº 4.225/2024 instrumentaliza o dever de proteção através de obrigações positivas de monitoramento e transparência. O Artigo 3º da norma estabelece a obrigatoriedade da publicação de um relatório anual sobre a "Saúde e Estado das Ondas", que deve avaliar a qualidade da água, o fluxo de sedimentos e a integridade da quebra das ondas.

No plano do Direito Internacional Público, esta exigência alinha-se aos deveres de monitoramento ambiental e ao Princípio da Prevenção, garantindo que qualquer intervenção humana na Foz do Rio Doce, área historicamente impactada por desastres de mineração seja precedida de dados técnicos que salvaguardem o direito das ondas de manterem a sua existência e dinâmica natural.

Outra legislação interessante de se mencionar é a lei nº 2.579, de 28 de junho de 2023, do Município de Guajará-Mirim, a qual representa, talvez, o exemplo mais emblemático de interculturalidade jurídica no cenário brasileiro, ao elevar o Rio Laje, denominado em língua tradicional como *Komi Memen*, ao *status* de sujeito de direitos.

No âmbito do Direito Internacional e das discussões latentes na OP 32/2025 da Corte IDH, esta norma é fundamental pois não apenas protege um ecossistema, mas reconhece a dimensão espiritual e ancestral que une os povos indígenas ao território, consolidando o conceito de direitos bioculturais.

Um dos pilares estruturantes desta lei reside no seu Artigo 1º, que reconhece os direitos intrínsecos do Rio Laje como "ente vivo e sujeito de direitos", garantindo-lhe o direito de manter sua integridade, de fluir livremente e de ser restaurado. A fundamentação jurídica é densa: a lei justifica essa personalidade baseando-se na "interdependência" entre o rio e os seres humanos, especialmente o povo Wari'.

Sob a ótica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tal dispositivo materializa o Convênio 169 da OIT, ao internalizar a visão de mundo indígena no ordenamento positivo municipal, tratando a natureza não como um objeto de exploração, mas como um membro da comunidade de vida cuja saúde é condição *sine qua non* para a segurança alimentar e cultural da população local.

Ademais, a Lei nº 2.579/2023 inova institucionalmente ao criar, no seu Artigo 4º, o Comitê Guardião do Rio Laje. Esta estrutura de governança é um exemplo prático do que a Corte Interamericana denomina "reparação transformadora" e "proteção diferenciada". A composição do Comitê é rigorosamente plural e representativa, incluindo membros da organização Oro Wari, mulheres artesãs indígenas, pescadores e acadêmicos da Universidade Federal de Rondônia (§1º do Art. 4º).

A lei também estabelece obrigações de transparência e monitoramento técnico rigoroso. O §2º do Artigo 4º impõe a elaboração de relatórios anuais sobre a "saúde e estado do Rio", os quais devem ser discutidos em audiências públicas na Câmara Municipal (§3º). Essa fundamentação reforça o Princípio da Prevenção, transformando a vigilância ambiental em uma obrigação compartilhada entre o Estado e os guardiões sociais do rio.

Portanto, a convergência entre a Lei do Rio Vermelho (Goiás), a Lei das Ondas (Linhares) e a Lei do Rio Laje (Guajará-Mirim) revela que o Brasil está na vanguarda de um "Constitucionalismo Ecológico". Enquanto a jurisprudência do STJ (REsp 1.797.175/SP) fornece o suporte teórico de uma "dignidade humana ecológica", as municipalidades estão positivando a personalidade jurídica da natureza "de baixo para cima".

Esse mosaico legislativo serve de evidência empírica para a Corte Interamericana de que existe um consenso regional emergente na América Latina. O reconhecimento da natureza como sujeito de direitos em que pese sua forte conexão com a filosofia andina, deixou de ser uma exclusividade desta, para se tornar uma ferramenta pragmática de resiliência climática e justiça social no maior país da região, oferecendo caminhos concretos para a implementação das obrigações estatais que serão delineadas na OP 32/2025.

CONCLUSÃO

O artigo buscou explanar a respeito dos variados degraus normativos e jurisprudenciais que corroboraram para o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua opinião consultiva número 32 de 2025.

Sem dúvida, tal instrumento - ainda que não vinculante - é o corolário de uma perspectiva ecológica ontologicamente distinta daquela consolidada no século XX.

Oriundo de um pluralismo jurídico manifestamente visível na América Latina em grande medida fruto das experiências jurídicas indígenas abraçadas pelo novo constitucionalismo latinoamericano, a Corte Interamericana torna-se portavoz de uma prática decolonial que traz uma ruptura a uma série de dinâmicas modernas do direito internacional: quer do ponto de vista institucional que normativo.

O reconhecimento da natureza em seu aspecto intrínseco como sujeito de direito abraça a visão indígena da Pachamama ou Mãe Terra como sujeito de direitos por título próprio.

As Constituições do Equador e da Bolívia estão entre as primeiras a revelar este outro paradigma jurídico, e a Corte Interamericana ao tecer explicitamente este reconhecimento torna-se a mensageira internacional desta prática jurídica embrionária no Sul Global e que tenderá a impactar grandemente as macro concepções do direito internacional clássico no futuro.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Município de Goiás/GO. Lei nº 387, de 13 de junho de 2024. Reconhece os direitos intrínsecos do Rio Vermelho.

BRASIL. Município de Guajará-Mirim/RO. Lei nº 2.579, de 28 de junho de 2023. Institui os direitos do Rio Laje (Komi Memen).

BRASIL. Município de Linhares/ES. Lei nº 4.225, de 08 de agosto de 2024. Institui os Direitos das Ondas da Foz do Rio Doce.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.797.175/SP. Relator: Ministro Og Fernandes. Segunda Turma. Julgado em 21/03/2019. DJe 28/03/2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença T-622 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. (Caso Río Atrato). Bogotá, 2016.

COLÔMBIA. Corte Suprema de Justiça. Sentença STC4360-2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. (Caso Amazônia Colombiana). Bogotá, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). Caso Comunidade Indígena Saramaka vs. Suriname. Sentença de 28 de novembro de 2007. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). Opinião Consultiva OC-23/17, de 15 de novembro de 2017. Meio Ambiente e Direitos Humanos. San José, Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 32/25

EQUADOR. Constituição da República do Equador. Registro Oficial nº 449 de 20 de outubro de 2008.

EQUADOR. Corte Constitucional. Sentença nº 22-18-IN/21. Juez Ponente: Ramiro Ávila Santamaría. (Caso Manglares e Direitos da Natureza). Quito, 2021.

ESTERMAN. J. Filosofia Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina. Abya Yala, Quito-Ecuardor, 1998.

FAJARDO. R.Z.Y. pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista, p. 40, 2015. *In:* Aprender desde o sul: Novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade. (coord) César Augusto Baldi. 1a edição, Editora Fórum.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O meio ambiente: um direito humano e fundamental. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, v. 23, n. 23, p. 33-52, 2023.

NAÇÕES UNIDAS. Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Paris, 2015.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: UN Doc. A/CONF.151/26, 1992.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais. Genebra, 1989.

POVINELLI, Elizabeth A. **Geontologies**: A Requiem to Late Liberalism. Durham: Duke University Press, 2016..

PRIEUR, Michel. O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 19-54, jul./set. 2011.

SANTAMARÍA. R.A. La utopia andina, p. 159-160. I*n:* **Aprender desde o sul: Novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade.** (coord) César Augusto Baldi. 1a edição, Editora Fórum

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direito e Justiça na América Latina: pluralismo jurídico e novo constitucionalismo. Curitiba: Juruá, 2021.

DISPUTE SYSTEM DESIGN E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA NOVA ABORDAGEM NO TRATAMENTO DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS PÚBLICOS

Dispute System Design and Public Administration: a new approach to handling Public Structural Disputes

Ana Beatriz de Souza Slobodticov[1]

Universidade Estadual de Londrina

Nathalia Godoy Rodrigues[2]

Universidade Estadual de Londrina

Tânia Lobo Muniz[3]

Universidade Estadual de Londrina

DOI: https://doi.org/10.62140/ASNRTM268241382

Sumário: 1. Introdução; 2. Litígios Estruturais Envolvendo a Administração Pública: Fundamentos e Características; 3. Dispute System Design (DSD) como Mecanismo de Acesso à Justiça 4. Dispute System Design Aplicado à Administração Pública nos Conflitos Estruturais; 5. Conclusão.

Resumo: O presente artigo analisa as limitações dos métodos tradicionais de resolução de conflitos frente aos **litígios estruturais públicos** que envolvem a Administração Pública. Investiga, assim, o potencial do **Dispute System Design (DSD)** como uma abordagem institucionalmente adequada para a resolução dessas disputas. Reconhece-se que litígios estruturais emergem de violações prospectivas e continuadas de direitos fundamentais, decorrentes de falhas sistêmicas na organização e implementação de políticas públicas. Tais conflitos são marcados pela **complexidade, multipolaridade e**

[1] Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail:.anabeatrizslobodticov@gmail.com Link ORCID: https://orcid.org/0009-0004-1022-5227

[2] Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: godoyrodriguesnathalia@gmail.com. Link ORCID: https://orcid.org/0009-0004-4150-7286

[3] Docente Associada do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina. E-mail:. lobomuniz@gmail.com; lobomuniz@uel.br. Link ORCID: http://orcid.org/0000-0003-1414-362X

necessidade de supervisão prolongada. Essa realidade revela um descompasso entre a lógica adjudicatória clássica — moldada pela bipolaridade, verticalidade e centralidade do Estado — e as demandas contemporâneas por **soluções colaborativas, dialógicas e transformadoras**. O estudo, de caráter qualitativo, bibliográfico, descritivo e exploratório , revisita a teoria dos litígios estruturais no direito brasileiro e examina o DSD como um mecanismo estruturante de prevenção, gestão e resolução de disputas. Ao propor a criação de sistemas planejados de tratamento de conflitos, capazes de promover a participação, a corresponsabilidade institucional e a aprendizagem contínua, o DSD contribui para a democratização do acesso à justiça em seu sentido material, entendido como acesso à ordem jurídica justa. Conclui-se que a adoção do DSD pela Administração Pública fortalece a governança, supera a cultura de judicialização e promove a reconfiguração sustentável de políticas públicas , posicionando-o como instrumento adequado à gestão de litígios estruturais e à efetivação de direitos fundamentais.

Palavras-chave: litígio estrutural público; Administração Pública; Dispute System Design; acesso à justiça.

Abstract: This article analyzes the limitations of traditional dispute resolution methods in addressing public structural litigation involving Public Administration and investigates the potential of Dispute System Design (DSD) as an institutionally suitable approach to resolving structural disputes within the governmental context. Structural litigation arises from ongoing and prospective violations of fundamental rights, resulting from systemic failures in the organization and implementation of public policies, which are marked by complexity, multipolarity, and the need for long-term supervision. This scenario reveals a mismatch between the classical adjudicatory logic — shaped by bipolarity, verticality, and the centrality of the State — and contemporary demands for collaborative, dialogical, and transformative solutions. This qualitative, descriptive, exploratory, and literature-based study revisits the theory of structural litigation in Brazilian law and examines DSD as a structural mechanism for preventing, managing, and resolving disputes. By proposing the creation of planned conflict-management systems capable of promoting participation, institutional co-responsibility, and continuous learning , DSD contributes to the democratization of access to justice in its material sense, understood as access to a fair legal order. As a result of the research, it is concluded that the adoption of DSD by Public Administration strengthens governance, overcomes the culture of excessive judicialization, and promotes the sustainable reconfiguration of public policies, thus positioning it as an appropriate instrument for the management of structural disputes and the enforcement of fundamental rights.

Keywords: public structural litigation; Public Administration; Dispute System Design; access to justice.

1. INTRODUÇÃO

O avanço das demandas sociais e o surgimento de novos litígios, caracterizados por sua multipolaridade, complexidade e conflituosidade, têm revelado a insuficiência dos modelos tradicionais de resolução de disputas, historicamente ancorados na lógica

adjudicatória e concebidos para conflitos bipolares. Essa limitação é particularmente evidente nos litígios estruturais públicos envolvendo a Administração Pública.

A concepção contemporânea de litígios estruturais decorre de uma virada metodológica que passou a focar nas características intrínsecas desses conflitos, em vez da mera classificação dos direitos coletivos. Os litígios estruturais públicos configuram uma categoria complexa que surge como resposta à necessidade de enfrentar violações prospectivas de direitos fundamentais, causadas por padrões organizacionais e políticas públicas estruturalmente disfuncionais. Distinguem-se pela alta complexidade, multipolaridade e caráter prospectivo, pois decorrem de falhas sistêmicas continuadas na atuação estatal. Tais disputas demandam a reorganização de processos, estruturas administrativas e arranjos institucionais inteiros, a fim de impedir a perpetuação das violações.

A Administração Pública, por sua vez, foi concebida sob a égide da bipolaridade, fundamentada na supremacia do interesse público, estabelecendo uma relação vertical e assimétrica entre o Estado e o particular. Essa lógica priorizou a imperatividade da ação estatal em detrimento de mecanismos de escuta, diálogo e cooperação, favorecendo uma cultura processual adversarial e fragmentada.

O cenário apresenta, de um lado, litígios estruturais públicos que exigem resoluções prospectivas, cooperativas e dialógicas, capazes de superar a lógica adjudicatória clássica. De outro, confronta-se a unilateralidade decisória da Administração Pública.

Neste contexto, a presente pesquisa, de natureza bibliográfica, descritiva e exploratória, busca analisar se o Dispute System Design (DSD) se apresenta como uma alternativa à crise jurisdicional envolvendo os litígios estruturais públicos e a Administração Pública. A premissa é que a lógica do DSD se revela o caminho institucionalmente adequado e inovador para o tratamento desses litígios.

Ao preconizar a substituição de respostas episódicas por arranjos sistêmicos de prevenção, gestão e resolução, o DSD possibilita a construção de uma arquitetura processual intencional e integrada, capaz de promover a transformação institucional da Administração Pública por meio de mecanismos dialógicos, cooperativos e efetivos, garantindo o acesso à justiça.

A investigação, portanto, adota uma metodologia qualitativa, com análise jurídico-dogmática, centrada na revisão de literatura especializada, objetivando refletir sobre o potencial transformador do DSD no tratamento adequado dessa espécie de litígio.

2. CONFLITOS ESTRUTURAIS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: FUNDAMENTOS, ESTRUTURA E CARACTERÍSTICAS

O processo estrutural vem ganhando protagonismo no cenário jurídico brasileiro como resposta à complexidade de litígios que envolvem direitos fundamentais em contextos de políticas públicas persistentes e institucionalmente disfuncionais. Diferentemente do processo civil tradicional, centrado na bipolaridade e na estabilização da demanda, o processo estrutural propõe uma abordagem progressiva, dialógica e adaptável às realidades coletivas (Vitorelli, 2020, p. 43).

Sua origem remonta ao direito norte-americano, com o caso Brown v. Board of Education (1954), que demonstrou a necessidade de decisões judiciais estruturantes e supervisionadas para modificar realidades institucionais complexas (Vitorelli, 2020, p. 43). No Brasil, a técnica é reconhecida como alternativa legítima para violações estruturais de direitos fundamentais decorrentes de padrões organizacionais disfuncionais. A Constituição de 1988 já delineou a proteção coletiva desses direitos, mas sua efetividade depende da análise da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) (Barroso, 2007, p. 36).

A classificação do Código de Defesa do Consumidor reforça essa compreensão ao diferenciar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja tutela exige instrumentos que superem a rigidez decisória típica do processo tradicional (Del Gaizo, 2015, p. 4–5). A própria prática administrativa demonstra que mecanismos exclusivamente adjudicatórios, ainda que coletivos, não bastam para modificar sistemas públicos que produzem violações reiteradas. A ADPF 347, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário, é exemplo paradigmático: o problema não residia em um ato único, mas em uma engrenagem institucional inteira que perpetuava a violação de direitos.

A doutrina descreve esses litígios como fenômenos multipolares e policêntricos, em que múltiplos centros decisórios e diferentes grupos afetados interagem simultaneamente,

com interesses próprios e interdependentes (Barros, 2021, p. 27). Não se trata de conflitos lineares, mas de disputas irradiadas, com causalidade múltipla, vínculos complexos e consequências que se retroalimentam. Vitorelli (2018, p. 342-345) destaca que os conflitos estruturais são uma forma agravada de litígios de difusão irradiada, nos quais as violações decorrem do próprio modo de funcionamento das instituições públicas — e não de comportamentos isolados —, exigindo, portanto, reestruturação da arquitetura burocrática que sustenta o problema.

A distinção entre complexidade e conflituosidade, proposta por Vitorelli (2020, pp. 74-75), reforça esse diagnóstico: a complexidade é exógena, decorrente da pluralidade de tutelas possíveis; já a conflituosidade é endógena, ligada à heterogeneidade dos impactos sobre diferentes segmentos do grupo protegido. Essa combinação contribui para a metamorfose contínua do litígio, ampliando a dificuldade de construir respostas satisfatórias.

Daher (2019, p. 49) resume que um litígio estrutural é, em essência, um conflito complexo, multipolar, derivado de uma lesão ou ameaça a direitos fundamentais coletivos não concretizados, cuja efetivação requer reformas prospectivas na estrutura institucional, geralmente desenvolvidas em etapas ao longo do tempo.

Dentre as características essenciais desses conflitos, destacam-se: (a) complexidade, derivada da causalidade múltipla e da diversidade de soluções possíveis (Daher, 2019, p. 50); (b) multipolaridade, considerando a sobreposição de interesses individuais e coletivos; (c) mutabilidade; (d) caráter prospectivo; e (e) necessidade de intervenção continuada (Cota, 2019, p. 73).

A complexidade é ampliada pelo caráter prospectivo e policêntrico desses litígios: as causas estão espalhadas em múltiplos pontos de um mesmo sistema, os efeitos atingem diferentes grupos de forma desigual e o próprio conflito se transforma ao longo do tempo. O resultado é um cenário de violações contínuas, em intensidades e dimensões variadas, que afetam múltiplos sujeitos e exigem uma intervenção judicial prolongada e articulada. Assim, mais do que decidir sobre um caso específico, a jurisdição é convocada a atuar como catalisadora de mudanças estruturais, alterando os alicerces de instituições inteiras para impedir a reprodução sistêmica do dano.

A natureza prospectiva e policêntrica desses litígios espalha causas por múltiplos pontos do sistema, produzindo efeitos desiguais e transformando o conflito ao longo do

tempo. O resultado são violações contínuas que exigem intervenção judicial prolongada, com a jurisdição atuando como catalisadora de mudanças estruturais para impedir a reprodução sistêmica do dano. Os sujeitos envolvidos vão além das partes tradicionais, englobando diversos atores direta ou indiretamente afetados, cujos interesses devem ser considerados, ampliando o conceito de contraditório (Tanizawa, 2025, p. 56, 82-84).

Nesses cenários, o Judiciário é chamado a atuar não apenas como aplicador da norma, mas como catalisador de transformações institucionais, restabelecendo padrões constitucionalmente adequados de funcionamento. O contraditório também se expande: não apenas as partes formais, mas todos os sujeitos direta ou indiretamente afetados devem participar, o que reforça a necessidade de mecanismos dialógicos e contínuos (Tanizawa, 2025, p. 56, 82–84).

Diante desse panorama, torna-se evidente que o enfrentamento de conflitos estruturais envolvendo a Administração Pública exige instrumentos capazes de lidar com pluralidade, mutabilidade, policentrismo decisório e necessidade de ação prospectiva. O modelo tradicional do processo civil — mesmo em sua vertente coletiva — mostra-se insuficiente para reorganizar sistemas públicos inteiros. É precisamente nesse ponto que a lógica do Dispute System Design (DSD) se revela fundamental: ao substituir respostas episódicas por arranjos sistêmicos de prevenção, gestão e resolução, o DSD oferece à Administração Pública um caminho institucionalmente adequado para enfrentar litígios estruturais por meio de mecanismos dialógicos, colaborativos e progressivos.

3. DISPUTE SYSTEM DESIGN COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA

O *Dispute System Design* – (DSD) consiste em uma abordagem estratégica e planejada voltada à criação e ao aprimoramento de estruturas capazes de prevenir, administrar e solucionar conflitos de forma eficaz. Essa metodologia busca construir mecanismos adequados à natureza e à complexidade das disputas em contextos institucionais ou sociais específicos, promovendo respostas mais organizadas, funcionais e alinhadas às necessidades do ambiente em que se inserem.

O DSD surgiu nos Estados Unidos entre as décadas de 1970 e 1980, sendo sistematizado por Ury, Brett e Goldberg (1988) a partir de experiências em ambientes

corporativos e nas relações de trabalho. Com o tempo, sua aplicação foi ampliada para diferentes contextos, tais como instituições públicas, universidades, agências reguladoras, organizações internacionais e empresas privadas. Mais recentemente, tem sido reconhecido como estratégia relevante para aprimorar a cultura institucional de pacificação no setor público. Nesse sentido, o DSD propõe a construção planejada de estruturas, fluxos e diretrizes institucionais voltadas à gestão eficiente, cooperativa e contextualizada de conflitos, contribuindo para soluções mais adequadas e para o fortalecimento da governança.

O cerne do *Dispute System Design* reside na personalização dos mecanismos de resolução de conflitos, levando em consideração as especificidades da instituição, a natureza das disputas e os perfis dos envolvidos. Em vez de adotar modelos genéricos, o DSD estrutura um sistema integrado e plural, com etapas progressivas que combinam prevenção, escuta qualificada, participação ativa e alternativas consensuais à judicialização, promovendo respostas mais adequadas e eficazes para cada contexto.

O *Dispute System Design* (DSD, portanto, parte da ideia central de que os conflitos são inerentes à vida institucional e, por isso, não devem ser tratados de forma improvisada ou meramente corretiva. Ao contrário, é necessário que sejam abordados por meio de estruturas previamente planejadas, que articulem diferentes mecanismos de prevenção e resolução de disputas (Faleck, 2017, p. 33).

Ostia (2014, p. 92) acrescenta que um sistema eficiente precisa oferecer múltiplas possibilidades de solução, ser acessível, legitimado pelas partes atingidas e sensível às especificidades do ambiente.

Nessa lógica, o DSD consiste na elaboração estratégica de uma arquitetura processual que organiza, de maneira intencional e integrada, procedimentos, ferramentas, recursos humanos e materiais, voltados à gestão qualificada de conflitos (Faleck, 2017, p. 33). Essa concepção foi aprofundada por William Ury, Jeanne Brett e Steven Goldberg, especialmente na obra *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict* (1988), considerada marco teórico no desenvolvimento dessa abordagem.

Essas ideias convergem com o pensamento de Carlos Alberto de Salles (2003, p. 50), que destaca o papel criativo do processo e do jurista na formulação de soluções consensuais, defendendo que o tratamento de disputas deve ser ajustado às singularidades de cada caso concreto, e não limitado a modelos padronizados e rígidos.

Entre seus pilares, destaca-se a centralidade no usuário, com a elaboração de procedimentos a partir das necessidades concretas dos sujeitos em disputa, garantindo sua participação ativa, voz qualificada e percepção de justiça. Outro princípio essencial é a prevenção e resposta precoce, focada na identificação e tratamento dos conflitos em seus estágios iniciais, a fim de evitar seu agravamento e a judicialização desnecessária (Ostia, 2014, p. 98).

O modelo também propõe o escalonamento de métodos, oferecendo uma sequência de mecanismos, da negociação direta à mediação e, apenas em último caso, à via adjudicatória, conforme a complexidade e adversariedade do conflito (Faleck, 2017, p. 127-130).

Além disso, preconiza o acesso simples e seguro, assegurando que todos os envolvidos saibam onde buscar auxílio e confiem no sistema como espaço de escuta, tratamento justo e resolução efetiva, efetivando, assim, o acesso à ordem jurídica justa.

Pontualmente, a articulação entre o DSD e o acesso à justiça se torna clara quando se observa que, nas últimas décadas, o conceito de acesso à justiça foi progressivamente ampliado para além da mera possibilidade de acionar o Poder Judiciário. Pontualmente, esclarece-se que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal representou, por muito tempo, a concepção formal de acesso à justiça, restrita à inafastabilidade da jurisdição. Contudo, autores como Maria Tereza Sadek (2014, p. 27) e Adriana Fasolo Pilati Sheleder (2006, p. 154-157) demonstram que esse entendimento é limitado, pois acesso à justiça envolve múltiplas instituições e mecanismos de resolução pacífica de conflitos, e não apenas o Judiciário.

Kazuo Watanabe aprofundou essa visão ao defender que o acesso à justiça deve ser compreendido como acesso à "ordem jurídica justa", expressão que marca a superação da ideia tradicional e revela a necessidade de soluções adequadas, céleres e efetivas, independentemente da via judicial (2019, pp.. 111-113).

Essa ampliação conceitual foi impulsionada pelo Projeto Florença e pela obra "Acesso à Justiça", de Cappelletti e Garth (1988), que, já na década de 1970, identificavam a insuficiência dos modelos tradicionais e defendiam sistemas plurais, eficientes e acessíveis como condição mínima para a realização da justiça. Os autores insistiam que o acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos, pois condiciona a efetividade de todos os demais. No

Brasil, esse entendimento influenciou marcos normativos como a Resolução CNJ n. 125/2010, o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei n. 13.140/2015, que elevaram os métodos autocompositivos ao status de instrumentos legítimos de efetivação de direitos.

Apesar desses avanços, persiste no país um hiato significativo entre a previsão normativa e a realidade institucional. A cultura da judicialização permanece dominante e os métodos consensuais ainda encontram barreiras práticas, operacionais e culturais que limitam sua consolidação. Esse cenário reforça a necessidade de mecanismos capazes de reorganizar a forma como conflitos são identificados, geridos e solucionados — e é precisamente nesse ponto que o DSD revela seu potencial como mecanismo de acesso à justiça.

O DSD contribui para a efetividade desse direito ao possibilitar soluções mais rápidas, colaborativas e proporcionais, aproximando o Estado do ideal de uma ordem jurídica justa, diminuindo a dependência exclusiva do Judiciário e fortalecendo a democratização da gestão dos conflitos. Sua capacidade de integrar práticas preventivas, métodos consensuais, processos decisórios participativos e monitoramento contínuo faz com que ele ultrapasse a função de mera técnica procedimental, assumindo papel estruturante na construção de instituições mais acessíveis, inclusivas e orientadas à realização da justiça em sua dimensão material.

Assim, o DSD emerge como ferramenta indispensável para enfrentar os limites do modelo adversarial, romper a cultura de litígio e consolidar um acesso à justiça que vá além da porta do tribunal, alcançando as instâncias administrativas, os espaços comunitários e os processos internos das instituições públicas. Ao reorganizar a forma como conflitos são compreendidos e tratados, o DSD não apenas viabiliza respostas mais adequadas, como também concretiza o princípio democrático segundo o qual o direito deve ser instrumento de promoção da dignidade, da participação e da igualdade substancial.

4. DISPUTE SYSTEM DESIGN APLICADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONFLITOS ESTRUTURAIS

A aplicação do Dispute System Design (DSD) à Administração Pública revela um potencial transformador especialmente significativo no enfrentamento de conflitos estruturais públicos. Ao contrário das disputas individuais ou episódicas, os conflitos estruturais envolvem múltiplos atores, impactos coletivos e uma dimensão temporal

prolongada, o que torna insuficiente a adoção isolada de técnicas tradicionais de resolução. Nesse contexto, o DSD se apresenta como instrumento capaz de articular escuta ativa, corresponsabilidade institucional e criatividade procedimental, oferecendo uma arquitetura flexível e orientada à construção de soluções legítimas e sustentáveis.

A perspectiva sistêmica proposta pelo DSD permite compreender o conflito para além de sua manifestação imediata, captando os fluxos, as relações institucionais e os obstáculos que alimentam sua reprodução. Conforme destaca Faleck (2017, p. 45), o design envolve mais do que o uso de técnicas disponíveis: consiste na organização criteriosa, criativa e eficiente de mecanismos ajustados às particularidades do problema, de modo a produzir uma solução cuidadosamente desenhada para o contexto. Assim, a elaboração de um sistema de disputas não é mera alternativa procedimental, mas um novo canal institucional de tratamento dos conflitos.

Nos conflitos estruturais, o desafio vai além da resolução de um problema isolado, exigindo a reestruturação de sistemas, instituições e políticas públicas ineficazes. Nesses contextos, mesmo decisões judiciais fundamentadas dificilmente abrangem toda a complexidade institucional envolvida. Conforme ressalta Vitorelli (2020, p. 241-262), tais conflitos demandam a elaboração conjunta de planos de ação, participação coletiva, monitoramento constante e corresponsabilização dos diversos atores públicos e privados.

Nesse cenário, o Dispute System Design surge como uma ferramenta tanto técnica quanto política para promover a reorganização institucional, possibilitando a integração, no âmbito estatal, de procedimentos consensuais e participativos. Isso inclui a criação de mesas de negociação que reúnam servidores públicos e usuários de políticas públicas; a implementação de protocolos de mediação para resolução de conflitos entre órgãos governamentais e comunidades afetadas; o uso de plataformas digitais voltadas à escuta ativa e ao acompanhamento dos acordos administrativos; a constituição de câmaras de conciliação com poder decisório no âmbito administrativo; além da formalização de acordos estruturantes que estabeleçam metas claras, prazos definidos, indicadores de desempenho e mecanismos para revisões periódicas.

A construção de um sistema voltado ao tratamento desses conflitos exige um processo metodológico claro e intencional. O ponto de partida é o diagnóstico aprofundado do contexto, etapa na qual se identificam a natureza do conflito, suas causas recorrentes, seus impactos e os atores diretamente e indiretamente envolvidos. Esse diagnóstico, elemento

central do DSD (Faleck, 2017, p. 60), permite compreender padrões de disputa, barreiras institucionais, déficits procedimentais e fragilidades decisórias que alimentam a continuidade do litígio. A partir dessa compreensão, torna-se possível delinear um sistema responsivo e coerente com as especificidades do ambiente público.

A lógica do Dispute System Design (DSD), quando aplicada à Administração Pública, demanda uma sequência estruturada de etapas capazes de mapear os conflitos, identificar os atores relevantes, diagnosticar obstáculos, selecionar os métodos mais adequados e monitorar continuamente os resultados. Esse processo não apenas orienta a escolha dos instrumentos, mas também assegura que o sistema seja coerente com os objetivos de transformação institucional, corresponsabilização e participação democrática que se esperam das políticas públicas em contextos de elevada complexidade.

Essa estrutura pode ser aplicada a diversos problemas concretos, tais como a reorganização de uma política de saúde mental em crise, mediação de disputas fundiárias urbanas, enfrentamento de conflitos ambientais envolvendo comunidades locais, renegociação de contratos administrativos estratégicos ou redesenho de fluxos de atendimento em políticas intersetoriais.

O ponto de partida para o desenho de um sistema voltado ao tratamento de conflitos estruturais é o diagnóstico aprofundado do contexto em que esses litígios se desenvolvem. Essa fase inicial visa compreender a natureza dos conflitos, suas causas recorrentes, os impactos gerados e os atores envolvidos, permitindo uma leitura sistêmica e realista da situação a ser enfrentada. Ao identificar padrões de disputa, barreiras institucionais e fragilidades nos fluxos decisórios, o diagnóstico fornece as bases para a construção de um sistema responsivo, eficaz e ajustado às especificidades do ambiente público (Faleck, 2017, p. 60). A partir dessa análise, é possível avançar para as demais etapas — como a definição de objetivos, a seleção de métodos, o planejamento institucional e a criação de mecanismos de avaliação —, sempre com foco na prevenção, na gestão dialógica e na produção de soluções duradouras.

O mapeamento dos atores e a escuta qualificada trata-se de identificar e compreender não apenas as partes diretamente envolvidas, mas também partes interessadas e afetadas possam influenciar ou ser afetados pelo procedimento ou sistema em questão. Conhecer seus interesses, objetivos e as relações existentes entre eles, bem como o contexto, dinâmicas

relacionais, aspectos culturais e políticos, é imprescindível para a construção de soluções eficazes.

O autor Diego Faleck (2017, p. 62) destaca que Ury, Brett e Goldberg oferecem contribuições relevantes para o mapeamento de atores e interesses em disputas complexas, indicando questões fundamentais como: quem são os envolvidos, quem será impactado, quem deve participar da solução, quem possui expertise, recursos ou influência, e quem pode se opor ao processo. Segundo o autor, os interesses, entendidos como necessidades, motivações e objetivos das partes, são elementos centrais da negociação e devem orientar o desenho do sistema.

Fisher e Ury (2014, p. 49) diferenciam interesses de posições, indicando que focar nos interesses, aquilo que as partes realmente querem, permite alcançar soluções mais adequadas. Esses interesses variam desde objetivos concretos, como bens e prazos, até desejos emocionais, como reconhecimento e respeito, podendo ainda ser classificados por prioridade e hierarquizados, dada sua diversidade e, por vezes, conflito interno. É importante relativizar a visão de que todo conflito surge apenas da oposição de interesses, pois partes podem compartilhar interesses iguais, mas divergir na interpretação, e a pluralidade de interesses pode facilitar soluções integrativas (Arenhart, 2019. p. 800).

O planejamento do sistema exige a definição precisa dos objetivos, princípios norteadores, métodos a serem adotados — como negociação e mediação —, além da estrutura organizacional e do fluxo de atendimento. Um aspecto crucial é considerar o que a parte fará caso não se alcance um acordo consensual, ou seja, quais alternativas ela possui fora do canal de negociação, conhecidas como BATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement) ou MAPAN (Melhor Alternativa para um Acordo Negociado) (Fisher, Ury, 2014, p. 88). Essa alternativa representa a melhor opção disponível para atender aos interesses da parte, mesmo que, em alguns casos, seja a menos desejável, como a inação ou o ingresso em um litígio judicial, cujo resultado e valor são muitas vezes incertos. Do ponto de vista sistêmico, a tomada de decisão ocorre em etapas: início das negociações; escolha do canal e método; avaliação da proposta final; caso haja rejeição, seleção de novos canais ou mecanismos; e, por fim, consideração de alternativas fora dos procedimentos formais, como desistência ou cessão de direitos.

A implementação consiste na criação ou reorganização das unidades responsáveis pelo sistema de resolução de disputas, incluindo a capacitação dos agentes públicos e a

elaboração de protocolos e normas que orientem suas atividades (Faleck, 2014, p. 155). Já a avaliação e revisão periódica demandam a instituição de mecanismos sistemáticos para coleta de dados, definição de indicadores de desempenho e obtenção de feedback dos usuários, possibilitando ajustes constantes que assegurem a eficiência e a adequação do sistema às demandas dos envolvidos (Faleck, 2014, p. 153).

Ao seguir essas etapas, a Administração Pública torna-se mais apta a construir sistemas de resolução de disputas que estejam à altura da complexidade dos conflitos que enfrenta, promovendo não apenas a eficiência administrativa, mas também a transformação institucional e a democratização das decisões públicas. Nessa linha, Tanizawa (2025, p. 176) enfatiza que os conflitos estruturais exigem um ambiente executivo colaborativo, no qual as medidas adotadas sejam fruto de um processo dialógico sobre a aplicação das técnicas executivas, sustentado pela cooperação interinstitucional e pela busca de soluções legítimas e duradouras.

A lógica de funcionamento do DSD é potencializada pela "escada de resolução de disputas", proposta por Ury, Brett e Goldberg e analisada por Faleck (2017, p. 133). Nessa estrutura, os mecanismos são organizados em sequência crescente de complexidade e custo: inicia-se com ferramentas preventivas e de baixa intensidade, evolui-se para a negociação baseada em interesses, passa-se para a mediação especializada, retornam-se a mecanismos leves de facilitação e, somente ao final, recorrem-se a instrumentos baseados em direitos ou poder, como arbitragem ou medidas unilaterais. Essa racionalidade escalonada privilegia a eficiência, reduz custos, evita desgastes institucionais e amplia a probabilidade de soluções consensuais e duráveis.

Ao ser incorporado pela Administração Pública, esse modelo produz efeitos que transcendem a gestão de disputas. O DSD permite que o Estado abandone uma postura reativa, fragmentada e litigiosa, adotando uma lógica preventiva, participativa e orientada a resultados. Essa transformação conecta-se diretamente ao acesso à justiça em seu sentido material, compreendido como acesso à ordem jurídica justa — conceito desenvolvido por Watanabe (1998; 2019), inspirado nas formulações de Cappelletti e Garth (1978). A escuta qualificada, a participação dos afetados, a transparência procedimental e a construção colaborativa de soluções ampliam o acesso aos mecanismos de resolução, reduzem barreiras socioeconômicas e fortalecem a legitimidade democrática das decisões públicas. Assim, o DSD opera não apenas como metodologia de gestão, mas como instrumento de efetivação

do direito fundamental de acesso à justiça, especialmente em contextos de complexidade institucional.

A incorporação do DSD pelas instituições públicas — especialmente a Administração e o Judiciário — representa, portanto, mais que uma inovação procedimental. Trata-se de um avanço rumo a um novo paradigma de governança e justiça, no qual a prevenção, a participação qualificada e o tratamento adequado dos conflitos estruturais se convertem em estratégias permanentes de fortalecimento democrático.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa, de caráter qualitativo, bibliográfico, descritivo e exploratório, desenvolveu-se a partir da análise das limitações do modelo tradicional de resolução de disputas diante dos litígios estruturais públicos envolvendo a Administração Pública. Inicialmente, investigou-se a conformação contemporânea desses conflitos, destacando sua complexidade, multipolaridade e necessidade de transformações institucionais contínuas. Na sequência, examinou-se a lógica do Dispute System Design (DSD) e sua articulação com o acesso à justiça, para então avaliar sua aplicabilidade como mecanismo de tratamento adequado de litígios estruturais públicos envolvendo a Administração Pública.

Ao longo do trabalho, foram identificados os elementos que caracterizam os litígios estruturais públicos, reforçando-se que tais conflitos se distinguem pela necessidade de respostas prospectivas, cooperativas e progressivas, envolvendo múltiplos atores direta ou indiretamente afetados. Concluiu-se que a lógica adjudicatória tradicional, baseada na bipolaridade e na verticalidade das relações entre Estado e particulares, revela-se insuficiente para produzir soluções que reorganizem sistemas públicos inteiros e impeçam a reprodução das violações estruturais.

Na análise do método investigativo e dos resultados obtidos, constatou-se que o DSD constitui uma abordagem institucionalmente adequada para o enfrentamento de litígios dessa natureza. Ao propor a criação de sistemas planejados e escalonados de prevenção, gestão e resolução de disputas, o DSD viabiliza a participação social, a corresponsabilização institucional, o monitoramento contínuo das medidas adotadas e, sobretudo, a construção de soluções dialógicas e duradouras. Assim, apresenta-se como instrumento de fortalecimento da governança pública e de transformação estrutural das políticas públicas.

Diante desses elementos, foi possível confirmar a hipótese inicialmente apresentada: o Dispute System Design se revela como modelo adequado, inovador e potencialmente transformador para o tratamento dos litígios estruturais públicos envolvendo a Administração Pública. Sua adoção contribui para aprimorar o desempenho institucional do Estado, promover ganhos democráticos e assegurar respostas mais efetivas às demandas sociais contemporâneas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da classaction norte americana. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 34-55, jan./jun. 2007. Disponível em: https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/198. Acesso em: 20 jul. 2025.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. **Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DEL GAIZO, Flavia Viana. **A definição de direitos metaindividuais e o microssistema da tutela coletiva**. 2015. 13 f. Artigo de Grupo de Pesquisa (Tutela Jurisdicional dos Direitos Coletivos) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-4-flavia-viana.pdf. Acesso em: 3 ago. 2025.

FALECK, Diego. **Desenho de sistemas de disputas**: criação de arranjos procedimentais consensuais adequados e contextualizados para gerenciamento e resolução de controvérsias. 2017. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OSTIA, Paulo Henrique Raiol. **Desenho de sistema de solução de conflito**: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SALLES, Carlos Alberto de. **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TANIZAWA, Paulo Henrique Guilman. **A execução no processo estrutural**. Londrina, PR: Thoth, 2025.

VEIGA, Fábio da Silva; GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. Estruturalismo, Desenvolvimento e Legislação Comercial. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 55, p. 157-176, 2019. e-ISSN: 2316-753X.

VERBIC, Francisco. Ejecucion de sentencias en litígios de reforma estructural en la República Argentina – Dificuldades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. [S.l.: s.n.]. Disponível em: https://www.academia.edu/33441612/Ejecuci%C3%B3n_de_sentencia_en_litigios_de_reforma_estructural_Dificultades_pol%C3%ADticas_y_procedimentales_que_inciden_sobre_la_eficacia_de_estas_decisiones. Acesso em: 2 ago. 2025.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 284, p. 333-369, out. 2018. Disponível em: https://bd.tjdft.jus.br/items/8b9f9893-a8da-44ca-92aa-9b03070db7de. Acesso em: 10 jul. 2025.

VITORELLI, Edilson. **Litígios estruturais: o processo estrutural no controle de políticas públicas**. São Paulo: JusPodivm, 2020.

QUANDO O AUTOR SILENCIA E O ALGORITMO CRIA: INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL GENERATIVA, TEXT AND DATA MINING E A TUTELA DOS DIREITOS MORAIS DO CRIADOR HUMANO

When the Author Falls Silent and the Algorithm Creates: Generative Artificial Intelligence, Text and Data Mining, and the Protection of the Human Creator's Moral Rights

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti[1]

PUC-SP

Maíra Feltrin Alves[2]

PUC-SP

DOI: https://doi.org/10.62140/ACMA869540545

Resumo: A ascensão disruptiva da Inteligência Artificial Generativa (IAG) confronta o sistema de propriedade intelectual com o desafio de conciliar a capacidade criativa dos algoritmos com o paradigma fundamental da autoria humana. Este artigo se propõe a analisar a tensão entre a produção algorítmica e a estrutura de proteção do autor no ordenamento jurídico brasileiro, em cotejo com a evolução legislativa em Portugal e no contexto europeu. Utiliza como eixos de análise dois fenômenos contemporâneos: o protesto artístico de Paul McCartney contra o uso não autorizado de suas obras via *Text and Data Mining* (TDM) e a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) que tratou da cobrança de direitos autorais sobre músicas geradas por IA. A partir da análise do sistema de *droit d'auteur* vigente no Brasil (Lei nº 9.610/98) e em Portugal (Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos - CDADC), e da doutrina comparada sobre as faculdades morais e patrimoniais, argumenta-se que a espinha dorsal da tutela jurídica exige a manutenção radical do caráter antropocêntrico da autoria, a regulamentação urgente do TDM – considerado um ato de reprodução que deve ser controlado pelo autor – e a adaptação instrumental do Processo Civil para mitigar a opacidade algorítmica (*black box*). Conclui-se pela necessidade de um arcabouço normativo que solidifique o direito de *opt-out* e reforce a responsabilidade objetiva das plataformas desenvolvedoras, assegurando que o avanço tecnológico não se realize em detrimento dos direitos morais e patrimoniais exclusivos do criador humano. A possibilidade de a produção algorítmica ou o processo de TDM serem enquadrados como direitos conexos é também examinada, concluindo-se pela sua inadequação para a categoria de direitos de interpretação e pela sua eventual analogia, embora com ressalvas, para a de direitos de produção, mas sempre distinguindo-os da autoria humana.

[1] Doutora e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora e Advogada. E-mail: aelwc@terra.com.br

[2] Doutoranda em Direito pela Universidade Lusófona do Porto. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora de licenciatura e pós graduação. Advogada. Pesquisadora. E-mail: maira.alves@feltrinalves.com.br.

Palavras-chave: Inteligência Artificial Generativa; Direitos Autorais; Direitos Morais do Autor; Tutela Antropocêntrica; Text and Data Mining; Processo Civil; Direito Comparado (Brasil-Portugal).

Abstract: The disruptive rise of Generative Artificial Intelligence (GAI) challenges the intellectual property system to reconcile the creative capacity of algorithms with the fundamental paradigm of human authorship. This article aims to analyze the tension between algorithmic production and the author's protection structure in the Brazilian legal system, in comparison with legislative developments in Portugal and the European context. It uses two contemporary phenomena as analytical axes: Paul McCartney's artistic protest against the unauthorized use of his works via Text and Data Mining (TDM) and the decision by the Court of Justice of Santa Catarina (TJSC) concerning copyright royalties on AI-generated music. Based on an analysis of the *droit d'auteur* system in Brazil (Law No. 9,610/98) and in Portugal (Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos - CDADC), and comparative doctrine on moral and patrimonial rights, it is argued that the backbone of legal protection requires the radical maintenance of the anthropocentric nature of authorship, the urgent regulation of TDM – considered an act of reproduction that must be controlled by the author – and the instrumental adaptation of Civil Procedure to mitigate algorithmic opacity (*black box*). The conclusion emphasizes the need for a normative framework that solidifies the right to opt-out and reinforces the strict liability of developing platforms, ensuring that technological advancement does not occur at the expense of the exclusive moral and patrimonial rights of the human creator. The possibility of algorithmic production or TDM being classified as related rights of interpretation or production is also examined, concluding their inadequacy for interpretation rights and their potential, albeit qualified, analogy for production rights, while always distinguishing them from human authorship.

Keywords*:* Generative Artificial Intelligence; Copyright; Moral Rights of the Author; Anthropocentric Protection; Text and Data Mining; Civil Procedure; Comparative Law (Brazil-Portugal).

1. INTRODUÇÃO: O DESAFIO DA CRIAÇÃO AUTOMATIZADA E O PARADIGMA DA AUTORIA HUMANA

A Inteligência Artificial Generativa (IAG) impôs uma crise epistemológica ao Direito da Propriedade Intelectual, ramificação jurídica historicamente alicerçada na figura indissociável do autor, a pessoa física, como fonte primária da criação. No contexto brasileiro, o sistema de *droit d'auteur*, denotado pela Lei nº 9.610/98 (LDA), exige inequivocamente que a autoria seja vinculada à "pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica" (Art. 11, LDA), uma prerrogativa que reflete a proteção da individualidade e do intelecto humano conforme o Direito Civil e que encontra paralelo no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) português, que, em seu artigo 1º, também vincula o direito autoral à criação intelectual do domínio literário, científico ou artístico, pressupondo um criador humano. A IAG, ao gerar *outputs* capazes de mimetizar a expressividade criativa humana a partir de mínimos comandos, perturba essa ordem,

levantando a questão se a produção maquínica deve ser considerada obra protegida e por quem. A crise central não se apresenta apenas na titularidade dos direitos patrimoniais, mas, sobretudo, na preservação dos **direitos morais do autor, entendidos como direitos da personalidade derivados**, que são personalíssimos, inalienáveis e intransmissíveis, salvaguardando o vínculo intelectual do criador com sua obra, uma preocupação partilhada por ambos os ordenamentos jurídicos de raiz continental europeia. Embora a discussão sobre a proteção da produção por IA e o TDM frequentemente aborde a possibilidade de enquadramento sob a égide dos direitos conexos, como direitos de interpretação ou de produção, este trabalho argumentará pela manutenção estrita da autoria humana como baluarte e pela necessidade de soluções *sui generis* ou adaptações de direitos autorais primários para lidar com o fenômeno.

O mecanismo fundamental que subjaz à capacidade da IAG é o *Text and Data Mining* (TDM), um processo de cópia e análise massiva de dados que utiliza vastas coleções de obras preexistentes, na maioria, protegidas por direitos autorais, transformando o capital intelectual humano em insumo não remunerado para o treinamento de modelos algorítmicos. Essa prática, desregulada no Brasil, contrasta com a abordagem mais estruturada da União Europeia, considerando que a Diretiva (UE) 2019/790, conhecida como Diretiva de Direitos Autorais no Mercado Único Digital (CDSM Directive), trouxe disposições específicas sobre o TDM, transpostas para o direito português através da Lei n.º 50/2023, de 28 de agosto, alterando o CDADC. Essa disparidade regulatória entre Brasil e Portugal ilustra a urgência da observação normativa para a progeção dos autores contra a apropriação indevida de suas obras. O protesto de Paul McCartney e de um coletivo de artistas, ao lançarem uma "faixa bônus" deliberadamente silenciosa em seu álbum *Is This What We Want?*, utilizando "ruídos de estúdio vazio" como metáfora para o esvaziamento da autoria, simboliza a urgência dessa reivindicação: impedir que empresas de tecnologia se apropriem da propriedade criativa sem obrigação perante os autores.

A efervescência tecnológica encontrou eco nos tribunais brasileiros, como demonstrado pelo Agravo de Instrumento nº 5032376-37.2025.8.24.0000/SC, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que se discutiu se a execução pública de músicas geradas por IA afastava a obrigação de recolhimento de direitos autorais perante o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD). A decisão do TJSC, ao negar a tutela de urgência e salientar que *"a ausência de autor humano identificável não afasta, por si só, a incidência de direitos autorais"*, posicionou o Judiciário em uma postura cautelosa e protetiva, concentrando o

debate não na identidade do autor da nova peça, mas na legalidade da sua **matéria-prima** e no risco de violação de obras humanas subjacentes. Este posicionamento reflete uma preocupação igualmente subjacente com a proteção das obras originais que serviram de base, uma inquietude que ressoa com os princípios ligados ao sistema de *droit d'auteur* europeu.

Este artigo se propõe, portanto, a integrar essas esferas fática e jurisdicional, analisando o *crossover* entre a reivindicação do controle moral do criador, a ilicitude potencial do TDM e a resposta processual civil, sempre com um olhar comparativo entre o ordenamento jurídico brasileiro e português. Utilizando a metodologia dedutiva e amparando-se nas normas da LDA (Brasil) e do CDADC (Portugal), na Diretiva (UE) 2019/790 e nos princípios do Direito Processual Civil (CPC/2015), serão examinados o núcleo da exclusividade dos direitos patrimoniais e a inalienabilidade dos direitos morais, buscando delinear a espinha dorsal de uma tutela jurídica que preserve o valor da criação humana frente à ascensão inescapável da IAG, e discutir a pertinência de se aplicar a moldura dos direitos conexos às criações maquínicas.

2. A ESTRUTURA DÚPLICE DO DIREITO AUTORAL E A ESSÊNCIA DA PROTEÇÃO ANTROPOCÊNTRICA

O Direito Autoral, tanto no sistema brasileiro quanto no português, tem uma natureza dual, compreendendo uma vertente moral e uma vertente patrimonial. Ambas estão intrinsecamente ligadas ao criador pessoa natural, sendo o cerne da proteção do *droit d'auteur* rechaçar qualquer tentativa de desvincular a obra do seu criador essencial. A tradição jurídica ibero-americana, herdada do direito continental europeu, consagra a primazia da pessoa humana como fonte e objeto da tutela autoral, distinguindo-se fundamentalmente dos sistemas de *copyright* anglo-saxões, que historicamente tendem a priorizar o investimento e a comercialização.

2.1. O Conteúdo Patrimonial do Direito Exclusivo (*Jus Fruendi* e *Jus Disponendi*)

Os direitos de caráter patrimonial asseguram ao autor a prerrogativa exclusiva de utilizar, fruir, publicar, reproduzir e autorizar a utilização da obra por terceiros, total ou parcialmente (Art. 29, LDA, Brasil, e Arts. 67º e 68º, CDADC, Portugal). Consoante a doutrina comparada, no conteúdo desses direitos de caráter patrimonial salienta-se o

exclusivo de dispor da obra, fruí-la, autorizá-la ou alterar a sua disposição ou utilização por terceiro (Mello, 2025).

A faculdade de **reprodução**, em particular, é o ponto de fricção com a IAG. O ato de mineração de textos e dados (TDM) implica a cópia e multiplicação de exemplares em vastos acervos digitais para alimentar o algoritmo, caracterizando um ato instrumental da exploração econômica da IAG. Para João Marcos Buch, Desembargador Relator no TJSC, esta questão fática é crucial, pois é necessário "*esclarecer se as ferramentas de inteligência artificial estão, de fato, criando composições musicais originais [...] ou se estão apenas reutilizando, ainda que de forma fragmentada, trechos de obras preexistentes protegidas por direitos autorais*" (TJSC, Agravo de Instrumento nº 5032376-37.2025.8.24.0000/SC).

No Brasil, o TDM, por ser um ato de reprodução e fixação da obra em suporte digital para processamento, está sujeito à regra geral da necessidade de autorização prévia e expressa do autor (Art. 29, I, LDA). A ausência de uma exceção legal clara para o TDM no Brasil, alinhada com o princípio da taxatividade das limitações autorais (Art. 46, LDA), torna o uso maciço de obras protegidas por desenvolvedores de IAG comercialmente orientados um ato potencialmente ilícito. Em nítido contraste, a União Europeia, através da Diretiva (UE) 2019/790, estabeleceu um regime específico para o TDM, transposto para o direito português. O artigo 3º da referida Diretiva estabelece uma exceção obrigatória para o TDM realizado por organismos de investigação e instituições do património cultural para fins de investigação científica. Mais relevante para o debate sobre IAG comercial é o artigo 4º da mesma Diretiva, que prevê uma exceção ou limitação para a reprodução e extração de obras e outros conteúdos para fins de TDM, permitindo aos titulares de direitos **reservar expressamente o direito de reprodução para o TDM**, inclusive por meios legíveis por máquina. Portugal, ao implementar a Diretiva, incorporou este direito de *opt-out* no seu CDADC, permitindo que os autores e outros titulares de direitos proíbam o uso das suas obras para TDM comercial, salvaguardando assim o seu controle patrimonial sobre as suas criações. Esta diferença sublinha a lacuna de enfrentamento brasileira e a urgência de uma solução similar que confira aos autores a capacidade de controle sobre a utilização das suas obras para treino de IAG.

A exclusividade da autorização para a utilização da obra é regida pelo princípio da **atribuição finalista**, que, segundo a doutrina de Alberto de Sá e Mello, é interpretativa e implica que, para a pretensão do autor, só são atribuídas as faculdades expressamente designadas no ato atributivo e aquelas que se destinem a atingir os objetivos da atribuição e

seus consectários sociais (Mello, 2025). O uso maciço e descontrolado para treinamento de um terceiro algoritmo comercial está claramente fora da finalidade original pela qual o autor manifestou sua criação. No contexto português, o direito de *opt-out* para TDM, se exercido, impede explicitamente tal apropriação, tornando qualquer uso posterior uma violação expressa.

2.2. A Inalienabilidade e Intransferibilidade dos Direitos Morais do Autor

O direito moral do autor, compreendido como um **direito da personalidade derivado**, é a manifestação da personalidade do criador no plano imaterial e é inseparável da LDA. O Art. 24 da LDA enumera esses direitos, destacando a inalienabilidade e a irrenunciabilidade, conferindo ao autor o poder de proteger a **integridade da obra** (opondo-se a modificações ou atos que possam prejudicar sua honra ou reputação) e o direito de **paternidade** (reivindicar a autoria). De forma análoga, o CDADC português, em seus artigos 56º a 62º, consagra os direitos morais do autor como inalienáveis e irrenunciáveis, incluindo o direito à paternidade da obra e o direito à integridade, que permite ao autor opor-se a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação que a desvirtue ou deteriore. Essa forte proteção dos direitos morais, inerentes à esfera da personalidade do autor, é uma característica definidora dos sistemas de *droit d'auteur* e é crucial no debate sobre a IAG, pois a despersonalização da obra e a sua transformação em dado bruto para algoritmos atingem diretamente o vínculo espiritual entre o criador e a criação, violando sua integridade enquanto pessoa e sua expressão derivada da personalidade. Neste panorama, a possibilidade de as produções por IAG ou de os resultados do TDM serem enquadrados como "direitos conexos de interpretação" é descartada. Os direitos conexos de interpretação, conforme o CDADC português e a doutrina especializada, protegem a contribuição singular do artista intérprete ou executante, que empresta sua voz, sua emoção, sua imagem e sua perspectiva pessoal a uma obra. Essa prestação é intrinsecamente humana e envolve um grau de subjetividade e expressividade artística que um algoritmo, operando com base em padrões estatísticos e modelos probabilísticos, não pode reproduzir. A IAG não "interpreta" uma obra no sentido humano de expressar sentimentos, nuances ou escolhas artísticas; ela gera *outputs* a partir de dados, sem consciência ou intenção genuína, razão pela qual a "tipicidade fechada" dos direitos conexos impede que se estenda tal proteção a entidades não-humanas.

O protesto de Paul McCartney exemplifica a reação à ameaça não apenas aos seus direitos autorais, mas, fundamentalmente, aos seus direitos morais enquanto **direitos da**

personalidade derivados. Ao se opor à mineração de dados, o artista defende seu direito de controle sobre sua expressão criativa (o direito à obra inédita e à integridade), impedindo que sua obra seja despersonalizada e transformada em dado bruto para a formação de uma base de conhecimento automatizada, o que representa uma violação direta à sua identidade criativa. A ausência de um mecanismo de *opt-out* no Brasil, em contraste com a legislação portuguesa, deixa os autores brasileiros desprotegidos em face desta despersonalização massiva de suas criações, que são utilizadas sem consentimento ou remuneração para fins de treinamento de IAG.

Conforme a análise do Agravo de Instrumento, a preocupação do Judiciário também se volta para a integridade da obra humana. A identificação de "semelhança significativa" entre a música gerada pela IA e composições preexistentes aponta para um risco de **plágio ou contrafacção** automatizada, que representa uma lesão direta aos direitos morais do autor, e por extensão, aos seus **direitos da personalidade derivados**. Segundo a doutrina, o plágio não é apenas a reprodução servil (contrafação), mas, ao revés, o aproveitamento da essência criativa de obra alheia em obra própria, algo que a IAG pode inadvertidamente realizar ao replicar padrões estatísticos sem o reconhecimento devido. Mesmo que a obra gerada pela IA não tenha um autor humano para quem o direito moral possa ser atribuído, a sua origem potencialmente ilícita violou o direito moral (paternidade e integridade) do autor da obra *original* usada no treinamento, caracterizando uma afronta a esses **direitos da personalidade derivados**. O ordenamento jurídico português tem igualmente reforçado a necessidade de o suposto plagiador demonstrar a autonomia e originalidade da sua obra perante evidências de semelhança significativa, alinhando-se com a preocupação expressa pelo TJSC em proteger essa dimensão da personalidade.

A autoria, sob a égide da LDA brasileira e do CDADC português, deve ser mantida estritamente humana. A geração de texto por um Modelo de Linguagem de Grande Escala (LLM) é de natureza probabilística, ancorada em padrões estatísticos identificados no treinamento, e não em consciência ou intencionalidade genuínas. A ausência de personalidade jurídica e de subjetividade intrínseca impede que a IAG seja reconhecida como autora em ambos os países, o que reforça a linha de que, se a obra gerada for original, ela carece de autor humano; se não for original, viola direitos existentes, incluindo os **direitos da personalidade derivados** do criador original. A atribuição de autoria a uma máquina seria uma deturpação fundamental do conceito de "obra" como expressão da personalidade

criativa humana, ou seja, de seus **direitos da personalidade derivados**, uma premissa inabalável nos sistemas de *droit d'auteur*.

3. A CRISE DA ORIGINALIDADE E A NECESSIDADE DE TUTELA CONTRA A DERIVAÇÃO ALGORÍTMICA

A dicotomia entre obra original e obra derivada (Art. 5º, VIII, LDA, Brasil; Art. 12º e 13º, CDADC, Portugal) é crucial para a solução dos conflitos gerados pela IAG. A obra derivada exige autorização do autor da obra preexistente, e a obra gerada pela IAG pode facilmente ser enquadrada como tal, quando demonstrada a sua dependência intrínseca e a ausência de uma superação criativa que lhe confira autonomia. A recusa do TJSC em conceder a isenção de direitos autorais para a música maquínica baseou-se exatamente neste ponto de fragilidade probatória: a incerteza sobre a originalidade e a presença de indícios de derivação. Essa preocupação com a originalidade e a derivação é um pilar comum em ambos os sistemas jurídicos, que exigem um grau de novidade e expressividade pessoal para a concessão da tutela autoral.

3.1. Plágio, Contrafação e o Output da IAG

O ato de plágio é um atentado à genuinidade da obra (Mello, 2025, Aula). Se o *output* da IAG reproduz uma parte substancial da obra alheia ou aproveita a sua estrutura criativa essencial, há plágio. O Art. 196 da legislação de direito autoral brasileira penaliza como contrafacção a utilização como sua de obra ou prestação alheias, mediante reprodução total ou parcial, que faça perder a individualidade própria (Mello, 2025, Aula). O CDADC português, em seu Art. 187º, tipifica a violação do direito de autor como crime, incluindo a reprodução não autorizada, que pode ser equiparada à contrafacção, e o Art. 197º aborda a usurpação, que é a utilização indevida da obra alheia. A linha entre a "inspiração" e a "reprodução ilícita" é objeto de intensa discussão em ambos os ordenamentos, e a IAG torna essa distinção ainda mais complexa.

Nos modelos de IAG, a linha entre a mera inspiração estatística e a derivação programada é tênue e, frequentemente, opaca. Quando o laudo técnico identifica "semelhança significativa" (TJSC), a presunção legal deve recair sobre a violação. Isso justifica a tese de julgamento do Tribunal catarinense de que o ônus da prova de originalidade deve ser do explorador da obra gerada pela IA, atuando como espinha dorsal contra o uso

indevido. O sistema de proteção foca no direito do autor em controlar a reprodução, distribuição e comunicação da obra ao público, faculdades diretamente ameaçadas pela comercialização de conteúdo gerado a partir de TDM ilícito. A jurisprudência portuguesa tem igualmente reforçado a necessidade de o suposto plagiador demonstrar a autonomia e originalidade da sua obra perante evidências de semelhança significativa, alinhando-se com a preocupação expressa pelo TJSC.

3.2. A Titularidade *Sui Generis* e a Remuneração do Investimento

Reconhecida a impossibilidade de atribuir direitos morais (autoria) a uma entidade não humana, é imperativo que o sistema jurídico regule a compensação pelo investimento na tecnologia. Neste contexto, é pertinente analisar se a "produção" por IA e TDM poderia ser considerada um direito conexo de produção. Os direitos conexos, conforme a legislação portuguesa (CDADC, Arts. 176º e ss.) e a doutrina, têm uma tipicidade fechada, protegendo categorias específicas como as prestações de artistas intérpretes ou executantes, os fonogramas, os videogramas, e as emissões de radiodifusão. O produtor de um fonograma ou videograma, por exemplo, é protegido pelo seu investimento e organização na fixação de sons ou imagens, mas não pela criação artística em si. Ao se considerar o desenvolvimento de sistemas de IAG ou a execução de processos de TDM como "produção", poder-se-ia argumentar por uma analogia com os direitos conexos de produção, que visam remunerar o investimento. O produtor de um sistema de IAG investe em pesquisa, desenvolvimento, infraestrutura e, crucialmente, na coleta e processamento de dados (TDM) que permitem o funcionamento do algoritmo. Essa atividade de investimento e organização se assemelha, em essência, à do produtor de fonogramas ou videogramas, que financia e organiza a fixação de uma interpretação.

A doutrina entende que, para as obras criadas unicamente por sistemas de IA sem intervenção humana identificável, a solução mais equilibrada não é negar "*a constituição de todo e qualquer direito exclusivo*" (Mello, 2023, p. 19), mas sim **remunerar o investimento através de um direito *sui generis***, análogo ao das bases de dados, aplicável ao produtor do sistema (Mello, 2023, p. 19). Esta abordagem encontra eco no direito europeu, onde a proteção *sui generis* para bases de dados (Diretiva 96/9/CE, transposta para Portugal) já oferece um modelo para proteger investimentos substanciais em arranjos de dados, sem, contudo, conferir direitos autorais no sentido tradicional. Embora os direitos conexos de produção, na sua literalidade, não abranjam explicitamente a produção de IAG, a criação de um direito

sui generis para o produtor do sistema de IA (aquele que investe no desenvolvimento e treinamento) seria conceptualmente alinhada com o espírito de proteção ao investimento que subjaz aos direitos conexos de produção. Contudo, é fundamental que tal direito *sui generis* seja claramente delimitado e não se confunda com a autoria, que deve ser reservada exclusivamente aos criadores humanos. O TDM, por sua vez, é um **processo de reprodução** e não, em si, um ato de produção que gere uma nova "fixação" de conteúdo no sentido dos direitos conexos tradicionais. Portanto, enquanto a produção de IAG pode encontrar uma analogia no regime *sui generis* dos produtores, o TDM deve ser primariamente regulado sob a égide dos direitos autorais do criador humano original, dada a sua natureza de ato de reprodução de obras preexistentes.

Essa abordagem dual permite que (i) os direitos morais, enquanto **direitos da personalidade derivados**, e a autoria permaneçam blindados para o criador humano (usuário ou autor da obra original violada), e (ii) o investimento e o desenvolvimento da inovação sejam recompensados pelo direito patrimonial temporário e exclusivo *sui generis* do desenvolvedor, que, embora distinto, guarda inspiração na lógica dos direitos conexos de produção para salvaguardar os investimentos. A manutenção do caráter antropocêntrico da autoria é um imperativo de preservação da individualidade humana e de seus **direitos da personalidade derivados**, enquanto o reconhecimento do direito *sui generis* assegura a viabilidade econômica do setor tecnológico. É fundamental distinguir a proteção da expressão criativa humana da proteção do investimento tecnológico, evitando a confusão entre o autor e o mero investidor ou programador da ferramenta, e rejeitando a aplicação da moldura dos direitos conexos de interpretação à produção maquínica, dada a ausência de subjetividade e intenção artística na IAG.

4. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO CIVIL FRENTE À OPACIDADE ALGORÍTMICA

A efetividade da tutela dos direitos autorais e morais na era da IAG esbarra na dificuldade prática de provar o uso ilícito da obra humana no processo de treinamento, um fenômeno conhecido como opacidade algorítmica ou *black box*. A instrução probatória cível exige, portanto, uma adaptação dos princípios processuais para garantir o acesso à justiça e a paridade de armas, confrontados os autores individuais com grandes corporações de tecnologia. Essa problemática não é exclusiva do Brasil, sendo uma preocupação crescente em todos os ordenamentos que buscam regular a IAG.

4.1. Inversão do Ônus da Prova e Hipossuficiência

Em litígios de violação autoral envolvendo IAG, a prova de que a obra do demandante foi minerada e utilizada no *dataset* é, em regra, inacessível ao autor, que possui nítida hipossuficiência técnica e informacional perante o desenvolvedor. A informação sobre o funcionamento, o código fonte e as bases de treinamento do sistema de IA está ínsita à esfera de controle exclusivo da parte adversa.

Nesse diapasão, o Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, em seu Art. 373, § 1º, que permite a distribuição dinâmica do ônus da prova considerando as peculiaridades do caso e a maior facilidade de obtenção da prova, deve ser utilizado como um mecanismo essencial de proteção. A inversão do ônus da prova (*ope judicis*) se justifica como imperativo para que a empresa de tecnologia prove que seu *dataset* é lícito e que a obra gerada é absolutamente original ou foi criada a partir de fontes não protegidas. A jurisprudência, ao exigir dilação probatória no caso do TJSC para analisar a originalidade, implicitamente reconhece a complexidade e a hipossuficiência. Em Portugal, embora o regime da distribuição do ónus da prova seja tradicionalmente rigoroso (Art. 342º do Código Civil), a jurisprudência e a doutrina têm admitido flexibilizações, especialmente em situações de manifesta dificuldade probatória ou hipossuficiência de uma das partes, através dos chamados "ónus de prova mitigados" ou "provas diabólicas", o que converge com a necessidade de adaptação processual diante da opacidade algorítmica.

4.2. O Dever de Transparência Algorítmica e a Exibição de Dados

O Processo Civil deve ser instrumentalizado para impor o **dever de transparência algorítmica** como um dever processual, atuando o juízo com base no Art. 343 do CPC para determinar a exibição de documentos e dados. Isso se manifesta na exigência de exibição do *dataset* de treinamento e de informações sobre a composição do algoritmo, mesmo que sob cláusulas de confidencialidade rigorosas (*confidential disclosure orders*), garantindo que um perito judicial tecnológico possa auditar a materialidade da violação dos direitos exclusivos do autor.

A influência da regulação comparada, como o *AI Act* europeu – que, embora ainda em fase de implementação (previsão de plena aplicação em 2026), já sinaliza a tendência de impor deveres de transparência, especialmente para modelos de IAG de fins gerais, exigindo a divulgação de resumos detalhados sobre os dados utilizados no treinamento – reforça a

tendência de que o Direito material brasileiro deve criar um dever robusto de documentação. A recusa injustificada em fornecer o acesso a esses dados, sob a alegação genérica de segredo industrial, deve ser interpretada como um descumprimento do dever de cooperação processual (Art. 6º, CPC) e ser sancionada conforme as regras processuais. Em Portugal, a crescente discussão sobre a governança de algoritmos e a iminente entrada em vigor do *AI Act* europeu já impulsionam o debate sobre a necessidade de maior transparência e auditabilidade de sistemas de IA, o que inevitavelmente se refletirá em futuros litígios cíveis envolvendo direitos autorais.

5. O HORIZONTE REGULATÓRIO: *OPT-OUT* E A DEFESA DA EXPRESSÃO CRIATIVA HUMANA

A instabilidade jurídica evidenciada pelo protesto dos artistas globais e pelos primeiros litígios judiciais no Brasil sinaliza a urgência de uma resposta legislativa coordenada, focada na prevenção do uso não compensado e não autorizado via TDM. A experiência da União Europeia, através da Diretiva (UE) 2019/790, e a sua transposição para o ordenamento jurídico português, oferecem um caminho regulatório já testado e um modelo valioso para o Brasil.

O mecanismo mais coerente com a defesa dos direitos morais e patrimoniais do autor é o estabelecimento do **direito de *opt-out***. Este dispositivo legal permite ao titular do direito autoral expressamente vedar que sua obra seja incluída e utilizada no treinamento de IAG com fins comerciais, especialmente por meio de metadados legíveis por máquina. A adoção do *opt-out* transforma o silêncio (ou o ruído de estúdio vazio) de McCartney em uma negativa legalmente protegida, conferindo ao autor o controle sobre a destinação primária de sua manifestação intelectual. Portugal, ao implementar a Diretiva CDSM, já prevê essa possibilidade nos seus artigos que tratam das exceções e limitações ao direito de autor, permitindo que os titulares reservem o direito de reprodução para fins de TDM, inclusive por meios legíveis por máquina, conforme previsto no Art. 4º da Diretiva e transposto para o CDADC. Sem o *opt-out*, a obra humana se torna, por omissão legal, um bem de consumo industrial gratuito, caracterizando uma expropriação desautorizada do capital intelectual.

O desenvolvimento do arcabouço normativo brasileiro, seja através da reforma do Código Civil, seja pela aprovação do Marco Legal da IA (PL nº 2.338/2023), deve seguir a direção de:

1. **Regulamentação do TDM:** Criar exceções que permitam o TDM apenas para fins não comerciais ou de pesquisa científica, e exigir o direito de *opt-out* explícito para fins comerciais, inspirando-se diretamente na solução europeia implementada em Portugal. Esta abordagem equilibra o interesse público na pesquisa com o direito exclusivo do autor à exploração económica de sua obra.
2. **Responsabilidade Objetiva Reforçada:** Atribuir responsabilidade objetiva ou solidária ao desenvolvedor do modelo de IAG e ao proprietário da plataforma que a utiliza e explora economicamente, dada a atividade de risco inerente à tecnologia e o alto potencial de lesão em massa aos direitos de reprodução e autorais morais. Este princípio de responsabilidade, já presente em diversos setores regulados, é essencial para internalizar os custos sociais das novas tecnologias.
3. **Dever de Transparência e Auditabilidade:** Impor o dever de documentar a origem dos *datasets* e a metodologia de treinamento, criando um "Livro Registro Digital" de insumos, que possa ser judicialmente requerido pelos autores lesados, fornecendo o subsídio fático necessário para superar a barreira da *black box*. O futuro *AI Act* da União Europeia, que Portugal aplicará, já preconiza requisitos de documentação e transparência para os fornecedores de sistemas de IA, especialmente para modelos de IA de fins gerais, o que poderá servir de inspiração adicional para a legislação brasileira.

A tutela judicial, por sua vez, deve ser ágil em conceder medidas inibitórias e de urgência, reconhecendo a celeridade com que a tecnologia pode espalhar a violação e o dano à reputação e à integridade da obra, garantindo a pronta remoção de conteúdos violadores. A celeridade processual e a eficácia das providências cautelares são igualmente valorizadas no sistema jurídico português para a proteção de direitos de autor, permitindo uma resposta rápida face a violações em ambiente digital.

6. CONCLUSÃO

A Inteligência Artificial Generativa impõe uma reflexão profunda sobre o valor da criação humana. O Direito Autoral, em sua essência, protege o autor pessoa natural e a preservação de sua autoria como a materialização de seu intelecto. O protesto simbólico de artistas de renome global e a cautelosa decisão judicial brasileira no caso ECAD demonstram

que a principal ameaça legal se concentra no *input* – ou seja, no TDM ilícito – e na crise de originalidade que a opacidade algorítmica fomenta. O comparativo com a legislação portuguesa, que já transpôs a Diretiva (UE) 2019/790, evidencia a lacuna regulatória brasileira e a necessidade premente de um avanço legislativo.

Para assegurar a continuidade do sistema de *droit d'auteur* no Brasil, é imperativo que o poder regulatório intervenha com agilidade, blindando os direitos morais, que são personalíssimos e **direitos da personalidade derivados**, e regulando estritamente os direitos patrimoniais de reprodução. A possibilidade de enquadrar a produção de IAG ou o TDM como direitos conexos foi analisada, concluindo-se pela inadequação para os direitos de interpretação, dada a ausência de subjetividade e intenção artística na IAG. Contudo, a analogia com os direitos conexos de produção, que visam proteger o investimento, pode inspirar a criação de um direito *sui generis* para o produtor do sistema de IA. Este direito, porém, deve ser rigorosamente distinto da autoria, que permanece exclusiva do criador humano. A adoção do mecanismo de **direito de *opt-out***, como já feito em Portugal e no contexto europeu, e a imposição da **transparência dos *datasets*** tornam-se essenciais, fornecendo aos autores um meio eficaz de controle e ao Judiciário, os instrumentos processuais (como a inversão do ônus da prova) necessários para penetrar na *black box*.

A solução jurídica mais coerente exige o reconhecimento de um direito exclusivo atenuado (*sui generis*) para remunerar o investimento do desenvolvedor, dissociado, todavia, do direito autoral integral, mantido estritamente para o criador humano. Somente através dessa reengenharia normativa e processual, com inspiração nas melhores práticas internacionais e no direito comparado, o Direito garantirá que o avanço da IAG seja uma ferramenta de progresso tecnológico e não a consumação de um réquiem para os direitos morais, **derivados da personalidade**, e patrimoniais dos autores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em . Acesso em 17 de novembro 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em . Acesso em 17 de novembro 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 República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 fev. 1998.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

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: 26 de outubro 2025.

BRASIL. Proposta Legislativa nº 2.338/2023. Dispõe sobre o uso da inteligência artificial. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233. Acesso em: 30 de outubro de 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.

CHAVES, Cristiano. Direito Civil e a Era Digital: IA e Novos Desafios. Salvador: JusPodivm, 2024.

COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de regulamento que estabelece regras harmonizadas em matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União. 21 abr. 2021. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206. Acesso em: 27 outubro 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: 20 outubro 2025.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo. 23. ed. Salvador: JusPodivm, 2024.

DONEDA, Danilo. Proteção de Dados Pessoais e Inteligência Artificial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

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

GUERRA, Ana Isabel Sousa Magalhães. Direitos Conexos do Autor. Aulas de Direito Civil Comparado. Universidade Lusófona do Porto, Porto, 15 de dezembro de 2025.

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**.

MELLO, Alberto de Sá e. Inteligência Artificial e Direito de Autor. *Revista de Direito Intelectual*, Lisboa, n. 1, p. 7 – 23, 2023.

MELLO, Alberto de Sá e. Direitos Patrimoniais do Autor. Aulas de Direito Civil Comparado. Universidade Lusófona do Porto, Porto, 17 de novembro de 2025.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro Geral dos Direitos da Personalidade. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67941/70549/89373. Acesso em 25 de outubro de 2025.

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 . Acesso em 26 de outubro 2025.

PORTUGAL. Lei n.º 50/2023, de 28 de agosto. Transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE, e altera o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e legislação conexa. Diário da República, 1.ª série, n.º 166, de 28 de agosto de 2023.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC). Diário da República, 1.ª série, n.º 61, de 14 de março de 1985 (com as alterações subsequentes, incluindo as da Lei n.º 50/2023).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Agravo de Instrumento nº 5032376-37.2025.8.24.0000/SC. Relator Desembargador João Marcos Buch. Florianópolis, 31 de julho de 2025.

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

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE (Diretiva CDSM). Jornal Oficial da União Europeia L 130 de 17.5.2019.

EMPRESAS TRANSNACIONAIS E RELAÇÕES DE TRABLAHO: A IMPORTÂNCIA DE UM CONTEÚDO MÍNIMO DE GARANTIA DE DIGNIDADE AOS TRABALHADORES

Andrea Maria Limongi Pasold[1]

UNIVALI

DOI: https://doi.org/10.62140/AMLP538760924

Sumário: 1. Globalização: generalidades e efeitos perante o estado e o direito; 2. transnacionalidade e o direito; 3. direitos humanos e transnacionalidade; 4. efeitos da globalização e transnacionalidade nos direitos dos trabalhadores; 5. a inclusão da dignidade do trabalhador como direito humano na agenda transnacional: criação de conteúdo mínimo trabalhista; 6. considerações finais

Resumo: A globalização, ao romper barreiras territoriais, possibilita que empresas busquem mercados com menores custos de produção, frequentemente à custa da desvalorização da força de trabalho e do enfraquecimento de legislações protetivas, promovendo um retrocesso social e o aumento das desigualdades. A transnacionalidade das empresas desafia a eficácia dos ordenamentos jurídicos nacionais, demandando a criação de normas transnacionais que assegurem padrões mínimos de dignidade nas relações de trabalho, considerando a universalidade dos direitos humanos. Diante da insuficiência do Estado para regular as novas dinâmicas econômicas, torna-se imprescindível o compromisso de toda a Sociedade — incluindo empresas e investidores — com a função social da empresa e a proteção dos direitos dos trabalhadores. Para isso, são importantes os instrumentos internacionais como as Convenções da OIT, as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais e a ISO 26000, que estabelecem parâmetros para a responsabilidade social empresarial, incluindo condições mínimas de trabalho, igualdade, segurança, saúde e combate ao trabalho forçado e infantil. A adesão a essas práticas é voluntária, sugerindo-se ainda a sua certificação enquanto se debate a criação de um ordenamento jurídico global com força obrigatória.

Palavras-chave: Globalização; transnacionalidade; direitos humanos; dignidade do trabalhador

Abstract: Globalization, by breaking down territorial barriers, allows companies to seek markets with lower production costs, often at the expense of devaluing the workforce and weakening protective legislation, promoting social regression and increased inequality. The transnational nature of companies challenges the effectiveness of national legal systems,

1 Doutoranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI. andreapasold@gmail.com . https://orcid.org/0009-0005-6679-7483

demanding the creation of transnational norms that ensure minimum standards of dignity in labor relations, considering the universality of human rights. Given the State's inability to regulate new economic dynamics, a commitment from the entire society—including businesses and investors—to the social function of the company and the protection of workers' rights becomes essential. For this purpose, international instruments such as the ILO Conventions, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, and ISO 26000 are important, establishing parameters for corporate social responsibility, including minimum working conditions, equality, safety, health, and combating forced and child labor. Adherence to these practices is voluntary, and certification is suggested while the creation of a global legal framework with mandatory force is debated.

1. GLOBALIZAÇÃO: GENERALIDADES E EFEITOS PERANTE O ESTADO E O DIREITO

A globalização inicia pela economia. Um mercado global se estabelece com a distribuição de produtos por todo o mundo, sem fabricação no mesmo espaço territorial dessa distribuição. A fronteira deixa de ser espacial, para ser temporal e de outras ordens, como em relação à soberania dos Estados envolvidos.

Zygmunt Bauman descreveu como a "Grande Guerra de Independência em relação ao Espaço", em que as empresas movem seu capital e produção para onde encontram maiores vantagens financeiras. Ele afirma que as empresas pertencem aos seus investidores que, por isso, podem movê-las para onde entenderem melhor para maiores dividendos. E, como ressalta o autor, deixam a todos os demais, que são presos à localidade – empregados, fornecedores locais, e o próprio local – a "tarefa de lamber as feridas, de consertar o dano e se livrar do lixo".[2]

As mudanças de paradigma e de entendimento de quem são os atores principais, ou "pertencentes" às empresas no mundo globalizado, trazem consequências importantes ao mercado de trabalho, já que a busca pelos "melhores" mercados é também – ou precipuamente – pelo denominado menor custo na fabricação dos produtos que serão distribuídos e vendidos por vários continentes.

As consequências dessa reconfiguração são particularmente graves para o mercado de trabalho. A busca por "melhores" mercados traduz-se, precipuamente, na busca pelo

2 BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 15

menor custo de mão de obra, um processo que atribui valor econômico à "energia vital" das pessoas, desqualificando e desvalorizando a força de trabalho humana. As legislações protetivas, antes consideradas conquistas para garantir a dignidade do trabalhador, são agora vistas como entraves ao desenvolvimento econômico, resultando em um perigoso retrocesso social.

2. TRANSNACIONALIDADE E O DIREITO

Esse espalhamento das companhias por diversos territórios, aqui entendidos no sentido espacial, torna-as transnacionais. Não se trata de apenas manter filiais em outros países e assim se denominar "multinacionais", e sim abandonar fronteiras para o desenvolvimento das atividades lucrativas, podendo alterar o local de produção e distribuição sem qualquer limitador, inclusive o Estado.

Nas novas relações, não é suficiente o direito estatal nacional. Também não é o caso de se utilizar direito internacional como foi concebido, porque as dinâmicas comerciais e econômicas transpassam a relação entre Estados-nação, e se desenrolam com outras regras e ajustes.

Falar em um direito transnacional é possível para estabelecer formatos novos de regulamentações, que, independentemente de sua origem estatal ou não, assegurem um conteúdo mínimo de dignidade nas relações de trabalho, já que os Direitos Humanos seguem sendo primordiais e universais, como se tratará posteriormente.

"O ordenamento jurídico transnacional apareceria como um conjunto ou sistema, no sentido de que suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitário e internacional." [3]

Assim como produzem em territórios diversos e que podem ser alterados, empresas transnacionais distribuem os produtos por toda parte, o que, aliado ao estímulo de consumo do neoliberalismo, influencia também os hábitos de consumo por todo o mundo. Assim como a produção por locais – territorialmente falando – deixa de ser prestigiada pela empresa

3 CRUZ, Paulo Márcio, BODNAR, Zenildo (2009). **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.** *Revista Eletrônica Do CEJUR*, *1*(4). https://doi.org/10.5380/cejur.v1i4.15054

produtora, também o consumidor deseja os bens que vêm de toda parte, desconhecendo sua origem tanto em termos territoriais como de custo social.

Como adverte SILVA e SILVA: "Nessa senda, cabe considerar a expansão das empresas transnacionais como uma nova forma de colonização, influenciando diretamente o estilo de vida de uma população que possui cultura e costumes próprios, fazendo com que sempre existam alguns poucos Estados "globalizadores" e muitos outros "globalizados", aliás, situação comumente vista no processo de Globalização ao longo dos tempos".[4]

A equação é complexa: trabalhadores, especialmente do "chão de fábrica", estão fixados em seus territórios, que deixam de ser escolhidos pelas empresas para produção, o que acarreta a migração de muitos trabalhadores para onde estão as fábricas, gerando uma oferta dessa "mão de obra" além da necessidade, baixando a sua remuneração. Tanto os que recebem pouco em outros locais, quanto os que ficam, por sua vez, não conseguem consumir os produtos, e isso causa também uma crise. Sem obrigatoriedade de medidas mínimas garantidoras de subsistência, a própria roda de produção e consumo pode emperrar.

3. DIREITOS HUMANOS E TRANSNACIONALIDADE

Segundo André de Carvalho RAMOS, "Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna".[5] Monteiro DE BRITO FILHO define direitos humanos como "o conjunto de direitos necessários à preservação da dignidade humana"[6]. Historicamente pode-se falar de direitos humanos de forma organizada com a criação da Organização das Nações Unidades – ONU em 1945 a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH em 1948.

Quanto à denominação, direitos humanos são mais amplos, nesta distinção, relacionados ao direito internacional, cujas instituições garantem o cumprimento pelos Estados; incorporados pela Constituição de um país, passam ao status de direitos

4 SILVA, Carlos Roberto da. SILVA, Jéssica Caroline da. **DIREITO E TRANSNACIONALIDADE: DESAFIOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.** In Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 9, Jul.-Dez. p. 267-288.P. 281.

5 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 35.

6 DE BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Trabalho Decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno.** São Paulo: LTr, 2023, 6 ed. , p. 34.

fundamentais, pela escolha interna do Estado na sua incorporação, que pode ser abrangente ou mais restrita. Mas sempre para assegurar a dignidade da pessoa humana.

Não há um rol ou conjunto predeterminado desses direitos porque as necessidades humanas variam no tempo e nos territórios, mas alguns são aceitos amplamente como comuns, até porque oriundos de lutas históricas mais abrangentes, ainda que seu conteúdo possa variar.

Dentre as chamadas qualidades dos direitos humanos, interessa a universalidade, no sentido de reconhecimento de que são direitos de todos e todas, sem privilégios. À universalidade se contrapõe o relativismo cultural, defendido por quem entende que uma universalidade pode violar a soberania de alguns Estados. Mas a verdade é que deve existir um ponto básico de dignidade que seja universal, como o a inexistência de trabalho forçado/escravo, mutilação de crianças e mulheres, entre outros.

O Estado segue sendo responsável em caso de violação de direitos humanos, ainda que por particulares. Mas com tantas mudanças, será que é capaz? E mais, será suficiente? O Estado talvez não possa mais ser o único criador e controlador dos limites da exploração de trabalhadores, por exemplo, ao se pensar nas empresas transnacionais. O arcabouço de proteção aos direitos humanos pode não ser suficiente ou até adequado às novas conformações de relações econômicas e jurídicas.

4. EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE NOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

A Transnacionalidade, sob o foco da economia global, influenciada pela mecanização e pela inserção de alta tecnologia nas linhas de produção acarreta consequências sociais trabalhistas que desafiam a atual legislação dos Estados Constitucionais."[7]

É hora de refletir como as relações entre trabalhadores e empresas serão regidas considerando a manutenção da soberania e a função social dos Estados, que inclui garantir a dignidade da pessoa humana, o que inclui, naturalmente, o trabalhador.

7 SILVA, Carlos Roberto da. SILVA, Jéssica Caroline da. Ob.cit., p. 268.

Até o presente momento há um desmonte. A criação de sistemas de proteção aos trabalhadores a partir do reconhecimento da assimetria nas relações contratuais estabelecidas e a fundamentalidade de ser a pessoa o centro da relação, não seu objeto, que, portanto, exige proteção, está em sério risco.

Os ordenamentos jurídicos estatais desenvolvidos para garantir que a exploração da força de trabalho não seja ilimitada e, com isso, compor o sistema capitalista de uma contenção que garanta um mínimo existencial, são considerados agora ultrapassados e impeditivos ao desenvolvimento econômico.

Fala-se em desenvolvimento econômico, como se dele automaticamente viessem consumidores ao mercado pujante globalizado, e não a crescente exponencial das desigualdades sociais, já que saúde, habitação, alimentação, não são "hábitos de consumo", e sim necessidades vitais. O denominado mínimo existencial é descolado da função do Estado – não mais desejado que seja Social – e levado ao máximo da individualidade, sob o argumento da "reserva do possível".

Enquanto trabalhadores de algumas áreas – tecnologia, por exemplo - buscam empresas com boas condições de trabalho e opção de teletrabalho para residência em qualquer lugar – os nômades digitais -, e outros – trabalhadores braçais de fábrica - , naquilo que pouco foram atingidos pela onda de substituição do trabalhador pela máquina, se sujeitam às piores formas de trabalho, salários aviltantes e ambientes de trabalho inseguros, perigosos e insalubres.

5. A INCLUSÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR COMO DIREITO HUMANO NA AGENDA TRANSNACIONAL: CRIAÇÃO DE CONTEÚDO MÍNIMO TRABALHISTA

É a dignidade o valor supremo que atrai o conteúdo dos demais direitos fundamentais, a categoria que confere conteúdo ético aos direitos humanos, por estar na sua origem.

O trabalhador e a trabalhadora, como pessoas, têm, portanto o direito à dignidade. Mas como o trabalho é uma qualidade de quem o faz, a dignidade passa a ser específica, como uma nova categoria: dignidade do trabalhador[8], ou seja, um respeito às condições

8 Será utilizado o terminativo masculino para tratar genericamente o trabalhador e a trabalhadora.

mínimas de existência decente no meio ambiente laboral, uma proteção contra o tratamento degradante, discriminatório, inseguro, no trabalho.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra expressamente os direitos humanos relacionados ao trabalho nos arts. 23 e 24. Dentro disso, é importante se fixar um conteúdo mínimo da dignidade do trabalhador no contexto da transnacionalidade. De acordo com o que foi tratado até aqui, o que determinará o conteúdo de ação do Estado e da Sociedade no mundo globalizado (aqui entendidos os que globalizam e os globalizados) serão os valores essenciais a serem estabelecidos e preservados.

Com a presença das empresas transnacionais – que dada sua natureza intrínseca, são empresas de grande poderio econômico e, com isso, necessitam de grande quantidade de trabalhadores – os avanços na legislação trabalhista, enquanto protecionistas da parte hipossuficiente, acontecem no ritmo em que os legisladores criarem tais leis e os empresários, donos das empresas transnacionais, acordarem".[9]

Na percepção de SÍLVIA TEIXEIRA:

> "A nova forma de trabalho humano recrudece a exploração de mão de obra e o agravamento da pobreza. A globalização, acompanhada pela retirada do Estado da vida social, provoca direta e indiretamente uma redistribuição de renda; as desigualdades entre o capital e o trabalho se acentuam à medida em que a financeirização das empresas se expande"[10]

O discurso de que o custo trabalhista é alto para o empresariado e isso impede o verdadeiro desenvolvimento não é novo. Muda a linguagem, e atualmente se faz uma alienação do próprio trabalhador para que veja seu valor apenas e unicamente no seu esforço.

A história mostra que reduzir direitos não acelera e muito menos garante o desenvolvimento de uma nação, mesmo sendo o desenvolvimento apenas econômico. Pertencendo aos investidores, quando aquela empresa não servir mais aos seus interesses, em especial no mundo globalizado, basta mudar o investimento, até porque é o capitalismo

9 SILVA, Carlos Roberto da. SILVA, Jéssica Caroline da. Ob.cit., p. 282.
10 VALE, Silvia Teixeira do. LACERDA, Rosangela Rodrigues. **Curso de direito constitucional do trabalho.** São Paulo: Mizuno, 2025. p. 89.

financeiro, e não produtivo que impera. Sendo assim, não se pode permitir o retorno à barbárie que já existiu e teve seu pico no século XIX.

O valor social do trabalho também é um princípio a ser trazido à prática, e resgata a condição humanizante do trabalho. Sua efetivação se dá pelo cumprimento das normas trabalhistas em vigor, além da preservação e garantia de um meio ambiente do trabalho hígido, seguro, sadio, que preserve a integridade dos trabalhadores, onde quer que prestem seu serviço.

O que se vê são as companhias transnacionais indo em busca de locais em que não haja as normas trabalhistas que não desejam ter que obedecer, e é nisso que acaba consistindo a globalização do mundo do trabalho: a migração para locais com poucas normas, baixa fiscalização, Poder Judiciário não especializado.

Justamente por isso algumas normas devem ser universais, como por exemplo as relacionadas a patamar salarial, limites da duração do trabalho, ambiente saudável, entre outras. Se o direito nacional não contemplar o que garanta o mínimo para a dignidade dos trabalhadores, que haja um ordenamento global que o faça.

Isso porque, como lembra ALVES, "os direitos das pessoas que trabalham em contextos transnacionais estão entre as questões jurídicas, incluindo os retromencionados direitos humanos, que constituem a necessidade de uma lei transnacional, ou pelo menos um sistema de jurisdição para conflitos transnacionais.[11] Cabe também à Sociedade global atribuir valor aos direitos que garantam a dignidade do trabalhador em qualquer espaço territorial, e independentemente de quem seja o patrão.

O Estado deve cumprir sua função social, mas não só ele. É necessário se incorporar que a empresa também tem função social a cumprir, derivada da função social da propriedade. Nesse aspecto, o investidor é chamado a exercer função social, como proprietário, e não se está falando de ativos imobilizados, mas da atividade economicamente organizada. Isso é empresa, independentemente de onde está instalada, e ainda que não tenha sede física.

11 ALVES, Danilo Scramin. **Globalização, Transnacionalismo, Direitos Humanos e Jurisdição Trabalhista: Reflexões sobre o tratamento de conflitos laborais no contexto transnacional.** Revista de Direitos Fun.nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais| e-ISSN: 2525-9903| Encontro Virtual |v. 7 | n. 2 | p.59–79| Jul/Dez. 2021, p. 67.

Quando o particular não cumpre com a função social da propriedade, o Estado pode e deve intervir. O direito de propriedade é exercido na medida da sua finalidade, que também pode estar relacionada a determinada política pública, como a garantia de direitos mínimos dos trabalhadores em determinada empresa, independentemente de onde ela se situar e de onde eles prestarem os serviços. A função social da empresa não é um princípio de abstenção, e sim de ação, de comportamento dos gestores.

Segundo TEIXEIRA,

> "o desenvolvimento econômico depende da atividade empresarial, por meio de um círculo virtuoso de geração de empregos, consumo, aumento na produção e aumento do rendimento per capita da população. A empresa gera empregos, tributos e riquezas para a comunidade, de sorte que a descontinuidade de suas atividades pode prejudicar sobremaneira a sobrevivência econômica de determinada região"[12]

Não obstante a importância de um ordenamento global que traga obrigações e direitos mínimos para assegurar dignidade ao trabalhador como pessoa que é, e que esse ordenamento tenha força cogente e coercitiva, é possível que as próprias empresas firmem compromissos em todos os territórios que atuarem para oferecer os direitos mínimos, que não são apenas um mínimo existencial, que, para este estudo, vincula-se tão somente ao valor de salário para o sustento das necessidades básicas do trabalhador.

Isso porque embora todo princípio possa, em algum momento, ser afastado em situação concreta de conflito (ou aparência de conflito) com outro princípio, o mínimo existencial é da essência da humanidade, e não comporta afastamento ou exceção.

Uma opção para que empresas adotem interna e espontaneamente normas de conteúdo garantidor mínimo para os seus trabalhadores – independentemente do nome do vínculo que tenham – é a inversão da lógica habitual de punição a quem não cumpre determinadas regras, adotando-se premiação para quem cumpre. Isso porque normas e políticas internas podem ser consideradas dentro do chamado *soft law,* e, por isso, sua obrigatoriedade e exigência pelas autoridades tem limites por si só.

12 TEIXEIRA, Silvia do Vale. Ob. Cit., p. 117.

Sendo assim, podem existir certificações para as empresas que efetivamente tenham normas minimamente protetivas aos trabalhadores, dentro de um consenso razoável global, e tais certificações conferirem vantagens competitivas, como preferência para exportação, redução de carga tributária, juros menores em empréstimos junto a bancos também adotantes das medidas, ou seja, verdadeiro *compliance* ou governança social.

Enquanto não há um ordenamento global que traga obrigações e direitos mínimos para assegurar dignidade ao trabalhador, com força cogente e coercitiva, é possível que as próprias empresas firmem compromissos em todos os territórios que atuarem para oferecer os direitos mínimos, e aqui não é só um mínimo existencial, porque o mínimo existencial é da essência da humanidade, e não comporta afastamento ou exceção, nem deveria estar em pauta.

A OIT tem 8 (oito) convenções qualificadas de fundamentais sobre questões consideradas como princípios e direitos fundamentais do trabalho. são elas: Convenção n° 29 sobre o trabalho forçado ou obrigatório (1930); Convenção n° 87 sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização (1948); Convenção n° 98 – direito de sindicalização e de negociação coletiva (1949); Convenção n° 100 – igualdade de remuneração entre homens e mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor (1951); Convenção n° 105 – abolição do trabalho forçado (1951); Convenção n° 111 – sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão (1958); Convenção n° 138 – idade mínima de admissão ao emprego (1973); Convenção n° 182 – sobre Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação (1999).

Especificamente sobre meio ambiente laboral, são as Convenções n.148 e 155 da OIT. A Convenção n.148 trata da proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho. Já a Convenção n.155 trata da segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, aplicando-se a todas as áreas de atividade econômica e a todos os trabalhadores abrangidos.

Nada proíbe ou impede que as empresas adotem as diretrizes de tais convenções, independentemente do Estado em que estão localizadas tenham ou não ratificado. É uma adesão para condução dos negócios, que parametriza.

Pode-se também utilizar como ponto de partida para a reflexão sobre o tema as Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais. No item V, Emprego e Relações de Trabalho, constam, por exemplo, as seguintes obrigações:

> "1. As empresas deverão, no âmbito da legislação aplicável, dos regulamentos e das relações de trabalho e práticas de emprego em vigor, bem como das normas de trabalho internacionais aplicáveis, evitar quaisquer práticas e relações de trabalho ilegais, de acordo com as expectativas de devida diligência descritas nos Capítulos II e IV: c) Contribuir para a abolição efetiva do trabalho infantil e adotar medidas imediatas e eficazes para garantir urgentemente a eliminação das piores formas de trabalho infantil. d) Contribuir para a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório e adotar medidas imediatas e eficazes para a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório com caráter de urgência. e) Orientar todas as suas operações pelo princípio da igualdade de oportunidades e tratamento no trabalho e não discriminar os seus trabalhadores em relação ao trabalho ou ocupação com base na raça, cor, sexo, idade, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, deficiência ou outra condição, a menos que a seletividade em relação às características do trabalhador tenha o objetivo de fazer face a políticas governamentais estabelecidas que promovam especificamente uma maior igualdade de oportunidades de trabalho ou se relacione com os requisitos inerentes a um trabalho. f) Proporcionar um ambiente de trabalho seguro e saudável de acordo com a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho."[13]

Importante destacar que são feitas várias referências à associação sindical pelos trabalhadores, que é outra forma de se estabelecer as normas mínimas e que são adequadas a cada atividade econômica e suas especificidades, e ter abrangência territorial conforme a ocupação da empresa. É evidente que há dificuldade em se estabelecer regras gerais globais, porque, assim como os direitos humanos em geral, também a dignidade do trabalhador tem

13 OECD (2023), Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/663b7592-pt.

conteúdo que varia no tempo e no espaço. São conteúdos criados historicamente e respeitando regionalidades, mas há valores intrínsecos que devem, sim, ser respeitados em todos os lugares. O trabalho escravo não é algo a ser debatido conforme o local de serviço: deve apenas ser abolido, sob qualquer circunstância.

Pode ser estimulada a Negociação Coletiva Transnacional. O fortalecimento da atuação sindical em escala global permite a criação de acordos coletivos que contemplem as especificidades de cada setor e as necessidades regionais dos trabalhadores, promovendo um diálogo construtivo entre capital e trabalho.

Nas Diretrizes, a respeito das empresas transnacionais:

> "4. a) Cumprir as normas de trabalho, de acordos contratuais e de relações de trabalho em todas as suas operações. b) Quando as empresas multinacionais operam noutros países, os salários, benefícios e condições de trabalho oferecidos nas suas operações não devem ser menos favoráveis para os trabalhadores do que aqueles oferecidos por empregadores comparáveis no país anfitrião. Quando não existirem empregadores comparáveis, as empresas devem oferecer os melhores salários, benefícios e condições de trabalho possíveis, no âmbito das políticas governamentais e das normas internacionais aplicáveis. Esses fatores devem estar relacionados com a posição económica da empresa, mas devem ser, pelo menos, adequados para atender às necessidades básicas dos trabalhadores e das suas famílias. c) Manter os mais elevados padrões de segurança e saúde no trabalho. 5. Na medida do possível, empregar mão de obra local nas suas operações, e oferecer formação para melhorar os seus níveis de qualificação, em cooperação com representantes dos trabalhadores e, quando apropriado, com as autoridades governamentais relevantes."

As diretrizes levam em consideração a importância da Organização Internacional do Trabalho – OIT para fixação justamente desse conteúdo mínimo desejável para os trabalhadores na nova conformação transnacional, trazendo os Estados à responsabilidade pela garantia, com ratificação das Convenções essenciais, pelo menos, e também as empresas para a forma de cumprimento, envolvendo, assim, a Sociedade.

Estas diretrizes são desprovidas de sanções em caso de não respeito. São ações voluntárias da responsabilidade social da empresa. Todavia, as diretrizes foram revisadas em 2000, e impõem uma certa obrigação aos Estados uma vez que a ratificaram, os obrigando a instaurar o Ponto de Contato Nacional - PCN, fundamentado na inobservância das diretrizes da OCDE.[14] De toda forma, esse instrumento não pode substituir as regras nacionais e aos procedimentos jurisdicionais tradicionais que sejam eficientes e obrigatórios.

Dentro das diretrizes sobre responsabilidade social, a ISO 26000 foi publicada em 2010, dando a primeira definição para a responsabilidade social das empresas em uma concepção internacional.[15]

> "A normativa ISO 2600 é aplicável a todos os tipos de organização empresarial, coletividades locais e ONG, independentemente do tamanho ou do ramo de atividade. Ali são definidos 07 (sete) temas: governança corporativa (transparência, diálogo social com as partes interessadas), direitos humanos, condições e relações de trabalho e meio- ambiente, boa prática empresarial, questões relativas à sociedade e ao consumidor."[16]

Há ainda o Pacto mundial das Nações Unidas (2000), uma iniciativa voluntária, pela qual as empresas, associações, organizações não-governamentais, são convidadas a respeitar os dez princípios universalmente aceitos, no que diz respeito aos direitos humanos, as normas de direito do trabalho, do meio ambiente e a luta contra a corrupção.[17]

O cumprimento das normas deve ser também para quem explora mão de obra sem o vínculo de emprego direto, como nas terceirizações, situação das mais comuns nas grandes organizações produtivas. Na ausência do vínculo, as empresas devem atuar em conformidade com a devida diligência, enquadrando-se na teoria do risco e com responsabilidade por toda a cadeia de fornecimento, o que se aplica também em relações de serviço de curta duração.

> "Como confirmação da hipótese de validade e cogência própria que decorrem das normas de *soft law,* as recomendações obrigam as

[14] https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/camex/pcn
[15] DE ARAUJO, Juliana Frauches. **Responsabilidade social das empresas transnacionais.** Revista de Direito, v. 12, n. 1, p. 6, 2020. P. 11
[16] DE ARAUJO, Juliana Frauches. Ob. Cit., p. 12.
[17] DE ARAUJO, Juliana Frauches. Ob.cit., p.13

> empresas transnacionais a exigirem dos envolvidos na sua cadeia produtiva ações de respeito e promoção dos Direitos Humanos. Não obstante, operacionaliza canais de circulação para execução eficaz dos seus preceitos, elencando autoridades nacionais que são responsáveis por dirimir controvérsias que envolvam as diretrizes em potenciais situações de violações de Direitos Humanos pelas empresas, sem pretensões de competência exclusiva."[18]

Ainda a OIT, que instituiu o trabalho decente como o objetivo central de todas as suas políticas e programas, trouxe, primeiro, a Declaração de Princípios e Direitos Humanos básicos no trabalho, de 1998, que elegeu como direitos humanos mínimos do trabalhador a erradicação do trabalho infantil, a erradicação do trabalho escravo, a liberdade sindical e a não discriminação no trabalho.

Depois vieram mais três declarações importantes: a Declaração da OIT sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa, de 2008; a atualização da Declaração Tripartite para Empresas e Direitos Humanos, de 2017; e a Declaração do Centenário da OIT, de 2019.

A do centenário, de 2019, proclama como imperativo um futuro do trabalho mais justo, inclusivo e seguro, com pleno emprego e dignidade para todos, como condição prévia para o desenvolvimento sustentável.[19]

Tratando especificamente da regulação das atividades das empresas transnacionais, em 2017 o Conselho de Administração da OIT aprovou uma revisão da Declaração Tripartite sobre Empresas Multinacionais e Política Social, que tem como objetivo fomentar a contribuição positiva das empresas multinacionais com o progresso econômico e social, bem como em relação à efetivação do trabalho decente para todos.

É exatamente através dessa norma que a OIT também aposta numa governança global. E a própria Organização mostra que é possível, tendo um papel mais resolutivo em questões especialmente graves. A OIT teve um papel de liderança em resposta ao desastre

18 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018. P. 157.

19 SAMPEDRO, Maximiliano Lannes. **Empresas transnacionais, direitos humanos e responsabilidade social empresarial: a atuação e os desafios normativos da Organização Internacional do Trabalho para proteção de direitos humanos dos trabalhadores.** 2021., p. 84.

da fábrica de Rana Plaza em 2013[20] e teve envolvimento na governança do Acordo sobre Segurança Contra Incêndios e Edifícios em Bangladesh. Ela conseguiu estabelecer um acordo de natureza vinculante com o envolvimento de múltiplas partes interessadas, o que assegurou a reparação das vítimas e propiciou o estabelecimento de um novo marco regulatório no país, capaz de melhorar gradualmente as condições de trabalho e manter os pressupostos econômicos que sustentam a indústria de roupas prontas na região, que é algo importante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar então que há meios de concretização dos direitos humanos aplicados aos trabalhadores no universo transnacional. Se pela criação de um ordenamento transnacional, global, se pela adoção das chamadas boas práticas com exigência e conferência para exercício de atividades, se pelo melhor cumprimento de Convenções da OIT, é algo a se refletir e debater com os atores envolvidos, e não apenas pela via habitual de imposição estatal.

A construção de um ordenamento jurídico transnacional com força cogente segue como o ideal, mas a efetivação da dignidade do trabalhador no mundo globalizado não pode esperar, demanda ação coordenada e imediata da sociedade global. É a responsabilidade compartilhada que poderá tornar possível o desenvolvimento econômico que não se faça ao custo da dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Danilo Scramin. Globalização, Transnacionalismo, Direitos Humanos e Jurisdição Trabalhista: Reflexões sobre o tratamento de conflitos laborais no contexto transnacional. Revista de Direitos Fun.nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais| e-ISSN: 2525-9903| Encontro Virtual |v. 7 | n. 2 | p.59–79| Jul/Dez. 2021

[20] Em que morreram 1133 trabalhadores e mais de 2500 ficaram feridos, todos empregados de confecções de fast fashion, como a rede de lojas britânica Primark, a italiana Bennetton e as espanholas Mango e El Corte ingles.. No local havia cinco fábricas de confecção, um banco e um shopping center. Consta que o problema na estrutura do edifício foi diagnosticado por um engenheiro na véspera, e ele recomendou a interdição. Após o aviso, os empregados do banco evacuaram o prédio, e os empregados das confecções foram obrigados a ir trabalhar no dia seguinte.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2021

CRUZ, Paulo Márcio, BODNAR, Zenildo (2009). A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. *Revista Eletrônica Do CEJUR*, *1*(4). https://doi.org/10.5380/cejur.v1i4.15054

DE BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. Trabalho Decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2023, 6 ed.

DE ARAUJO, Juliana Frauches. Responsabilidade social das empresas transnacionais. Revista de Direito, v. 12, n. 1, p. 6, 2020.

OECD (2023), Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/663b7592-pt.

SAMPEDRO, Maximiliano Lannes. Empresas transnacionais, direitos humanos e responsabilidade social empresarial: a atuação e os desafios normativos da Organização Internacional do Trabalho para proteção de direitos humanos dos trabalhadores. 2021.

SILVA, Carlos Roberto da. SILVA, Jéssica Caroline da. DIREITO E TRANSNACIONALIDADE: DESAFIOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. In Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 9, Jul.-Dez. p. 267-288.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Interfaces do Direito Global. 2. ed. ampl. atual. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.

VALE, Silvia Teixeira do. LACERDA, Rosangela Rodrigues. Curso de direito constitucional do trabalho. São Paulo: Mizuno, 2025.

ENTRE A SUBORDINAÇÃO E A AUTONOMIA APARENTE: A EXPANSÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O ESVAZIAMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO

Between subordination and apparent autonomy: the expansion of work relations and the erosion of the employment relationship in contemporary capitalism

Ângela Barbosa Franco[1]

Centro Universitário de Viçosa – Univiçosa

DOI: https://doi.org/10.62140/ABF944081256

Sumário: 1. Introdução; 2. A reconfiguração do trabalho na era digital e a tensão sobre o Direito do Trabalho; 3. Informalidade e fragilização da proteção laboral; 4. A regulação do trabalho por aplicativos: algumas perspectivas do direito europeu e o cenário legislativo brasileiro; 5. Considerações finais.

Resumo: A presente pesquisa se atenta às relações firmadas entre empresas-plataformas que fazem a intermediação da prestação de serviços de motorista e de entrega, na medida em que desvelam uma reconfiguração das formas de inserção laboral que se distanciam da estrutura clássica do Direito do Trabalho, especialmente no que diz respeito à centralidade da relação de emprego como núcleo protetivo. O problema que orienta este estudo consiste em compreender de que modo a expansão de vínculos laborais para além do emprego tradicional fragiliza garantias históricas e compromete a eficácia dos direitos laborais. O objetivo é analisar os reflexos na proteção jurídica do trabalhador, diante da crescente flexibilização, plataformização e difusão de uma ideologia de autogerenciamento. A investigação, de abordagem qualitativa e exploratório-analítica, baseia-se em revisão bibliográfica. O artigo explora a ascensão do trabalho mediado por plataformas, evidenciando como a aparente autonomia mascara novas formas de subordinação algorítmica. Destaca as taxas de informalidade e o contingente de trabalhadores sem carteira assinada como sinais diretos do enfraquecimento do vínculo empregatício formal. Também analisa o percentual de trabalhadores em plataformas digitais que não são reconhecidos como empregados, apesar da reprodução de subordinação material e dependência econômica. Os resultados indicam que a expansão de relações de trabalho para além do emprego formal é expressão de um projeto que desloca o risco empresarial para o indivíduo. Modalidades como o trabalho por aplicativo revelam a permanência da subordinação sob o disfarce da autonomia, impulsionando um labor desprovido da proteção trabalhista. A narrativa do empreendedorismo obscurece a percepção de exploração, tornando o trabalhador cúmplice na erosão de seus direitos. Conclui-se que, embora a relação existente entre as empresas-plataforma e a classe trabalhadora possa ampliar oportunidades, sua expansão sem regulação adequada intensifica a precariedade. Assim, defender e atualizar o conceito de emprego, para

[1] Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Doutora em ciências jurídicas privatísticas pela Universidade do Minho, Portugal. E-mail: angelafranco@univicosa.com.br. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3575-2934

que sejam desenvolvidos mecanismos protetivos para trabalhadores fora do modelo clássico, é um desafio essencial para a preservação do caráter tutelar do Direito do Trabalho.

Palavras-chave: relação de emprego; plataformização do trabalho; precarização.

Abstract: This article examines the relationships established between platform-based companies that intermediate driver and delivery services, highlighting a reconfiguration of labor insertion that departs from the classical framework of Labor Law, particularly the centrality of the employment relationship as the core of worker protection. The study seeks to understand how the expansion of labor relations beyond traditional employment weakens historically consolidated guarantees and undermines the effectiveness of labor rights. Its objective is to analyze the impacts on workers' legal protection in a context marked by increasing flexibilization, platformization, and the diffusion of an ideology of self-management. Adopting a qualitative and exploratory-analytical approach, the research is based on a literature review. The article explores the rise of platform-mediated work and demonstrates how apparent autonomy conceals new forms of algorithmic subordination. It highlights informality rates and the growing number of workers without formal employment registration as direct indicators of the erosion of the formal employment bond. It also analyzes the proportion of digital platform workers who are not legally recognized as employees, despite the persistence of material subordination and economic dependence. The findings indicate that the expansion of labor relations beyond formal employment reflects a broader project that transfers entrepreneurial risk to the individual worker. App-based work exemplifies the continuity of subordination under the guise of autonomy, resulting in labor arrangements largely deprived of labor-law protection. The entrepreneurship narrative obscures the perception of exploitation and contributes to workers' participation in the erosion of their own rights. The article concludes that, although platform-based work may expand opportunities, its unregulated growth intensifies precariousness. Consequently, defending and updating the concept of employment, alongside the development of protective mechanisms for workers outside the classical model, remains a central challenge for preserving the protective function of Labor Law.
Keywords: employment relationship; platform labor; precarization.

1. INTRODUÇÃO

A emergência das modalidades de prestação de serviços, mediadas por plataformas digitais, desafia a classificação atinente à natureza jurídica do trabalho executado e suscita debates sobre a adequação do arcabouço protetivo laboral. Diante desse contexto, questiona-se de que maneira a expansão de vínculos de trabalho que não se enquadram no modelo de emprego formal impacta a efetividade das garantias historicamente consolidadas, resultando em um processo de fragilização da proteção social do trabalhador.

O objetivo central desta investigação é analisar, sob uma perspectiva crítica, a falta de proteção jurídica, em um ambiente marcado pela flexibilização contratual, pela ascensão da economia de plataforma e pela disseminação de uma ideologia empresarial que promove o autogerenciamento e o empreendedorismo individual. Para tanto, a metodologia adotada

consiste em uma pesquisa de natureza qualitativa, com caráter exploratório-analítico, fundamentada em revisão bibliográfica que abrange doutrinadores do Direito do Trabalho e da Sociologia, bem como na análise de dados estatísticos, na utilização de legislações estrangeiras e de jurisprudências como paradigmas.

O percurso argumentativo se inicia com a análise da plataformização do trabalho, examinando como a aparente autonomia oferecida aos trabalhadores pode mascarar novas e sofisticadas formas de subordinação. Em seguida, o estudo se aprofunda na análise da informalidade e da fragilização da proteção trabalhista, utilizando dados empíricos para demonstrar a disparidade de rendimentos e de acesso a direitos entre trabalhadores formais e informais. Por fim, o artigo ressalta a importância de se preservar os direitos fundamentais frente ao fenômeno da deslaborização. Para isso, destaca as legislações da Espanha, da Itália e de Portugal, por reconhecerem os limites da autonomia quando há subordinação por algoritmos, e evidencia a necessidade de o Direito brasileiro adotar uma regulação mais eficaz e abrangente, que transcenda a dicotomia tradicional entre trabalho subordinado e autônomo, a fim de garantir a dignidade dos trabalhadores intermediados por plataformas digitais.

2. A RECONFIGURAÇÃO DO TRABALHO NA ERA DIGITAL E A TENSÃO SOBRE O DIREITO DO TRABALHO

O capitalismo contemporâneo revela uma profunda transformação nas formas de organização laboral que se distanciam da estrutura clássica do Direito do Trabalho, cujo núcleo protetivo se assenta na relação de emprego formal com direitos e garantias trabalhistas.

O exemplo emblemático dessa transformação é a chamada uberização do trabalho, mediada por plataformas digitais que conectam diretamente consumidores e prestadores de serviço sem estabelecer um vínculo empregatício reconhecido formalmente. O trabalho que se dissemina pelas plataformas como Amazon, Uber, iFood, Rappi, entre outras, vem assumindo características cada vez mais próximas de uma forma específica de organização laboral que, apesar das diferenças entre as atividades desempenhadas, são nominadas pelas empresas-plataforma como trabalho autônomo. Acontece que esse trabalho constitui uma forma intensificada e precarizada de exploração de trabalhadores e trabalhadoras de maneira que o capitalismo de plataforma recupera formas pretéritas de trabalho, sem proteção legal. Ao mesmo tempo desloca a centralidade da relação de emprego para formas de trabalho

autogestionadas pelo próprio trabalhador, sob controle algorítmico e com pouca ou nenhuma intervenção sindical ou jurídica efetiva (Antunes, 2023).

A relação entre trabalhadores e plataformas digitais torna-se controversa quando se constatam evidências de exploração e intensificação do trabalho. A realidade vivida por motoristas ou entregadores aponta para uma subordinação material via algoritmos, que gerenciam ritmo, tempo e condições de trabalho, embora as empresas afirmem oferecer autonomia. O ajuste contratual firmado entre motoristas de Uber e a plataforma ilustra essa contradição: embora a prestação de serviços esteja sujeita a regras de uso, mecanismos de controle e critérios de desempenho, juridicamente esses trabalhadores são frequentemente classificados como prestadores de serviços autônomos (Carelli, 2021). Tal classificação enfraquece a proteção jurídica, pois exclui direitos como salário-mínimo, jornada regulamentada e seguridade social, dentre outros.

Segundo Huws (2014), a mediação do labor pelas plataformas não representa uma forma livre de trabalho, mas parte de um processo mais amplo de precarização. Para a autora, a expansão das tecnologias não elimina o trabalho humano; ao contrário, incorpora-o em novas cadeias produtivas, frequentemente sem proteção adequada. Sob a mesma ótica, Signes (2015) enfatiza que a emergência desse tipo de organização do trabalho, apesar de criar situações em que o trabalhador é formalmente classificado como "autônomo", na prática está sujeito a condições que se aproximam de uma subordinação funcional típica da relação de emprego. Essa desconexão entre a realidade material do trabalho e sua classificação jurídica gera um vácuo de proteção que ignora as garantias estabelecidas pelo ordenamento jurídico trabalhista.

Ao analisar os contratos ajustados com empresas-digitais que ofertam o transporte e o motorista que se vincula à plataforma, Leme (2019) assevera que a aproximação das relações empregatícias é distorcida e polêmica, devido às estratégias de *marketing* bem manipuladas do aplicativo. Segundo a autora, a partir de um discurso tendencioso, a empresa-plataforma atribui a falaciosa sensação ao trabalhador de que é um empreendedor e não um empregado. Assim, nomeia-o como "microempresário", equipara-o ao motorista de táxi e confere ao vínculo de emprego o termo "parceria". Para Leme (2019), os verbetes citados seduzem o trabalhador, que passa a se perceber como empresário de si mesmo, responsável exclusivo por seu sucesso ou fracasso, naturalizando riscos, instabilidades e perdas de direitos.

Teodoro (2017) utiliza a expressão "síndrome de patrão" para descrever um fenômeno ideológico e subjetivo que se dissemina no contexto contemporâneo do trabalho, especialmente a partir da flexibilização das relações laborais e da difusão do discurso do empreendedorismo. Trata-se da internalização, pelo próprio trabalhador, de valores, racionalidades e expectativas típicas do empregador, mesmo quando ele se encontra em posição objetiva de subordinação econômica e jurídica. Com a mesma percepção Antunes (2023, p. 521) afirma que "os trabalhadores/as se metamorfoseiam, então, em empreendedores, que devem imaginar seu modo de vida como uma forma de empresariamento, uma espécie de burguês-de-si-próprio". O trabalhador rejeita a identidade de empregado, recusa a proteção trabalhista e passa a enxergar direitos como custos, a legislação como obstáculo e a organização coletiva como sinal de fraqueza. O discurso da autonomia, da meritocracia e da autogestão encobre a persistência de relações assimétricas de poder, nas quais o controle, a dependência econômica e a subordinação permanecem presentes, ainda que sob novas formas. Logo, o trabalhador, ao adotar a lógica patronal, tende a responsabilizar a si mesmo pelas condições precárias de trabalho e a deslegitimar a atuação do Estado e do Direito do Trabalho.

Esse fenômeno evidencia uma tensão sobre o Direito do Trabalho, pois a proteção jurídica deixa de ser reivindicada por aqueles a quem se destina. O trabalhador que equivocadamente se considera proletário de si mesmo torna-se cúmplice da erosão de seus próprios direitos, contribuindo para o esvaziamento do caráter tutelar da legislação e para a consolidação de uma precarização estrutural. O Direito do Trabalho, para os trabalhadores intermediados por plataformas digitais, passa a ser percebido como anacrônico, incompatível com a lógica da inovação, da flexibilidade e do empreendedorismo individual. Tem-se, assim, uma crise estrutural, relacionada à dificuldade do modelo jurídico tradicional em enquadrar e regular formas contemporâneas de trabalho que se apresentam como autônomas, mas reproduzem dependência e subordinação.

3. INFORMALIDADE E FRAGILIZAÇÃO DA PROTEÇÃO LABORAL

Os trabalhadores intermediados por plataformas digitais frequentemente vivenciam condições marcadas por subordinação material e dependência econômica, especialmente por meio do controle algorítmico da atividade laboral, da definição unilateral de preços, da distribuição de tarefas e da possibilidade de sofrer penalidades como a desativação de contas. Tal cenário demonstra a dissociação entre autonomia jurídica formal e a efetiva condição de

trabalho, aprofundando a lacuna entre os modelos tradicionais de proteção trabalhista e as novas formas de organização produtiva baseadas em tecnologia digital.

Dados recentes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) indicam uma expansão significativa do trabalho mediado por plataformas digitais no Brasil. Entre 2022 e 2024, o número de pessoas ocupadas nessas atividades cresceu aproximadamente 25,4%, passando de 1,3 milhão para 1,7 milhão (IBGE, 2024). Esse crescimento, contudo, não foi acompanhado pela ampliação de mecanismos de proteção social.

Estimativas da PNAD Contínua apontam que cerca de 71,1% dos trabalhadores em plataformas se encontram em situação informal, sem contribuição regular para a Previdência Social. Apenas 35,9% contribuem para o INSS, percentual substancialmente inferior ao observado entre trabalhadores não inseridos em plataformas, cuja taxa de contribuição gira em torno de 62% (IBGE, 2024).

A precariedade associada à informalidade manifesta-se de forma ainda mais evidente na diferença de rendimentos. Estudos indicam que o rendimento médio mensal do trabalho informal corresponde a cerca de 64% do auferido por trabalhadores com vínculo formal (IBGE, 2024; OIT, 2023). Embora a PNAD Contínua registre crescimento da renda média no país, que alcançou aproximadamente R$ 3.528 no terceiro trimestre de 2025, a desagregação dos dados por tipo de vínculo revela profundas assimetrias (IBGE, 2025). Empregados com carteira assinada tendem a apresentar maior estabilidade e acesso a um conjunto de direitos, enquanto trabalhadores informais, incluindo grande parte dos que atuam em plataformas, enfrentam maior insegurança econômica (IBGE, 2025).

As diferenças citadas reforçam a importância do vínculo formal de emprego como fator de segurança. A expansão do trabalho plataformizado, ao não assegurar patamares mínimos de proteção, amplia os riscos de instabilidade financeira, dificulta o acesso a políticas de assistência e compromete a formação de direitos previdenciários, aprofundando desigualdades.

Antunes (2023), ao analisar a uberização do trabalho e a plataformização como expressões estruturantes do capitalismo digital, sustenta que o labor mediado por plataformas como Uber, iFood e Rappi não pode ser compreendido como mera inovação tecnológica. Trata-se, segundo o autor, de uma forma contemporânea de exploração do trabalho que aprofunda a precarização, ao mesmo tempo em que se apresenta sob o discurso da autonomia. São modalidades de trabalho marcadas por jornadas extensas e intensificadas, remuneração reduzida e por uma lógica que se apresenta como impessoal, na qual sistemas

algorítmicos exercem o comando e o controle sobre os tempos, os ritmos e as tarefas executadas. Ademais, a intensificação do trabalho se manifesta por meio de metas continuamente elevadas, exigindo dos trabalhadores desempenho crescente e constante.

Esse processo contribui para a ocultação da relação laboral, convertendo trabalhadores formalmente assalariados em supostos "empreendedores de si mesmos", embora continuem submetidos a formas sofisticadas de controle, especialmente por meio da gestão algorítmica. Assim, os trabalhadores passam a arcar com os custos relativos à aquisição ou manutenção dos meios de trabalho, como veículos, aparelhos celulares e equipamentos específicos, a exemplo das mochilas utilizadas por entregadores, o que intensifica a dependência econômica e transfere ao indivíduo encargos que, no modelo clássico, seriam de responsabilidade das empresas.

4. A REGULAÇÃO DO TRABALHO POR APLICATIVOS: ALGUMAS PERPECTIVAS DO DIREITO EUROPEU E O CENÁRIO LEGISLATIVO BRASILEIRO

Para o Direito do Trabalho brasileiro, a relação de emprego pressupõe a coexistência de cinco pressupostos: trabalho prestado por pessoa física, com pessoalidade, de forma não eventual, subordinada e mediante contraprestação, conforme os artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (Brasil, 1943). Delgado (2018) explica que esses pressupostos são fático-jurídicos, pois ao se manifestarem na realidade o Direito lhes deve conferir um tipo legal específico. Com base nisso, os juristas se amparam nos elementos inerentes da relação de emprego, previstos na legislação celetista, para identificar se o trabalhador é um empregado. Entretanto, pelo fato da norma edificada, no século passado, ter como uma relação de trabalho industrial, comercial e de serviços, que se distancia da atual dinâmica do trabalho plataformizado, a interpretação dos subsídios fáticos possui perspectivas diversas.

Percebe-se isso nas decisões dissonantes da Justiça do Trabalho, no Brasil, sobre a natureza jurídica da relação entre trabalhadores de aplicativos e plataformas. As plataformas sustentam que seus motoristas são "parceiros" autônomos, enquanto sindicatos e juristas apontam para formas sofisticadas de controle que remetem a uma subordinação disfarçada.

Essa divergência motivou a apresentação do Recurso Extraordinário (RE) 1.446.336 ao Supremo Tribunal Federal (STF), cujo assunto é tema de repercussão geral (Tema 1291). A Corte definirá se existe vínculo de emprego entre motoristas e plataformas (Brasil, 2024b). A tendência de decisão ainda é incerta e reflete uma profunda divisão institucional e

conceitual. Vale destacar que a Primeira Turma do STF, já se manifestou pela inexistência de vínculo de emprego entre motoristas e plataformas fundamentado no reconhecimento de modelos de trabalho alternativos e à interpretação de que a Constituição admite outras formas de contratação, distintas da relação de emprego tradicional (Brasil, 2023a). Outro ponto a ser considerado é que o STF, em decisões como a ADPF 324 e o RE 958.252 (Tema 725), ao validar a terceirização de atividades-fim, sinalizou que a Constituição Federal não impõe um modelo único de relação de trabalho, abrindo espaço para arranjos contratuais diversos (Brasil, 2018). Essa linha de pensamento, que prioriza a livre iniciativa, sugere uma inclinação a não reconhecer o vínculo empregatício, tratando os trabalhadores de aplicativos como autônomos.

Ainda assim, não se pode considerar que a ausência de ordens diretas de um superior hierárquico, afasta a existência de vínculo de emprego. O conceito de subordinação algorítmica surge como uma releitura da subordinação jurídica clássica, adaptada à era digital. Segundo essa perspectiva, o controle é exercido de forma impessoal e contínua por meio de algoritmos que definem tarifas, monitoram o desempenho, distribuem tarefas, aplicam sanções e podem até excluir o trabalhador da plataforma. Essa gestão algorítmica não apenas reproduz, mas intensifica os mecanismos de supervisão, esvaziando o discurso de autonomia (Franco, 2022). Afinal, se há o controle, ainda que seja do "trabalho morto", expressão utilizada por Antunes (2023) para se referir ao maquinário digital como dominante e condutor de todo processo produtivo, há o elemento nuclear da relação de emprego, tutelado pelo Direito do Trabalho: a subordinação.

Essa visão ganhou força no Tribunal Superior do Trabalho (TST), por proferir decisões reconhecendo o vínculo com base na subordinação algorítmica (Brasil, 2020; Brasil, 2023b). Tribunais superiores de países como Reino Unido, França, Espanha e Itália também já se posicionaram favoravelmente ao reconhecimento de vínculo laboral (Franco, 2022).

Quanto à normatização, na Espanha, para tentar superar o impasse sobre a natureza jurídica dos contratos firmados com os trabalhadores e as plataformas digitais, é aprovada a Ley Rider, Real Decreto-ley 9/2021(Espanha, 2021). A norma altera o estatuto dos trabalhadores de maneira que se presume o vínculo de emprego, e não a prestação de serviços autônomos, quando a plataforma exerce, por meio dos algoritmos, poderes de organização, direção e controle da atividade. Ou seja, fica a cargo da empresa-plataforma provar a inexistência de subordinação do trabalhador de acordo com a atividade concretizada. A lei espanhola beneficia o trabalhador de maneira que a tecnologia não elimina a existência da

subordinação. Ela permite que Direito do Trabalho garanta proteção jurídica efetiva aos trabalhadores de plataformas digitais.

Na Itália, a Lei nº 128/2019 estabelece proteções mínimas para as pessoas que realizam entregas de mercadorias por meio de aplicativos. A plataforma deve fornecer um contrato escrito com informações claras sobre as condições de trabalho e de segurança. Também precisa assegurar um salário-mínimo horário, baseada em convenções coletivas, adicional para trabalho noturno, além de prever proteção contra discriminação e exclusão injusta da plataforma, proteção de dados e seguro contra acidentes, saúde e maternidade (Itália, 2019). Embora a norma classifique os entregadores como trabalhadores autônomos, aplica algumas das garantias típicas do trabalho subordinado. Vale ainda destacar que há precedente jurisprudencial considerando que quando a atividade do entregador é organizada pela plataforma de forma contínua e sob controle algorítmico, essa relação pode caracterizar uma espécie de vínculo com proteção equivalente à do trabalho subordinado (Itália, 2023).

Em Portugal, a regulação do trabalho intermediado por plataformas digitais, que abrange motoristas e entregadores, é mais uma referência. A Lei n.º 13/2023 (Portugal, 2023), conhecida como a Agenda do Trabalho Digno acrescentou o artigo 12.º-A ao Código do Trabalho (Portugal, 2009), estabelecendo, assim como a Lei Espanhola, uma presunção de contrato de trabalho para os prestadores de atividades sob o controle, direção ou organização da plataforma digital, inclusive, quando estão sob o comando algorítmico. A lei inverte o ônus da prova, cabendo à plataforma demonstrar que não existe subordinação. Outro ponto importante é que a legislação portuguesa reforça a transparência algorítmica, garantindo aos trabalhadores o direito a serem informados sobre os critérios de decisão dos algoritmos que afetam as condições de trabalho, a remuneração e a atribuição de tarefas.

No que concerne à regulamentação da temática no Brasil, há proposta, como Projeto de Lei Complementar (PLP) n.º 12/2024 (Brasil, 2024a). O projeto classifica os trabalhadores como autônomos e em termos de direitos, assemelha-se às anteriormente citadas legislações europeias ao buscar garantir um piso de remuneração por hora trabalhada, a inclusão previdenciária obrigatória e a transparência algorítmica. Contudo, o modelo brasileiro não adota a presunção de laboralidade, como em Portugal e Espanha, para estender as proteções do trabalho subordinado. Enquanto as leis europeias facilitam o reconhecimento do vínculo de emprego quando há controle algorítmico, o PLP brasileiro opta por uma via intermediária, focada em direitos sociais e econômicos específicos para os trabalhadores intermediados por plataformas digitais.

Diante desse cenário, no Brasil, aguarda-se a decisão do STF que pode seguir seus próprios precedentes, reforçando a flexibilidade dos contratos, ou se alinhar à evolução doutrinária e jurisprudencial, nacional e internacional, atualizando o conceito de subordinação para proteger uma nova classe de trabalhadores precarizados. A decisão final terá um impacto definidor sobre o futuro do Direito do Trabalho. O que se espera no desfecho das discussões é que a definição da natureza jurídica da relação entre trabalhador e a empresa-plataforma não resulte em um retrocesso social, mas sim na consolidação de um patamar civilizatório que garanta segurança jurídica e dignidade no labor.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transição para o capitalismo de plataforma não representa apenas uma inovação tecnológica, mas uma reconfiguração do labor que tensiona os alicerces do Direito do Trabalho. Essa reconfiguração digital e a informalidade que ela desvela é fomentada por uma pretensa autonomia celebrada pelo discurso do empreendedorismo que pode ocultar uma subordinação algorítmica sofisticada, transferindo os riscos do empreendimento exclusivamente ao trabalhador.

Diante do esvaziamento da relação de emprego formal, é preciso pacificar a temática por meio de um arcabouço normativo que transcenda a dicotomia clássica entre autonomia e subordinação, assegurando a preservação dos direitos fundamentais.

A pacificação deste debate exige a criação de mecanismos jurídicos eficazes que neutralizem as estratégias de exploração camufladas como parcerias e autogerenciamento. É fundamental que o ordenamento jurídico evolua para reconhecer o vínculo laboral sempre que a realidade fática demonstrar a presença de controle, dependência econômica e direção das atividades, independentemente da roupagem contratual adotada. A experiência internacional, como as legislações da Espanha, Itália e Portugal, demonstra a pertinência de se reconhecer os limites da autonomia quando a prestação de serviços é mediada por subordinação algorítmica. Ao estabelecerem presunções de laboralidade ou garantias mínimas que independem da classificação formal do contrato, esses países admitem que o controle tecnológico pode ser tão ou mais rigoroso que a supervisão humana direta.

Assim, torna-se imperativo que o Direito brasileiro avance para além da dicotomia tradicional entre o trabalho subordinado clássico e o autônomo. É necessária uma regulação mais eficaz e abrangente, capaz de oferecer uma proteção jurídica que transcenda rótulos contratuais e assegure, efetivamente, a dignidade dos trabalhadores intermediados por

plataformas digitais, impedindo que a inovação tecnológica se converta em um mecanismo de precarização social.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, R. Uberização do trabalho e capitalismo de plataforma: uma nova era de desantropomorfização do trabalho? **Análise Social**, v. 58, n. 248, p. 512–532, 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar n.º 12/2024**. Dispõe sobre a relação de trabalho intermediado por empresas operadoras de aplicativos de transporte remunerado privado individual de passageiros em veículos automotores de quatro rodas e estabelece os direitos e deveres desses trabalhadores e das empresas operadoras. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2024a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2419243. Acesso em: 28 jan. 2026.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 ago. 1943.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324**: licitude da terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Relator: Ministro Roberto Barroso. Plenário. Brasília, 30 ago. 2018. Acórdão publicado em 06 set. 2019. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584. Acesso em: 23 jan. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 60.347-MG**: ofensa a precedentes sobre formas alternativas de relação de emprego. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 1ª Turma. Brasília, 05 dez. 2023a. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;rcl:2023-12-05;60347-6666088. Acesso em: 23 jan. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.446.336**. Relator: Ministro Edson Fachin. Tema 1.291 de Repercussão Geral. Brasília, 2 mar. 2024b. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?classeProcesso=RE&incidente=6679823&numeroProcesso=1446336&numeroTema=1291. Acesso em: 23 jan. 2026.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066**. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Decisão em 11 de abril de 2022. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 07 fev. 2020, p. 52. Disponível em:

https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=
Consultar&conscsjt=&numeroTst=100353&digitoTst=02&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=01&var aTst=0066&submit=Consultar. Acesso em: 10 jan. 2026.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº RR-536-45.2021.5.09.0892**: reconhecimento de vínculo de emprego entre plataforma digital e ciclista entregador de alimentos. 2ª Turma, relatora Desembargadora convocada Margareth Rodrigues Costa. Brasília, 10 out. 2023b. Disponível em: https://www.tst.jus.br/web/guest/-/2%C2%AA-turma-reconhece-v%C3%ADnculo-de-emprego-entre-plataforma-e-ciclista-entregador-de-alimentos. Acesso em: 10 jan. 2026.

CARELLI, R. L. O caso Uber e o controle por programação: de carona para o século XIX. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, v. 9, n. 13, p. 177-207, maio 2021. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/188682. Acesso em: 5 jan. 2026.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

ESPANHA. Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo de 2021. Por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 12 mayo 2021. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-7840. Acesso em: 10 jan. 2026.

FRANCO, A. B. **O controle algorítmico das plataformas digitais sobre o destino laborativo do trabalhador**. Belo Horizonte: Arraes, 2022.

HUWS, U. **Labor in the Global Digital Economy: the Cybertariat Comes of Age**. New York: Monthly Review Press, 2014.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: trabalho por aplicativos e informalidade. **Agência de Notícias IBGE**, 2024. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/44806-numero-de-trabalhadores-por-aplicativos-cresceu-25-4-entre-2022-e-2024. Acesso em: 20 jan. 2026.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: rendimento médio do trabalho**. Rio de Janeiro: IBGE, 2025. Disponível em: https://sidra.ibge.gov.br/home/pnadcm. Acesso em: 20 jan. 2026.

ITALIA. Legge n. 128, 2 novembre 2019. Conversione in legge, con modificações, do decreto-lei 3 setembro 2019, n. 101, recante disposições urgentes para a tutela do trabalho e para a resolução de crises empresariais. **Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana**: serie generale, Roma, n. 257, 2 nov. 2019. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/11/02/19G00138/sg. Acesso em: 28 jan. 2026.

ITALIA. Tribunale di Milano (Sezione Lavoro). **Sentenza n. 6979/2023**, de 28 de setembro de 2023. Uber Eats Italy S.r.l. vs. NIdiL-CGIL, Filcams-CGIL e Filt-CGIL. Relatora: Pazienza. Milão, 2023. Disponível em: https://tribunale-milano.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Sentenza_n_25505_2023_del_28_09_2023_Sezione_Lavoro_Dott_Pazienza.pdf. Acesso em: 28 jan. 2026.

LEME, A. C. R. P. **Da máquina à nuvem**: Caminhos para o acesso à justiça pela via de direitos do motorista da Uber. São Paulo: LTr, 2019.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Global labour income trends and informality**. Genebra: OIT, 2023. Disponível em: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/global-labour-income-trends/lang--en/index.htm. Acesso em: 20 jan. 2026.

PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Código do Trabalho: aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro. Lisboa: Assembleia da República, 2009. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475. Acesso em: 28 jan. 2026.

PORTUGAL. Lei n.º 13/2023, de 3 de abril. Altera o Código do Trabalho e legislação conexa, no âmbito da agenda do trabalho digno. **Diário da República**: série I, Lisboa, n. 66, 3 abr. 2023. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/13-2023-211340863. Acesso em: 28 jan. 2026.

SIGNES, A. T. **The End of the Subordinate Worker**: Sharing Economy, On-Demand Economy, Crowdsourcing, Uber Economy and Other Ways of Outsourcing. December 21, 2015.

TEODORO, M. C. M. A "síndrome de patrão" do trabalhador e o futuro das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, v. 63, n. 95, p. 101-116, 2017.

DEVIDA DILIGÊNCIA SUSTENTÁVEL E EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CADEIA GLOBAL DE ALIMENTOS: DA *SOFT LAW* À RESPONSABILIDADE VINCULANTE NA GOVERNANÇA TRANSNACIONAL

Due diligence for sustainable procedures and horizontal effectiveness of fundamental rights in the global food chain: from soft law to binding accountability in transnational governance

Bárbara Dayana Brasil[1]

Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL)

DOI: https://doi.org/10.62140/BDB397221906

Sumário: 1. Introdução; 2. A cadeia global de alimentos e a exposição a violações de direitos fundamentais; 3. Os instrumentos de *soft law* e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; 4. Devida diligência sustentável e a responsabilidade jurídica vinculante: o marco CSDDD; 5. Conclusão.

Resumo: A partir da complexidade das cadeias globais de alimentos que impõe desafios à proteção e a efetivação dos direitos humanos em escala transnacional, o artigo analisa a devida diligência sustentável como instrumento normativo e de governança transnacional para a responsabilização das empresas quanto aos impactos sociais, ambientais e econômicos de suas atividades, conforme delineado nas recentes diretrizes da União Europeia e nas estratégias da FAO para 2022–2031. A pesquisa parte da hipótese de que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, aplicada à lógica das cadeias produtivas, constitui parâmetro indispensável à construção de modelos empresariais comprometidos com o desenvolvimento sustentável. Adota-se o método dedutivo, com revisão bibliográfica e análise documental de instrumentos internacionais relevantes, a fim de articular o marco jurídico da sustentabilidade empresarial com as obrigações decorrentes da devida diligência ambiental e de direitos humanos. A investigação demonstra que o fortalecimento da governança global dos sistemas alimentares impõe a internalização dos direitos fundamentais no núcleo das relações econômicas privadas. Deste modo, a devida diligência sustentável opera como eixo para a consolidação de uma economia alimentar global orientada pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, evidenciando a interdependência entre a regulação jurídica, a segurança alimentar e a dignidade humana nas cadeias globais de valor.

Palavras-chave: devida diligência sustentável; direitos fundamentais; eficácia horizontal; cadeia global de alimentos; governança global.

[1] Professora de Direito Internacional, Direitos Humanos e Direito Constitucional do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Pós-doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Doutorado em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). E-mail: barbaradayanabrasil@gmail.com. Link ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1281-3469.

Abstract: Given the complexity of global food chains, which poses challenges to the protection and realization of human rights on a transnational scale, this article analyzes sustainable due diligence as a normative and transnational governance instrument for holding companies accountable for the social, environmental, and economic impacts of their activities, as outlined in recent European Union guidelines and FAO strategies for 2022–2031. The research hypothesizes that the horizontal effectiveness of fundamental rights, applied to the logic of production chains, constitutes an indispensable parameter for building business models committed to sustainable development. A deductive method is adopted, with bibliographic review and documentary analysis of international instruments, in order to articulate the legal framework of corporate sustainability with the obligations arising from environmental and human rights due diligence. The investigation demonstrates that strengthening the global governance of food systems requires the internalization of fundamental rights at the core of private economic relations. Thus, sustainable due diligence acts as a cornerstone for consolidating a global food economy guided by the Sustainable Development Goals, highlighting the interdependence between legal regulation, food security, and the protection of human dignity in global value chains.

Keywords: sustainable due diligence; fundamental rights; horizontal effectiveness; global food chain; global governance.

1. INTRODUÇÃO

Um mundo que enfrenta cada vez mais riscos demanda uma atuação cooperativa de todos os agentes em todos os níveis para salvaguardar os meios de vida, preparar o planeta para o futuro e assegurar resultados sustentáveis[2]. Neste quadro, a cadeia global de alimentos reveste-se da maior relevância, sendo reconhecida pela FAO como parte dos sistemas que precisam se tornar mais eficientes, inclusivos, resilientes e sustentáveis[3].

Neste ponto, identifica-se o contexto sobre o qual recai o problema de pesquisa relativo a crescente identificação de violações de direitos humanos ao longo de toda a cadeia global, do campo ao consumo. As violações abrangem diferentes formas de exploração, que incluem riscos laborais, trabalho infantil, à saúde e segurança[4] e questões ambientais[5]. O problema agrava-se, pois, muitos casos, ocorrem em Estados que carecem de capacidade ou

[2] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA. Marco estratégico para 2022–2031. Disponível em: https://openknowledge.fao.org/server/api/core/bitstreams/45f12eb4-4625-4a59-af29-8305379fc710/content. Acesso em: 1 nov. 2025.

[3] Idem, p.10.

[4] RAPIOR, Myriiam C.; OBERHAUSER, Marc. Violações dos direitos humanos nas cadeias globais de valor: uma estrutura de governança localmente fundamentada. Journal of Business Ethics, 2025.

[5] SCHILLING-VACAFLOR, Almut; GUSTAFSSON, Maria-Therese. Integrating human rights in the sustainability governance of global supply chains: exploring the deforestation-land tenure nexus. Environmental Science and Policy, v. 154, 2024.

vontade de responsabilizar as empresas, e o recurso judicial no Estado de origem da empresa ou em um terceiro Estado é difícil do ponto de vista jurídico, e raramente bem-sucedido[6].

Com isso, revela-se a necessidade de compreender a transição de *soft law* à obrigatoriedade jurídica nas práticas empresariais de sustentabilidade e respeito aos direitos fundamentais. Com base na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, busca-se analisar a devida diligência sustentável como ferramenta de governança transnacional sobre as cadeias globais de alimentos. A hipótese é de que a Diretiva de Devida Diligência Corporativa da União Europeia (CSDDD) caracteriza uma expressão da horizontalidade dos direitos fundamentais como um novo paradigma transnacional de responsabilidade.

Por meio de uma abordagem exploratória e descritiva, baseada no método dedutivo, busca-se identificar as peculiaridades da cadeia global de alimentos e a exposição a violações de direitos fundamentais. Na sequência, serão abordados os principais instrumentos de *soft law* e a eficácia horizontal os direitos fundamentais, para ao final, abordar-se a devida diligência sustentável e a responsabilidade jurídica vinculante a partir do marco da Diretiva de Devida Diligência Corporativa (CSDDD).

Assim, pretende-se compreender a devida diligência sustentável como expressão de uma racionalidade jurídica na governança das cadeias globais de alimentos, em que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se converte em parâmetro para efeito da responsabilização empresarial.

2. A CADEIA GLOBAL DE ALIMENTOS E A EXPOSIÇÃO A VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A cadeia global de alimentos refere-se aos sistemas e processos envolvidos na produção, processamento, distribuição e consumo desses produtos e abrangem toda a jornada dos produtos agrícolas, da fazenda ao consumidor[7]. Diante da amplitude da cadeia,

[6] WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. Sustainability experts discuss human rights in agriculture value chains. Disponível em: https://www.wbcsd.org/news/sustainability-experts-discuss-human-rights-in-agriculture-value-chains/. Acesso em: 1 nov. 2025.

[7] Normalmente, envolve várias etapas e participantes, como agricultores, fornecedores de insumos agrícolas (como sementes, fertilizantes e pesticidas), produtores agrícolas, processadores, distribuidores, varejistas e consumidores. BADACCHE, Farid; DELBÉ, Christéle. Agricultural supply chains: environmental & human rights issues. Disponível em: https://ksapa.org/agricultural-supply-chains-environmental-and-human-rights-issues/. Acesso em: 11 nov. 2025.

são inúmeras as denúncias por abusos de direitos fundamentais a alcançar uma gama variada de direitos, em especial quanto as condições de trabalho[8].

No mundo todo, milhões de adultos e crianças[9] sofrem abusos trabalhando para obter matérias-primas, atuando em fazendas e fabricando produtos para o mercado global. Praticamente todas as atividades básicas dos sistemas agroalimentares (produção primária, processamento, distribuição, consumo e descarte) e suas interações com os sistemas socioeconômicos e ambientais apresentam aspectos críticos, deficiências e obstáculos[10].

De acordo com o Fórum Econômico Mundial, o sistema de alimentos representa cerca de dois terços de todos os empregados da economia global[11]. As pessoas que cultivam, colhem, coletam, processam e embalam mercadorias e produtos nas cadeias de fornecimento de alimentos globais são trabalhadores essenciais e tem enfrentado condições mais voláteis[12]. No contexto em que os meios de vida sofrem o impacto de problemas como a crise climática, conflitos, instabilidade econômica, e outras circunstâncias, a própria condição de trabalho tem sido considerada adversa. Além disso, diante da natureza sazonal e precária do trabalho, que costuma se dar em regiões rurais isoladas, especialmente, os trabalhadores rurais enfrentam altos riscos de exploração, de modo que, a agricultura representa a quarta maior parcela de trabalho forçado por setor em termos globais[13].

[8] De acordo com a análise publicada pela KnowTheChain, as 60 maiores empresas do setor alcançaram média de apenas 16 em 100 pontos na avaliação sobre medidas de prevenção e combate a riscos de exploração laboral em suas cadeias produtivas. Após seis anos de monitoramento, o estudo aponta estagnação diante das atuais crises geopolíticas e climáticas que ampliam a vulnerabilidade socioeconômica dos trabalhadores. BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. Food and beverage companies failing to protect workers from forced labour risks. Disponível em: https://www.bhrrc.org/en/from-us/press-releases/food-and-beverage-companies-failing-to-protect-workers-from-forced-labour-risks/. Acesso em: 11 nov. 2025.

[9] A OIT estima cerca de 250 milhões de crianças trabalhadoras em todo o mundo. Pelo menos 120 milhões de crianças entre 5 e 14 anos de idade trabalham em tempo integral. De acordo com a OIT, a maioria absoluta está em países "em desenvolvimento". Embora as estatísticas não mencionem, há um significativo contingente de crianças e adolescentes em situações que envolvem riscos. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Combatendo o trabalho infantil: guia para educadores. Brasília: OIT, 2001.

[10] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA, 2022, p. 10.

[11] WORLD ECONOMIC FORUM. New nature economy report II: the future of nature and business. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Future_Of_Nature_And_Business_2020.pdf. Acesso em: 11 nov. 2025.

[12] Idem, p. 10.

[13] Idem, p. 10.

Os abusos quanto a exploração laboral[14] e trabalho infantil não encerram o quadro e estão frequentemente relacionados a outras questões graves de direitos humanos[15] e ambientais, como exploração de povos indígenas, conversão de terras em áreas agricultáveis[16], impactos sobre territórios de populações tradicionais[17], desmatamentos[18], degradação ambiental e uso insustetável de recursos[19], emissões de gases de efeito estufa[20] e outras consequências a gestão da segurança alimentar humana e da saúde animal[21].

Outro aspecto identificado na cadeia global de alimentos relaciona-se a captura, por grandes atores que controlam sementes, insumos, canais e preços, pressionando pequenos produtores e reduzindo capacidade de barganha[22], além de envolvimento com corrupção, não apenas em relação aos órgãos que supervisionam o setor, como os que operam na

[14] Grupos marginalizados, como mulheres, jovens e trabalhadores indígenas e migrantes, bem como trabalhadores temporários e trabalhadores informais, frequentemente enfrentam condições de trabalho abusivas ou insalubres. A situação das mulheres apresenta riscos específicos: nos países em desenvolvimento, 43% da força de trabalho agrícola é composta por mulheres, mas o agronegócio tende a classificar as tarefas femininas como não qualificadas e pagar-lhes menos do que aos homens. OECD; FAO. OECD-FAO guidance for responsible agricultural supply chains. Paris: OECD Publishing. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/9789264251052-en. Acesso em: 11 nov. 2025.

[15] Muitos trabalhadores agrícolas sofrem acidentes e doenças ocupacionais. A exposição às intempéries, o contato com animais ou plantas perigosas, o uso de produtos químicos, posturas de trabalho difíceis e longas jornadas, além de ferramentas e máquinas perigosas, contribuem para questões de saúde. Idem, p. 58.

[16] Alterações no uso da terra, perda de áreas de proteção natural, como pântanos, manguezais e florestas de altitude que mitigam os efeitos de desastres naturais, ou a diminuição ou degradação dos recursos naturais, incluindo a redução da qualidade, quantidade e disponibilidade de água doce, podem resultar em maior vulnerabilidade relacionada à segurança da comunidade. Idem, p. 58.

[17] Entre 39 investimentos agroindustriais de grande escala analisados pelo Banco Mundial e pela UNCTAD, a posse da terra foi a causa mais comum de queixas para as comunidades afetadas devido a disputas relacionadas a direitos informais de uso e à falta de transparência sobre o processo de aquisição de terras. Idem, p. 61.

[18] Em relação ao desmatamento, a produção agrícola é responsável por entre 90 e 99% do desmatamento na zona tropical. SCIENCE DAILY. Agriculture drives more than 90% of tropical deforestation. Disponível em: https://www.sciencedaily.com/releases/2022/09/220908172312.htm. Acesso em: 11 nov. 2025.

[19] Segundo a OECD, cadeias agrícolas respondem por cerca de 70% do uso de água doce. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Responsible agriculture supply chains. Disponível em: https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct/responsible-agriculture-supply-chains.html? Acesso em 11 nov. 2025.

[20] Os sistemas alimentares mundiais são responsáveis por mais de um terço das emissões globais antropogênicas de gases de efeito estufa. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA Food systems account for more than one third of global greenhouse gas emissions. Disponível em: https://www.fao.org/newsroom/detail/Food-systems-account-for-more-than-one-third-of-global-greenhouse-gas-emissions/ Acesso em 11 nov. 2025.

[21] 60% dos patógenos que causam doenças infecciosas em humanos são de origem animal. Essas doenças, conhecidas como zoonoses, podem ser transmitidas por animais domésticos ou selvagens. Idem, p. 58.

[22] OECD; FAO. OECD-FAO guidance for responsible agricultural supply chains. Paris: OECD Publishing. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/9789264251052-en. Acesso em: 11 nov. 2025. As três maiores gestoras de investimentos do mundo têm participação acionária em 21 das 31 corporações que comandam o sistema alimentar globalizado. Levantamento feito pelo Joio mostra que, somadas, BlackRock, Vanguard Group e State Street Global Advisors têm as maiores fatias sobre 16 dessas empresas entre elas, Coca-Cola, Pepsico, Tyson Foods (do setor de carnes) e Bunge (gigante do setor de grãos). PERES, João. Mercado financeiro: três empresas controlam metade das corporações do sistema alimentar. Disponível em: https://ojoioeotrigo.com.br/2024/03/mercado-financeiro-sistema-alimentar/ Acesso em 11 nov. 2025.

alocação de créditos subsidiados pelo governo e práticas de superfaturamento nas vendas para órgãos governamentais para a distribuição de valores entre agentes públicos[23].

A questão é complexa e alcança, inclusive, o uso de pesquisas científicas na cadeia produtiva, visto que tanto o material genético quanto o conhecimento tradicional de povos indígenas, comunidades locais e agricultores, podem gerar abusos específicos relacionadas ao acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional, sobretudo, no que diz respeito aos direitos de propriedade intelectual[24].

Neste cenário é que a Agenda 2030 e os objetivos de desenvolvimento sustentável exigem mudanças transformadoras, abordagens integradas e soluções que reconheçam o papel crucial da agricultura sustentável[25]. O próprio conceito de segurança alimentar, conforme o ODS 2 (Fome Zero) constitui a base da Agenda 2030 e está ligado à necessidade urgente de erradicar a pobreza extrema, enfrentar os desafios climáticos, construir resiliência comunitária e gerir de forma responsável os recursos naturais e a biodiversidade[26].

Portanto, em vista do que se observa sobre a exposição da violação de direitos humanos e ambientais na cadeia global de alimentos, o alcance dos objetivos da Agenda 2030 exige uma transformação nos sistemas agroalimentares com instrumentos de governança global sobre o tema. A transição desses sistemas para modelos que impactam positivamente é necessária tanto para evitar os riscos associados à perda da natureza quanto para atender às demandas cada vez maiores de investidores e outras partes interessadas para que as empresas contribuam com a sustentabilidade[27].

3. OS INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW* E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora as reflexões sobre a relação entre o poder econômico e as respectivas responsabilidades remontem ao desenvolvimento histórico do próprio capitalismo e da

[23] Conforme a FAO e a OCDE, os órgãos que supervisionam o setor fundiário estão entre as entidades públicas mais afetadas pela corrupção. OECD; FAO. OECD-FAO guidance for responsible agricultural supply chains. Paris: OECD Publishing. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/9789264251052-en. Acesso em: 11 nov. 2025.
[24] Idem, p. 69.
[25] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA, 2022, p. 10.
[26] Idem, p. 10.
[27] Idem, p. 10.

forma como se estruturam as conexões entre Estado, mercado e sociedade, é possível identificar uma paulatina vinculação da racionalidade econômica às questões sociais[28].

No presente estudo, a análise delimita-se a partir dos anos sessenta e setenta, quando se identificou um movimento de integração da economia e de liberalização dos mercados em escala mundial, que acarretou o processo de globalização[29], com implicações no debate político, social e jurídico.[30] Neste período, houve uma eclosão do debate público sobre as responsabilidades das empresas, visto que o mundo industrial configurado a partir de então, passou a apresentar efeitos prejudiciais ao meio ambiente e aos equilíbrios sociais, tendo como consequência grandes níveis de frustração em determinados setores da população [31].

Direcionou-se, então, uma cobrança dos movimentos sociais em relação a questões de caráter social e ambiental, especialmente durante a Guerra do Vietnã, a partir de um movimento de boicote à aquisição de produtos e ações na bolsa de empresas que estivessem ligadas ao conflito, o que resultou na prática, na adoção de mecanismos, por algumas empresas, de transparência nas informações sobre as ações desenvolvidas nestas áreas[32].

Ao longo dos anos oitenta, grupos de pressão identificaram que os benefícios das estratégias das multinacionais eram localizados e resultavam em custos sociais elevados e passaram a direcionar a atribuição de responsabilidades pelos efeitos sociais às empresas. Na altura, acentuou-se a importância das multinacionais e o capitalismo como motor da globalização com consequências sobre as desigualdades entre as regiões do globo terrestre[33].

Dentre os inúmeros debates, pode-se referir a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992, a partir da qual se elaboraram documentos como a Agenda 21 e a Declaração do Rio, nos quais se definiram estratégias para o desenvolvimento sustentável. Na sequência, foram elaborados acordos internacionais de ordem comercial, trabalhista, ambiental, que culminaram com o Pacto Global das Nações Unidas e com os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos.

---

28 PERDIGUERO, Tomás G. La responsabilidad social de las empresas en un mundo global. Barcelona: Editorial Anagrama, 2003. p. 19.

29ARNAUD, André-Jean. O direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 17.

30 FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005. p. 36.

31 PERDIGUERO, 2003, p. 139.

32 TORRES, Ciro. Responsabilidade social das empresas. In: AYRES, Andrea Ribeiro; SOARES, Flávia Passos; BARTHOLO JR., Roberto (orgs.). Ética e responsabilidade social. Brasília: SESI, 2002.

33 WALLERSTEIN, Immanuel. The capitalist world-economy. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

Tanto o Pacto Global quanto os Princípios Orientadores voltam-se a promover práticas empresariais para apoiar e respeitar a proteção dos direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção[34]. Ambos foram adotados como iniciativas voluntárias e inicialmente, sem mecanismo de monitoramento. No Pacto Global, após intenso criticismo, estabeleceu-se um mecanismo de sanção para as empresas que não apresentassem comunicação de progresso e um mecanismo de recebimento de reclamações escritas para assistência e acompanhamento da solução da reclamação.[35] Nos Princípios Orientadores, também não foi previsto mecanismo de denúncia ou queixa na qual as vítimas de abusos de direitos humanos pudessem pleitear reparação[36].

Com isso, identificou-se que os códigos de conduta adotados pelas empresas ou por organizações internacionais, estabeleciam mecanismos insuficientes de supervisão e monitoramento, pelo que se revelaram inefetivos[37]. Por outro lado, há quem compreenda como ponto de partida para o reconhecimento de que seria necessária a imposição de obrigações[38]. Nos últimos anos, tem-se procurado meios pelos quais as empresas possam ser diretamente responsabilizadas pelos efeitos adversos que causam aos direitos humanos[39].

Historicamente, o dever de proteger os direitos humanos tem sido regido pelo princípio da territorialidade para o qual o Estado está obrigado a exercer devida diligência para prevenir e responder por violações a direitos humanos dentro do seu território[40]. Desta forma, o obrigado primário, pelo direito internacional, para garantir que as empresas

---

34 WOUTERS, Jan; CHANÉ, Anna-Luise**.** Multinational Corporations in International Law. KU Leuven Working Paper, n. 129, dez. 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/272241501_Multinational_Corporations_in_International_Law. Acesso em: 25 out. 2025. p. 15

35 WESCHKA, Marion. Human rights and multinational enterprises: how can multinational enterprises be held responsible for human rights violations committed abroad? Disponível em: https://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_3_a_625_662.pdf. Acesso em: 25 out. 2025.

36 HUIJSTEE, Mariëtte van; RICCO, Victor; CERESNA-CHATURVERDI, Laura. Como usar os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos da ONU para pesquisa e incidência: um guia para organizações da sociedade civil. Amsterdam: SOMO, 2023.

37 REINISCH, August. The changing international legal framework for dealing with non-state actors. In: ALSTON, Peter (ed.). Non-State Actors and Human Rights. Oxford: Oxford University Press, 2005.

38 AGO, Shin-ichi. Corporate social responsibility and its implications for public international law. In: KOMORI, Teruo; WELLENS, Karel (eds.). Public interest rules of international law: towards effective implementation. Farnham/Burlington: Ashgate, 2009. p. 410.

39 O grupo de trabalho intergovernamental de composição aberta sobre empresas transnacionais e outras empresas comerciais no que diz respeito aos direitos humanos foi criado em 2014 em resposta à resolução 26/9 do Conselho de Direitos Humanos, com o mandato de elaborar um instrumento internacional juridicamente vinculativo para regular, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, as atividades das empresas transnacionais e outras empresas comerciais. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. BHR Treaty Process. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/business-and-human-rights/bhr-treaty-process. Acesso em: 15 nov. 2025.

40 CHIRWA, Danwood. The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights. Melbourne Journal of International Law, v. 5, 2004.

multinacionais não violem direitos humanos é o Estado onde a multinacional opera e onde as violações ocorrem[41]. No entanto, as leis e mecanismos nacionais frequentemente possuem deficiências regulatórias, e muitas Constituições sequer reconhecem a aplicação direta dos direitos fundamentais aos particulares, ou mesmo, uma base no direito interno sobre a qual seja possível fundamentar uma reclamação e em alguns casos, ainda que possuam, considerações políticas, econômicas ou legais podem impedir a execução[42].

Neste quadro, coloca-se a questão da aplicação dos direitos fundamentais diretamente aos atores privados, já que a sociedade tem se mostrado consciente da necessidade de proteger a dignidade humana contra toda a opressão, estatal ou não, sobretudo, diante de grupos privados que podem ser mais perigosos do que os Estados[43].

Inicialmente, a doutrina dominante sustentava que os direitos fundamentais se voltavam a proteger o indivíduo contra as ações do Estado, não assumindo qualquer relevância para as relações privadas. Baseada no pensamento liberal, centrava-se nos direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos de defesa contra o Estado[44]. Contudo, a regra formal da liberdade mostrou-se insuficiente tendo acirrado antagonismos, agravado as formas de opressão e instalado diferenças injustas[45]. Demonstrou-se, pois, a necessidade de regulação pelo Estado dos mecanismos econômicos, da proteção dos mais fracos e desfavorecidos e da adoção de medidas necessárias para a transformação da sociedade em uma perspectiva comunitária de progresso, justiça e bem-estar[46].

Com isso, tornou-se evidente, a necessidade de proteção dos particulares não apenas perante o Estado, mas através do Estado perante outros particulares. Por isso, a linguagem dos instrumentos básicos sobre direitos humanos não se limita aos Estados[47], rompendo qualquer obstáculo sobre a aplicação direta dos direitos humanos nas relações privadas[48].

---

41 WESCHKA, 2006, p. 25.
42 RUGGIE, John. Report to the Human Rights Council. New York: Human Rights Council, 2008. p. 23.
43 Idem, p. 98.
44 MACHADO, Jónatas. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 410.
45 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 234.
46 Idem, p. 234.
47 Como se pode verificar na linguagem da Declaração Universal de Direitos Humanos e nas Convenções de Direitos Humanos.
48 PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. 2006. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf. Acesso em: 15 nov. 2025.

O debate alcançou o direito internacional, inclusive com precedente na Corte Europeia de Direito Humanos, que tem entendido pela aplicabilidade dos direitos humanos nas relações privadas, porém de forma mediata, no sentido que a Corte não pode aplicar diretamente uma norma da convenção para resolver conflitos entre particulares, mas no máximo condenar o Estado por não fornecer proteção suficiente[49].

No âmbito constitucional, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (*drittwirkung*) despertou intensos debates entre os que sustentam a aplicação imediata e os que apenas admitem a aplicação mediata através de lei[50]. De todo modo, ao reconhecer que a ofensa a direitos fundamentais pode provir não apenas dos estados, mas de múltiplos atores, admite-se que os cidadãos e os seus direitos fundamentais devem ser protegidos não apenas contra ofensas estatais, mas das ofensas pelos poderes sociais[51].

Assim, como os instrumentos voluntários revelaram baixa efetividade diante de violações de direitos humanos, especialmente em cadeias globais como a de alimentos, evidenciou-se a necessidade de mecanismos mais robustos. Nesse cenário, o debate deslocou-se do enfoque ético para a imposição de deveres de prevenção e reparação, abrindo espaço para a Diretiva Europeia de Devida Diligência Corporativa em Sustentabilidade.

4. DEVIDA DILIGÊNCIA SUSTENTÁVEL E A RESPONSABILIDADE JURÍDICA VINCULANTE: O MARCO CSDDD

Atualmente, a Diretiva Europeia de Devida Diligência Corporativa em Sustentabilidade constitui o marco mais significativo da transição entre *soft law* e *hard law*, ao estabelecer deveres legais de identificação, prevenção, mitigação e reparação de impactos adversos aos direitos humanos e ao meio ambiente em toda a cadeia de valor[52].

Com o reconhecimento da universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos, aliado ao respeito pela Carta das Nações Unidas e ao Pacto Ecológico Europeu[53],

---

[49] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of X v. The United Kingdom. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57602%22]}. Acesso em: 16 nov. 2025.

[50] ANDRADE, 2010, p. 234.

[51] VIEIRA, Carolina Fontes. Vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Disponível em: https://igc.fd.uc.pt/data/fileBIB2017824112812.pdf Acesso em 15 nov. 2025. p. 13.

[52] DIRETIVA (UE) 2024/1760 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 13 de junho de 2024 relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (UE) 2023/2859. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401760. Acesso em: 16 nov. 2025.

[53] COMISSÃO EUROPEIA. Pacto Ecológico Europeu. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 16 nov. 2025.

compreende-se que a promoção da sustentabilidade requer a participação não apenas das autoridades públicas, mas também das empresas, especialmente nas cadeias de valor globais[54]. Nesse contexto, a União Europeia estruturou, em conformidade com os Princípios Orientadores uma diretiva para promover a devida diligência e a responsabilização empresarial, de modo a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a transição ecológica e social necessária para a consolidação de modelos produtivos sustentáveis[55].

Pela Diretiva, as empresas ativas no mercado europeu deverão, por meio da identificação e, sempre que necessário, da priorização, prevenção, atenuação, cessação, minimização e reparação dos efeitos negativos, reais ou potenciais, sobre os direitos humanos e o ambiente decorrentes das operações da própria empresa, das operações de suas filiais e de seus parceiros comerciais nas cadeias de atividades, garantir que as partes afetadas pelo descumprimento desse dever tenham acesso à justiça e a vias de recurso, sem prejuízo da responsabilidade do Estado-membro de respeitar e proteger os direitos humanos e o ambiente por força do direito internacional[56].

Trata-se da responsabilidade de tomar medidas adequadas para instituir e aplicar o dever de diligência no que diz respeito as suas próprias operações, as suas filiais e parceiros comerciais diretos e indiretos ao longo das suas cadeias de atividades. Naturalmente, há que se ter em conta o caso concreto, a natureza e a extensão do efeito negativo e os fatores de risco, inclusive em relação as especificidades das operações da empresa e sua cadeia de atividades, setor ou área geográfica em que os parceiros comerciais operam, o poder da empresa para influenciar a rede e a possibilidade de aumentar o seu poder de influência[57].

No caso da cadeia global de alimentos, as empresas têm cada vez mais relocalizado diferentes atividades de suas cadeias de valor por diversos países, ao mesmo tempo em que terceirizam e subcontratam atividades para outras empresas[58]. Desta forma, torna-se possível explorar vantagens comparativas, não apenas no nível de produtos, mas também no das atividades do processo produtivo, e o exemplo mais claro é de explorar salários baixos em países em desenvolvimento para tarefas intensivas em mão de obra menos qualificada[59].

---

[54] DIRETIVA (UE) 2024/1760 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2024, p. 01
[55] Idem, p. 03.
[56] Idem, p. 03.
[57] Idem, p. 03.
[58] CARNEIRO, Flávio Lyrio. Fragmentação Internacional da Produção e Cadeias Globais de Valor. Disponível em:https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/171011_cadeias_globais_cap03.pdf Acesso em 16 nov. 2025.
[59] Idem, p. 89 - 90.

Todo este contexto leva a necessidade de que as empresas sejam efetivamente responsáveis pela cadeia global em relação aos direitos humanos e ao ambiente, sob pena de se beneficiarem dos aspectos mais vantajosos da cadeia, inclusive dos sistemas jurídicos locais, sem assumir as correspondentes responsabilidades, favorecendo uma aplicação diferenciada nas normas de proteção aos direitos humanos e ao ambiente.

Isso significa que grandes varejistas e fabricantes de alimentos devem realizar a devida diligência em suas cadeias de suprimentos alimentares, da fazenda à comercialização, para evitar problemas como exploração trabalhista, poluição e mudanças climáticas[60]. Embora a CSDDD crie obrigações para empresas maiores, ela impacta indiretamente fornecedores menores, aumentando a demanda por dados de sustentabilidade em toda a cadeia de suprimentos alimentares[61]. Este aspecto, inclusive, é apontado como um dos principais, uma vez que a maior parte dos pequenos produtores rurais, como de cacau e café, estão em inseridos em contextos recorrentes de desmatamento e trabalho infantil[62].

O que se observa é que a Diretiva tende a produzir efeitos significativos sobre as empresas latino-americanas exportadoras de alimentos, pois exige que compradores europeus comprovem que a cadeia de valor cumpre padrões rigorosos de proteção ambiental e de direitos humanos, o que aumenta a demanda por rastreabilidade, auditorias independentes, governança documental e comprovação de origem responsável[63].

Assim, a devida diligência deixa de ser apenas um procedimento de gestão de riscos e passa a expressar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, projetando-os para além da relação clássica entre indivíduo e Estado, vinculando juridicamente atores privados que operam em cadeias globais complexas. Portanto, a CSDDD inaugura um paradigma de governança transnacional responsável, no qual empresas que se beneficiam da fragmentação produtiva e da mobilidade global do capital devem assumir deveres proporcionais de cuidado, prevenção e reparação. Trata-se de reconhecer a centralidade da empresa na

[60] PURSERY, Sarah. Bridging the gap to CSDDD: best practice examples in the food sector. Disponível em: https://insights.figlobal.com/sustainability/bridging-the-gap-to-csddd-best-practice-examples-in-the-food-sector. Acesso em: 16 nov. 2025.
[61] Idem, p. 01.
[62] KRISANDA, Sydney; ROJAS, Hannah. Child labor in cocoa supply chains: unveiling the layers of human rights challenges. Disponível em: https://www.sustainalytics.com/esg-research/resource/investors-esg-blog/child-labor-in-cocoa-supply-chains--unveiling-the-layers-of-human-rights-challenges. Acesso em: 16 nov. 2025.
[63] CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): the final political compromise. Business and Human Rights Journal, 2024.

arquitetura da produção e do comércio internacional e, por isso, exigir a atuação alinhada aos padrões de dignidade humana e integridade ambiental reconhecidos internacionalmente.

5. CONCLUSÃO

Diante da análise desenvolvida pode-se constatar que a complexidade das cadeias globais de alimentos intensifica a exposição de trabalhadores, comunidades e ecossistemas a riscos e violações de direitos fundamentais que não podem ser enfrentados apenas pelos mecanismos tradicionais do direito internacional público, centrados no Estado.

Nesse contexto, embora os instrumentos de *soft law* tenham desempenhado função relevante ao inaugurar uma cultura de responsabilidade empresarial, mostraram-se insuficientes diante dos danos verificados. Por isso, a emergência de modelos jurídicos vinculantes, como a Diretiva Europeia de Devida Diligência Corporativa em Sustentabilidade, revela um movimento global de consolidação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como parâmetro para a atuação de atores privados transnacionais.

Ao deslocar os direitos fundamentais para o núcleo das relações econômicas, esse movimento sinaliza uma transformação paradigmática na governança das cadeias globais de valor. A devida diligência sustentável deixa de ser um procedimento voluntário de gestão reputacional para se tornar um dever jurídico que concretiza um padrão de responsabilidade empresarial, calcado na prevenção, na reparação e na participação dos grupos afetados. Tal racionalidade dialoga com os debates em curso nas Nações Unidas sobre o Tratado Internacional sobre Empresas e Direitos Humanos, que busca justamente conferir densidade jurídica à vinculação dos particulares aos direitos humanos em escala global.

Assim, a tendência aponta para a consolidação de um regime transnacional em que empresas não apenas se submetem aos direitos fundamentais, mas atuam como corresponsáveis pela sua realização. A governança das cadeias de alimentos, em razão de sua centralidade econômica e seus impactos socioambientais, coloca-se como espaço privilegiado para essa transformação, reafirmando que a proteção da dignidade humana deve orientar o desenho normativo do comércio internacional e dos sistemas produtivos globais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGO, Shin-ichi. Corporate social responsibility and its implications for public international law. In: KOMORI, Teruo; WELLENS, Karel (eds.). Public interest rules of international law: towards effective implementation. Farnham/Burlington: Ashgate, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ARNAUD, André-Jean. O direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BADACCHE, Farid; DELBÉ, Christéle. Agricultural supply chains: environmental & human rights issues. Disponível em: https://ksapa.org/agricultural-supply-chains-environmental-and-human-rights-issues/. Acesso em: 11 nov. 2025.

BRASIL, Bárbara Dayana. Direitos Humanos e Investimento Estrangeiro: perspectivas para interação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. Food and beverage companies failing to protect workers from forced labour risks. Disponível em: https://www.bhrrc.org/en/from-us/press-releases/food-and-beverage-companies-failing-to-protect-workers-from-forced-labour-risks/. Acesso em: 11 nov. 2025.

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): the final political compromise. Business and Human Rights Journal, 2024.

CARNEIRO, Flávio Lyrio. Fragmentação internacional da produção e cadeias globais de valor. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/171011_cadeias_globais_cap03.pdf. Acesso em: 16 nov. 2025.

CHIRWA, Danwood. The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights. Melbourne Journal of International Law, v. 5, 2004.

COMISSÃO EUROPEIA. Pacto Ecológico Europeu. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 16 nov. 2025.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of X v. The United Kingdom. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57602%22]}. Acesso em: 16 nov. 2025.

DIRETIVA (UE) 2024/1760 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 13 de junho de 2024 relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (UE) 2023/2859. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401760. Acesso em: 16 nov. 2025.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005.

HUIJSTEE, Mariëtte van; RICCO, Victor; CERESNA-CHATURVERDI, Laura. Como usar os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos da ONU para pesquisa e incidência: um guia para organizações da sociedade civil. Amsterdam: SOMO, 2023.

KRISANDA, Sydney; ROJAS, Hannah. Child labor in cocoa supply chains: unveiling the layers of human rights challenges. Disponível em: https://www.sustainalytics.com/esg-research/resource/investors-esg-blog/child-labor-in-cocoa-supply-chains--unveiling-the-layers-of-human-rights-challenges. Acesso em: 16 nov. 2025.

MACHADO, Jónatas. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

OECD; FAO. OECD-FAO guidance for responsible agricultural supply chains. Paris: OECD Publishing. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/9789264251052-en. Acesso em: 11 nov. 2025.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. BHR Treaty Process. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/business-and-human-rights/bhr-treaty-process. Acesso em: 15 nov. 2025.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Responsible agriculture supply chains. Disponível em: https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct/responsible-agriculture-supply-chains.html. Acesso em: 11 nov. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA. Food systems account for more than one third of global greenhouse gas emissions. Disponível em: https://www.fao.org/newsroom/detail/Food-systems-account-for-more-than-one-third-of-global-greenhouse-gas-emissions/. Acesso em: 11 nov. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA. Marco estratégico para 2022–2031. Disponível em: https://openknowledge.fao.org/server/api/core/bitstreams/45f12eb4-4625-4a59-af29-8305379fc710/content. Acesso em: 1 nov. 2025.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Combatendo o trabalho infantil: guia para educadores. Brasília: OIT, 2001.

PERDIGUERO, Tomás G. La responsabilidad social de las empresas en un mundo global. Barcelona: Editorial Anagrama, 2003.

PERES, João. Mercado financeiro: três empresas controlam metade das corporações do sistema alimentar. Disponível em: https://ojoioeotrigo.com.br/2024/03/mercado-financeiro-sistema-alimentar/. Acesso em: 11 nov. 2025.

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. 2006. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf. Acesso em: 15 nov. 2025.

PURSERY, Sarah. Bridging the gap to CSDDD: best practice examples in the food sector. Disponível em: https://insights.figlobal.com/sustainability/bridging-the-gap-to-csddd-best-practice-examples-in-the-food-sector. Acesso em: 16 nov. 2025.

RAPIOR, Myriiam C.; OBERHAUSER, Marc. Violações dos direitos humanos nas cadeias globais de valor: uma estrutura de governança localmente fundamentada. Journal of Business Ethics, 2025.

REINISCH, August. The changing international legal framework for dealing with non-state actors. In: ALSTON, Peter (ed.). Non-State Actors and Human Rights. Oxford: Oxford University Press, 2005.

RUGGIE, John. Report to the Human Rights Council. New York: Human Rights Council, 2008.

SCHILLING-VACAFLOR, Almut; GUSTAFSSON, Maria-Therese. Integrating human rights in the sustainability governance of global supply chains: exploring the deforestation-land tenure nexus. Environmental Science and Policy, v. 154, 2024.

SCIENCE DAILY. Agriculture drives more than 90% of tropical deforestation. Disponível em: https://www.sciencedaily.com/releases/2022/09/220908172312.htm. Acesso em: 11 nov. 2025.

TORRES, Ciro. Responsabilidade social das empresas. In: AYRES, Andrea Ribeiro; SOARES, Flávia Passos; BARTHOLO JR., Roberto (orgs.). Ética e responsabilidade social. Brasília: SESI, 2002.

VIEIRA, Carolina Fontes. Vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Disponível em: https://igc.fd.uc.pt/data/fileBIB2017824112812.pdf. Acesso em: 15 nov. 2025.

WALLERSTEIN, Immanuel. The capitalist world-economy. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

WESCHKA, Marion. Human rights and multinational enterprises: how can multinational enterprises be held responsible for human rights violations committed abroad? Disponível em: https://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_3_a_625_662.pdf. Acesso em: 25 out. 2025.

WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. Sustainability experts discuss human rights in agriculture value chains. Disponível em: https://www.wbcsd.org/news/sustainability-experts-discuss-human-rights-in-agriculture-value-chains/. Acesso em: 1 nov. 2025.

WORLD ECONOMIC FORUM. New nature economy report II: the future of nature and business. Disponível em:

https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Future_Of_Nature_And_Business_2020.pdf. Acesso em: 11 nov. 2025.

O SIGILO COMO UMA DAS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO CORPORATIVO E NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE SEUS AGENTES

Bruno Boris Carlos Croce[1]

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Tiemy Landgraf Kunimi[2]

Universidade Presbiteriana Mackenzie

DOI: https://doi.org/10.62140/BCTK442821913

Sumário: 1. Introdução; 2. Do Dever de Sigilo ao Processo de Investigação Corporativo e Possíveis Hipóteses de Mitigação Desse Dever; 3. A Natureza Sigilosa das Investigações de Compliance de Natureza Corporativa Versus Necessidade de Transparência no Processo como Demonstração de Confiabilidade e Proteção Reputacional das Corporações; 4. Como os Sistemas Jurídicos Podem Abordar as Complexidades dos Casos Transnacionais, Garantindo Justiça e Previsibilidade; Considerações Finais.

Resumo: Este artigo explora a importância do sigilo no processo de investigação corporativo, com a finalidade de apurar a conformidade de condutas de colaboradores diretos e terceirizados inseridos no ambiente empresarial. Analisa a importância do sigilo na condução de procedimentos de natureza privada que podem, inclusive, gerar consequências de natureza penal – as quais serão apuradas, meritoriamente, fora do controle corporativo. O artigo descreverá a relevância do sigilo dos canais de recebimento das denúncias, desde a possível necessidade de identificação do denunciante ou medidas de colheita de provas, com o escopo de apurar indícios de verossimilhança da comunicação inicial, até eventuais ofensas às regras éticas e legais durante a realização da instrução probatória. Examina o sigilo como elemento de segurança jurídica entre denunciantes, denunciados e as corporações envolvidas, funcionando como fundamento para manter o ambiente corporativo sadio ética e psicologicamente e, em última análise, como proteção reputacional às corporações. Analisa as consequências de vazamento de informações por fortuito interno das corporações e as situações em que há necessidade de revelação de dados por parte do Estado; verifica, ainda, se tais dados levantados podem ser utilizados em outros processos de apuração de conformidade utilizando dados pessoais dos envolvidos. Examina o potencial conflito entre a manutenção do sigilo e a necessidade de transparência no processo, como demonstração de confiabilidade e proteção reputacional. Para tanto, este artigo contrasta o sistema jurídico brasileiro de proteção constitucional ao indivíduo – como garantia fundamental expressa na Constituição da República de 1988 – com a realidade de corporações que necessitam dar eficácia e eficiência aos seus respectivos programas de *compliance*. Adentra, também, em

[1] Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: bboris@brunoboris.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1025-0735.

[2] Especialista em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: tkunimi@brunoboris.com. ORCID: https://orcid.org/0009-0004-6586-7577.

normas limitadoras de uso de informações pessoais, como a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), que estabelece regras para a coleta, tratamento, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais por pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, com o escopo de proteger exatamente os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e garantir mais controle aos cidadãos sobre suas informações. Analisará, por fim, questões de jurisdição para ver como os sistemas jurídicos podem abordar melhor as complexidades dos casos transnacionais, garantindo justiça e previsibilidade nos processos judiciais. O problema proposto é apurar se o sigilo seria a característica (ou pressuposto) mais relevante de um processo de investigação corporativo e sua relevância na proteção de seus agentes, além de situações em que tal aspecto deve ser relevado a fim de manter a segurança jurídica de relações paralelas à questão corporativa. A metodologia de pesquisa inclui uma análise do sistema jurídico brasileiro, com foco na necessidade do sigilo nos processos de investigação corporativos e seus impactos no aspecto reputacional das corporações envolvidas. Leva em consideração os princípios fundamentais expressos na Constituição da República de 1988 e a LGPD, sem olvidar a importância de resultados dos programas de *compliance* às corporações, buscando classificar as hipóteses de mitigação da característica do sigilo para garantir maior previsibilidade e orientação aos agentes condutores dos processos de investigação corporativa.
Palavras-chave: Programa de Compliance; Processo de Investigação Corporativo; Sigilo; Proteção de Dados; Direitos Fundamentais do Indivíduo; Segurança Jurídica; Segurança Jurídica Reputacional das Corporações.

1. INTRODUÇÃO

Em que pese inquestionável a importância do Processo de Investigação Corporativo, com o objetivo de apurar a conformidade das condutas dos colaboradores diretos e terceirizados inseridos no âmbito de toda e qualquer empresa – seja esta de pequeno ou grande porte –, imperioso se faz analisar a importância do sigilo na condução do procedimento implementado.

Tal procedimento, apesar de privado e conduzido internamente com a finalidade de garantir a observância de regras corporativas por vezes específicas e particulares, elaboradas de acordo com as peculiaridades da atividade empresarial desenvolvida, pode gerar consequências penais. Com efeito, informações e evidências, *a priori* coletadas no bojo de investigações internas, podem necessitar ser compartilhadas como provas imprescindíveis: ao deslinde de apurações penais; à garantia da legitimidade de eventuais penalidades e sanções aplicadas; e, sobretudo, à preservação dos direitos e garantias fundamentais dos colaboradores enquanto sujeitos de direito.[3]

[3]ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992; SARMENTO, Daniel. **A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Com origem nos Estados Unidos, o *compliance*, apesar de ser um termo abrangente derivado de *"to comply with"* – isto é, "estar de acordo com" ou "cumprir, obedecer, respeitar" –, engloba uma série de diretrizes éticas e legais imprescindíveis à manutenção de um ambiente corporativo minimamente sadio. Destina-se a garantir a todos os colaboradores, funcionários e terceirizados a oportunidade de denunciarem eventuais irregularidades e ilicitudes; compromete-se a apurá-las de forma sigilosa, com o fim de evitar retaliações e garantir a confiabilidade das informações; e mantém um compromisso da empresa com os padrões éticos e reputacionais.[4]

Ou seja: sob a ótica normativa, o *compliance* atua como um elemento complementar à legislação, propiciando segurança jurídica e credibilidade institucional. De forma preventiva, corrobora com a formação de uma cultura organizacional e reputacional; de forma investigativa, auxilia eventuais instruções processuais com a reconstrução dos fatos, a obtenção de provas e a constatação de irregularidades de forma eficiente.[5]

Deve-se considerar, todavia, que o objetivo do presente artigo é explorar, além da importância do Processo de Investigação Corporativo, o sigilo como uma das características básicas à proteção dos seus agentes. Paralelamente, busca-se discutir a possibilidade de conflitos diante da necessidade e da importância da garantia da transparência, como forma de demonstração de confiabilidade, integridade e responsabilidade institucional.[6]

Imprescindíveis à fomentação de uma cultura de integridade no ambiente organizacional, ao combate de desvios éticos e à violação de valores, direitos e princípios que possam impactar na credibilidade da empresa interna e externamente, os programas de integridade e procedimentos internos destinados à detecção de eventuais irregularidades têm ganhado destaque. Isso ocorre à medida que não apenas se propõem a remediar condutas inadequadas já consumadas, mas, principalmente, a preveni-las por meio de mecanismos eficazes de controle e conscientização.[7]

Neste contexto, em meio a uma sociedade diversificada e, por conseguinte, à multiplicidade de atividades desenvolvidas, Sieber[8] apresenta uma lista dos requisitos que entende essenciais à consolidação de um programa idôneo e sólido para a apuração de

---

[4]COFFIN, Bill. **Compliance**: The Emerging Role of the Corporate Ethics Officer. [S.l.]: Financial Executive, 1991; COLARES, Marcos. **Compliance**: Ética e Estratégia nas organizações. São Paulo: Saraiva, 2005.
[5]ROTSCH, Thomas. **Criminal Compliance**. Baden-Baden: Nomos, 2015.
[6]HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
[7]LAUFER, William S. **Corporate bodies and guilty minds**: The Failure of Corporate Criminal Liability. Chicago: University of Chicago Press, 2006.
[8]SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial. *In*: CORDEIRO, Rodrigo de Grandis (org.). **Direito Penal Econômico**: Estudos em Homenagem aos 70 anos do Professor Reale Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 34-36.

irregularidades e o estabelecimento de medidas sancionatórias. Da análise dos critérios elencados, nota-se que, apesar de esperada a divergência de fatores a estruturar um programa íntegro e consistente a depender das peculiaridades institucionais, de uma forma geral, prevê-se a implementação de canais eficientes para denúncias e a garantia de mecanismos disciplinares hábeis a: provar condutas ilícitas; reparar eventuais prejuízos; e repudiar condutas reincidentes, desestimulando ilicitudes que vão de encontro aos valores da empresa.

> a) definição e comunicação das finalidades e valores a serem observados pela empresa, análise dos riscos específicos correspondentes nas empresas assim como as determinações e as advertências dos preceitos a serem observados e do procedimento para as empresas e seus empregados; b) fundamentação da responsabilidade do plano de direção mais elevado em relação aos objetivos, valores e procedimento para evitar a criminalidade de empresa; determinação das responsabilidades em relação ao plano intermediário da direção com a criação de uma seção especializada na empresa (a Seção de Compliance), assim como o esclarecimento e capacitação dos empregados da empresa; c) criação de um sistema de informação para a descoberta e esclarecimento de delitos, especialmente para o controle interno pessoal e material, deveres de informação, "sistema de informante" (*Hinweisgebersystem*) para a recepção de informações anônimas, determinação do canal de denúncias para casos suspeitos a serem esclarecidos (com inclusão da Seção de Compliance e também das autoridades estatais) e de adaptações em curso e desenvolvimento posterior dos programas de compliance; d) introdução de controladores externos e controles em relação aos elementos individuais dos programas de compliance e avaliação externa dos programas; e) estabelecimento de medidas sancionatórias internas em face de abusos; f) criação de estruturas efetivas de incentivo para a realização e desenvolvimento posterior das medidas anteriormente mencionadas.

O que se questiona são quais os limites à colheita de provas, à medida que os processos de investigação corporativa se destinam à obtenção de informações relacionadas a transgressões que podem ser dirimidas internamente, mas que, incontroversamente, podem afigurar-se imprescindíveis para subsidiar processos penais. Sobretudo, tais procedimentos devem corroborar com decisões justas, fundamentadas e amparadas pelo ordenamento jurídico.[9]

Neste ínterim, destaca-se o sigilo – característica imprescindível à condução de procedimentos de natureza privada, em razão da proteção não apenas dos envolvidos, mas também do risco reputacional das corporações. Independentemente de serem realizadas por

[9]BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

uma comissão ética interna, deliberada pela própria empresa, ou por um escritório de advocacia terceirizado, as investigações corporativas preveem o anonimato dos colaboradores e o sigilo dos dados obtidos. Essa prática evita a exposição indevida ou prematura, garantindo segurança e confiabilidade àqueles que necessitam recorrer aos canais disponibilizados.[10]

Por fim, o sigilo reafirma a sua importância ao apresentar-se como um instrumento indispensável à minimização dos riscos legais, regulatórios e, principalmente, reputacionais, inerentes a toda e qualquer atividade empresarial. Ao impedir o compartilhamento de dados e a divulgação antecipada de informações, investigações e resultados, o sigilo indubitavelmente resguarda os envolvidos, os empresários e a empresa de uma série de danos, prejulgamentos e retaliações irreversíveis perante os próprios colaboradores, a sociedade e o mercado.[11]

2. DO DEVER DE SIGILO AO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO CORPORATIVO E POSSÍVEIS HIPÓTESES DE MITIGAÇÃO DESSE DEVER

Malgrado demonstrada e reconhecida a relevância do sigilo às investigações corporativas, em algumas circunstâncias, a mitigação dessa característica revela-se imprescindível à efetivação dos direitos dos envolvidos e à garantia dos deveres previstos pela legislação brasileira. Neste cenário, discute-se o potencial conflito entre: a manutenção do sigilo das informações e do anonimato dos envolvidos; a necessidade de transparência no processo como demonstração de confiabilidade e proteção reputacional; e a imprescindibilidade de cooperação e eventual utilização das provas colhidas no âmbito judicial. Ou seja, em que pese inquestionável a importância do sigilo, há situações em que a sua mitigação se mostra indispensável para assegurar direitos e deveres previstos por lei.[12]

A adoção de processos de investigação corporativa, a elaboração de Códigos de Ética e de Conduta, bem como a realização de treinamentos periódicos para assegurar a sua efetividade, tornaram-se uma realidade indelével às empresas. Com efeito, mesmo diante da

[10]KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível e Criminal**: Diálogos sobre a Unidade do Direito Probatório. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
[11]KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível e Criminal**: Diálogos sobre a Unidade do Direito Probatório. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
[12]SARMENTO, Daniel. **A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ausência de obrigatoriedade, consolidaram-se práticas indispensáveis no âmbito empresarial, visto que visam resguardar a imagem reputacional perante o mercado e amparar as investigações internas.[13]

Para muitos estudiosos desta temática, os programas de *compliance* afiguram-se como uma espécie de "privatização da investigação criminal". Destinam-se à apuração de irregularidades de forma interna e sigilosa – por vezes ilícitas à luz do ordenamento jurídico – abrangendo, inclusive, a colheita de provas e a aplicação de penalidades aos agentes envolvidos. Imperioso se faz considerar, todavia, que tais investigações têm trazido benefícios não apenas às empresas, mas também às autoridades, ao facilitarem o acesso às estruturas e complexidades organizacionais. Além disso, beneficiam os colaboradores, que se veem diante de procedimentos mais específicos e, consequentemente, de decisões mais condizentes à realidade dos fatos.[14]

Tem-se, portanto, que o sigilo constitui um elemento de suma importância à efetivação dos procedimentos investigativos internos. No entanto, por vezes, a sua mitigação apresenta-se fundamental, sob pena de violação do próprio arcabouço constitucional e da legislação brasileira. Neste contexto, é importante analisar as condições necessárias para que os elementos e evidências colhidos sob sigilo sejam compartilhados com autoridades e, eventualmente, tornem-se públicos. Afinal, o sigilo não pode afigurar-se um obstáculo ao sucesso da instrução, à garantia do interesse público e à repressão da criminalidade.[15]

Com previsão no artigo 5º, inciso XII, a Constituição Federal assegura que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Ressalva, todavia, a possibilidade de este ser relativizado diante de uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução penal.[16] Ou seja: em regra, o sigilo é inviolável. No entanto, mediante ordem judicial fundamentada, as autoridades podem requisitar elementos probatórios com o objetivo de auxiliar investigações criminais e assegurar direitos fundamentais.

Esta constatação reforça a importância da implementação de programas de integridade que, além de mitigar riscos penais, atuam como instrumentos que fortalecem a

[13]LAUFER, William S. **Corporate bodies and guilty minds**: The Failure of Corporate Criminal Liability. Chicago: University of Chicago Press, 2006.
[14]ROTSCH, Thomas. **Criminal Compliance**. Baden-Baden: Nomos, 2015; SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial. *In*: CORDEIRO, Rodrigo de Grandis (org.). **Direito Penal Econômico**: Estudos em Homenagem aos 70 anos do Professor Reale Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
[15]ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
[16]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

responsabilidade e a transparência corporativa. Fato é que, apesar das inúmeras vantagens de um programa bem consolidado, são significativos os desafios enfrentados pela integração entre a governança interna e o ordenamento jurídico. Dentre eles, destaca-se a possibilidade de provas serem colhidas de forma ilegítima, gerando riscos às garantias constitucionais, como a presunção de inocência e o devido processo legal.[17]

Nos termos do artigo 56 do Decreto 11.129 (art. 56), o programa de integridade consiste em um conjunto de mecanismos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, além da aplicação efetiva de Códigos de Ética e políticas com o objetivo de prevenir, detectar e sanar irregularidades.[18]

Nesta senda, destaca-se a importância do acordo de confidencialidade. Ao estabelecer obrigações claras de sigilo e delimitar o acesso a informações, este documento prevê responsabilidades quanto ao tratamento e compartilhamento de dados, inclusive perante autoridades. Como um contrato responsável por dispor quais informações devem ser mantidas reservadas, prevendo penalidades em caso de descumprimento, sua finalidade é preservar os envolvidos e garantir que dados estratégicos não sejam divulgados indevidamente.[19] Contudo, na mesma linha das exceções aplicadas ao sigilo, tal acordo pode ser relativizado por ordem judicial, de modo a prevalecer a transparência e as garantias constitucionais.

3. A NATUREZA SIGILOSA DAS INVESTIGAÇÕES DE *COMPLIANCE* DE NATUREZA CORPORATIVA *VERSUS* NECESSIDADE DE TRANSPARÊNCIA NO PROCESSO COMO DEMONSTRAÇÃO DE CONFIABILIDADE E PROTEÇÃO REPUTACIONAL DAS CORPORAÇÕES

As investigações de *compliance* no ambiente corporativo devem lidar com diversos aspectos legais. Ainda que o departamento de *compliance* identifique condutas que violam regras internas da empresa, ou que possam afetar normas de ordem pública, a prudência na proteção à imagem dos envolvidos – inclusive no aspecto reputacional da instituição privada investigadora – exige o sigilo de informações. Tal fato denota não apenas a importância de

[17]BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
[18]BRASIL. **Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].
[19]ZACLIS, Daniel. **Investigação interna corporativa**: reflexos no processo penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

as organizações terem um programa de *compliance* devidamente estruturado e incorporado na cultura corporativa, mas também a relevância de que tais programas sejam pautados pelas regras de sigilo e proteção aos direitos individuais, sob pena de ineficácia e de responsabilidade aos causadores dos danos eventualmente apurados.[20]

O sigilo, aspecto relevante de uma investigação, impacta não apenas os colaboradores envolvidos diretamente na apuração, mas também aqueles que sequer serão investigados; estes, ao tomarem conhecimento do procedimento, poderão questionar a existência de consequências aos envolvidos. O programa de *compliance* só terá a eficácia e eficiência esperada a partir do instante em que impactar o comportamento dos colaboradores. Esse impacto é de tamanha importância que, caso o programa não seja efetivo, afetará o sentimento de confiança dos integrantes da corporação. Isso pode gerar desde a ausência de denúncias até condutas dolosas contra o interesse da organização, sob a justificativa da ausência de controle ou sanção. Um programa aplicado de forma efetiva, que investigue e puna quem realmente violou as regras, cria um relevante efeito dissuasório.[21]

A depender do mote investigado e da complexidade dos procedimentos, é saudável que os demais colaboradores não saibam detalhes da investigação. Devem tomar ciência apenas se os envolvidos forem desligados – momento em que a demissão será um fato notório, todavia, a motivação não deve ser divulgada, em regra, sob pena de contaminação institucional. A ciência por parte de terceiros durante o processo pode contaminá-lo, pois colaboradores não envolvidos poderiam, a fim de defender interesses próprios ou de colegas, afetar procedimentos como a oitiva de testemunhas ou utilizar canais de denúncia para desfocar a investigação.[22]

Para organizações de grande porte, os canais de denúncia podem ser isolados de áreas que não deveriam ter acesso a tais informações. Já em corporações de pequeno porte, onde é comum a unificação do *compliance* ao departamento jurídico, tal estrutura pode impactar a fiscalização de condutas do próprio jurídico, criando um desequilíbrio organizacional e uma assimetria de fiscalização. O objetivo deve ser evitar que a equipe de apuração tenha contato com integrantes de outras áreas, restringindo o acesso aos canais de denúncia para garantir a imparcialidade, impessoalidade e o sigilo.[23]

---

[20]LAUFER, William S. **Corporate bodies and guilty minds**: the failure of corporate criminal liability. Chicago: University of Chicago Press, 2006.
[21]ROTSCH, Thomas. **Criminal Compliance**. Baden-Baden: Nomos, 2015.

[23]CARLOTO, Selma. **Compliance Trabalhista:** obra ilustrada em visual law, incluindo as fases de implementação e normas da ISSO. São Paulo: LTr, 2022, p. 117-118.

Os canais de denúncia são tão relevantes quanto a apuração em si, sendo obrigatórios em alguns países, como em Portugal, para empresas com mais de cinquenta colaboradores.[24] O vazamento de seu teor pode impactar grandemente o denunciado, o denunciante e a organização, razão pela qual tanto a apuração quanto os canais (*hotline* interno ou terceirizado) devem seguir princípios rígidos de confidencialidade.[25] Em organizações pequenas, embora a manutenção da *hotline* pelo jurídico seja possível, o ideal é que os responsáveis não integrem unidades operacionais, evitando vínculos que comprometam o profissionalismo. Se necessário para atingir essa especialização, a organização pode recorrer à terceirização da ferramenta.[26]

Embora as corporações possuam regras próprias de conduta, os departamentos de conformidade não podem ignorar o sistema jurídico brasileiro, que possui um forte arcabouço constitucional de proteção ao indivíduo, à sua imagem e aos dados pessoais. Uma investigação corporativa, embora seja um direito da empresa, não pode violar tais princípios, sob pena de causar danos aos colaboradores e à própria corporação, gerando prejuízos reputacionais de difícil reparação.

Para demonstrar eficiência, o programa de *compliance* não necessita ser público antes de uma conclusão definitiva. Mesmo que a corporação divulgue a recomendação de desligamento, a forma da divulgação pode gerar direito a indenização. Na legislação brasileira, o empregador pode desligar o colaborador a qualquer momento sem justo motivo; assim, ao identificar violações, a empresa pode optar pela demissão simples, sem indicar a falta grave como justa causa, preservando o ambiente e a imagem dos envolvidos. A opção pela justa causa, que gera perda de verbas rescisórias, frequentemente fomenta reclamações trabalhistas destinadas a reverter a punição, alegando-se parcialidade ou seletividade na investigação. Cabe à corporação analisar se aceita o risco da discussão judicial ou se opta pela demissão sem justa causa para preservar a instituição.

A confidencialidade também se justifica pelo acesso a dados sensíveis que podem não ser relevantes à apuração, mas cujo vazamento impactaria severamente as pessoas. Quanto à legitimidade do acesso a computadores e e-mails, embora os equipamentos sejam de propriedade da organização, é recomendável que as regras internas prevejam

[24] *Ibidem*, p. 123.
[25] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: Obra revista e atualizada conforme a Lei 14.611/2023. 22. ed. São Paulo: LTr, 2023.
[26] SILVA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Yuri; BOMFIM, Vólia. **Manual do Compliance Trabalhista:** Teoria e Prática. 4. ed., rev., atual. e ampli. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 105-107.

expressamente o monitoramento de dispositivos e aplicativos (como *WhatsApp*) como uma medida conservadora para evitar a invalidação de provas.[27]

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei nº 13.709/2018) estabelece normas para a proteção de dados pessoais, privacidade e intimidade, que devem ser observadas pelas corporações inclusive em relação aos seus colaboradores.[28] As investigações de conformidade devem ter esta legislação como pressuposto, evitando a divulgação de informações privadas e sensíveis sem autorização, sob risco de responsabilização e danos à reputação institucional. Por tais razões, é imprescindível que a corporação garanta o sigilo para incentivar o uso dos canais de denúncia e utilize instrumentos contratuais de *non-disclosure agreement* (NDA) com os integrantes do departamento de conformidade e testemunhas, assegurando que adotou todas as medidas possíveis contra o vazamento de informações.[29]

4. COMO OS SISTEMAS JURÍDICOS PODEM ABORDAR AS COMPLEXIDADES DOS CASOS TRANSNACIONAIS, GARANTINDO JUSTIÇA E PREVISIBILIDADE

A importância do sigilo, dados os riscos apresentados, não se trata de mera opção da corporação, mas de pressuposto que deve ser respeitado. Caso a organização viole dados pessoais ou sensíveis do colaborador investigado, poderá prejudicar consideravelmente sua imagem institucional. O sigilo pode ser mitigado quando o Estado, mediante seus órgãos, determinar alguma forma de divulgação; isso configurará atendimento a uma ordem judicial, embora não signifique, necessariamente, que a corporação não venha a ser demandada pelos envolvidos. A eventual responsabilização da corporação pela divulgação de dados, a depender da situação concreta, pode permitir uma ação regressiva contra o Estado visando ressarcimento.[30]

---

[27]SARMENTO, Daniel. **A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

[28]BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018].

[29]FARIA, Ana Beatriz; SILVA, Ricardo. O sigilo nas investigações corporativas: limites éticos e proteção de dados no ambiente de compliance. **Revista de Direito Empresarial e Integridade**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 45-68, jan./jun. 2025.

[30]MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (Unidade Jurisdicional da Comarca de Manhuaçu). **Embargos de Declaração Cível nº 5007214-62.2024.8.13.0394**. Embargante: Edilson Domingos Junior. Juíza: Patrícia Bitencourt Moreira. Manhuaçu, 29 jan. 2026.

O primeiro aspecto a ser analisado refere-se à forma como a informação da investigação chegou ao conhecimento das autoridades. A partir dessa ciência, cabe ao Estado adotar as medidas cabíveis. O vazamento intencional da investigação por terceiros pode gerar responsabilidade ao divulgador, especialmente se este possuía obrigação contratual de proteger os dados até o desfecho da apuração, ainda que a motivação tenha base no interesse legítimo, conforme previsto no inciso IX do artigo 7º da LGPD.

A divulgação clandestina de dados por colaborador, além de gerar responsabilidade direta deste, pode impactar a corporação a depender da subjetividade da informação. Por exemplo: tratando-se de um dado objetivo sobre conduta violadora de regras internas que gere impacto ao poder estatal – sem adentrar em detalhes sensíveis que exigiriam autorização expressa –, não se observa conduta da organização a ser sancionada, resguardado o direito de petição individual. Todavia, o uso de informações sensíveis deve ser analisado sob dois aspectos: 1. Como tais informações foram obtidas (o colaborador estava ciente do monitoramento?); 2. Se a obtenção foi provocada diretamente pelo Estado, cabendo à organização avaliar se deve negar o acesso para proteger direitos e liberdades fundamentais do titular.[31]

O uso de dados para interesses legítimos, expresso na LGPD, autoriza o tratamento, mas alerta para a proteção de dados sensíveis quando prevalecerem direitos fundamentais do titular. Tais dados não podem, em tese, ser utilizados para fundamentar uma demissão por justa causa. No entanto, podem motivar uma demissão sem justa causa, calcada no poder hierárquico do empregador. Nesse caso, caberia ao empregado demonstrar judicialmente que o desligamento decorreu de acesso a dado sensível indevido, requerendo indenização por dispensa arbitrária.[32]

Um exemplo prático é o relacionamento entre colaboradores. Embora possa ser proibido por regras de conformidade, não pode motivar justa causa no Brasil, pois os tribunais entendem que tal medida violaria direitos fundamentais à intimidade. Em julgado do TRT da 2ª Região, reconheceu-se que o trabalhador não é obrigado a comunicar relacionamentos pessoais, mesmo que haja vedação regulamentar. O Tribunal Superior do Trabalho também validou essa proteção, reconhecendo o abuso do poder diretivo e a violação à dignidade da pessoa humana em casos de proibição de relacionamentos amorosos.

[31]BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: A Função e os Limites do Consentimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023; DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**: Elementos da Formação do Direito à Proteção de Dados Pessoais. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
[32]DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a Lei 14.611/2023. 22. ed. São Paulo: LTr, 2023.

Dessa maneira, na legislação brasileira, o relacionamento entre colegas não motiva justa causa, tornando o uso dessas informações para apurações de *compliance* um risco reputacional e jurídico. Empresas estrangeiras com filiais no Brasil devem acatar a legislação nacional, visto que as decisões pela vedação da justa causa nesses casos são majoritárias.

Em suma, questões envolvendo dados sensíveis em investigações de *compliance* devem ser observadas com cautela. Mesmo que em países-sede de multinacionais exista maior tolerância com a divulgação ou punição por tais condutas, no Brasil, o pressuposto do sigilo é rigoroso.[33] Por fim, se a divulgação ocorrer por determinação estatal e via ordem judicial adequada, a corporação deve ser exonerada de responsabilidade, transferindo-se ao Estado a eventual obrigação por prejuízos a terceiros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sigilo nos processos de investigação corporativa, conduzidos pelos departamentos de conformidade, deve adotar de forma rígida métodos de proteção de dados e de quaisquer informações, com a finalidade de proteger tanto os colaboradores quanto a própria imagem institucional.

Ainda que seja desejo de outros colaboradores identificar a consequência ou o resultado do processo de investigação, recomenda-se que apenas os envolvidos tenham ciência do resultado da apuração. Excetuam-se as situações extraordinárias, como uma demissão por justa causa, que, por sua natureza, não possa ser mantida em sigilo absoluto perante os demais colaboradores.

Na hipótese de o Estado solicitar informações por ordem judicial, a corporação não negará o seu fornecimento. Todavia, caso o Estado seja o responsável pela divulgação indevida de dados ou informações de colaboradores envolvidos em processos investigatórios, este deverá ser responsabilizado, ainda que por via de ação de regresso, caso o lesado opte por demandar a empresa pelo vazamento das informações.[34] E ao Estado caberá demandar contra o agente público identificado para eventual ressarcimento aos cofres públicos.

---

[33]DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a Lei 14.611/2023. 22. ed. São Paulo: LTr, 2023.

[34]MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (Unidade Jurisdicional da Comarca de Manhuaçu). **Embargos de Declaração Cível nº 5007214-62.2024.8.13.0394**. Embargante: Edilson Domingos Junior. Juíza: Patrícia Bitencourt Moreira. Manhuaçu, 29 jan. 2026.

Enquanto países como os Estados Unidos reconhecem expressamente a violação de regras de conformidade como razão para uma demissão por justa causa – por exemplo, na hipótese de relacionamento entre colaboradores –, no Brasil, os tribunais posicionam-se majoritariamente contra tal medida, sob o fundamento de intromissão indevida na vida privada e íntima do colaborador, o que deve ser observado pelas corporações que venham empreender no Brasil.

Identifica-se a importância do sigilo nos processos de investigação corporativa como elemento indispensável à efetividade e eficiência do programa de conformidade, bem como de proteção aos seus agentes e, não menos importante, à corporação, protegendo sua imagem institucional perante o mercado.

BIBLIOGRAFIA

Legislação e Normas

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2026.

BRASIL. **Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018].

Doutrina (Livros e Teses)

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: A Função e os Limites do Consentimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARLOTO, Selma. **Compliance Trabalhista:** obra ilustrada em visual law, incluindo as fases de implementação e normas da ISSO. São Paulo: LTr, 2022,

COFFIN, Bill. **Compliance**: The Emerging Role of the Corporate Ethics Officer. [S.l.]: Financial Executive, 1991.

COLARES, Marcos. **Compliance**: Ética e Estratégia nas organizações. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a Lei 14.611/2023. 22. ed. São Paulo: LTr, 2023.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**: elementos da formação do Direito à Proteção de Dados Pessoais. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FARIA, Ana Beatriz; SILVA, Ricardo. O sigilo nas investigações corporativas: limites éticos e proteção de dados no ambiente de compliance. **Revista de Direito Empresarial e Integridade**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 45-68, jan./jun. 2025.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível e Criminal**: Diálogos sobre a Unidade do Direito Probatório. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAUFER, William S. **Corporate bodies and guilty minds**: The Failure of Corporate Criminal Liability. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

ROTSCH, Thomas. **Criminal Compliance**. Baden-Baden: Nomos, 2015.

SARMENTO, Daniel. **A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre Particulares**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial. *In*: CORDEIRO, Rodrigo de Grandis (org.). **Direito Penal Econômico**: Estudos em Homenagem aos 70 anos do Professor Reale Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Yuri; BOMFIM, Vólia. **Manual do Compliance Trabalhista:** Teoria e Prática. 4. ed., rev., atual. e ampli. São Paulo: JusPodivm, 2023.

ZACLIS, Daniel. **Investigação interna corporativa**: reflexos no processo penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

Jurisprudência

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1102-84.2012.5.08.0003**. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Brasília, DF, 24 de maio de 2016. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 03 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). **Recurso Ordinário Trabalhista nº 1000932-73.2020.5.02.0491**. Relator: Adalberto Martins. São Paulo, 24 de junho de 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (Unidade Jurisdicional da Comarca de Manhuaçu). **Embargos de Declaração Cível nº 5007214-62.2024.8.13.0394**. Embargante: Edilson Domingos Junior. Juíza: Patrícia Bitencourt Moreira. Manhuaçu, 29 jan. 2026.

AS CIDADES INTELIGENTES E O DIREITO À CIDADE DOS MAIS VULNERÁVEIS[1]

Camilo Stangherlim Ferraresi[2]

Universidade do Minho

Isabel Celeste Fonseca[3]

Universidade do Minho

DOI: https://doi.org/10.62140/CFIF438128928

Sumário: 1. Introdução; 2. O direito à cidade e as transformações urbanas no paradigma das cidades inteligentes; 3. Inclusão, vulnerabilidade e governança participativa nas cidades inteligentes; Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo analisa os desafios para a efetivação dos direitos dos grupos vulneráveis no contexto das cidades inteligentes e suas implicações para a concretização dos direitos humanos. Parte-se da premissa de que a promoção da qualidade de vida, da inclusão social e da igualdade material exige o reconhecimento do direito à cidade, especialmente diante das transformações urbanas impulsionadas pela inovação tecnológica e pelo desenvolvimento científico. Nesse cenário, as Smart Cities reconfiguram as formas de viver, circular e interagir no espaço urbano, podendo tanto ampliar garantias quanto aprofundar desigualdades já existentes. A pesquisa dialoga com a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, com ênfase no ODS 11, que prevê cidades inclusivas, seguras, sustentáveis e resilientes. Sustenta-se que a efetivação do direito à cidade, no contexto das cidades inteligentes, depende de políticas antidiscriminatórias, de governança participativa e da participação efetiva da população nos processos decisórios. Nesse sentido, o "direito à obra", formulado por Lefebvre como o direito de participar ativamente da construção do espaço urbano, torna-se central para pensar as Smart Cities como instrumento de inclusão. Garantir voz aos grupos vulneráveis fortalece a democracia urbana e amplia o reconhecimento de todos como sujeitos de direitos. Assim, a inovação tecnológica deve servir à construção de uma sociedade urbana mais justa, inclusiva e democrática.

[1] Esta investigação foi financiada total ou parcialmente pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia I.P., sob o Financiamento UID/06331/2025 - https://doi.org/10.54499/UID/06331/2025.

[2] Pós-Doutor em Direito na Universidade do Minho (Braga – Portugal); Doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos (São Leopoldo - RS). Investigador Integrado do CEAD/Universidade Lusófona. Titular da Cátedra FCT Tenure sobre Direito Digital no CEAD Francisco Suárez. Investigador Doutorado, no âmbito das atividades do E-Tec, JusGov - Escola de Direito da Universidade do Minho. Email: camilostangherlimferraresi@gmail.com

[3] PhD degree in Public Law at Law Faculty of University of Coimbra. Professor at University of Minho Law School and Director of Administrative Law Master. Researcher at JusGov, Center for Research in Justice and Governance, University of Minho Law School. Member of the editorial board of the magazine: Cadernos de Justiça Administrativa e Questões Actuais de Direito Local. Email: isabel.uminho@gmail.com

Palavras-chave: Direito à Cidade; Cidades Inteligentes; Grupos Vulneráveis; Governança Participativa.

Abstract: This article examines the challenges involved in ensuring the rights of vulnerable groups in the context of smart cities and the implications of this process for the realization of human rights. It is based on the premise that promoting quality of life, social inclusion, and material equality requires recognition of the right to the city, especially in light of urban transformations driven by technological innovation and scientific development. In this scenario, Smart Cities reshape the ways people live, move, and interact in urban spaces, and may either expand protections or deepen existing inequalities. The study engages with the United Nations 2030 Agenda, with emphasis on Sustainable Development Goal 11 (SDG 11), make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable. It argues that the effectiveness of the right to the city in the context of smart cities depends on anti-discriminatory policies, participatory governance, and the effective involvement of the population in decision-making processes. In this sense, Lefebvre's idea of the "right to the work," that is, the right to actively participate in the construction of urban space, becomes central to thinking about smart cities as instruments of inclusion. Ensuring voice and participation for vulnerable groups strengthens urban democracy and broadens the recognition of all individuals as rights-bearing subjects. Thus, technological innovation must serve to expand citizenship and build a more just, inclusive, and democratic urban society.

Keywords: Right to the City; Smart Cities; Vulnerable Groups; Participatory Governance.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade analisar como as cidades inteligentes devem ser espaços urbanos em que elementos estruturantes interconectados como a inclusão, sustentabilidade, segurança, resiliência e virtualidade se projetam como possibilidade para a construção de uma vida boa de se viver.

A partir da premissa de que o futuro da humanidade está(rá) nas cidades, uma vez que a Organização das Nações Unidas (ONU) projeta um cenário em que 70% da população mundial viverá nas cidades em 2050 (ONU-HABITAT, 2022), é possível afirmar que nesse lapso temporal histórico, a importância dos espaços urbanos aumentará significativamente inserindo as cidades e os governos locais nas agendas e processos de decisão globais.

No momento atual, o desenvolvimento tecnológico abre uma janela de oportunidades (e riscos) para melhoria de qualidade de vida das pessoas em situação de vulnerabilidade social de modo a atingir um patamar mínimo civilizatório de existência e facilitar a inclusão social (digital) e potencializar a participação nos processos de tomada de decisão das questões de interesse público no âmbito das cidades inteligentes.

As Smart Cities, ao redesenharem as formas de viver, circular e interagir no ambiente urbano, apresentam novas possibilidades de construção de fatos jurídicos capazes de impactar diretamente a vida das populações vulneráveis, tanto no sentido da ampliação de garantias quanto no risco de aprofundamento das desigualdades já existentes.

Nesse contexto, destaca-se a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, especialmente o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 11, que trata da necessidade de desenvolver cidades mais inclusivas, seguras, sustentáveis e resilientes.

A partir desse marco, esta pesquisa tem como objetivo investigar os elementos estruturantes das Smart Cities à luz do Direito à Cidade, buscando compreender de que maneira esses componentes podem contribuir para a inclusão social e a promoção dos Direitos Humanos dos grupos mais vulneráveis, de acordo com as diretrizes da Agenda 2030 e do ODS 11.

Adota-se a metodologia sistêmico-construtivista, que possibilita uma leitura interdisciplinar do fenômeno urbano em diálogo com o direito, urbanismo, tecnologia e políticas públicas, fundamentada na perspectiva do Direito à Cidade desenvolvida por Henri Lefebvre.

2. O DIREITO À CIDADE E AS TRANSFORMAÇÕES URBANAS NO PARADIGMA DAS CIDADES INTELIGENTES

Em diversos momentos da história humana, a partir das necessidades e possibilidades de desenvolvimento de determinado período, construiu-se modelos de cidades em um processo (des)contínuo de transformação e a sociedade urbana moderna tem como característica a industrialização, ou seja, é a sociedade que nasce a partir da industrialização e "essas palavras designam, portanto, a sociedade construída por esse processo que domina e absorve a produção agrícola" (Lefebvre, 2019, p. 18).

As cidades modernas são o retrato do processo de industrialização e da mudança da população rural para o espaço urbano, dessa forma, a cidade incorpora a existência da sociedade urbana, que é a realidade social que nasce no entorno do indivíduo, das relações construídas a partir da convivência humana e "essa sociedade urbana só pode ser concebida ao final de um processo no curso do qual explodem as antigas formas urbanas, herdadas de transformações descontínuas". (Lefebvre, 2019, p. 18).

O processo de urbanização a partir da industrialização se deu de forma global e "segue seu curso, a grande cidade explodiu, dando lugar a duvidosas excrecências: subúrbios, conjuntos residenciais ou complexos industriais, pequenos aglomerados satélites pouco diferentes de burgos urbanizados". (Lefebvre, 2019, p. 20).

O núcleo urbano é seu retrato, mas a fragmentação é possibilidade de transformação, de novos horizontes e possibilidades. O transbordamento pode ser significado como a possibilidade de mudança de modelo e expansão do sentido de cidade. Harvey esclarece que o "termo cidade tem uma história icônica e simbólica profundamente inserida na busca de significados políticos". (Harvey, 2014, p. 22).

O conceito de cidade de Lefebvre (2016) é dinâmico, em movimento, em ressignificação constante a partir das transformações sociais, econômicas, tecnológicas, experimentadas pelo desenvolvimento da humanidade indica um novo modelo de ocupação urbana, as *smart cities*.

Em um processo de ressignificação constante, no contexto de uma sociedade hipercomplexa e da 4.ª revolução industrial, a ressignificação orientada pelos Direitos Humanos e com o diálogo com o ODS 11 da Agenda 2030, surge o Direito à Cidade Inteligente com potencial para a orientar a (re)construção das cidades inteligentes para cidades inteligentes e inclusivas. (Ferraresi, 2021).

Entretanto, antes de avançar para as cidades inteligentes, é preciso abordar o Direito à Cidade, que foi apresentado por Henry Lefebvre em 1968 como condição de possibilidade para superação da crise da cidade, o "direito à cidade pressupõe a existência de um espaço para que a vida política ocorra e se desenvolva, dando origem a projetos utópicos de cidade" (Totti, 2017, p. 629). Nesse contexto, o Direito à Cidade foi incialmente concebido por Lefebvre como o direito ao encontro, à criação e à participação no processo de construção do espaço urbano. (Lefebvre, 2016).

Lefebvre concebeu o Direito à Cidade como o direito ao encontro, à criação e à participação no processo de construção do espaço urbano. Segundo Lefebvre, o Direito à Cidade se manifesta "como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar.

O direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade". (Lefebvre, 2016, p. 134). Nessa perspectiva, o Direito à Cidade é o "direito à vida urbana renovada e de qualidade – com todo conjunto de implicações a este associado, destacando-se o direito de participação na construção da cidade, no sentido de apropriação do espaço urbano pelos cidadãos. (Ferreira, 2020, p. 229).

O Direito à Cidade era uma proposta para resgatar a cidade da apropriação capitalista e devolvê-la as pessoas, o Direito à Cidade "es entonces restaurar el sentido de ciudad, instaurar la posibilidad del "buen vivir" para todos, y hacer de la ciudad "el escenario de encuentro para la construcción de la vida colectiva" (Mathivet, 2011, p. 23).

Harvey (2014), ao analisar o Direito à Cidade em Henry Lefebvre, explica que o seu surgimento foi uma queixa e uma exigência, ou seja, "a queixa era uma resposta à dor existencial de uma crise devastadora da vida cotidiana na sociedade" (Harvey, 2014, p. 11). Por outro lado, destaca que a exigência:

> [...] era, na verdade, uma ordem para encarar a crise nos olhos e criar uma vida urbana alternativa que fosse menos alienada, mais significativa e divertida, porém, como sempre em Lefebvre, conflitante e dialética, aberta ao futuro, aos embates (tanto temíveis como prazerosos), e à eterna busca de uma novidade incognoscível (Harvey, 2014, p. 11).

A percepção de Lefebvre sobre o Direito à cidade, enquanto queixa e exigência, se amolda a necessidade de ressignificação constante desse direito, para atender a emergência

de uma urbanização não planejada, que ao excluir grupos sociais em situação de vulnerabilidade das potencialidades da vida urbana, não lhes permitem experimentarem todas as suas possibilidades de existência e participação social na construção das cidades.

Nesse sentido, Marcuse explica que o uso que Lefebvre dá ao Direito à Cidade "es un grito, una demanda, una reivindicación. Se trató de un eslogan político, con el objetivo de ampliar el ámbito de las demandas de cambio social para englobar uma visión de una sociedad diferente, para lo cual "lo urbano" solía ser un sinônimo em sus escritos" (Marcuse, 2011, p. 91).

Lefebvre cunhou o direito à cidade como queixa e exigência contra a alienação urbana capitalista, enfatizando o direito à obra, participação na produção do espaço. No paradigma das *Smart Cities*, essa ideia é o horizonte para combater exclusões digitais, como visto em projetos que marginalizam periferias e grupos sociais vulneráveis, apesar de promessas de inclusão. A tecnologia deverá estar a serviço da humanidade como instrumento de inclusão, sustentabilidade, participação e democratização das cidades, (im)possibilita(rá) uma verdadeira (r)evolução da vida urbana e no sentido jurídico do Direito à Cidade.

Nesse processo de ressignificação do Direito à Cidade, a emergência de novas tecnologias, das Smart Cities, da reivindicação pela efetivação dos Direitos Humanos e da Agenda 2030 da ONU, especialmente do ODS 11, são fatores determinantes para um novo momento ou fase do Direito à Cidade, em que as cidades sustentáveis, por si só já não atendem às demandas sociais das pessoas que vivem e convivem nas cidades.

As Smart Cities são modelos de cidades em que a tecnologia se coloca como fator capaz de potencializar a dinâmica organizacional do espaço urbano de forma a interagir com os elementos inclusão, sustentabilidade e resiliência, para a (re)construção de cidades humanas, ou seja, "new and emerging technologies could help cities improve public services (including mobility and well-being), better interact with citizens, increase productivity, and address environmental and sustainability challenges". (União Europeia, 2011, p. 98).

Hoje o conceito de Smart City está associado principalmente à tecnologia e inovação. A nova cidade inteligente, com impacto nas suas estruturas e procedimentos, tecnologias de informação e comunicação, faz uso de software, algoritmos e ferramentas de inteligência artificial, levando-nos a antever o que se designa por governação algorítmica, Open & linked Government Data (O&LGD) ou governação digital.

A noção de cidade inteligente está intrinsecamente relacionada a diferentes dimensões do direito de viver com qualidade de vida na cidade, e depende de múltiplos fatores, incluindo a disponibilidade de TICs, aspectos demográficos, geográficos e culturais da cidade, bem como nas escolhas políticas para a cidade (Fonseca, 2023).

Quem as estuda hoje e procura sobretudo mapear os indicadores de implementação de cidades inteligentes sabe que a construção das cidades já se assenta verdadeiramente em sistemas inteligentes de recolha de dados, através da Internet das Coisas (= IoT), sensores, drones e câmaras; já pressupõe sistemas abertos de dados, que permitam a recolha, o tratamento em sentido estrito, a interoperabilidade e a reutilização (em modelo open connectivity and free movement of data); já configura a governação inteligente, o que requer

(e pode pressupor) a recolha direta de dados e a decisão com análise dos mesmos em tempo real, e, portanto, pressupõe a utilização de algoritmos e a Inteligência Artificial (= IA), tanto para análise e sistematização, como para a decisão administrativa automatizada, que é, aliás, se recomenda que seja concebida para espaços de total vinculação, como para a preparação da decisão administrativa local com intervenção de avaliação e apreciação do decisor — ou pelo menos para análise preditiva com vista à decisão humana. (Ferraresi, Fonseca, 2024).

Mas há que se ter muito cuidado para que o desenvolvimento tecnológico seja utilizado em benefício da humanidade e nesse sentido há o risco da emergência de novas tecnologias que podem ter um efeito prejudicial sobre parte da população urbana e maximizar o benefício para a sociedade exigirá regulamentação cuidadosa e planejamento futuro (União Europeia, 2011, p. 98).

Também pode-se destacar "problemas como controle, vigilância e monitoramento de coisas e pessoas emergem nesse novo cenário e devem ser encarados com seriedade." (Lemos, 2013, p. 49). Estudos indicam que "a narrativa smart pode mascarar efeitos e custos sociais, incluindo, por exemplo, a implementação de um tipo de governança tecnocrática que exclui a participação cidadã, opera de forma fragmentada e competitiva, reproduzindo as desigualdades socioespaciais.". (Kraus, 2022, p. 95).

Nas Smart Cities, IoT e IA prometem eficiência (UE, 2011), mas geram vigilância e exclusão — como alertam Lemos (2013) e Kraus (2022). O direito à cidade surge como regulação, garantindo participação via dados abertos e governança democrática. O desenvolvimento tecnológico (re)coloca a cidade do futuro no centro das questões globais e "la ciudad resurge como espacio estratégico para entender tendencias críticas en la reconfiguración del orden social." (Sassen, 2007, p. 129).

Por seu turno, Evgeny Morozov destaca que um dos riscos decorrentes da complexidade das cidades inteligentes é a gestão das informações privadas, que são coletadas e armazenadas por empresas e não pelo Estado, ou seja, "o mais problemático é que as decisões que antes estavam sujeitas a um controle e deliberação democrático passam a ser repassadas às empresas". (LAFLOUFA, 2020). A proteção dos direitos fundamentais, especialmente os dados obtidos pela Administração Pública devem ser protegidos para evitar a utilização indevida e a apropriação privada do interesse público.

A participação da população nos processos de tomada de decisão e gestão das cidades é fundamental para esse cenário de riscos, entre eles, decorrentes da privatização de dados, a partir da emergência de novas tecnologias; e o Direito se coloca como possibilidade de instrumentalização da regulação adequada para convergência de interesses públicos e privados nos processos de gestão e planejamento das cidades.

O Direito à Cidade, como fio condutor desse processo de transição, tem potência suficiente para orientar a construção de cidades inteligentes, inclusivas, sustentáveis, resilientes e comprometidas com a efetivação dos direitos humanos.

3. INCLUSÃO, VULNERABILIDE E GOVERNANÇA PARTICIPATIVA NAS CIDADES

A partir das reflexões apresentadas na pesquisa, o desafio a ser enfrentado nessa etapa do relatório é apresentar propostas para as *Smart Cities* que possibilitem a inclusão e efetivação do direito à cidade dos grupos vulneráveis. A emergência de espaços urbanos adequados a todos é condição de possibilidade para uma sociedade urbana inclusiva e democrática, que esteja prepara para enfrentar os desafios contemporâneos, como, a falta de moradia, a negação de voz e participação nos processos decisórios, o impacto das mudanças climáticas no espaço urbano, a inteligência artificial, entre outros.

Para atender a esses desafios da sociedade contemporânea, a (re)organização do espaço urbano a partir do modelo de *Smart City* como condição de possibilidade para inclusão dos grupos sociais mais vulneráveis, deverá ser orientado pela ética dos Direitos Humanos e pelo Direito à Cidade. A necessidade de projeção de um futuro com espaços urbanos democráticos, inclusivos e acessíveis para todos, coloca a cidade inteligente ou *Smart City* como próximo passo no transbordamento da compreensão atual do modelo de cidade.

A identificação dos grupos sociais em situação de vulnerabilidade social deve levar em consideração fatos que transcendem ao fato temporal ou a condições físicas, ou seja, dependem de outras circunstâncias, como a questão biológica, genética, psicológica, social e até mesmo comportamental.

Nessa perspectiva, a terminologia adotada "minorias" e "grupos vulneráveis" são, frequentemente, empregados como sinônimos, remetendo-se a uma ideia de grupos de pessoas que se encontram em posição de desvantagem. Segundo Maria Cláudia Zaratini Maia (Maia, 2023), os grupos vulnerabilizados ou em condição de vulnerabilidade, de acordo com as 100 Regras de Brasília, são aqueles compostos por pessoas que: "[...] por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico". (Regras de Brasília, 2008).

Podem ser considerados grupos vulnerabilizados, as crianças e adolescentes, as pessoas idosas, as mulheres, a população negra, a população LGBTQIA+, pessoas com deficiência, povos tradicionais, pessoas em situação de rua, dentre outros grupos que tenham dificultadas por condições de gênero, de idade e, ou, por condições sociais, históricas e econômicas, seu acesso aos direitos humanos fundamentais. (Maia, 2023). São vulnerabilizados os grupos que "[...] tem diminuídas, por diferentes razões, suas capacidades de enfrentar as eventuais violações de direitos básicos, de direitos humanos" (Beltrão et al, 2014, p. 13).

As condições de vulnerabilidade são cumulativas e podem estar presentes duas ou mais condições de forma concomitante, agravando o acesso aos direitos humanos fundamentais para determinados grupos, ou seja, "[...] as meninas, quando são menores de idade e do gênero feminino, são mais vulneráveis do que os rapazes; as mulheres indígenas são mais vulneráveis do que os homens da mesma etnia; os afrodescendentes com deficiência são mais vulneráveis do que os brancos; e assim sucessivamente … (Beltrão et al, 2014, p. 15)

A inclusão social perpassa por todos os grupos vulneráveis ou em situação de risco, sendo o ponto de intersecção entre eles a necessidade de políticas públicas e ações privadas

que tenham conteúdo antidiscriminatório e igualitário. As cidades devem ser "inclusivas, proporcionando a todos os habitantes, permanentes ou transitório, o exercício da cidadania e de direitos de igualdade, independente de gênero, classe, raça, etnia, religião, orientação sexual, idade, origem e outros fatores". (Amanajás, Klug, 2018, p. 37).

Nesse diapasão, a meta 11.2 do ODS 11 estabelece que até 2030, os espaços urbanos deverão proporcionar o acesso a sistemas de transporte seguros, acessíveis, sustentáveis e a preço acessível para todos, melhorando a segurança rodoviária por meio da expansão dos transportes públicos, com especial atenção para as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, mulheres, crianças, pessoas com deficiência e idosos. Nessa perspectiva, pode-se destacar que a mobilidade é "o grande instrumento de exercício do direito à cidade e, portanto, de acesso a serviços, emprego, cultura, lazer e bens. Uma estrutura de mobilidade deficiente ou inadequada pode causar ou intensificar o grau de exclusão social desse grupo". (Amanajás; Klug, 2018, p. 37).

Ainda sobra a Agenda 2030, a meta 11.3 prevê o aumento da urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, em todos os países; e, a meta 11.7 que tem como objetivo proporcionar o acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis e verdes, particularmente para as mulheres e crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiência; essas metas, destacam o conteúdo jurídico antidiscriminatório e igualitário do Direito à Cidade (Inteligente) e da necessidade de (re)organização dos espaços urbanos a partir das Smart Cities.

Os ODS prestam atenção especial à igualdade de gênero e a finalidade do "ODS 5, por exemplo, é 'alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas', e a primeira meta deste objetivo é "eliminar todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em todos os lugares". (Campello, 2020, p. 38-39). Isto porque, nas cidades "as desigualdades de gênero se manifestam impactando o cotidiano da vida das mulheres, sua autonomia e o exercício de seus direitos". (Amanajás; Klug, 2018, p. 37).

O Direito à Cidade Inteligente deve orientar a (re)organização do espaço urbano humano livre de discriminação com base em gênero, idade, estado de saúde, renda, nacionalidade, origem étnica, status de imigração ou orientação política, religiosa ou sexual; que engloba minorias e a diversidade étnica, racial, sexual e cultural que respeite, proteja e promova todos os costumes, memórias, identidades, idiomas e expressões artísticas e culturais não discriminatórias de seus habitantes; concretização da igualdade de gênero e implantação de medidas necessárias para combater a discriminação contra mulheres e meninas em todas as suas formas; políticas públicas e privadas para garantir o pleno desenvolvimento de mulheres e meninas, garantir-lhes igualdade no exercício e na realização dos direitos humanos e uma vida livre de violência. Políticas públicas voltadas à promoção de oportunidades iguais de acesso aos espaços públicos e à mobilidade incentivam as imprescindíveis trocas culturais do tecido social, fomentando interações e convivência comunitária e a diminuição do desequilíbrio coletivo.

Pode-se destacar, ainda, como metas do ODS 11 relacionadas a inclusão, sustentabilidade e resiliência: a meta 11.4, fortalecer esforços para proteger e salvaguardar o

patrimônio cultural e natural do mundo; 11.5, reduzir significativamente o número de mortes e o número de pessoas afetadas por catástrofes e substancialmente diminuir as perdas econômicas diretas causadas por elas em relação ao produto interno bruto global, incluindo os desastres relacionados à água, com o foco em proteger os pobres e as pessoas em situação de vulnerabilidade; meta 11.6, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, inclusive prestando especial atenção à qualidade do ar, gestão de resíduos municipais e outros. (PLATAFORMA AGENDA 2030, 2015).

A participação de toda população nos processos de tomada de decisão das questões relacionadas com a vida urbana é fundamental para materialização da inclusão e, por isso, as cidades inteligentes devem desenvolver uma governança ampla, aberta e transparente. O engajamento das pessoas, além de gerar inclusão digital e inovação social, por meio de processos participativos e colaborativos, estabelece(rá) laços significativos de coesão social, elemento subjetivo fundamental para a construção do sentimento de pertencimento a localidade e cuidado com o planejamento futuro.

Isto porque, para Lefebvre, o Direito à Cidade é o direito à vida urbana renovada e de qualidade, destacando-se o direito de participação na construção da cidade, no sentido de apropriação do espaço urbano por todos os indivíduos. E somente garantindo a participação dos grupos sociais em situação de vulnerabilidade social na construção da cidade, é que será possível identificar transformações ou adequações necessárias no espaço urbano que assegurem a inclusão e a efetivação de seus direitos, especialmente, os Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito à Cidade dos mais vulneráveis é o horizonte de sentido para projetar a cidade do futuro e as Smart Cities como modelo de ocupação do solo urbano para garantir a qualidade de vida das pessoas em situação de vulnerabilidade social.

O direito à obra, como componente essencial do Direito à Cidade, vincula-se à participação de todos no processo de reconstrução das cidades, ou seja, como atores ativos na formulação de políticas públicas e planejamento urbano.

A ampliação da cidadania é o processo de tomada de decisão democrática que assegura eficácia social das pessoas em situação de vulnerabilidade ao direito à obra, como proposto por Lefebvre.

Por outro lado, o direito à apropriação possibilita o usufruto dos bens coletivamente produzidos no espaço urbano, ou seja, a experimentação plena dos benefícios da vida urbana pelos grupos vulneráveis. Em outras palavras, é a inclusão plena na sociedade urbana de forma que a cidade inteligente seja o espaço adequado para garantir uma vida com dignidade.

As Cidades Inteligentes, como novo desenho de ocupação urbana orientado pelo Direito à Cidade, devem contemplar a inclusão (social e digital) dos grupos sociais vulneráveis e políticas antidiscriminatórias, para construção de uma sociedade plural, justa e inclusiva.

REFERÊNCIAS BIBIOGRÁFICAS

AMANAJÁS, Roberta; KLUG, Letícia. Direito à cidade, cidades para todos e estrutura sociocultural urbana. In: COSTA, Marco Aurélio; MAGALHÃES, Marcos Thadeu Queiroz; FAVARÃO, Cesar Bruno (org.) A nova agenda urbana e o Brasil: insumos para sua construção e desafios a sua implementação. Brasília, DF: Ipea, 2018. p. 29-44.

BELTRÃO, Jane Felipe. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. GÓMEZ, Itziar,

PAJARES, Emílio. PAREDES, Felipe. ZÚÑIGA, Yanira (Coord). Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis. Rede Direitos Humanos e Educação Superior, 2014. Disponível em http://www.consorciodh.ufpa.br/livros/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf Acesso em 25-ago-2025.

CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. Direitos humanos e a Agenda 2030: uma mudança de paradigma em direção a um modelo mais equilibrado para o desenvolvimento sustentável. In CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio (coord.). Direitos humanos e meio ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030. 1 ed. - São Paulo: IDHG, 2020. p. 22-41.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. A Ressignificação do Direito à Cidade a partir dos Direitos Humanos: As Smart Cities como um espaço para garantir a qualidade de vida das pessoas com deficiência. 1. ed. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021.

FERRARESI, Camilo Stangherlim; FONSECA, Isabel Celeste. Inteligência Artificial e Direito à Cidade: As Smart Cities como modelo de cidades do futuro ecologicamente sustentáveis. In: WEDY. Gabriel; HUPFFER, Haide Maria; WEYERMÜLLER, André Rafael. Direito e inteligência artificial: perspectivas para um futuro ecologicamente sustentável. São Leopoldo: Casa Leiria, 2024, p. 119-140.

FERREIRA, Antonio Rafael Marchezan. Direito à cidade e direito urbanístico: limites e relações recíporcas. In: LIBÓRIO, Daniela Campos (coord.). Direito Urbanístico: fontes do direito urbanístico e direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 229-244.

FONSECA, Isabel Celeste. Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: Because we need a global digital transition strategy for the city. In: FONSECA, Isabel Celeste. Smart Cities and Law, E-Governance and Rights. Milão: Wolters Kluwer, 2023. p. 1-28.

HARVEY, David. Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana. Tradução Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KRAUS, Lalita. Contra o fetiche tecnológico: repensar o planejar no contexto das cidades inteligentes. CTS em debate: construindo uma agenda brasileira, ESOCITE.BR, vol. 2, n. 1, jan-mar. 2022, p. 91-96.

LEFEBVRE, Henri. O direito à cidade. Tradução: Rubens Eduardo Frias. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2016.

LEFEBVRE, Henri. A revolução urbana. Tradução: Sérgio Martins. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2019.

LEMOS, André. Cidades Inteligentes. GV-executivo, 12(2), p. 46-49, jul-dez. 2013.

MAIA, Maria Cláudia Zaratini. Direito Humano Fundamental à Educação: Proteção aos grupos vulnerabilizados para superação das desigualdades educacionais. In: SALMERON, Sintia Salmeron; VIALÔGO, Tales Manoel Lima; TREVISANUTO, Tatiene Martins Coelho. Estudos da IV Semana de Afirmação dos Direitos Humanos das Faculdades Integradas de Bauru – FIB. Bauru: Spessotto, 2023, p. 127-138.

MARCUSE, Peter. ¿Los derechos en las ciudades o el derecho a la ciudad?. In: SUGRANYES, Ana; MATHIVET, Charlotte. Ciudades para tod@s: Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias. Habitat International Coalition (HIC), Segunda edición - Santiago de Chile, 2011, p. 91-104.

MATHIVET, Charlotte. El derecho a la ciudad: claves para entender la propuesta de crear "otra ciudad posible". In: SUGRANYES, Ana; MATHIVET, Charlotte. Ciudades para tod@s: Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias. Habitat International Coalition (HIC), Segunda edición - Santiago de Chile, 2011, p. 23-28.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). O que é a Agenda 2030? Nova York, 2015. Disponível em: http://www.agenda2030.com.br/. Acesso em: 22 fev. 2026.

ONU-Habitat: população mundial será 68% urbana até 2050. Nações Unidas Brasil. 01 jul. 2022. Disponível em https://brasil.un.org/pt-br/188520-onu-habitat-populacao-mundial-sera-68-urbana-ate-2050 Acesso em 13 fev. 2026.

PLATAFORMA AGENDA 2030: acelerando as transformações para a Agenda 2030 no Brasil. [S. l.], 2015. Disponível em: http://www.agenda2030.com.br/ods/11/Agenda 2030. Acesso em: 22 fev. 2026.

REGRAS de Brasília Sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade. Cumbre Judicial Iberoamericana. Anadep – Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. 2008. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf Acesso em 25-fev-2026.

SASSEN, Saskia. Una sociología de la globalización. Tradução María Victoria Rodil. Cali, Colombia: Carvajal Soluciones, 2015.

TOTTI, Virgínia Guimarães. Direito à Cidade e Direitos na Cidade: Integrando as perspectivas social, política e jurídica. Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 626-665, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Cidades de amanhã desafios, visões e perspectivas. Bruxelas, 2011. Disponível em: https://ec.europa.eu/regional_ policy/ sources/docgener/ studies/pdf/citiesoftomorrow/citiesoftomorrow_final_pt.pdf. Acesso em: 22 fev. 2026.

O COMPLIANCE COMO FERRAMENTA NA GESTÃO DE CUSTOS ASSIMÉTRICOS E RISCO NO SETOR SAÚDE

Compliance as a tool in the management of asymmetric costs and risk within the healthcare sector

Juliene Santos Silva[1]

Universidade de São Paulo

Carlos Alberto Grespan Bonacim[2]

Universidade de São Paulo

DOI: https://doi.org/10.62140/JSCB198286035

Sumário: 1. Introdução: O conflito de leis *per si* e problemas de jurisdição; 2. Renvoi; 3. Legislação portuguesa; 4. Legislação brasileira e seus desafios; 5. Conclusão.

Resumo: Este artigo analisa o papel do Compliance como instrumento de governança e mitigação de riscos na gestão de custos assimétricos no setor Saúde. Com base em evidências empíricas provenientes de estudo com 96 hospitais brasileiros entre 2010 e 2024, discute-se como fatores organizacionais, contratuais e institucionais contribuem para a rigidez estrutural dos custos, especialmente em hospitais privados e em instituições com elevada intensidade de capital imobilizado. A partir de uma abordagem exploratório-interpretativa, o estudo integra contribuições da economia da saúde, da literatura sobre comportamento assimétrico de custos e dos fundamentos de Compliance corporativo, demonstrando que a adoção de estruturas robustas de conformidade pode contribuir para reduzir ineficiências, aprimorar a gestão de riscos e promover maior sustentabilidade econômico-financeira das organizações de saúde em ambientes marcados por elevada complexidade regulatória e volatilidade da demanda.

Palavras-chave: Compliance; Assimetria de custos; Governança; Gestão em saúde; Riscos corporativos.

Abstract: This article analyzes the role of Compliance as a governance and risk mitigation tool in the management of asymmetric costs in the healthcare sector. Based on empirical evidence from a study of 96 Brazilian hospitals between 2010 and 2024, it discusses

[1] Graduanda em Ciências Contábeis pela FEA-RP da Universidade de São Paulo. Contato: juliene402@usp.br.
[2] Professor Associado do Departamento de Contabilidade da FEA-RP da Universidade de São Paulo. Contato: carlosbonacim@usp.br. Link ORCID: https://orcid.org/0000-0000-0000-000.

how organizational, contractual, and institutional factors contribute to the structural instability of costs, especially in private hospitals and institutions with high levels of immobilized capital. Using an exploratory-interpretative approach, the study integrates contributions from health economics, the literature on asymmetric cost behavior, and the fundamentals of corporate compliance, demonstrating that the adoption of robust compliance structures can contribute to reducing inefficiencies, improving risk management, and promoting greater economic and financial sustainability of healthcare organizations in environments marked by high regulatory complexity and demand volatility.

Keywords: *Compliance; Cost asymmetry; Governance; Healthcare management; Corporate risks.*

1. INTRODUÇÃO

Em sua pesquisa, Carpanez e Malik (2021) analisaram que, nas duas últimas décadas, de 2000 a 2018, entre a metade e dois terços de todos os gastos nacionais em saúde foram realizados por serviços hospitalares. Além disso, baseados em estudos canadenses, suíços e alemães, comprovaram que os serviços hospitalares geram muitos custos devido à ineficiência. Entender e estudar os sistemas hospitalares pode oferecer subsídios para melhorar essa eficiência, eficácia e a efetividade nas ações da saúde, bem como para desenvolver o planejamento das ações dos sistemas de saúde. No caso brasileiro, em dezembro de 2017 existiam 6.787 estabelecimentos de saúde hospitalares; destes, 62,3% possuíam menos de 50 leitos. A literatura evidencia que hospitais com menos de 200 leitos não alcançam economia de escala e têm dificuldade de manter sua sustentabilidade econômico-financeira.

Dessa forma, é de suma importância examinar as políticas públicas e processos de gestão que interferem no acesso e na disponibilidade de leitos hospitalares, bem como nos custos operacionais para mantê-los ativos, e calcula-se que essas análises possam colaborar com evidências científicas aplicáveis. Quando direcionados à gestão, estudos avaliativos de políticas públicas podem contribuir para melhorar a efetividade das estratégias e ações planejadas, assim como subsidiar a tomada de decisões dos gestores (TANAKA; RIBEIRO; ALMEIDA, 2017). A solução para um adequado funcionamento do sistema de saúde de um país depende de dois fatores: financiamento suficiente e gestão adequada dos recursos obtidos. O Brasil precisa melhorar nesses dois quesitos (SALDIVA; VERAS, 2018).

Na literatura internacional, temos Anderson, Banker, Janakiraman (2003), Vinuesa, Werbin e Porporato (2011), Banker, Byzalov e Chen (2013), Banker, Byzalov e Plen-Dujowich (2014), Banker, Byzalov, Fang e Liang (2018), Golden, Mashruwala e Pevzner (2020), Riegler e Weiskirchner-Merten (2020), Xu e Zheng (2020). Já no Brasil, os estudos

sobre custos assimétricos ainda são recentes. Esse tema de pesquisa ganhou espaço com o trabalho de Medeiros, Costa e Silva (2005), que teve como objetivo verificar se a pesquisa de Anderson, Banker e Janakiraman (2003) era aplicável às empresas brasileiras.

Assim, um sensível aumento no volume de atividade de uma organização resultaria, quase sempre, em aumentos imediatos de custos. No entanto, as significativas retrações no nível de atividade poderiam não resultar em reduções de custo (mesmo que exista folga significativa), visto que os gerentes e a empresa podem ou não querer os ativos, funcionários e/ou outros custos no curto prazo (SUBRAMANIAM; WEIDENMIER, 2016).

Desse modo, as organizações teriam dificuldades em modificar a quantidade de funcionários e o uso de seus ativos. Contudo, a rigidez de custos traz resistência ao ajuste de custos. Quando o volume de produção da organização diminui, a perda ociosa aumenta devido à interrupção da produção, provocando, assim, redução da eficiência nas atividades comerciais e aumento no nível de risco (YAO, 2018).

2. MATERIAL E MÉTODOS

Assim, de todos os determinantes dos sticky costs supramencionados, e diante da ausência de estudos dessa natureza para hospitais, o problema a ser respondido nesta pesquisa é: a participação do imobilizado sobre o ativo total está positivamente associada com o comportamento assimétrico dos custos? Neste trabalho, o objetivo é investigar se participação do imobilizado sobre o ativo total está positivamente associada ao comportamento assimétrico dos custos.

Esta pesquisa tomou como amostra 101 hospitais brasileiros, entre públicos e privados, com, no mínimo, informações de 10 anos para cálculo das variáveis necessárias na pesquisa. A amostra foi observada de 2010 a 2024. As análises serão longitudinais, visto que os estudos que se pautam em séries temporais mais amplas demonstram mais claramente tendências de custos para os hospitais, e ainda fornecem maior credibilidade aos resultados encontrados (KREMER; PINHEIRO; FERRARI, 2014; RICHARTZ, 2013).

Os dados foram coletados para todo o período analisado, sendo que, anualmente, o número de hospitais sofre alterações devido ao fato de que alguns deles podem não existir no começo ou no final do período.

É importante ressaltar que, de acordo com Balakrishnan, Labro e Soderstrom (2014) e Banker et al. (2014), as informações coletadas que apresentarem discrepâncias podem ser

excluídas da amostra sem afetar a validade dos resultados. Dessa forma, hospitais que apresentaram informações fora do pesquisado ou fora da curva, como por exemplo quantidade de leitos, foram retirados.

As informações coletadas da base de dados Valor Pro® são oriundas das demonstrações contábeis não consolidadas, sendo atualizadas pelo índice IPCA e estão demonstradas no quadro 1.

Quadro 1 - Variáveis utilizadas no estudo

Variáveis	Utilizadas nos estudos de:
Receita líquida de vendas (RLV)	Calleja, Steliaros & Thomas (2006); He, Teruya & Shimizu (2010); Richartz (2013); Banker, Byzalov & Chen (2013); Kama& Weiss (2013); Kremer, Pinheiro e Ferrari (2014); Grejo (2016).
Custo do produto vendido (CPV)	Calleja, Steliaros & Thomas (2006); Anderson, Banker,; Richartz (2013); Banker, Byzalov & Chen (2013); Kama & Weiss (2013); Kremer, Pinheiro e Ferrari (2014); Grejo (2016)
Despesas administrativas (DA)	Anderson, Banker, Huang & Janakiraman (2007); He, Teruya &Shimizu (2010); Richartz (2013); Kremer, Pinheiro e Ferrari (2014); Medeiros, Costa & Silva (2005); Grejo (2016).
Despesas com vendas (DV)	Anderson, Banker, Huang & Janakiraman (2007); He, Teruya &Shimizu (2010); Richartz (2013); Kremer, Pinheiro e Ferrari (2014); Medeiros, Costa & Silva (2005); Grejo (2016)
Ativo imobilizado (AI)	Kremer, Pinheiro e Ferrari (2014); Grejo (2016)
Ativo Total (AT)	Calleja, Steliaros e Thomas (2006), Porporato e Werbin (2012)
Ativo Imobilizado/Ativo Total (AI/AT)	Kremer (2015), Richartz (2016), Reis (2016) e Grejo (2016)

Fonte: elaborado pelos autores (2026)

Os dados a respeito da receita líquida de vendas, custo do produto vendido, despesas administrativas, despesas com vendas, imobilizado e ativo total foram tabulados em planilha do software Microsoft Excel® e exportadas para o software estatístico Stata 13.

Desse modo, foi utilizado o seguinte modelo proposto por Anderson, Banker e Janakiraman (2003) em relação aos *sticky costs*, modelo empírico de análise para verificar a reação dos custos mediante a variação da receita líquida de venda, o qual é

constituído da seguinte forma:

$$log\left[\frac{\text{Custos}_{it}}{\text{Custos}_{it-1}}\right] = \beta_0 + \beta_1 log\left[\frac{\text{Receita}_{i,t}}{\text{Receita}_{i,t-1}}\right] + \beta_2 \text{Dummy}_{i,t} * log\left[\frac{\text{Receita}_{i,t}}{\text{Receita}_{i,t-1}}\right] + \varepsilon_{i,t} (1)$$

Devido à quantidade de anos analisados, o logaritmo é empregado no modelo, pois ele é capaz de melhorar a comparabilidade das variáveis entre os hospitais e minimizar problemas de heterocedasticidade. A variável *dummy* é tida como 1 quando a receita diminui de um período para um outro anterior. Consequentemente, a variável *dummy* ganha o valor 0 quando a receita aumenta (ANDERSON; BANKER; JANAKIRAMAN, 2003).

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Este tópico tem como objetivo apresentar a análise dos dados, que está dividida em dois tópicos. O primeiro expõe os resultados, seguido do segundo, que mostra as discussões da pesquisa, desse modo apresentando o comportamento dos custos como demonstrado pelo *sticky costs*, ou seja, a assimetria dos custos em relação à receita dos hospitais que compõem a amostra.

Tabela 1 - Estatística descritiva das variáveis para hospitais públicos e privados

Hospital Privado					
Dados	**Observações**	**Média**	**Desvio Padrão**	**Mínimo**	**Máximo**
Variação da Receita	253	0,11%	0,10%	-0,09%	0,32%
Variação do Custo	225	0,10%	0,10%	-0,12%	0,33%
Ativo imobilizado/Ativo total	293	3,13%	2,01%	1,28%	8,68%
Hospital Público					
Dados	**Observações**	**Média**	**Desvio Padrão**	**Mínimo**	**Máximo**
Variação da Receita	249	0,11%	0,10%	-0,09%	0,32%
Variação do Custo	225	0,10%	0,11%	-0,12%	0,33%
Ativo imobilizado/Ativo total	293	2,78%	2,01%	1,28%	8,68%

Fonte: elaborado pelos autores (2026)

A tabela 2 explora a variável quantidade ou número de leitos e apresenta um recorte do comportamento das variações de receita e custo para o quesito porte em termos de leitos disponíveis:

Tabela 2 - Estatística Descritiva da Variável Leito pela mediana

	leitos >=0,4821 (mediana)				
Dados	**Observações**	**Média**	**Desvio Padrão**	**Mínimo**	**Máximo**
Variação da Receita	227	0,11%	0,09%	-0,10%	0,30%
Variação do Custo	203	0,10%	0,11%	-0,14%	0,33%
ativo imobilizado/ativo total	288	0,63%	0,09%	0,48%	0,78%
	leitos <=0,4821 (mediana)				
Dados	**Observações**	**Média**	**Desvio Padrão**	**Mínimo**	**Máximo**
Variação da Receita	216	0,09%	0,10%	-0,10%	0,30%
Variação do Custo	193	0,09%	0,11%	-0,14%	0,33%
ativo imobilizado/ativo total	289	0,29%	0,12%	0,11%	0,48%

Fonte: elaborado pelos autores (2026)

Pela tabela 2, observa-se que, tanto para os hospitais de grande porte (medido pelo número de leitos) quanto de pequeno porte (também medido pelo número de leitos), não há diferença entre variação de custo e variação de despesa. Analisando-se a caracterização da amostra, observa-se que não há diferenças entre os hospitais pequenos e os hospitais grandes na variação da Receita e na variação do custo. Porém, quando se observa a variável ativo imobilizado sobre o ativo total, observamos algumas diferenças: a média está 0,63% para os que têm mais leitos, enquanto a média dos que têm pouco leitos está 0,29%; já o desvio padrão para os que contém mais leitos apontou 0,09% e, para os com pouco leitos, 12%.

E, para concluir, está variando de 0,48% a 0,78% para os grandes, enquanto para os pequenos essa variação vai de 0,11% a 0,48%.

Tabela 3 - Dummy da Receita

Dummy

Receita		frequência	percentual	cumulativo
	O	434	86,45	86,45
	1	68	13,55	100
Total		502	100	

Fonte: Elaborada pelos autores

Já na tabela 3 apresenta-se a *dummy* da receita, pois ela é muito importante para a pesquisa. É ela que irá indicar que é possível fazer o estudo que está sendo realizado. Temos 434 observações da amostra em que a variação da receita é positiva, pois o fenômeno é 0, e 68 observações que o fenômeno é 1, ou seja, que a variação da receita é negativa. Por meio da *dummy* da receita, será construído e explorado a *dummy* que precisamos.

E, para finalizar, na Tabela 4 apresenta-se a síntese dos modelos. Pode-se observar que, dentre todos os grupos das amostras apresentadas, entre hospitais públicos e privados de pequeno, médio e grande porte, os resultados indicam que foi encontrado o fenômeno procurado, *sticky costs*.

Porém, percebe-se pela tabela que o principal achado é que existe o comportamento assimétrico de custos, em específico para os hospitais privados e de pequeno porte em termos de imobilizado. As constantes dos modelos são significantes com variações devido à retirada de variáveis explicativas do modelo, pois parte do efeito antes observado na variável

independente passa a ser considerado na constante do modelo. Pode-se notar que, nos grupos de amostras, os resultados indicam que a variação da variável receita apresenta relação com a variação da variável dummy cruzada, pois os valores do R2 – ajustado dos modelos que consideram o fenômeno sticky costs – são maiores, variando de 41% a 55%, do que nos modelos em que não há o fenômeno sticky costs, variando de 27% a 49%.

Tabela 4 - Assimetria para imobilizado

Modelos	**Assimetria para o imobilizado (ASSIMOB)**									
	***ASSIMOB geral**	***Valor-p***	***ASSIMOB<m**	***Valor-p***	***ASSIMOB>m**	***Valor-p***	***ASSIMOB<p**	***Valor-p***	***ASSIMOB>g**	***Valor-p***
ΔRECEITA	0,707737	0	0,800491	0	0,5895	0	0,864299	0	0,655828	0
ΔCRUZADA	0,024257	2,04	0,0215	0	0,015549	0,462	0,016705	0,027	0,040836	0,004
Constante	0,020989	0,003	0,008323	0,283	0,035411	0,01	-0,002527	0,8	0,033255	0,007
Grau de Ajuste do Modelo - R2 ajustado	0,4193		0,5188		0,3296		0,557		0,4105	
Metodologia Utilizada	Regressão com dados em painel robustos a heterocedasticidade									
Todos os modelos são de efeito aleatório										

Fonte: Elaborada pelos autores

Legenda:

*ASSIMOB geral= Assimetria para o imobilizado sobre o ativo total para todos os hospitais

*ASSIMOB<m= Assimetria para o imobilizado sobre o ativo total menor que a mediana

*ASSIMOB>m= Assimetria para o imobilizado sobre o ativo total maior que a mediana

*ASSIMOB<p= Assimetria para o imobilizado sobre o ativo total menor que 25%, hospitais de pequeno porte (imobilizado)

*ASSIMOB>g= Assimetria para o imobilizado sobre o ativo total maior que 75%, hospitais de grande porte (imobilizado)

Conforme sintetizado na Tabela 4 por "ASSIMOB", foi aplicada a teoria proposta por Anderson, Banker e Janakiraman (2003), e o modelo testou a assimetria para o imobilizado sobre o ativo total para os hospitais da amostra, no qual, para cada 1% de aumento na receita, o custo aumenta 0,70%, e se a receita diminuir 1%, o custo diminui 0,72%. Já no modelo que testou assimetria para hospitais pequenos em relação ao ativo imobilizado menor que a mediana, temos o fenômeno até mais significante.

O impacto da variação para esse grupo é maior, e tem o efeito bastante significativo na nossa dummy cruzada. Para cada 1% de aumento na receita, o custo aumenta 0,80%, e se a receita diminuir 1%, o custo diminui 0,82%. No modelo que testa os hospitais com o imobilizado bem pequeno (25%), o coeficiente está maior ainda, e existe o fenômeno para eles. Para cada 1% de aumento na receita, o custo aumenta 0,86%, e se a receita diminuir 1%, o custo diminui 0,87%. Observando-se os hospitais grandes (mesmo para variação da receita), a magnitude é menor, não tem o efeito da assimetria.

Contudo, já há o evento assimétrico para os hospitais maiores que a mediana (75% do imobilizado). Para cada 1% de aumento na receita, o custo aumenta 0,65%, e se a receita diminuir 1%, o custo diminui 0,69%.

Assim, a variável "ASSIMOB", como estabelecido na Tabela 4, a amostra de hospitais acima da mediana, por número de leitos, não temos a assimetria. Já quando são analisados os hospitais abaixo da mediana, em número de leitos, temos a assimetria. Para cada 1% de aumento na receita, o custo aumenta 0,77%, e se a receita diminuir 1%, o custo diminui 0,79%. Analisando-se os hospitais pequeninos menores que 25% da mediana, em número de leitos, foi encontrada também a assimetria. Para cada 1% de aumento na receita, o custo aumenta 0,83%, e se a receita diminuir 1%, o custo diminui 0,85%. Entretanto, na amostra de hospitais grandes, maiores que 75% da mediana em relação ao número de leitos, não se demonstra a assimetria.

Diante dos achados desta pesquisa, corrobora-se os resultados apontados em estudos anteriores, tanto no âmbito nacional como no internacional. Apesar de não haver estudos semelhantes no Brasil da assimetria de custos em hospitais, tais achados reforçam os estudos de Medeiros, Costa e Silva (2005), Richartz, Borgert e Lunkes (2014), Grejo, Abbas, Camacho e Junqueira (2019), que constataram a existência de costs stickiness em empresas brasileiras.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo foi realizado com dados de 101 hospitais, disponíveis na base de dados Valor Pro® (receita líquida de vendas, custo do produto vendido, despesas administrativas, despesas com vendas, imobilizado e ativo total) e no portal DATASUS (leitos e complexidade). Para responder ao problema de pesquisa, foi utilizada a metodologia de análise de dados em painel. Os testes de Chow e Hausman foram empregados para identificar a especificação mais adequada dos modelos econométricos, enquanto os testes de autocorrelação e heterocedasticidade foram realizados para assegurar a robustez e validade dos resultados estimados.

A evidência documentada no presente estudo confirma parcialmente os resultados de Anderson, Banker e Janakiraman (2003) quanto à existência de comportamento assimétrico dos custos em relação às variações da receita. A hipótese H1, segundo a qual a participação do imobilizado sobre o ativo total estaria positivamente associada ao comportamento assimétrico dos custos, foi confirmada para a amostra analisada.

No entanto, quando os hospitais foram analisados separadamente entre públicos e privados, os resultados não forneceram evidências de que a intensidade de ativos influencie o comportamento do custo de serviços prestados nos hospitais públicos. Por sua vez, foi observada a presença de assimetria de custos nos hospitais privados. Esse resultado também contraria os achados de Holzhacker, Krishnan e Mahkendorf (2015), segundo os quais organizações com fins lucrativos tenderiam a apresentar menor grau de assimetria de custos em comparação às organizações sem fins lucrativos.

Sob a perspectiva gerencial, os achados reforçam a relevância de mecanismos de governança, monitoramento e transparência na gestão de custos hospitalares, especialmente em contextos caracterizados por elevada intensidade de ativos e rigidez estrutural. Nesse sentido, práticas alinhadas a frameworks de compliance e controle interno podem contribuir para aprimorar os processos de tomada de decisão, fortalecer a accountability organizacional e reduzir ineficiências decorrentes de estruturas de custos pouco flexíveis.

A pesquisa apresenta algumas limitações. A constituição da amostra ocorreu por conveniência, a partir dos dados disponibilizados no banco de dados Valor Pro®. Como agenda de pesquisa futura, sugere-se investigar o eventual comportamento assimétrico das despesas administrativas, aplicando metodologia semelhante à utilizada neste estudo. Adicionalmente, pesquisas futuras podem explorar como práticas de governança corporativa

e programas de compliance influenciam a flexibilidade dos custos em organizações hospitalares, especialmente em grandes conglomerados hospitalares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDERSON, M. C.; BANKER, R. D.; JANAKIRAMAN, S. N. Are selling, general, and administrative costs "sticky"? **J. Account. Res.**, Hoboken, v. 41, n. 1, p. 47-63, Mar. 2003.

ANDERSON, M.; BANKER, R.; HUANG, R.; JANAKIRAMAN, S. Cost behavior and fundamental analysis of SG&A costs. **J. Account. Audit. Finance**, Thousand Oaks, v. 22, n. 1, p. 1-28, 2007.

AVELAR, E. A.; RODRIGUES, L. T.; SILVA, M. M.; SANTOS, W. C. Custos assimétricos (sticky costs): um estudo aplicado a operadoras de planos de saúde da modalidade medicina de grupo. **Mundo Livre: Revista Multidisciplinar**, Campos dos Goytacazes, v. 5, n. 2, p. 3-20, 2019.

AVELAR, E. A.; SANTOS, W. C.; SOUZA, A. A.; CAILLEAU, R. sticky costs and regulation in private healthcare providers. **Rev Cont Org**, Ribeirão Preto, v. 15, e169260, 2021.

BALAKRISHNAN, R.; GRUCA, T. S. Cost stickiness and core competency: a note. **Contemp. Account. Res.**, Forthcoming, v. 25, n. 4, p. 993-1006, 2008.

BALAKRISHNAN, R.; LABRO, E.; SODERSTROM, N. S. Cost structure and sticky costs. **Contemp. Account. Res.**, Forthcoming, v. 26, n.2, p. 91-116, 2014.

BANKER, R. D.; BYZALOV, D. Asymmetric cost behavior. **J Manag. Account. Res.**, Lakewood Ranch, v. 26, n. 2, p. 43-79, 2014.

BANKER, R. D.; BYZALOV, D.; CIFTCI, M.; MASHRUWALA, R. The moderating effect of prior sales changes on asymmetric cost behavior. **J Manag. Account. Res.**, Lakewood Ranch, v. 26, n. 2, p. 221-242, 2014.

BANKER, R. D.; BYZALOV, D.; FANG, S.; LIANG, Y. Cost management research. **J Manag. Account. Res.**, Lakewood Ranch, v. 30, n. 3, p. 187-209, 2018.

BANKER, R. D.; BYZALOV, D.; PLEHN-DUJOWICH, J. M. Demand uncertainty and cost behavior. **Account. Rev.**, Lakewood Ranch, v. 89, n. 3, p. 839-865, 2014.

BANKER, R. D.; CHEN, L. Predicting earnings using a model based on cost variability and cost stickiness. **Account. Rev.**, Lakewood Ranch, v. 81, n. 2, p. 285-307, 2006.

BUGEJA, M.; LU, M.; SHAN, Y. Cost stickiness in Australia: Characteristics and determinants. **Aust. Account. Rev.**, Hoboken, v. 25, n. 3, p. 248-261, Sept. 2015.

CALLEJA, K.; STELIAROS, M.; THOMAS, D. C. A note on cost stickiness: Some international comparisons. **Manag. Account. Res.**, Lakewood Ranch, v. 17, n. 2, p. 127-140, Jun. 2006.

CAMPAGNONI, M.; FABRE, V. V.; BORGERT, A.; ROVER, S. Cost Stickiness nos governos locais de Santa Catarina. **Rev Cat Ciên Cont**, Florianópolis, v. 20, 2021.

CANNON, J. N. Determinants of "sticky costs": an analysis of cost behavior using United States air transportation industry data. **Account. Rev.**, Lakewood Ranch, v. 89, n. 5, p. 1645-1672, 2014.

GREJO, L. M. **A influência do ativo imobilizado no comportamento assimétrico dos custos.** 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) - Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2016.

GREJO, L. M.; ABBAS, K.; CAMACHO, R. R.; JUNQUEIRA, E. A influência do ativo imobilizado no comportamento assimétrico dos custos. **Rev Contemp Cont***,* Florianópolis, v. 16, n. 38, p. 35-56, 2019.

GUENTHER, T. W.; RIEHL, A.; RÖßLER, R. Cost stickiness: state of the art of research and implications. **J. Manag. Control.**, Cham, v. 24, n. 4, p. 301-318, 2014.

HARTLIEB, S.; LOY, T. R.; EIERLE, B. Does community social capital affect asymmetric cost behaviour?. **Manag. Account. Res.**, Forthcoming, v. 46, 2019.

HE, D.; TERUYA, J.; SHIMIZU, T. Sticky selling, general, and administrative cost behavior and its changes in Japan. **Glob. J. Int. Bus. Res.**, Hilo, v. 4, n.4, p. 1-10, 2010.

HOLZHACKER, M.; KRISHNAN, R.; MAHLENDORF, M. D. The impact of changes in regulation on cost behavior. **Contemp. Account. Res.**, Forthcoming, v. 32, n. 2, p. 534-566, 2015.

IBRAHIM, A. E. A., & EZAT, A. N. Sticky cost behavior: evidence from Egypt. **JAEE - J. Account. Emerg. Econ**, Bingley, v. 7, n. 1, p. 16-34, 2017.

KALLAPUR, S.; ELDENBURG, L. Uncertainty, real options, and cost behavior: Evidence from Washington state hospitals. **J. Account. Res.**, Hoboken, v. 43, n. 5, p. 735-752, Dec. 2005.

KAMA, I.; WEISS, D. Do earnings targets and managerial incentives affect sticky costs? **J. Account. Res.**, Hoboken, v. 51, n. 1, p. 201-224, 2013.

KREMER, A. W. **Análise de fatores explicativos para o comportamento assimétrico dos custos em ambiente regulado.** 2015. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) - Centro Socioeconômico, Programa de Pós-Graduação em Contabilidade, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

KREMER, A. W.; PINHEIRO, N. S.; FERRARI, M. J. O comportamento assimétrico dos custos no setor de telecomunicações brasileiro. *In:* CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 21; 2014, São Leopoldo. **Anais** [...]. São Leopoldo: Associação Brasileira de Custos, 2014.

LABRO, E. Health care costs: discussion of 'the impact of changes in regulation on cost behavior'. **Contemp. Account. Res.**, Forthcoming, v. 32, n. 2, 2015.

MAGHEED, B. A. The determines of the sticky cost behavior in the Jordanian industrial companies listed in Amman stock market. **JABM - J. Account. Bus. Manag.**, Blimbing, v. 23, n. 1, p. 64-81, 2016.

MALIK, M. A review and synthesis of 'cost stickiness' literature. **SSRN**, Amsterdam, 2012.

NOREEN, E. Conditions under which activity-based cost systems provide relevant costs. **J Manag Account Res**, Lakewood Ranch, v. 3, n. 4, p. 159-168, 1991.

NOREEN, E.; SODERSTROM, N. Are overhead costs strictly proportional to activity?: Evidence from hospital departments. **J Account Econ**, Amsterdam, v. 17, n. 1-2, p. 255-278, Jan. 1994.

NOREEN, E.; SODERSTROM, N. The accuracy of proportional cost models: evidence from hospital service departments. **Rev. Account. Stud**, Cham, v. 2, n. 1, p. 89-114, 1997.

PAMPLONA, E.; FIIRST, C.; SILVA, T. B. J.; ZONATTO, V. C. S. Sticky costs in cost behavior of the largest companies in Brazil, Chile and Mexico. **Contaduria y Adm.**, Amsterdam, v. 61, n. 4, p. 682-704, 2016.

PEREIRA JÚNIOR, N. **Política, planejamento e gestão em hospitais universitários federais.** 2018. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Faculdade de Ciências Médicas, Programa de Pós-graduação em Saúde Coletiva, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2018.

REIS, L. S. **Comportamento assimétrico dos custos:** análise conjunta dos fatores explicativos. 2016. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) - Centro Socioeconômico, Programa de Pós-Graduação em Contabilidade, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

RICHARTZ, F. **Fatores explicativos para o comportamento assimétrico dos custos das empresas brasileiras.** 2016. Tese (Doutorado em Contabilidade) - Centro Socioeconômico, Programa de Pós-Graduação em Contabilidade, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

RICHARTZ, F. **O comportamento dos custos das empresas brasileiras listadas na BM&FBOVESPA entre 1994 e 2011.** 2013. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) - Centro Socioeconômico, Programa de Pós-graduação em Contabilidade, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

RICHARTZ, F.; BORGERT, A. Modelo explicativo para o comportamento assimétrico dos custos das empresas brasileiras. *In:* CONGRESSO ANPCONT, 9; 2015, Curitiba. **Anais** […]. Curitiba: ASAA, 2015.

RICHARTZ, F.; BORGERT, A. O comportamento dos custos das empresas brasileiras listadas na BM&FBOVESPA entre 1994 e 2011 com ênfase nos sticky costs. **Contaduria y Adm**., Amsterdam, v. 59, n. 4, p. 39-70, 2014.

RICHARTZ, F.; BORGERT, A.; VICENTE, E. F. R., & FERRARI, M. J. Comportamento dos custos das empresas brasileiras listadas no segmento de fios e tecidos da

BM&FBOVESPA entre 1998 e 2010. CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 19; 2012, São Leopoldo. **Anais** [...]. São Leopoldo: Associação Brasileira de Custos, 2012.

RIEGLER, C.; WEISKIRCHNER-MERTEN, K. Research note: an analytical perspective on market decisions and asymmetric cost behavior. **Rev. Manag. Sci.**, Cham, v. 15, n. 4, 991-1005, 2021.

RUSSO, C. P. ***Sticky costs*****:** uma análise crítica da teoria e metodologia utilizada em trabalhos publicados sobre o comportamento de custos. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SILVA, A.; ZONATTO, V. C. S.; DAL MAGRO, C. B.; KLANN, R. Comportamento assimétrico dos custos e gerenciamento de resultados. **BBR, Braz. Bus. Rev.**, Vitória, v. 16, n. 2, p. 191-206, 2019.

SONG, S.; KOO, J. H.; PAIK, T. Y. The Effect of Sales Volatility on Selling, General and Administrative cost behavior. **Information: Int. interdiscip. J.**, Tokyo, v. 18, n. 6, p. 2641-2646, 2015.

TANAKA, O. Y.; RIBEIRO, E. L.; ALMEIDA, C. A. L. **Avaliação em saúde:** contribuições para incorporação no cotidiano. São Paulo: Atheneu, 2017.

YAO, K. Cost Stickiness, Ownership Concentration and Enterprise Risk - Empirical Evidence from Chinese Listed Manufacturing Companies. **AJIBM - Am J Ind Busin Manag**, Wuhan, v. 8, n. 1, p. 163, 2018.

WEIDENMIER, M. L.; SUBRAMANIAM, C. Additional evidence on the sticky behavior of costs. **Adv. Manag. Account.**, Bingley, v. 26, p. 275-305, 2016.

WEISS, D. Cost behavior and analysts' earnings forecasts. **Account. Rev.**, Lakewood Ranch, v. 85, n. 4, p. 1441-1471, 2010.

WERBIN, E.; VINUESA, L. M. M.; PORPORATO, M. Costos pegajosos (sticky costs) en empresas españolas: un estudio empírico. **Contad. Adm**, Ciudad de México, v. 57, n. 2, abr./jun. 2012.

WEST, D. A. Three financial strategies**. J. Health Care Finance**, London, v. 30, n. 1, p. 10-22, 2003.

WOOLDRIDGE, J. M. Instrumental variables estimation of the average treatment effect in the correlated random coefficient model. *In:* FOMBY, T. *et al.* (Eds.). **Modelling and evaluating treatment effects in econometrics – Vol. 21.** Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2008. p. 93-116.

XU, S.; ZHENG, K. Tax avoidance and asymmetric cost behavior. **J. Account. Audit. Finance**, Thousand Oaks, v. 35, n. 4, p. 723-747, 2020.

YASUKATA, K. Are 'sticky costs' the result of deliberate decision of managers. **SSRN**, Amsterdam, 2011.

ZANELLA, F.; OYELERE, P.; HOSSAIN, S. Are costs really sticky? Evidence from publicly listed companies in the UAE. **Appl Econ.**, London, v. 47, n. 60, p. 6519-6528, 2015.

O PAPEL DAS BIG TECHS E OS DESAFIOS DA COOPERAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA: CONVERGÊNCIAS ENTRE COMPLIANCE E DIREITOS HUMANOS

The Role of Big Techs and The Challenges of Public-Private Cooperation: Convergences Between Compliance and Human Rights

Christiany Pegorari Conte[1]

Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Vinicius Nogueira[2]

Pontifícia Universidade Católica de Campinas

DOI: https://doi.org/10.62140/CCVN481389015

Sumário: 1. Introdução: A influência das Big Techs e a demanda por ética; 2. Compliance e Direitos Humanos no ambiente digital; 3. O instrumento da Cooperação Público-Privada; 4. Desafios regulatórios e convergências éticas; 5. Conclusão.

Resumo: Este artigo analisa a intersecção crítica entre programas corporativos de compliance e a proteção dos Direitos Humanos, com foco no papel desempenhado pelas Big Techs no ecossistema digital contemporâneo. O objetivo central é investigar se os programas de conformidade podem transcender uma abordagem meramente legalista e efetivamente salvaguardar garantias constitucionais — como a privacidade e a proteção de dados (EC 115/2022) — diante das crescentes demandas estatais por acesso a dados para fins de investigação criminal e segurança pública. Analisa-se, ainda, se propostas legislativas — em especial o PL 1515/2022 ("LGPD Penal") — constituem um arcabouço regulatório adequado ou, ao contrário, se ampliam riscos às liberdades fundamentais. O artigo contribui ao propor modelos de governança que harmonizem segurança pública, inovação tecnológica

1 Professora de Direito Penal e Processual Penal da graduação, pós-graduação e extensão da Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC Campinas. Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Educação da PUC Campinas, na linha de pesquisa Políticas Públicas em Educação, membro do grupo de pesquisa Política e Fundamentos da Educação. Email: chrispegorari@uol.com.br. Link ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6152-4735;

2 Graduando em direito, pela Pontifícia Universidade de Campinas, atualmente no 10 semestre. Estagiário jurídico no escritório Tozzini Freire Advogados na área de direito digital. Monitor de direito penal (2023); Email: nogueiravinicius.work@gmail.com; Link ORCID: https://orcid.org/0009-0003-9542-565X;

e responsabilidade social, dialogando com o debate global sobre a legitimidade da cooperação público-privada no acesso e tratamento de dados pessoais.

Palavras-chave : Compliance; Big Techs; Direitos Humanos; Cooperação Público-Privada; Direito Digital.

Abstract: This article analyzes the critical intersection between corporate compliance programs and the protection of human rights, focusing on the role played by Big Tech companies in the contemporary digital ecosystem. The main objective is to investigate whether compliance programs can transcend a purely legalistic approach and effectively safeguard constitutional guarantees — such as privacy and data protection (EC 115/2022) — in the face of growing state demands for access to data for criminal investigation and public safety purposes. It also analyzes whether legislative proposals — in particular PL 1515/2022 ("LGPD Penal") — constitute an adequate regulatory framework or, on the contrary, increase risks to fundamental freedoms. The article contributes by proposing governance models that harmonize public security, technological innovation, and social responsibility, engaging in the global debate on the legitimacy of public-private cooperation in the access and processing of personal data.

Keywords: *Compliance; Big Techs; Human Rights; Public-Private Cooperation; Digital Law.*

1. INTRODUÇÃO

A ascensão das *Big Techs* como protagonistas globais transformou irreversivelmente as dinâmicas sociais e econômicas, conferindo a entes privados um poder de influência antes restrito aos Estados nacionais. Nesse cenário de digitalização massiva, corporações tecnológicas não apenas gerenciam mercados, mas arbitram o fluxo de informações e custodiam a "memória digital" da sociedade. Diante dessa realidade, o conceito tradicional de *compliance*[3] — Faleiros Junior[4], em importante estudo sobre *compliance* afirma sua obrigatória vinculação com assuntos de governança corporativa, gestão de risco, ética e moral, notadamente marcado pela sua sigla GRC (Governança, responsabilidade e *compliance*) — expande-se para abarcar a proteção dos Direitos Humanos, tornando-se um imperativo ético e jurídico para a sustentabilidade das relações corporativas contemporâneas.

A problemática central deste estudo reside na tensão entre a necessidade de eficiência na segurança pública e a preservação das garantias fundamentais. A Cooperação Público-

[3] Origem: A palavra vem do verbo inglês "to comply" e significa agir de acordo com as regras. É um conjunto de práticas e procedimentos que asseguram que uma organização está agindo em conformidade com leis, normas, regulamentos e padrões éticos.

[4] FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Notas introdutórias ao compliance digital. In: CAMARGO et al (coords.). Direito digital: novas teses jurídicas. vol. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 116-118

Privada surge como um instrumento inevitável para a persecução penal de ilícitos cibernéticos, dada a capacidade técnica e a infraestrutura de dados detida pelas plataformas. Contudo, essa colaboração opera muitas vezes em um vácuo legislativo ou sob marcos regulatórios esparsos, levantando a seguinte questão norteadora: como harmonizar a necessária colaboração entre Estado e *Big Techs* para fins de segurança pública com a proteção da privacidade e dos dados pessoais assegurada pela Constituição Federal?

O objetivo geral deste trabalho é analisar criticamente a intersecção entre o *compliance* corporativo e os Direitos Humanos, verificando se os mecanismos de Cooperação Público-Privada atuais e propostos são capazes de garantir segurança jurídica e respeito às liberdades civis. Especificamente, busca-se: (i) examinar a responsabilidade das plataformas digitais como *gatekeepers*[5] de direitos fundamentais; (ii) investigar os desafios da implementação da "LGPD Penal" (Projeto de Lei nº 1515/2022[6]) frente à Emenda Constitucional nº 115/2022 (Brasil, 2022)[7]; e (iii) propor balizas para uma governança híbrida que concilie a inovação tecnológica com o devido processo legal.

Para o desenvolvimento deste estudo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, partindo da premissa de que a regulação atual é insuficiente para lidar com a complexidade da cooperação digital, para então deduzir modelos de governança mais assertivos. A técnica de pesquisa empregada foi a bibliográfica e documental, consubstanciada na análise de doutrina especializada em Direito Digital e *compliance*, bem como na revisão da legislação pátria e de proposições legislativas em trâmite, com ênfase na tensão entre o Artigo 5º da Constituição Federal e as demandas por acesso a dados para fins de persecução penal.

O trabalho estrutura-se, portanto, abordando inicialmente a convergência entre *compliance* e direitos humanos, seguindo para a análise técnica da Cooperação Público-Privada

---

[5] indivíduos ou grupos que controlam o acesso a algo, agindo como filtros em diversas áreas, como mídia, vendas, finanças e tecnologia. indivíduos ou grupos que controlam o acesso a algo, agindo como filtros em diversas áreas, como mídia, vendas, finanças e tecnologia.

[6] Projeto de alteração de lei nº 1515/22 (Brasil, 2022) visa ampliar escopo de atuação da lei 13.709/18 (LGPD) (Brasil, 2018), buscando através de seu marco regulatório a proteção de direitos fundamentais de segurança, liberdade e de privacidade; eficiência da atuação dos órgãos responsáveis; e intercâmbio de dados pessoais entre autoridades competentes — Cabendo a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) a função de supervisionar a proteção de dados pessoais nas circunstâncias previstas pelo projeto (Brasil, 2022). O projeto altera a Lei Geral de proteção de Dados Pessoais para fins de incluir a segurança do Estado, de defesa nacional, de segurança pública, e de investigação e repressão de infrações penais (Brasil, 2022). Atualmente, o projeto se encontra Comissão de Ciência, Tecnologia e Inovação (CCTI) encerrando-se no dia 30 de outubro de 2025 o prazo de 5 sessões para apresentação de emendas ao projeto (de 22/10/2025 a 30/10/2025). Não foram apresentadas emendas (Brasil, 2022).

[7] Emenda Constitucional que incluiu a proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal e estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre o assunto.

e do PL 1515/2022, e finalizando com os desafios regulatórios para a construção de um ambiente digital ético e seguro.

2. COMPLIANCE E DIREITOS HUMANOS NO AMBIENTE DIGITAL

A atuação das *Big Techs* transcendeu a lógica puramente mercantil para adentrar a esfera da governança social, exigindo uma reconfiguração dos programas de *compliance*. Se tradicionalmente o *compliance* focava na prevenção de fraudes e corrupção, no cenário contemporâneo ele deve convergir obrigatoriamente para a proteção dos Direitos Humanos. As plataformas digitais atuam hoje como verdadeiros *gatekeepers* do debate público e da vida privada, e seus termos de uso muitas vezes rivalizam com a própria legislação estatal.

Essa abordagem materializa o Princípio Geral 'b' dos Princípios Orientadores da ONU, que estabelece o papel das empresas como órgãos especializados da sociedade obrigados a respeitar os direitos humanos independentemente da capacidade estatal de fiscalização. No contexto das Big Techs, isso implica que a responsabilidade corporativa não é afastada pela ausência de legislação digital específica; ao contrário, a lacuna legislativa aumenta a responsabilidade ética da plataforma em proteger grupos vulneráveis.

Nesse contexto, a conformidade não pode ser apenas legalista, mas deve incorporar a proteção de garantias constitucionais pétreas. A moderação de conteúdo, por exemplo, impacta diretamente a liberdade de expressão (CF, Art. 5º, IV e IX), exigindo que as empresas equilibrem o combate ao discurso de ódio com a vedação à censura prévia[8]. Simultaneamente, a coleta massiva de dados desafia a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, Art. 5º, X). Um programa de integridade eficaz nessas corporações deve, portanto, realizar uma *due diligence* contínua em direitos humanos, identificando e mitigando riscos algorítmicos que possam amplificar discriminações ou violar a dignidade dos usuários, sob pena de tornar a responsabilidade social corporativa uma mera peça de retórica.

3. A TENSÃO NA COOPERAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA E O DEBATE SOBRE A "LGPD PENAL"

A Cooperação Público-Privada emerge como um instrumento inevitável diante da incapacidade operacional do Estado em monitorar a velocidade e o volume das interações digitais. A colaboração entre o Estado e as *Big Techs* é fundamental para garantir a celeridade

[8] A decisão do STF no Tema 987 declarou a inconstitucionalidade parcial do artigo 19 do Marco Civil da Internet, mudando a regra de responsabilidade civil de provedores de conteúdo online para atos de terceiros.

na obtenção de provas digitais e a efetividade da persecução penal. Contudo, essa integração operacional exige um alinhamento rigoroso com o devido processo legal, para que a eficiência investigativa não gere insegurança jurídica.

Nesse cenário, o Projeto de Lei 1515/2022, conhecido como a "LGPD Penal", tenta preencher o vácuo legislativo deixado pelo Art. 4º, III da LGPD geral[9], regulando o tratamento de dados para fins de segurança pública e repressão penal. A análise crítica dessa proposta revela um desafio de compatibilidade com a proteção de dados pessoais como direito fundamental (CF, Art. 5º, LXXIX, incluído pela EC 115/2022) (Brasil, 2022). Embora o projeto vise dar segurança jurídica às investigações, há o temor de que a exceção de segurança pública seja utilizada para legitimar acessos desproporcionais a dados custodiados por entes privados. O objetivo da Cooperação Público-Privada deve ser criar canais ágeis e seguros de troca de informações, onde a solicitação de dados pelas autoridades seja pautada pela legalidade e proporcionalidade, evitando tanto a impunidade por burocracia excessiva quanto o acesso indiscriminado a dados sensíveis.

4. DESAFIOS REGULATÓRIOS E CONVERGÊNCIAS ÉTICAS: RUMO A UMA GOVERNANÇA HÍBRIDA

A principal barreira para uma cooperação plena reside na assimetria informacional e na ineficiência dos mecanismos tradicionais de cooperação jurídica internacional, notadamente o *Mutual Legal Assistance Treaty* (MLAT). Conforme adverte Jennifer Daskal (2015), o sistema de MLAT foi desenhado para um mundo de provas físicas e localização territorial estática, tornando-se obsoleto diante da "desterritorialidade dos dados" (*un-territoriality of data*). A dependência desses canais diplomáticos burocráticos impõe um lapso temporal de meses ou até anos para a obtenção de provas, uma lentidão incompatível com a volatilidade dos registros digitais e a celeridade exigida pela persecução penal contemporânea, justificando a demanda por mecanismos de acesso direto.

Essa disfunção normativa precipita conflitos diretos entre a soberania estatal e a arquitetura tecnológica global. O paradigma desse embate é o caso Apple vs. FBI (2016), no qual a recusa da empresa em criar *backdoors* para desbloquear o iPhone de San Bernardino evidenciou que a segurança nacional não pode se sobrepor, de forma simplista, à integridade

[9] Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:
(...) III - realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; (Brasil, 2018)

da criptografia que protege todo o ecossistema digital. No Brasil, essa tensão se materializa na jurisprudência envolvendo a Meta (WhatsApp), onde ordens judiciais de interceptação esbarram na barreira técnica da criptografia de ponta a ponta (*end-to-end encryption*). Esses episódios demonstram que a coerção judicial tradicional é inócua quando confrontada com o princípio do *security by design*, exigindo não mais ordens de força, mas soluções de arquitetura concertada.

A convergência ética nas relações corporativas contemporâneas demanda, portanto, um modelo de governança colaborativa que transite da mera reação para a prevenção. Nesse sentido, é possível traçar um paralelo com as práticas estatais de conformidade analisadas por Küçüksu (2023) no contexto dinamarquês. A autora descreve o modelo de "prevenção proativa" (*proactive prevention*), onde o Estado não aguarda uma condenação internacional para agir; ao contrário, mobiliza uma "delegação de processo" envolvendo diferentes ministérios (Justiça, Relações Exteriores e pastas temáticas) para monitorar riscos e ajustar a legislação doméstica preventivamente.

Aplicando essa lógica ao contexto das *Big Techs*, a excelência na Cooperação Público-Privada dependeria da criação de mecanismos similares de antecipação. Em vez de uma relação conflituosa ou de submissão, propõe-se a instituição de comitês técnicos híbridos — compostos por representantes das plataformas, do Estado e da sociedade civil — que atuariam como uma "delegação de processo" para realizar a *due diligence* em direitos humanos antes mesmo do compartilhamento de dados. Segundo Küçüksu (2023), na Dinamarca, essa articulação interinstitucional permite uma implementação rápida e eficaz das normas de direitos humanos. Da mesma forma, no Direito Digital, essa postura proativa evitaria que a eficiência na investigação criminal (como a proposta na "LGPD Penal") ocorresse às custas de violações de privacidade que, futuramente, gerariam responsabilização estatal ou corporativa.

Diante da permissividade trazida pelos artigos 12, inciso II , e 18, inciso II do PL 1515/2022, que autorizam a 'cooperação voluntária' na entrega de dados, impõe-se a necessidade de um 'Compliance de Barreira'. Neste modelo, as *Big Techs* devem vedar, em seus estatutos de governança, o fornecimento de dados baseados em solicitações informais, ainda que legalmente autorizadas pela cláusula de voluntariedade

A entrega de dados deve ser condicionada estritamente à formalização via requisição fundamentada (Art. 18, I) ou decisão judicial. Essa postura não é de obstrução, mas de garantia do princípio da auditabilidade (Art. 4º, X), assegurando que cada bit de informação

transferida ao Estado possua um rastro jurídico indelével, protegendo a empresa de responsabilidade civil futura e o cidadão de vigilância não supervisionada.

Avançando para a infraestrutura técnica, a inovação trazida pelo Art. 18, inciso IV do PL 1515/2022, que prevê o acesso a dados via 'canal técnico de inteligência de Estado', suscita o risco de criação de *backdoors* não auditáveis. Para mitigar esse risco, propõe-se a aplicação do princípio *security by design* (Art. 31) através de protocolos de Criptografia de Dupla Chave (*Double Key Encryption*). Sob essa arquitetura, o acesso estatal pelo canal técnico só seria viável mediante a inserção simultânea de uma chave de auditoria pela plataforma, registrando automaticamente os metadados da operação (quem acessou, quando e a finalidade). Isso materializa o dever de 'verificação a *posteriori*' exigido pelo Art. 30, § 3º, VII do PL, transformando o *compliance* em uma trava tecnológica contra o *fishing expedition*[10]."

"Por fim, no tocante à jurisdição transfronteiriça e visando superar a lentidão do MLAT, a solução reside na operacionalização do Art. 45 do PL 1515/2022 (transferência direta) através do modelo de 'Embaixadas de Dados'. Trata-se da constituição de representações legais das *Big Techs* no Brasil com plenos poderes para decidir sobre a entrega de dados em nuvem, eliminando o argumento da impossibilidade territorial. Esse mecanismo harmoniza a soberania digital do Estado brasileiro com a arquitetura global da internet, permitindo que a cooperação direta ocorra sob a égide da legislação nacional e dos direitos fundamentais, sem depender da burocracia diplomática

O desafio regulatório, portanto, é construir um ecossistema onde a segurança pública e a inovação tecnológica caminhem juntas, sob a supervisão de mecanismos de controle que assegurem a *accountability* de ambas as partes, inspirando-se em modelos de conformidade que priorizam a prevenção à remediação.

5. CONCLUSÃO

A análise crítica do papel das *Big Techs* demonstra que estas corporações não podem mais atuar como meras custodiantes passivas de dados. A tecnologia é um vetor essencial para a modernização da justiça penal, exigindo que o *compliance* atue como uma ponte ativa entre a inovação e os Direitos Humanos. A pesquisa evidenciou que a Cooperação Público-Privada, quando pautada pela "prevenção proativa", é o mecanismo mais viável para

[10] "Fishing expedition", ou "pescaria probatória", é uma investigação especulativa e indiscriminada, realizada na esperança de encontrar provas sem um objetivo pré-definido.

enfrentar a criminalidade na era digital, desde que a eficiência investigativa não atropele os balizadores constitucionais.

Quanto ao PL 1515/2022, conclui-se que sua aprovação é indispensável para preencher o vácuo legislativo deixado pelo artigo 4º da LGPD, conferindo segurança jurídica à persecução penal. No entanto, a "LGPD Penal" não deve funcionar como um cheque em branco para o Estado. Ela deve ser interpretada restritivamente à luz da Emenda Constitucional nº 115/2022, garantindo que o acesso a dados para fins de segurança pública ocorra sob estritos parâmetros de necessidade, proporcionalidade e controle jurisdicional, evitando a vigilância massiva.

Por fim, propõe-se a superação dos modelos puramente reativos em favor de uma governança híbrida e multicamadas. A excelência nas relações corporativas dependerá da institucionalização de comitês técnicos de "delegação de processo" — inspirados nas práticas de prevenção dinamarquesas — onde Estado e plataformas dialoguem preventivamente. Somente através dessa cultura de responsabilidade compartilhada e auditável será possível harmonizar a repressão qualificada ao cibercrime com a proteção intransigente das garantias fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Arévalo Ramírez W, Rousset Siri A. **Compliance with Advisory Opinions in the Inter-American Human Rights System**. *AJIL Unbound.* 2023;117:298-302. doi:10.1017/aju.2023.51.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.515, de 2022**. Dispõe sobre a Lei de Proteção de Dados Pessoais para fins exclusivos de segurança do Estado, de defesa nacional, de segurança pública, e de investigação e repressão de infrações penais. Autoria: Deputado Coronel Armando (PL/SC). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 7 jun. 2022.

DASKAL, Jennifer. The un-territoriality of data. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 125, p. 326-398, 2015.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Notas introdutórias ao compliance digital. In: CAMARGO et al (coords.). Direito digital: novas teses jurídicas. vol. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 116-118

KÜÇÜKSU, Aysel. Proactive Prevention: Denmark's Domestic Practices of Human Rights Compliance. **Journal of Human Rights Practice**, Oxford, v. 16, n. 1, p. 413-432, out. 2023. Disponível em: https://doi.org/10.1093/jhuman/huad036. Acesso em: 30 nov. 2025.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. **Guiding Principles on Business and Human Rights**: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework. New York; Geneva: United Nations, 2011.

A LIMITADA E FUNDAMENTAL INCLUSÃO PREVIDENCIÁRIA DO IMIGRANTE NO BRASIL E NO ÂMBITO INTERNACIONAL

The limited and fundamental social security inclusion of immigrants in Brazil and internationally

Claudine Costa Smolenaars[1]
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Sandra Regina Martini [2]
Universidade La Salle

Patrícia Gorisch[3]
Universidade Santa Cecília

DOI: https://doi.org/10.62140/CSSMPG812105942

Sumário: 1. Introdução; 2. A inclusão no sistema previdenciário como direito fundamental; 2.1. Direito fundamental à inclusão previdenciária; 2.2. As regras gerais de inclusão no sistema previdenciário brasileiro; 3. Direito do imigrante à inclusão previdenciária; 3.1. A limitada inclusão previdenciária do imigrante promovida pelos acordos internacionais; 3.2. A constituição da terra como integração entre sistemas previdenciários; 4. Conclusão

Resumo: O objeto da pesquisa é a inclusão previdenciária do imigrante no Brasil, como direito fundamental, trazendo o problema da exclusão frente às regras contributivas, os riscos e as limitações de integração entre sistemas previdenciários internacionais. A previdência social, em regra, não é acessada por todos (apesar de acessível), pois depende de contribuição social vinculada ao trabalhador nos modelos bismarkianos, como o brasileiro. Além disso, a obtenção de aposentadoria depende de muitos anos de contribuição, o que dificulta para o imigrante, especialmente quando os países não estabeleceram acordos bi ou multilaterais de integração previdenciária, com a totalização dos tempos de contribuição (ou de trabalho, nos modelos de beveridge) para fins de concessão de benefícios. O Brasil tem acordos bilaterais com 27 países e acordos multilaterais no âmbito do Mercosul e Iberoamericano, restando muitos países sem relações previdenciárias com o país. E ainda, não existem órgãos internacionais e globais de ligação e intermediação entre sistemas previdenciários. Pergunta-se, o que falta para uma maior proteção e integração entre os sistemas previdenciários? A hipótese é de, apesar da economia globalizada, o panorama jurídico e político atual é prejudicial ao imigrante e aos cidadãos em geral, ferindo seu direito

[1] Doutora em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios pela UNISINOS. Procuradora Federal na AGU. E-mail: dinecosta@gmail.com.

[2] Pós-doutora em Direito pela Università Roma Tre (Itália) e em Políticas Públicas pela Universidade de Salerno (Itália). Vínculo com a Universidade La Salle (Unilasalle/RS). E-mail: srmvial@terra.com.br; srmartinipoa@gmail.com

[3] Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha) e em Direito da Saúde pela Università degli Studi di Messina (Itália). Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos. E-mail: patricia@patriciagorisch.adv.br.

fundamental à previdência, considerando a dificuldade de totalização dos tempos de contribuição, trazendo riscos de insustentabilidade dos sistemas previdenciários, sendo necessário uma garantia global previdenciária, com integração efetiva entre os sistemas previdenciários. O objetivo geral é observar as limitações da inclusão previdenciária global dos imigrantes e refletir sobre o panorama jurídico. Para isso, discutirá a previdência como direito fundamental no âmbito internacional e no Brasil; delineará as regras de inclusão previdenciária; analisará os tratados internacionais que estabelecem acordos bilaterais e multilaterais, para observar as limitações e as consequências advindas da falta de integração sistêmica e de garantias globais de direitos fundamentais, na linha defendida por Luigi Ferrajoli. A metodologia traz raciocínio hipotético-dedutivo, com técnica exploratória da legislação brasileira e internacional, exploratória de dados públicos brasileiros e internacionais, trazendo abordagem sistêmica e sociológica crítica. Achados revelam que apesar da economia ser globalizada, a proteção previdenciária encontra muitos entraves na integração, o que conduz à conclusão de que a inclusão previdenciária no âmbito global é muito restrita e prejudicial aos imigrantes, gerando riscos sistêmicos. Apenas o estabelecimento de garantias de direitos globais, com a inclusão geral e a estruturação de um organismo de ligação internacional, permitirão a plena inclusão previdenciária.

Palavras-chave: previdência social; inclusão sistêmica; inclusão previdenciária; acordos internacionais; direitos fundamentais

Abstract: The object of the research is the social security inclusion of immigrants in Brazil, as a fundamental right, bringing the problem of exclusion in the face of contributory rules, the risks and limitations of integration between international social security systems. Social security, as a rule, is not accessed by everyone (although accessible), as it depends on social contributions linked to the worker in the Bismarkian models, such as the Brazilian one. In addition, obtaining retirement depends on many years of contribution, which makes it difficult for the immigrant, especially when countries have not established bilateral or multilateral agreements for social security integration, with the totalization of contribution times (or work, in the Beveridge models) for the purpose of granting benefits. Brazil has bilateral agreements with 27 countries and multilateral agreements within the scope of Mercosur and Ibero-American, leaving many countries without social security relations with the country. And yet, there are no international and global bodies for liaison and intermediation between social security systems. The question is, what is missing for greater protection and integration between social security systems? The hypothesis is that, despite the globalized economy, the current legal and political panorama is harmful to immigrants and citizens in general, hurting their fundamental right to social security, considering the difficulty of totalizing contribution times, bringing risks of unsustainability of social security systems, requiring a global social security guarantee, with effective integration between social security systems. The general objective is to observe the limitations of the global social security inclusion of immigrants and to reflect on the legal landscape. To this end, it will discuss social security as a fundamental right at the international level and in Brazil; outline the rules for social security inclusion; it will analyze the international treaties that establish bilateral and multilateral agreements, to observe the limitations and consequences arising from the lack of systemic integration and global guarantees of fundamental rights, along the lines defended by Luigi Ferrajoli. The methodology brings hypothetical-deductive reasoning, with an exploratory technique of Brazilian and international legislation, exploratory of Brazilian and international public data, bringing a systemic and critical sociological approach. Findings reveal that despite the globalized economy, social security protection encounters many obstacles in integration, which leads to the conclusion that social security inclusion at

the global level is very restricted and harmful to immigrants, generating systemic risks. Only the establishment of global rights guarantees, with general inclusion and the structuring of an international liaison body, will allow full social security inclusion.

Keywords: social security; systemic inclusion; social security inclusion; international agreements; Fundamental rights

1. INTRODUÇÃO

O objeto da pesquisa é a inclusão previdenciária do imigrante no Brasil, como direito fundamental, trazendo o problema da exclusão frente às regras contributivas, os riscos e as limitações de integração entre sistemas previdenciários internacionais. A previdência social, em regra, não é acessada por todos (apesar de acessível), pois depende de contribuição social vinculada ao trabalhador nos modelos bismarkianos, como o brasileiro. Além disso, a obtenção de aposentadoria depende de muitos anos de contribuição, o que dificulta para o imigrante, especialmente quando os países não estabeleceram acordos bi ou multilaterais de integração previdenciária, com a totalização dos tempos de contribuição (ou de trabalho, nos modelos de beveridge) para fins de concessão de benefícios.

O panorama dos imigrantes é de risco social ou de risco sistêmico; podem se ver em situações de vulnerabilidade quando de uma doença ou obter benefícios sem as devidas contribuições advindas de outro sistema previdenciário. O Brasil tem acordos bilaterais com 27 países e acordos multilaterais no âmbito do Mercosul e Iberoamericano, restando muitos países sem relações previdenciárias com o país. Os acordos visam, em geral, a mera totalização dos tempos de contribuição, com pagamento parcial de benefícios em cada país, respeitando a legislação local.

A OIT divulga dados que revelam a limitada proteção social: apenas 52,4% dos indivíduos, no mundo, estão protegidos por sistemas de seguridade social, sendo que apenas 37% das pessoas ativas estão protegidas contra acidentes laborais e 17% dos autônomos tem proteção social. E ainda, não existem órgãos internacionais e globais de ligação e intermediação entre sistemas previdenciários. Pergunta-se, o que falta para uma maior proteção e integração entre os sistemas previdenciários?

A hipótese é de, apesar da economia globalizada, o panorama jurídico e político atual é prejudicial ao imigrante e aos cidadãos em geral, ferindo seu direito fundamental à previdência, considerando a dificuldade de totalização dos tempos de contribuição, trazendo riscos de insustentabilidade dos sistemas previdenciários, sendo necessário uma garantia global previdenciária, com integração efetiva entre os sistemas previdenciários. Os indivíduos

não são tratados como pessoas pelos sistemas previdenciários, que não percebem a exclusão massiva das suas redes protetivas, zelando apenas pelos incluídos, porém sem sustentabilidade.

O objetivo geral é observar as limitações da inclusão previdenciária global dos imigrantes e refletir sobre as suas consequências. Para isso, discutirá a previdência como direito fundamental no âmbito internacional e no Brasil; delineará as regras de inclusão previdenciária, trazendo dados de cobertura previdenciária; analisará os tratados internacionais que estabelecem acordos bilaterais e multilaterais, para observar as limitações e as consequências advindas da falta de integração sistêmica e de garantias globais de direitos fundamentais, na linha defendida por Luigi Ferrajoli.

A metodologia traz raciocínio hipotético-dedutivo, com técnica exploratória da legislação brasileira e internacional, exploratória de dados públicos brasileiros e internacionais, trazendo abordagem sistêmica e sociológica crítica. Achados revelam que apesar da economia ser globalizada, a proteção previdenciária encontra muitos entraves na integração, o que conduz à conclusão de que a inclusão previdenciária no âmbito global é muito restrita e prejudicial aos imigrantes, gerando riscos sistêmicos. Apenas a inclusão geral e a estruturação de um organismo de ligação internacional permitirão o acesso à cidadania social global e a adesão de todos os países numa integração sistêmica previdenciária.

2. A INCLUSÃO NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A sociologia sistêmica tem se debruçado sobre a temática da inclusão/exclusão nos sistemas sociais, problematizando a questão a partir da percepção da ocorrência da exclusão em massa da participação dos indivíduos da maior parte dos sistemas sociais funcionais, fenômeno que gera uma reação em cadeia de exclusão.

Luhmann (2006, p. 499; 2013, p. 39) entende que a sociedade moderna é caracterizada pelo primado dos sistemas funcionais, especialmente a partir do desenvolvimento e autonomia do sistema político, jurídico e econômico. Um sistema social é operado pela comunicação e se identifica a partir de uma diferenciação entre o ambiente e o sistema. Quando se fale em pagar/não pagar, fala-se em economia; quando se fala em governo/oposição, fala-se em político; quando se fala em lícito/ilícito, fala-se em direito.

Mas para além da análise da formação, funcionamento e interdependência dos sistemas sociais, que se estabeleceram para atender uma expectativa cognitiva ou normativa

da sociedade, merece atenção os critérios e regras de inclusão de cada sistema, quando oportunizam aos indivíduos a participação na sua comunicação através de papéis, sejam de performance (profissões), sejam de público (clientes). Essas regras podem promover ou serem indiferentes à massiva exclusão. Luhmann (2013, p. 41) enfatiza que os sistemas dão maior atenção aos incluídos e são indiferentes à exclusão, o que lhe fez entender que o código inclusão/exclusão tem sido determinante, supercodificando a sociedade.

O sistema previdenciário visto sob o prisma da política pública previdenciária, ou seja, como um subsistema do sistema político, diferenciou-se através do direito previdenciário (reconhecido como fundamental) e foi implementado pela administração pública, zelando pelos segurados, ou seja, por aqueles que estariam cobertos pela previdência. Todos aqueles que não estão cobertos estariam excluídos, conforme as regras de inclusão (Smolenaars, 2025, p. 146).

2.1. Direito fundamental à inclusão previdenciária

A partir da expectativas de proteção social da renda, especialmente no contexto de pós-guerra, formaram-se sistemas previdenciários ao redor do mundo através da estruturação de direitos.

O primeiro modelo foi estabelecido no âmbito do sistema político alemão, em 1883, pelo chanceler Otto von Bismark, visando atender a uma onda de protestos e greves. Esse modelo previa um seguro social para a proteção da renda frente a diversos fatos geradores de risco, em que seria necessário contribuir para gozar dos benefícios previstos. Tinha como premissa a repartição simples, quando os ativos arcam com os benefícios dos inativos (Coelho Neto, 2008, p. 58). O modelo bismarkiano foi adotado por diversos países ao redor do mundo.

Após a primeira guerra mundial, muitos sistemas bismarkianos sofreram grandes crises econômicas e financeiras, com prejuízo aos segurados. Nesse panorama, começou um movimento de reconhecimento internacional da sua importância e da necessidade da intervenção do Estado sobre os institutos previdenciários. Em 1919, com o Tratado de Versalhes e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a previdência ganhou contorno de direito social com a assinatura de tratados e acordos internacionais. Em 1921, a OIT aprovou importantes convenções, como a n. 17, a Convenção sobre indenização por acidentes do trabalho. Além disso, o direito previdenciário ganhou status constitucional na Constituição do México (1917) e de Weimer (1919). (Mesa Lago, 2006, p. 18; Coelho Neto, 2008, p. 60)

No âmbito da segunda guerra mundial, o sistema político inglês respondeu aos pleitos populares instituindo o sistema de seguridade social, através do Relatório Beveridge, elaborado em 1941 e implantado em 1946. Esse sistema englobava a saúde, assistência e previdência e não exigia contribuição vinculada para que o indivíduo pudesse obter um benefício. Esse modelo serviu de base para a OIT elevar o direito da seguridade social como direito básico e universal, através da Declaração Universal da Filadélfia de 1944 e da Declaração Universal de Direitos do Homem em 1948.

Com isso, o modelo Beveridge introduziu o princípio da universalidade da cobertura como meio de reduzir a desigualdade econômica e a pobreza, com nítida função redistributiva da riqueza e redução da pobreza, o que foi sendo objeto de adesão por convenções internacionais, constituições e leis ordinárias. (Mesa-Lago, 2006, p. 21; Lazzari e Castro, 2025, p. 23).

No âmbito do direito internacional, a OIT instituiu convenções que preveem a estruturação de um sistema previdenciário como direito básico para garantir os direitos humanos, com igualdade de tratamento e a preservação de direitos em matéria de seguridade social, especialmente nas Convenções OIT C102/1952, C128/67 e C157/1982 (Organização Internacional do Trabalho, 1952; 1967; 1982), tendo apenas as duas primeiras sido ratificadas pelo Brasil.

No panorama jurídico brasileiro, a previdência social é considerada um direito social com status de direito fundamental, na conformidade do art. 6º[4] da CF/88, trazendo sua estrutura e regras básicas de inclusão a partir do art. 193 e seguintes da CF/88 (Brasil, 1988). Configura-se como um subsistema da seguridade social e abrange a cobertura de contingências sociais em face da perda de renda, na doença, invalidez, idade, entre outros. Está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória (art. 201, CF/88). Nesse sentido, todos devem contribuir, mas apenas quem contribui individualmente tem direito a prestações (com algumas exceções, como se verá). Funciona em regime de repartição simples, ou seja, os ativos pagam os benefícios dos inativos.

Apesar da constituição brasileira prever que o sistema da seguridade social seria de alcance universal e garantido a todos (inciso I, art. 194 da CF/88; Brasil, 1988), adotou um sistema misto: quanto à previdência, faz exigência de contribuição previdenciária conforme modelo bismarkiano; quanto à assistência e saúde, adota o modelo de Beveridge, sem contribuição (Ibrahim, 2011, p. 92)

[4] 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.

2.2. As regras gerais de inclusão no sistema previdenciário brasileiro

A constituição e a legislação brasileira, especialmente as Leis n. 8.212/91 e n. 8.213/91 (Brasil, 1991), estabeleceram que são incluídos e considerados segurados da previdência social todas as pessoas físicas que exercem atividades remuneradas e realizam contribuição previdenciária vinculada, com exceção dos segurados especiais (a quem não lhes é exigida a contribuição[5]).

Na conformidade do art. 11 da Lei n. 8.213/91, os principais segurados obrigatórios são os empregados, o servidor público ocupante de cargo em comissão não efetivo, o exercente de mandato eleitoral, o empregado doméstico, o contribuinte individual e o segurado especial. O empregado é "aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração". Já o contribuinte individual seria aquele que trabalha por conta própria, seja através da pessoa física ou jurídica, seja em trabalho urbano ou rural (desde que não se enquadre como segurado especial), podendo prestar serviço a empresas, em caráter eventual, sem relação de emprego. Já o artigo 13 disciplina a filiação do segurado facultativo, considerada um ato de vontade daqueles que, a partir dos 14 anos, quiserem recolher a contribuição, desde que não sejam segurados obrigatórios no RGPS ou em regime próprio (Lei n. 8.213/91; Brasil, 1991b).

Além disso, aos empregados e contribuintes individuais prestadores de serviço para empresas é presumida a contribuição, que fica a cargo da empresa, na forma do art. 4º da Lei n. 10.666/2003 (Brasil, 2003) e do §4º do art. 26 do Decreto n. 3.048/99 (RPS, Brasil, 1999a). Assim, quanto à responsabilidade de se efetuar o recolhimento, o empregado está isento, cabendo ao empregador fazê-lo, assim como a empresa tomadora de serviço do contribuinte individual (CI) pessoa física. Assim, o CI prestador de serviços às empresas, como autônomo pessoa física, também se presume a contribuição previdência, que fica à cargo da empresa, na conformidade do §4º do art. 26 do RPS e do art. 4º da Lei n. 10.666/2003 (Brasil, 2003).

O CI, em regra, deve recolher a sua contribuição previdenciária, na alíquota de vinte por cento sobre o salário de contribuição, na forma do art. 21 da Lei n. 8.212/1991 (Brasil, 1991b). Quando trabalha sem relação de trabalho com empresa, o CI ainda tem a opção legal

[5] Segurados especiais seriam aqueles que trabalham no âmbito rural, em regime de economia familiar, seja na condição de produtor e outras figuras que explorem a atividade, ou na condição de pescador artesanal. Estabelece o §5º do art. 9º do Decreto n. 3.048/99: § 5º. Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes. (Brasil, 1999b).

de recolhimento a menor, em alíquota de 11% sobre o salário-mínimo, caso opte pela exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, como previsto no inciso I do §2º do artigo 21 da Lei 8.212/91 (Brasil, 1991a), conforme alterações da Lei Complementar n. 123/2006 (Brasil, 2006) e da Lei 12.470/2011 (Brasil, 2011). Há, ainda, uma terceira hipótese, prevista na alínea a, inciso II, §2º do artigo 21 da Lei 8.212/91 (Brasil, 1991a), de efetuar o recolhimento de 5% sobre o salário-mínimo, caso se enquadre na categoria do microempreendedor individual, previsto no art. 18-A da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, que seria aquele que, em cada ano-calendário, tenha receita bruta igual ou inferior a R$81.000,00, valor fixado pela Lei Complementar n. 188/2021 (Brasil, 2021), em vigor até hoje (2025).

Por sua vez, o facultativo também deve recolher a alíquota de 20% sobre o salário de contribuição, podendo recolher na ordem de 5% sobre o mínimo, no caso de pessoas que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico e pertençam a famílias de baixa renda, conforme estabelece a alínea b, inciso II, §2º do artigo 21 da Lei 8.212/91(Brasil, 1991a).

O sistema previdenciário estruturou regras de inclusão para fins de requerimento de benefícios frente a fatos geradores de perda de renda, como doença, maternidade, acidente, idade. Deve haver qualidade de segurado e um número mínimo de contribuições estabelecida para cada benefício, a carência. Quando não há contribuições suficientes, o sistema responde que há falta de carência mínima, indeferindo o benefício, ainda que tenha ocorrido a perda da renda do trabalhador por uma dos fatos geradores previstos. Por exemplo, a carência mínima para gozar de benefício por incapacidade temporária (o antigo auxílio-doença) é de 12 prestações; já a aposentadoria por idade, a carência é de 180 contribuições (Lei n. 8.213/91; Brasil, 1991). Vale dizer que, quando o sistema previdenciário responde negativamente, pela falta de carência, não reflete ou busca desenvolver políticas que evitem essa situação; não há reflexividade por parte do sistema das causas que levaram o indivíduo a não contribuir para o sistema previdenciário, restando um ponto-cego. (Smolenaars, 2025)

3. DIREITO DO IMIGRANTE À INCLUSÃO PREVIDENCIÁRIA

Conforme estabelece a CF/88 (Brasil, 1988), uma vez residente no Brasil, o estrangeiro é titular de todos os direitos fundamentais da carta constitucional (caput do art. 5º), devendo fazer prevalecer os direitos humanos nas suas relações internacionais (inciso II do art. 4º). Desde 1949, o Brasil ratificou a Convenção OI n. 97/1949, que determina o tratamento igualitário, sem discriminação por nacionalidade, no tocante à segurança social, ou seja, deve alcançar a todos os residentes as normas relativas à "acidentes do trabalho,

maternidade, doença, invalidez, velhice, morte, desemprego e responsabilidades familiares", bem como outras contingências sociais, na conformidade da legislação nacional (Organização Internacional do Trabalho, 1949). A Convenção n. 118/1962 (OIT, 1962), também ratificada pelo Brasil, estabelece a igualdade de tratamento no que concerne à cobertura e direitos a benefícios previdenciários, como já abordado.

O antigo Estatuto do Estrangeiro, previsto na Lei n. 6.815/80, foi revogado e substituído pela Lei n. 13.445/2017, a Lei de Migração, que prevê, no seu inciso VIII, art. 4º, a regra da não discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória, no tocante ao acesso a serviços públicos de saúde, assistência e previdência social.

Com esse panorama, o imigrante que chega no Brasil, de forma regular, tem direito a CPF, pode emitir uma carteira de trabalho, pode ser microempreendedor individual e contribuir para a previdência social, de modo a estar protegido em face dos riscos de perda de renda por doença, idade, entre outros. Já o estrangeiro não domiciliado no Brasil e contratado para prestar serviços eventuais, mediante remuneração, não é considerado segurado obrigatório, conforme explica Lazzari e Castro (2025, p. 15), exceto quando existir acordo internacional com o país de origem.

3.1. A limitada inclusão previdenciária do imigrante promovida pelos acordos internacionais

Quando o imigrante chega ao Brasil, pelos motivos mais variados, como foi visto, tem direito ao trabalho e às demais prestações da previdência, nos mesmos moldes dos brasileiros. Ocorre que pode já ter um longo histórico de trabalho e de contribuições previdenciárias em outro país, ou até mesmo em outros países. Para que esse período seja considerado, demanda-se uma integração entre sistemas previdenciários através de acordos bilateriais ou multilaterais entre os países.

Esses acordos estabelecem regras de coordenação e harmonização de regimes previdenciários, especialmente para que seja possível totalizar os tempos de contribuição. Normalmente, esses acordos trazem regras baseadas em certos princípios, como reciprocidade. Explica Carlos Marne Dias Alves que os acordos internacionais previdenciários mantêm as regras nacionais estabelecidas internamente para a previdência, trazendo princípios como da reciprocidade (basilar nas relações internacionais como um todo), a igualdade de tratamento (garante isonomia entre os cidadãos dos países), respeito à expectativa de direito adquirido, cômputo do tempo de filiação, divisão do pagamento de modo proporcional, entre outros (Alves, 2006, p. 152)

O Brasil firmou acordos internacionais bilaterais e multilaterais para interligar os sistemas previdenciários de diferentes regiões; esses acordos são recebidos como lei especial pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 382 do Decreto n. 3.048/99; Brasil, 1999a). No âmbito do Mercosul, estabeleceu o acordo Multilateral previsto no Decreto Legislativo n. 451/2001 (Brasil, 2001a), em vigor desde 2005. Tem como "principal objetivo garantir a totalização dos períodos de contribuição ou seguro cumpridos num país e em outro país acordante, valendo a regra previdenciária do país para o qual o indivíduo estiver prestando serviço no momento do sinistro ou da ocorrência do risco previsto em lei (Brasil, 2001a). Ainda firmou acordo Multilateral no âmbito da Convenção Multilateral Ibero-Americana de Seguridade Social (CMIS), em vigor desde 2011, que estabelece regras comuns para a coordenação das legislações de seguridade social dos países signatários (Argentina, Bolívia, Chile, El Salvador, Equador, Espanha, Paraguai, Peru, Portugal e Uruguai). A convenção é gerida pela Organização Ibero-Americana de Segurança Social (OISS), organismo internacional que visa promover o desenvolvimento econômico e social dos países signatários.

Já em termos de acordos bilaterais, o Brasil estabeleceu acordos com diversos países, estando em vigor 27 acordos, conforme informações do Ministério da Previdência, entre eles Alemanha, Argentina, Bélgica, Bolívia, Bulgária, Canadá, Chile, Colômbia, Coreia, El Salvador, Equador, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Índia, Itália, Japão, Luxemburgo, Moçambique, Paraguai, Peru, Portugal, Quebec, República Techa, Suíça e Uruguai. Informa ainda dois acordos pendentes de ratificação, como Àustria e Israel (Brasil, 2025j). Cada acordo bilateral traz, no seu bojo, o estabelecimento de regras de inclusão e exclusão. Veja-se o acordo bilateral com Portugal, como exemplo: traz regras sobre o conceito de cada categoria previdenciária (trabalhador, beneficiário, dependente etc.), estabelecendo quais benefícios estão incluídos no acordo, como assistência médica, benefícios por incapacidade e por idade, bem como quais regras de carência e exigências de "período de seguro" para esses fins (Brasil, 1991).

Fora do âmbito desses acordos, quando um estrangeiro vier a trabalhar no Brasil, ou um brasileiro for trabalhar no exterior, começa do zero, ou seja, não importa quanto tempo já trabalhou ou contribuiu para a previdência de um país; quando migra, não leva seu tempo de trabalho ou contribuição (portabilidade previdenciária). Isso implica em forte exclusão sistêmica, uma vez que dificulta o cumprimento das regras de inclusão e da obtenção de benefícios previdenciários que demandam longo tempo de contribuição e de trabalho para a sua aquisição. Essa limitação ainda traz risco sistêmico de ordem econômico-financeira, pois

o imigrante pode começar a trabalhar e contribuir no Brasil e, doze meses depois, já pode gozar de um benefício por incapacidade, inclusive de modo permanente (aposentadoria por invalidez). Nesse caso, agrava ainda mais o déficit previdenciário, que se aproxima dos 400 bilhões ao ano (Brasil, 2025c).

O panorama de exclusão previdenciária brasileira é de 1/3 da população ocupada no Brasil (Brasil, 2025b). Isso por conta de um cenário complexo de informalidade, em que o trabalhador autônomo não efetua sua própria contribuição previdenciária, tampouco empresas prestadoras de serviço, bem como pela obtenção de renda abaixo do salário-mínimo, o que não redunda em proteção previdenciária (Smolenaars, 2025). No âmbito global, apenas 52% dos indivíduos estão protegidos por sistemas de seguridade social (OIT, 2025).

Para uma inclusão previdenciária global, além de regras mais inclusivas dos sistemas regionais, depende-se da interligação entre os sistemas. Assim, um dos pontos mais relevantes para fins de se identificar a inclusão previdenciária global diz respeito às normativas de integração e acoplamento estrutural e operacional entre sistemas previdenciários regionais, bem como ao tratamento conferido aos trabalhadores migrantes, especialmente refugiados, que estão em condição de maior vulnerabilidade. Não há um sistema que seja globalizado de forma institucional, ou um balcão de atendimento global. O que há são poucas e limitadas normas internacionais (tratados e acordos internacionais) que estabelecem a previdência como um direito, mas sua concretização depende de programas regionais, que podem estar interligados em programas multilaterais.

3.2. A constituição da terra como integração entre sistemas previdenciários

O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli (2022, p. 6) foi englobado e ampliado para uma teoria de amplo garantismo constitucional global, frente à necessidade mundial de uma Constituição da Terra, que seria destinada "a promover um constitucionalismo supranacional" e promover garantias de direitos fundamentais no âmbito global.

Frente ao sistema econômico mundial, Ferrajoli vai dizer que não há um sistema jurídico apto a enfrentar os desafios impostos, tampouco integração entre esses sistemas. Percebe-se a ausência de limites jurídicos globais para o poder do sistema econômico e a ampla limitação dos sistemas jurídicos regionais. O sistema econômico exerce um grande poder sobre a vida dos indivíduos e do Estado, poder esse que não encontra limite na estrutural atual do Direito.

Nesse cenário que Ferrajoli (2022) propõe que a Constituição da Terra deve ultrapassar o paradigma constitucional do Estado, para outras direções: i. para um constitucionalismo supranacional, através de instituições internacionais de garantia; ii. para um constitucionalismo de direito privado, que forme um sistema de regras e garantias em face do poder de mercado; e, iii. para um constitucionalismo dos bens fundamentais, dando acesso dos bens vitais a todos, especialmente através dos bens comuns. Esse paradigma constitucional global é essencialmente universalista, não particularista; é internacionalista, não nacionalista; é antifascista, não identitário e fascista; não diferencia pessoas pelo nascimento, mas pelas peculiaridades da sua condição humana. Para isso, impõe-se a criação de garantias constitucionais globais sobre os direitos fundamentais humanos.

No cenário da previdência, demanda-se a criação de uma efetiva garantia universal à proteção social e previdência, promovendo a inclusão e a integração entre sistemas previdenciários regionais. Há uma grande preocupação dos organismos internacionais e de alguns países a promoverem a inclusão dos indivíduos em sistemas de proteção social e previdenciária. Mas ainda há uma grande disparidade entre os diversos sistemas regionais de previdência, o que pode gerar prejuízo ao trabalhador que migra, como também ao sistema previdenciário mais favorável que recebe um trabalhador de um sistema previdenciário mais restritivo, ainda mais sem o estabelecimento de acordo de repartição do pagamento do benefício previdenciário. Os organismos internacionais existentes promovem certa integração entre os diferentes sistemas, mas não promovem acoplamento estrutural e operacional entre esses. Ainda não há uma organização que sirva de balcão de requerimento de benefícios, ou de intermediador entre países, para que seja possível a composição do pagamento.

O que se percebe é que existe uma falha de sistema global (além de falhas em sistemas interdependentes, como falhas de mercado, falhas políticas, falhas na educação), uma vez que a economia é globalizada e a previdência não, apesar de haver acordos bi e multilaterais. Ainda que não seja o objetivo do presente trabalho apresentar alternativas políticas para os problemas que são revelados, parece adequado que a OIT, ou outro órgão de ligação internacional, estabelecesse um acordo por adesão, fazendo uso da pactuação mais básica que vem sendo utilizada nesses acordos citados, especialmente a totalização dos tempos de contribuição, com o pagamento pró-rata dos benefícios. Ainda que haja uma grande complexidade no tocante à compatibilização fática entre países, especialmente no tocante ao reconhecimento de certos documentos como idôneos para o reconhecimento de tempo de serviço, como caberá a cada país efetuar o pagamento do seu período de contribuição, isso

não parece empecilho ou um obstáculo jurídico grave, pois cada ordenamento jurídico irá considerar o trecho contributivo conforme suas regras previdenciárias.

Quando houver a garantia do direito previdenciário numa constituição da terra, com um organismo de ligação internacional e global, que permita a adesão de todos os países, ou melhor, que permita que indivíduos busquem uma composição previdenciária, tendo em vista o labor em Estados que não se relacionam internacionalmente para esses fins, seria possível estabelecer um sistema previdenciário global, composto por todos os sistemas previdenciários regionais, que buscam se compatibilizar em prol dos direitos humanos. Considerando que muitas convenções da OIT têm baixa adesão em termos de ratificação, essa busca deveria ser ativa, fazendo uso de casos concretos, identificando e pleiteando o reconhecimento de direitos previdenciários, ainda que para operações de casos individuais.

Parece possível, assim, a seletividade em prol da criação de estruturas de acoplamento estrutural que universalizem expectativas de proteção diante dos riscos globais, viabilizando a inclusão previdenciária global, que deixaria de ser uma utopia moral e passaria a constituir uma possibilidade sistêmica, fundada na observação recíproca entre sistemas regionais e internacionais.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou observar as limitações da inclusão previdenciária global e refletir sobre o panorama jurídico, perguntando o que falta para uma maior proteção e integração entre os sistemas previdenciários? A pesquisa confirma a hipótese de que o cenário jurídico e político atual é prejudicial ao imigrante e aos cidadãos em geral, uma vez que não há integração, o que dependeria de uma normativa internacional que trouxesse garantias globais previdenciárias, com atuação pró-ativa na interligação entre esses sistemas. A inclusão sistêmica depende de ações programadas, pois a exclusão é massiva e causa reação em cadeia com exclusão em diversos sistemas sociais.

Para se promover uma inclusão previdenciária em âmbito global, em harmonização de todos os sistemas previdenciários, a constituição da terra poderia instituir garantias de proteção social, como a previdenciária. Para isso, precisaria promover, num primeiro momento, a harmonização dos sistemas previdenciários, num acordo multilateral da terra, em que todos os países aceitassem a totalização do tempo de serviço e contribuição, de forma recíproca, para promover a inclusão previdenciária. Num segundo momento, precisa responsabilizar Estados e empresas globais, para recolher contribuições aos trabalhadores, permitindo a sustentabilidade dos sistemas. Nessa linha, indispensável a pactuação de direitos previdenciários da terra, para toda a humanidade, em escala global, para a proteção social em

face de riscos a que todos os seres humanos estão sujeitos, sem exceção, impondo uma responsabilidade social a Estados e empresas globais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 08 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/////decreto/D3048.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Acordos internacionais em vigor**. Brasília, DF: MPS, 2025a. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/acordos-internacionais/acordos-internacionais-em-vigor . Acesso em 7 nov. 2025.

BRASIL. **Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a Organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991a. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a Organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/cciviL_03/////LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991c.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Painel PNAD Contínua**. Brasília, DF: IBGE, 2025b. Disponível em: https://painel.ibge.gov.br/pnadc/. Acesso em 14 jan. 2025.

COELHO NETO, Ubirajara**. Direito constitucional previdenciário:** princípios e evolução no direito brasileiro. Palmas: edição do autor, 2008.

ESPLÁ, Carlos. **El Plan Beveridge:** sr. William, el optimista. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2017. Disponível em: https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-plan-beveridge-792126/. Acesso em 15 jul. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. **Per uma costituzione della terra**: l´umanità al bivio. Milano: Feltrineli, 2022a.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **A Previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação**. Niterói: Impetus, 2011.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Direito previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2025.

LUHMANN, Niklas. **O direito das sociedades**. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

LUHMANN, Niklas. Inclusão e exclusão. *In:* DUTRA, Roberto *et al* (org.). **Dossiê Niklas Luhmann.** Belo Horizonte: UFMG, 2013.

LUHMANN, Niklas. **La sociedade de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Herder, 2006a.

MESA-LAGO, Carmelo. **As reformas da previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social**. Tradução de Secretaria de Políticas de Previdência Social.Brasília: Ministério da Previdência Social, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C102:** Social Security (Minimum Standards) Convention. Genebra: OIT, 1952.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C128**: Invalidity, Old-Age and Survivors' Benefits Convention. Genebra: OIT, 1967.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C157**: Maintenance of Social Security Rights Convention. Genebra: OIT, 1982.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Universal Social Protection**. Genebra: OIT, 2025c. Disponível em:https://www.social-protection.org/gimi/WSPDB.action?id=32&utm_source=chatgpt.com. Acesso em 08 set. 2025.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Economia e seguridade social:** análise econômica do direito – seguridade social. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2012.

SMOLENAARS, Claudine Costa. Inclusão e exclusão do sistema previdenciário no Brasil

NEM LEI, NEM ORDEM: A CRISE DA SEGURANÇA PÚBLICA E O COLAPSO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS NAS OPERAÇÕES POLICIAIS BRASILEIRAS

Neither Law Nor Order: The Public Security Crisis and the Collapse of Fundamental Guarantees in Brazilian Police Operations

Daniella Campos Barbosa de Amorim[1]

Universidad del Museo Social Argentino

DOI: https://doi.org/10.62140/DCBA734195505

Sumário: 1. Introdução; 2. Entre a lei e a força: o paradigma em colapso da segurança pública brasileira; 3. A (i)legalidade das operações policiais e o esvaziamento do processo penal como garantia; 4. Direitos humanos e o princípio da dignidade frente à política de segurança pública; 5. Por um novo paradigma de segurança pública garantista; 6. Conclusão e Referências Bibliográficas.

Resumo: O artigo examina a crise da segurança pública no Brasil, tendo como ponto de partida as recentes operações policiais de alta letalidade, especialmente no Rio de Janeiro, onde a retórica de combate ao crime tem legitimado a suspensão prática das garantias fundamentais. Sustenta-se que o Estado brasileiro opera sob um modelo de exceção permanente, em que o discurso da "guerra às drogas" converte o processo penal em instrumento de repressão e morte, esvaziando o sentido constitucional da legalidade. A pesquisa adota abordagem qualitativa e bibliográfico-documental, com base em relatórios oficiais, decisões judiciais e literatura crítica (Ferrajoli, Zaffaroni, Baratta, Agamben). Demonstra-se que a letalidade policial e a omissão institucional configuram violência de Estado, incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana e com compromissos internacionais de direitos humanos. Conclui-se que o enfrentamento da criminalidade não pode ocorrer à margem da Constituição: sem garantias, não há justiça, apenas barbárie institucionalizada.

Palavras-chave: Segurança pública; letalidade policial; processo penal; garantias fundamentais; direitos humanos; Estado de exceção.

[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 Universidad 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. Link ORCID: https://orcid.org/0009-0001-5052-7025

Abstract: The article examines the crisis of public security in Brazil, focusing on the growing lethality of police operations and the consequent collapse of fundamental guarantees enshrined in the 1988 Constitution. It argues that the Brazilian State operates within a permanent state of exception, where the rhetoric of the "war on drugs" transforms criminal procedure into a mechanism of repression and death, undermining the constitutional principle of legality. Adopting a qualitative and documentary-bibliographical approach, the research draws upon official reports, judicial decisions, and critical scholarship (Ferrajoli, Zaffaroni, Baratta, Agamben). The study demonstrates that police violence and institutional omission constitute forms of State violence incompatible with the dignity of the human person and with international human rights obligations. It concludes that confronting crime cannot occur outside the boundaries of the Constitution: without guarantees, there is no justice—only institutionalized barbarity.

Keywords: Public security; police lethality; criminal procedure; fundamental guarantees; human rights; state of exception.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil vive, nas últimas décadas, uma crise estrutural de segurança pública que ultrapassa os limites do combate à criminalidade e atinge o próprio núcleo de legitimidade do Estado Democrático de Direito. As operações policiais de alta letalidade, como as recentemente ocorridas no Rio de Janeiro — que resultaram em mais de uma centena de mortos em poucos dias — evidenciam um fenômeno inquietante: a substituição do Estado de Direito pelo Estado de exceção operacionalizado sob o manto da legalidade.

A retórica da "guerra às drogas" tem se convertido em justificação simbólica e jurídica para o uso indiscriminado da força, naturalizando práticas de extermínio que ferem frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida. Sob a promessa de restaurar a ordem, o Estado tem institucionalizado a exceção, convertendo o processo penal — concebido como instrumento de garantia — em mecanismo de legitimação da violência. Como adverte Luigi Ferrajoli (2014), "onde o processo perde sua natureza de garantia, o poder punitivo se converte em arbítrio".

No contexto brasileiro, a seletividade da atuação estatal evidencia que a legalidade penal é aplicada de modo desigual e seletivo, recaindo de forma desproporcional sobre corpos racializados e territórios marginalizados. A operação policial deixa de ser exceção para se tornar regra de controle social, e o Estado passa a exercer um poder soberano de decidir quem deve viver e quem pode morrer, no sentido descrito por Achille Mbembe (2018) ao definir a necropolítica contemporânea.

A gravidade do problema reside no fato de que tais práticas se consolidam à margem do controle judicial efetivo, com raríssimos casos de responsabilização penal de agentes

públicos. O que deveria ser exceção — o uso da força letal — converte-se em política pública, alimentando uma cultura de impunidade e naturalização da morte como instrumento de gestão da segurança.

Sob esse panorama, o presente artigo tem por objetivo examinar criticamente o colapso das garantias fundamentais diante da expansão de um modelo punitivista e militarizado de segurança pública, que confunde poder de polícia com poder de guerra. Busca-se demonstrar que a crise da segurança pública não é apenas operacional ou institucional, mas constitucional e ética, revelando o esvaziamento do projeto de humanidade inscrito na Constituição de 1988.

A metodologia adotada é qualitativa e bibliográfico-documental, fundada na análise de relatórios oficiais, decisões judiciais, tratados internacionais de direitos humanos e na literatura crítica de autores como Ferrajoli, Zaffaroni, Baratta, Agamben e Wacquant, entre outros. A pesquisa parte do pressuposto garantista de que o processo penal é o limite do poder punitivo, e que qualquer política de segurança que despreze esse limite converte-se, inevitavelmente, em barbárie institucional.

A relevância do tema é inequívoca: discutir a segurança pública sob a ótica dos direitos fundamentais é reafirmar que não há paz possível fora da legalidade, nem justiça sem garantias. Este estudo pretende contribuir para a construção de um paradigma de segurança pública humanista e constitucional, em que a vida e a dignidade não sejam variáveis descartáveis, mas valores inegociáveis.

2. ENTRE A LEI E A FORÇA: O PARADIGMA EM COLAPSO DA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA

O modelo de segurança pública brasileiro vive uma profunda contradição entre o discurso de legalidade e o exercício de uma força estatal que frequentemente atua à margem da Constituição. Desde a redemocratização, o Estado brasileiro tenta conciliar o ideal de um sistema de justiça garantista com práticas herdadas de um modelo autoritário de repressão. Essa tensão — entre a lei e a força — constitui o eixo de uma crise estrutural que revela a fragilidade institucional do Estado Democrático de Direito diante da violência institucionalizada.

De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2024), o Brasil registrou 6.187 mortes decorrentes de intervenção policial apenas no ano de 2023, sendo 81% das

vítimas negras e 77% residentes em periferias urbanas. O Estado do Rio de Janeiro continua a ocupar as primeiras posições no ranking da letalidade policial, com operações que frequentemente resultam em dezenas de mortes, como a ocorrida em julho de 2023 na Vila Cruzeiro, na zona norte da capital, que deixou 19 mortos segundo o Ministério Público fluminense. Em 2025, nova megaoperação na Baixada Fluminense ultrapassou a marca de 100 vítimas fatais, reacendendo o debate sobre o uso desproporcional da força letal e o esvaziamento do controle judicial sobre tais ações.

Esses números não revelam apenas a violência policial, mas um paradigma de segurança pública fundado na lógica da guerra, em que a "pacificação" dos territórios marginalizados se dá por meio da ocupação militarizada e da eliminação do inimigo. Como aponta Eugenio Raúl Zaffaroni (2007), o Direito Penal latino-americano se estrutura sobre uma base seletiva e discriminatória, na qual o sistema penal exerce função de "controle de populações indesejadas", e não de tutela dos direitos fundamentais. A guerra às drogas, nesse contexto, converteu-se em estratégia política e simbólica de contenção social, legitimando a violência institucional como forma de governo.

A militarização da segurança pública não é apenas um fenômeno prático, mas também jurídico. Embora a Constituição Federal de 1988 estabeleça que as Polícias Militares são forças auxiliares e reserva do Exército (art. 144, §6º), na prática observa-se um processo de "fusão funcional" entre a defesa nacional e a segurança interna, produzindo uma confusão conceitual que permite a aplicação de técnicas de guerra em ambiente civil. Essa distorção gera uma anomalia democrática: o uso da força pública sem a devida subordinação à lógica das garantias constitucionais e ao controle do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, no HC 188.888/RJ (Rel. Min. Edson Fachin, 2020), reconheceu a necessidade de limitar as operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia da COVID-19, determinando que apenas situações excepcionais justificariam incursões com uso de força letal. Entretanto, como demonstram relatórios da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2022–2024), as operações continuaram a ocorrer de forma rotineira, com elevado número de vítimas civis e ausência de investigação efetiva. Essa desobediência institucional revela o déficit de accountability das forças de segurança e o enfraquecimento da autoridade judicial — pilares essenciais do Estado de Direito.

A literatura criminológica contemporânea identifica esse fenômeno como expressão da "política de exceção permanente", conceito amplamente discutido por Giorgio Agamben

(2004). Para o autor, o Estado moderno tende a operar, sob o pretexto da emergência, em um espaço de suspensão do direito, no qual a exceção se torna regra. No caso brasileiro, essa suspensão atinge precisamente os sujeitos vulneráveis, habitantes das periferias, convertendo o território em "zonas de não-direito" (Wacquant, 2008). Nesses espaços, o monopólio legítimo da força estatal se deforma em um monopólio ilegítimo da violência, guiado por critérios de raça, classe e geografia.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública também evidencia que, em 2023, apenas 2% das mortes provocadas por agentes do Estado foram objeto de denúncia criminal, o que reforça a cultura da impunidade e a desresponsabilização institucional. Esse dado demonstra a falência da política criminal de controle interno e externo da atividade policial, bem como a ausência de efetividade das ouvidorias e corregedorias. A impunidade não é mera omissão, mas expressão do pacto tácito de tolerância estatal com a violência, o que compromete a própria legitimidade do sistema jurídico.

Além disso, a lógica da guerra internalizada nas políticas de segurança pública compromete o papel do processo penal como garantia. Como afirma Ferrajoli (2014), "o processo é o limite do poder punitivo"; quando ele é instrumentalizado para justificar mortes, e não para preveni-las, perde-se sua razão democrática de existir. A morte sem processo — sem contraditório, sem defesa, sem juiz — é a forma mais radical de violação da Constituição.

Essa erosão das garantias fundamentais revela o colapso do paradigma normativo da segurança pública brasileira, em que o ideal de proteção da sociedade é substituído por uma política de eliminação dos vulneráveis. A lei cede lugar à força; o Estado, ao invés de proteger, passa a punir; e o processo penal, em vez de limitar o poder, passa a legitimá-lo. Nesse cenário, a reconstrução da segurança pública exige mais do que reformas operacionais — requer uma refundação ética e constitucional do próprio conceito de ordem pública, baseada na primazia da vida e na dignidade humana como valores absolutos.

3. A (I)LEGALIDADE DAS OPERAÇÕES POLICIAIS E O ESVAZIAMENTO DO PROCESSO PENAL COMO GARANTIA

A expansão da violência policial no Brasil não é fenômeno isolado, mas consequência direta da fragilização do processo penal enquanto instrumento de contenção do poder punitivo. A legalidade, que deveria ser o fundamento da atuação estatal, tem sido gradualmente substituída por uma lógica de ilegalidade legitimada, em que o discurso da

segurança pública funciona como escudo simbólico para práticas que violam a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos.

Em termos dogmáticos, o processo penal possui função garantista e limitadora, conforme a teoria desenvolvida por Luigi Ferrajoli (2014), para quem o devido processo é o mecanismo racional de contenção da violência estatal. No entanto, nas operações policiais brasileiras, essa racionalidade cede espaço à ideia de eficiência repressiva, em que a antecipação da punição e o uso da força letal substituem o julgamento. Essa inversão teleológica do processo — de garantia em instrumento de guerra — constitui o núcleo da crise contemporânea da segurança pública.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 188.888/RJ (Rel. Min. Edson Fachin, 2020), reconheceu que a atuação policial deve observar parâmetros constitucionais de necessidade, proporcionalidade e controle jurisdicional. A decisão impôs restrições à realização de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia, salvo em hipóteses excepcionais devidamente justificadas. Apesar disso, o próprio Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2024) e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2023) documentaram a continuidade de incursões letais, frequentemente realizadas sem mandado judicial e com falhas na preservação da cena do crime. Essa dissonância entre norma e prática evidencia o divórcio entre a legalidade formal e a efetividade do controle judicial.

A doutrina garantista identifica nesse contexto um processo de esvaziamento funcional do devido processo legal, que perde sua natureza de direito fundamental e se converte em ritual de legitimação do poder punitivo. Zaffaroni (2007) adverte que, quando o sistema penal é instrumentalizado para justificar a eliminação física de pessoas sob o pretexto da segurança, o Estado ultrapassa o limite do direito e ingressa no campo da arbitrariedade institucionalizada. Essa arbitrariedade não é episódica, mas estrutural, pois repousa sobre um padrão seletivo e discriminatório de aplicação da lei penal.

O sistema de justiça brasileiro, ao tolerar a recorrência dessas práticas, consolida uma espécie de "processo penal de exceção permanente", expressão que remete à reflexão de Giorgio Agamben (2004) sobre a suspensão do direito como técnica de governo. O estado de exceção, no Brasil, não é declarado, mas operado cotidianamente nos territórios periféricos. O procedimento judicial, a investigação e o controle das ações policiais tornam-se meras formalidades que não impedem, mas legitimam a eliminação física de indivíduos previamente desumanizados. A exceção, portanto, não é ruptura, mas método.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em relatório de 2022, constatou que menos de 5% dos inquéritos instaurados para apurar mortes decorrentes de intervenção policial resultam em denúncia criminal. Essa cifra revela a inexistência de um controle efetivo da atividade policial pelo sistema de justiça, violando o dever positivo de investigação previsto no artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966) e reafirmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em precedentes como Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017). Nesse caso, a Corte condenou o Estado brasileiro por execuções sumárias e falhas sistemáticas nas investigações, determinando a adoção de medidas de reparação e prevenção que, até hoje, não foram integralmente cumpridas.

A falta de responsabilização e a ausência de controle judicial efetivo alimentam uma cultura de impunidade que neutraliza o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88) e distorce a finalidade do processo penal, que passa a operar como instrumento de exclusão. A legalidade, quando seletivamente aplicada, transforma-se em instrumento de dominação e perpetuação da desigualdade social. Assim, o que se observa é um paradoxo jurídico: a Constituição é invocada para legitimar práticas que a própria Constituição repudia.

O fenômeno da "ilegalidade legalizada", expressão utilizada por Nilo Batista (2001), sintetiza esse processo de autolegitimação do poder repressivo. O Estado cria mecanismos normativos que aparentam respeitar o devido processo, mas, na prática, subvertem sua essência. Exemplo disso é o uso genérico de justificativas de "resistência seguida de morte", categoria que por décadas impediu a persecução penal de agentes públicos e mascarou execuções sumárias. O Instituto Sou da Paz (2023) identificou que, em mais de 70% dos casos de morte por intervenção policial no Rio de Janeiro, os inquéritos são arquivados sem exame pericial conclusivo, revelando a precariedade das investigações e a conivência institucional.

Sob o prisma jurídico-constitucional, a situação configura violação múltipla de direitos: à vida (art. 5º, caput), à presunção de inocência (art. 5º, LVII) e ao devido processo legal (art. 5º, LIV). A Constituição, ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (art. 1º, III), impõe uma ética de contenção ao poder estatal que é incompatível com a lógica da guerra e da eliminação. Assim, a letalidade policial não é apenas um problema de segurança pública, mas uma crise constitucional de legitimidade democrática.

O esvaziamento do processo penal como garantia revela o fracasso de uma política criminal que substitui o controle judicial pela autorização tácita da violência. Para Ferrajoli (2014), o Estado que renuncia ao controle do próprio poder punitivo renuncia à própria legalidade. E é precisamente essa renúncia — silenciosa, cotidiana e seletiva — que define o colapso contemporâneo da justiça penal brasileira.

4. DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE FRENTE À POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, III), elevando-a a critério hermenêutico de todo o sistema jurídico. Esse princípio, em harmonia com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, impõe ao Estado o dever de proteger, respeitar e garantir o direito à vida e à integridade física de todas as pessoas, inclusive — e especialmente — daquelas sob sua custódia ou sujeitas à ação estatal. Todavia, a realidade da segurança pública brasileira revela uma inversão perversa desse mandamento: o Estado, que deveria garantir a vida, converte-se em seu principal violador.

O direito à vida, núcleo essencial do catálogo de direitos fundamentais, encontra proteção simultânea na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969). Todos esses instrumentos impõem aos Estados o dever de prevenir, investigar e punir a privação arbitrária da vida por agentes públicos. No entanto, conforme reiterado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, 2017), o Estado brasileiro falha de forma sistemática em garantir a efetividade desses deveres, operando sob uma lógica de impunidade institucionalizada.

De acordo com Luigi Ferrajoli (2014), a dignidade humana não é apenas um valor ético, mas um limite jurídico absoluto ao exercício do poder. Em seu modelo de "garantismo integral", Ferrajoli sustenta que o Estado só é legítimo quando submete seu poder punitivo às garantias processuais e materiais que protegem a pessoa. Assim, uma política de segurança que admite execuções sumárias e violações sistemáticas de direitos transforma-se em uma política antijurídica e antidemocrática, incompatível com o Estado de Direito.

No mesmo sentido, Norberto Bobbio (2004) adverte que o verdadeiro desafio dos direitos humanos contemporâneos não é a sua proclamação, mas a sua efetivação, pois "a era dos direitos se converte em mera retórica quando as instituições falham em garantir sua concretização". Essa advertência é especialmente pertinente ao cenário brasileiro, no qual a seletividade penal e a violência policial corroem o próprio conteúdo dos direitos fundamentais, reduzindo-os a declarações simbólicas.

A política de segurança pública fundada na lógica da guerra e na ideia de "inimigo interno" nega a universalidade dos direitos humanos ao estabelecer categorias de vidas que merecem ou não proteção. Como observa Alessandro Baratta (2002), a seletividade penal é expressão de uma "função ideológica do direito penal burguês", que naturaliza a criminalização da pobreza e a exclusão social como forma de controle político. Essa leitura é confirmada empiricamente pelos dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2024), que indicam que mais de 80% das vítimas de letalidade policial são jovens negros, com baixa escolaridade e moradores de periferias urbanas. Trata-se de uma seletividade estrutural que desafia a própria noção de igualdade jurídica.

Sob o ponto de vista constitucional, a prática de execuções extrajudiciais e de uso desproporcional da força viola frontalmente os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF). O uso da violência como política pública afronta também o artigo 144 da Constituição Federal, que atribui à segurança pública a finalidade de preservação da ordem e da incolumidade das pessoas, não a sua eliminação. Quando o Estado mata sob o pretexto de garantir a segurança, há uma clara inversão teleológica do dever constitucional de proteção.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em relatórios recentes (2023), tem alertado que o Brasil apresenta um padrão de uso excessivo da força incompatível com os princípios internacionais de legalidade, necessidade e proporcionalidade. O documento destaca a ausência de mecanismos eficazes de controle externo das polícias e a insuficiência das políticas de prevenção à letalidade, ressaltando que tais práticas configuram violações sistemáticas de direitos humanos. Esse diagnóstico é compartilhado pela Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que, em pronunciamento de 2022, classificou o Brasil como um dos países com maior índice de mortes por ação policial no mundo.

A análise integrada desses elementos demonstra que o problema da segurança pública no Brasil não é apenas uma questão de gestão, mas de modelo de Estado. A incapacidade

institucional de garantir o respeito aos direitos humanos e de submeter o uso da força ao império da lei representa um retrocesso civilizatório, no qual a dignidade da pessoa humana deixa de ser fundamento do poder para se tornar sua vítima.

A superação desse quadro exige a reconstrução de uma cultura jurídica de respeito aos direitos fundamentais, fundada em três pilares:
(i) a redefinição das políticas de segurança sob o enfoque da prevenção e da cidadania;
(ii) o fortalecimento dos mecanismos de controle judicial e social da atividade policial; e
(iii) a incorporação efetiva das normas internacionais de direitos humanos como parâmetro obrigatório de atuação estatal.

Como bem sintetiza Ferrajoli (2014), a legitimidade democrática do Estado não se mede pela intensidade de sua força, mas pela extensão de suas garantias. Enquanto a segurança pública for regida pela lógica do inimigo e da eliminação, o Brasil permanecerá preso ao ciclo da violência institucional que nega, a cada morte, a própria razão de ser do Direito.

5. POR UM NOVO PARADIGMA DE SEGURANÇA PÚBLICA GARANTISTA

O cenário de degradação das garantias fundamentais nas operações policiais brasileiras impõe a necessidade de reconstrução de um paradigma de segurança pública compatível com o Estado Democrático de Direito. Esse novo modelo deve deslocar o eixo da repressão para a proteção, da lógica da guerra para a lógica da cidadania e da eficiência punitiva para a efetividade dos direitos humanos. Trata-se de um processo que não se resume a reformas legislativas, mas que exige uma refundação ética, institucional e cultural do papel do Estado frente ao uso da força.

5.1. Da política de extermínio à política de cidadania

A superação do paradigma bélico exige romper com a doutrina da guerra interna que orienta a segurança pública brasileira desde a ditadura militar. A concepção de "inimigo interno", ainda presente nos discursos oficiais e nas práticas policiais, legitima a eliminação de determinados grupos sociais sob o pretexto da defesa da ordem. Como assinala Zaffaroni (2011), a construção simbólica do inimigo é o primeiro passo para a suspensão do direito penal como garantia e para a sua transformação em instrumento de destruição.

O paradigma garantista parte da premissa oposta: o Estado só é legítimo quando protege, e não quando elimina. A Constituição de 1988 consagra a segurança pública como um dever do Estado e direito de todos (art. 144, caput), o que significa que ela deve ser entendida como um serviço público de promoção da paz social, e não como campo de batalha. Esse enfoque implica a adoção de políticas baseadas em prevenção, mediação de conflitos, controle da letalidade e educação em direitos humanos para agentes de segurança, conforme já previsto no Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 (Decreto n. 7.037/2009).

5.2. A reconstrução das garantias fundamentais no espaço urbano

O espaço urbano brasileiro tornou-se o locus por excelência do colapso das garantias. Nas periferias, o Estado atua de modo predominantemente repressivo e militarizado, substituindo políticas sociais por incursões armadas. Um modelo garantista de segurança pública deve restabelecer a presença do Estado de forma civil, preventiva e participativa, integrando políticas de saúde, educação, trabalho e moradia à política de segurança. Essa abordagem dialoga com a concepção de "segurança cidadã" desenvolvida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2019), segundo a qual a segurança não é monopólio das forças policiais, mas um compromisso coletivo de garantia da vida e da convivência democrática.

No campo jurídico, essa reconstrução passa pela implementação de mecanismos efetivos de controle e responsabilização das forças policiais. O fortalecimento das ouvidorias independentes, o empoderamento do Ministério Público como fiscal da legalidade da ação policial (art. 129, VII, CF) e a ampliação do controle judicial preventivo sobre operações de alto risco são medidas essenciais. A experiência do HC 188.888/RJ, em que o STF estabeleceu parâmetros mínimos para o uso da força em comunidades, deve servir de base para a criação de normas de compliance policial, que vinculem o planejamento operacional à preservação da vida.

5.3. A centralidade da dignidade humana como fundamento da ação estatal

O núcleo do paradigma garantista é a dignidade humana como valor absoluto e indisponível. Em termos filosófico-jurídicos, significa afirmar que a vida e a integridade da pessoa são bens que precedem o Estado e limitam seu poder. Ferrajoli (2014) define a

dignidade como "o critério de validade de todo ato do poder", enquanto Bobbio (2004) lembra que a efetividade dos direitos é o verdadeiro teste de civilização das democracias. A dignidade não é, portanto, mera categoria retórica, mas princípio operativo, cuja observância deve orientar toda política de segurança.

Nesse contexto, impõe-se a incorporação sistemática das normas internacionais de direitos humanos ao desenho institucional da segurança pública. A aplicação direta dos tratados, conforme o art. 5º, §2º, da CF/88, e a força supralegal reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 466.343/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2008) conferem aos instrumentos internacionais caráter vinculante. Assim, documentos como o Código de Conduta para Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (ONU, 1979) e os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo (ONU, 1990) devem orientar não apenas a formação policial, mas também a elaboração de protocolos operacionais e o controle externo das corporações.

Por fim, o novo paradigma requer uma mudança cultural profunda, capaz de reconstruir a confiança entre Estado e sociedade civil. O enfrentamento da criminalidade deve ser pautado pela racionalidade do Direito, e não pela emoção do medo, pois, como ensina Ferrajoli (2014), "o medo é o terreno fértil do autoritarismo". A segurança pública garantista é aquela que entende a paz como produto da justiça, e não como subproduto da força.

Assim, a transição de um modelo repressivo para um modelo garantista não é mera escolha administrativa, mas imperativo constitucional e civilizatório. Reafirmar a dignidade humana como eixo da segurança pública é restaurar o pacto fundacional do Estado Democrático de Direito: o de que nenhum poder é legítimo se fundado na morte, e nenhuma ordem é justa se construída sobre a violação da lei.

6. CONCLUSÃO

A análise desenvolvida ao longo deste artigo demonstrou que a crise da segurança pública brasileira ultrapassa a dimensão operacional e institucional, alcançando o próprio fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito. O modelo vigente, assentado sobre a retórica da guerra às drogas e da eliminação do inimigo, consolidou uma forma de estado de exceção permanente, no qual o uso desproporcional da força se tornou prática institucional normalizada e a morte, instrumento de política pública.

Verificou-se que o processo penal — concebido como garantia racional contra a violência do poder — tem sido progressivamente esvaziado de sua função protetiva, transformando-se em mecanismo de legitimação do arbítrio estatal. As operações policiais de alta letalidade, a ausência de controle judicial efetivo e a sistemática impunidade de agentes públicos revelam um colapso das garantias fundamentais, no qual a legalidade formal subsiste apenas como aparência.

A omissão estatal em investigar e punir as execuções sumárias contraria os compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, configurando uma violação estrutural dos direitos humanos. A letalidade policial seletiva, que incide sobretudo sobre corpos negros e periféricos, desvela a persistência de uma lógica neocolonial e excludente, incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Como ensina Ferrajoli (2014), o poder punitivo só é legítimo se juridicamente controlado e submetido a garantias universais; fora desses limites, converte-se em violência bruta. O mesmo pensamento é reforçado por Bobbio (2004), ao afirmar que a efetividade dos direitos é o verdadeiro critério de civilização das democracias. Quando o Estado brasileiro mata sob o pretexto de garantir segurança, nega não apenas o direito à vida, mas o próprio sentido jurídico e ético da sua existência.

A reconstrução da segurança pública, portanto, requer um novo paradigma garantista e humanista, fundado na centralidade da vida, na limitação do poder e na supremacia das normas constitucionais e internacionais de direitos humanos. Isso implica políticas de prevenção, controle da letalidade, transparência institucional, fortalecimento das ouvidorias e do Ministério Público, bem como formação cidadã dos agentes de segurança. A paz social não será alcançada pela força, mas pela justiça.

O Estado Democrático de Direito, para ser mais que uma promessa, deve restaurar o primado da lei sobre o fuzil, da dignidade sobre o medo e da justiça sobre a vingança. Sem isso, permaneceremos em um ciclo de barbárie legalizada, em que a Constituição é invocada para justificar sua própria negação.

Em síntese, é preciso reafirmar que sem garantias não há justiça, sem justiça não há Estado de Direito, e sem respeito à vida não há civilização possível. O verdadeiro desafio da segurança pública contemporânea é fazer com que a lei volte a significar limite — e não licença — para o poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 dez. 2009.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Seguridad ciudadana y derechos humanos. Washington, D.C.: CIDH, 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Relatório sobre segurança pública e direitos humanos no Brasil. Washington, D.C.: CIDH, 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Relatório sobre mortes decorrentes de intervenção policial 2022. Brasília: CNMP, 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Sentença de 16 de fevereiro de 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relatório sobre operações policiais e direitos humanos 2023. Rio de Janeiro: DPERJ, 2023.

FERAJJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2024. São Paulo: FBSP, 2024.

INSTITUTO SOU DA PAZ. Boletim de monitoramento da letalidade policial 2023. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2023.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris: ONU, 1948.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Código de Conduta para Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei. Nova York: ONU, 1979.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei. Havana: ONU, 1990.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Nova York: ONU, 1966.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). HC 188.888/RJ. Rel. Min. Edson Fachin, j. 05 ago. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE 466.343/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03 dez. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

O IMPACTO DA APROVAÇÃO DO PLANO DIRETOR DECENAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO E O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO DIREITO À MORADIA À LUZ DO ESTATUTO DA CIDADE E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Darc Mery Pereira Buscacio
PPGD Universidade Estácio de Sá

DOI: https://doi.org/10.62140/DMPB513737088

Sumário: 1. Tema: O Impacto da Aprovação do Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro e o Cumprimento da Função Social da Propriedade e do Direito à Moradia à Luz do Estatuto da Cidade e da Constituição Federal de 1988; 2. Introdução; 3. Novas Perspectivas para o Direito à Moradia a Partir da Revisão do Novo Plano Diretor; 4. Conclusão; Referências.

Resumo: O presente artigo analisa criticamente o impacto da revisão do Plano Diretor Decenal de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Rio de Janeiro, após a aprovação pela Câmara Municipal do Projeto de Lei Complementar nº 44 de 2021, quanto ao cumprimento da função social da propriedade e do direito à moradia à luz do Estatuto da Cidade e da Constituição Federal de1988, priorizando, especialmente, o direito à participação social, quando da discussão e implementação de políticas públicas urbanas de regularização fundiária e de proteção ambiental, para a garantia do direito fundamental de moradia. Sendo assim, busca contribuir para o mapeamento das políticas efetivas que visam a garantia do direito à moradia e a participação social na política urbana do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Direito à moradia. Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Sustentável. Regularização fundiária. Participação social.

Abstract: This article critically analyzes the impact of the revision of the Ten-Year Master Plan for Sustainable Urban Development of Rio de Janeiro following the approval by the City Council of Supplementary Bill No. 44 of 2021, with regard to compliance with the social function of property and the right to housing, in light of the City Statute and the 1988 Federal Constitution. It places special emphasis on the right to social participation in the discussion and implementation of urban public policies related to land tenure regularization and environmental protection, aiming to guarantee the fundamental right to housing. Accordingly, the article seeks to contribute to the mapping of effective policies that promote the guarantee of the right to housing and social participation within Rio de Janeiro's urban policy.

Keywords: Right to housing. Sustainable Urban Development Master Plan. Land tenure regularization. Social participation.

INTRODUÇÃO:

Instituído como instrumento de política de desenvolvimento, expansão e ordenação das cidades, o Plano Diretor previsto no artigo 182 da Constituição Federal e no artigo 39 da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade, estabelece as diretrizes gerais da política urbana, que tem por objetivo o cumprimento da função social da propriedade, mediante a garantia do direito a cidades sustentáveis, que compreende o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos que atendam às necessidades da população quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, para as gerações presentes e futuras. Considerando que a participação social no processo de elaboração e revisão do Plano Diretor é condição constitucional indispensável, consagrada nos artigos 40, § 4º, inciso I do Estatuto da Cidade e 452, § 3º da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, devendo o Estado por seus Poderes Legislativo e Executivo promover a participação da sociedade organizada em todos os debates e etapas de discussão e deliberação do Plano Diretor para concretização de forma efetiva das políticas urbanas.

A proposta de revisão do Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro foi encaminhada à Câmara Municipal do Rio de Janeiro - CMRJ, em 2021, pelo chefe do Poder Executivo Municipal, passando a constituir o Projeto de Lei Complementar nº 44, de 2021 (Mensagem nº 37/2021).Vale registrar, que após o envio da referida Mensagem de revisão do Plano Diretor, o Poder Executivo protocolou 215 Emendas ao PLC nº 44/2021, projeto de sua própria autoria, o que exigiu ainda mais a extensão do prazo para análise técnica e discussão pública das novas alterações propostas pelo chefe do Executivo.

Considerando a alta complexidade do projeto de lei, tanto do ponto de vista técnico propriamente, como de sua relevância social, a CMRJ buscou realizar os debates de forma ampla, possibilitando o processo de discussão com a sociedade, optando, ainda, pelo suporte especializado do IBAM, para o acompanhamento técnico, de modo a prestar apoio e assessoria aos trabalhos realizados pela Comissão Especial do Plano Diretor na análise das emendas e na formulação de propostas de alteração da legislação urbanística, nos diversos e complexos temas regulados pelo Plano Diretor, que além do conteúdo específico que diz respeito ao meio ambiente e sustentabilidade; gestão de riscos e adaptação às emergências climáticas; saneamento básico; infraestrutura e manutenção; paisagem; cultura; desenvolvimento econômico; mobilidade urbana e acessibilidade; transportes, arquitetura e habitação; regularização urbanística e fundiária e de parcelamento, uso e ocupação do solo e dos instrumentos da política urbana. Portanto, além do conteúdo específico do Plano

Diretor, o PLC nº 44/2021 tratou das normas de parcelamento, uso e ocupação do solo e dos instrumentos da política urbana.

Depois de um longo período de discussão, audiências públicas temáticas e territoriais nas regiões de planejamento da cidade, debates e reuniões com representantes de várias secretarias de governo, da comissão especial do Plano Diretor, de parlamentares, membros das demais comissões permanentes e lideranças de alguns seguimentos sociais, tendo o projeto recebido mais de 1433 Emendas, além de mais de 169 Subemendas, de autoria do próprio governo, de parlamentares e de representação da sociedade civil os quais encaminharam propostas de alteração e adequação, visando o aperfeiçoamento do texto. Após o recebimento do parecer conjunto das comissões permanentes e dos procedimentos regimentais, o projeto entrou na pauta de votação para discussão e votação, e, entre várias republicações para reposicionamento e adequação normativa, teve o seu texto aprovado na 3ª Sessão Legislativa da 11 Legislatura, e, cumprimento do previsto no Estatuto da Cidade. Em 21 de dezembro de 2023, teve o seu autógrafo enviado ao Poder Executivo que sancionou parcialmente o projeto, tendo como resultado, a Lei Complementar nº 270, de 2024, publicada no Diário Oficial de 17 de janeiro de 2024. Tendo a Câmara Municipal rejeitado o veto parcial do Prefeito na Sessão Ordinária de 14 de março de 2024 e, promulgado a Lei Complementar nº 270, de 2024, a qual foi republicada no Diário Oficial da Câmara em 27 de março de 2024.

A rejeição ao veto parcial do chefe do Poder Executivo pela Câmara Municipal se deu no sentido de viabilizar a sua função política e a forma de mecanismo de controle dos atos da Administração Pública, em prol de assegurar as garantias constitucionais e a concretização das políticas públicas de planejamento urbano da cidade, sendo assim, um ato legitimo, democrático e necessário enquanto instrumento de consagração e concretização de direitos, de modo a garantir que a lei aprovada por maioria, fruto dos debates e consensos da representação política seja implementada, bem como, que as reinvindicações de interesses da população, objeto de reflexo da mobilização social, sejam igualmente viabilizadas, e a participação social seja de fato garantida, os direitos sociais de moradia sejam concretizados e assegurado um meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presente e futura gerações, enquanto elemento indispensável para a sustentabilidade da vida.

A Constituição Federal considerada constituição cidadã por ser comprometida em regular os direitos fundamentais da população, trouxe em seu texto as funções precípuas de

estruturação orgânica do Estado e suas respectivas garantias, com avanços e perspectivas importantes em diferentes áreas, além de indicação dos valores que devem ser preservados e dos fins sociais a serem alcançados, para que não haja a inobservância dessas garantias, e, assim, seja preservado o poder normativo da Constituição, uma vez que os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, sendo por essa razão, exigíveis. A eficácia de uma Constituição está relacionada essencialmente à estabilidade e à segurança de sua força normativa em vigor. Sendo assim, a autonomia federativa tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição.

Da revisão do Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro, portanto, é possível fazer um balanço parcial das propostas de mudanças apresentadas, que para uma melhor compreensão deve ser acompanhado de avaliações especificas que leve em consideração as transformações socioeconômicas do território, o crescimento populacional, e, também, a centralidade conferida a importância da sustentabilidade urbana no contexto das mudanças climáticas.

De início, vale o registro de que a compreensão acerca do processo democrático no âmbito municipal, significa de igual modo, a compreensão de garantia de direitos da sociedade ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, conforme disposto no artigo 225 da Constituição Federal. Nesse sentido, o Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro, ao recepcionar a proteção constitucional concedida ao meio ambiente, pretendeu conferir também proteção ao patrimônio natural da cidade, compreendido como as Áreas de Preservação Permanentes, Unidades de Conservação da Natureza, Áreas de Proteção dos Mananciais Hídricos superficiais e subterrâneos e da biodiversidade. Reflexo da valoração e ampliação da Carta Magna que ao inovar na proteção da matéria e incluir no rol de bens ambientais tutelados, reconheceu formalmente a autonomia municipal, com o objetivo de ampliar a salvaguarda dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana em sua dimensão socioambiental.

Nas audiências públicas temáticas que se realizaram ao longo das discussões da proposta de revisão do Plano Diretor era perceptível a necessidade do acompanhamento e do controle mais rigoroso da expansão da urbanização em áreas restritas e de excessivo adensamento, as zonas de concentração de calor intenso e em relação a cortes de árvores e de supressão da vegetação, sem a devida compensação ambiental, de forma inadequada às condições climáticas da cidade. Nesses contextos, as propostas de melhorias buscaram incluir

um modelo de licenciamento que avaliasse as caracterisitcas regionais e contemplasse o equilíbrio entre desenvolvimento econômico da cidade e a proteção ambiental. Nesse caso, a inobservância de preceitos constitucionais fundamentais, a incompatibilidade ou conflito de interesses econômicos e o arcabouço legal, pode levar impreterivelmente ao retrocesso ambiental, devido a lógica da inversão de prioridades, quando a legislação autoriza que o desenvolvimento econômico se sobreponha ao dever de proteção ambiental e coloque em risco o direito a um meio ambiente equilibrado e a sustentabilidade das gerações presentes e futuras, fundamentado no artigo 225 da Constituição Federal.

Contudo, o desafio para a compreensão da biodiversidade urbana como uma questão fulcral para o cumprimento da função social das cidades e como uma das dimensões do planejamento urbano está relacionada diretamente com a observância pelo Plano Diretor dos princípios da Constituição Federal de 1988, bem como do conhecimento acerca dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, que estabelece indicadores de proteção, recuperação e promoção do uso sustentável dos ecossistemas terrestres, a partir da governança sustentável das florestas e da política de prevenção da degradação da terra e da biodiversidade.

No campo do direito social à moradia, a Constituição Federal no artigo 23, inciso IX, estabeleceu princípios fundamentais que orientam e impõe a responsabilidade da formulação de políticas públicas e de competências legislativas comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para legislar sobre direito de moradia, tendo por objetivo a garantia da eficácia das políticas públicas de proteção à moradia. O artigo 6º da Constituição Federal é o ponto de partida para análise dos dispositivos relacionados ao direito de moradia, pois estabelece a eficácia da garantia do direito à moradia como um princípio fundamental e de cumprimento da função social da propriedade.

Vale ressaltar, que a moradia para atender à população mais vulneráveis deve passar pela análise de avaliação dos danos sociais nas variadas situações jurídicas, para que seja estabelecida as políticas públicas de apoio e mitigação necessárias a efetivação dos direitos à moradia, em observância ao princípio da função social da propriedade, através da implantação de programas de construção de moradias e de melhorias das condições habitacionais e de saneamento básico, de ações de combate as causas da pobreza e os fatores de marginalização, devendo promover a integração social dos grupos desfavorecidos, a partir do reconhecimento e da garantia do direito social existencial fundamental à moradia. O Estatuto da Cidade tem, portanto, um papel central na definição das diretrizes, normas e

procedimentos relacionados a função social da propriedade e ao direito de moradia, de modo a assegurar que o direito de propriedade se materialize em observancia às diretrizes constitucionais em matéria de politicas públicas ambientais e fundiárias urbana.

NOVAS PERSPECTIVAS PARA O DIREITO À MORADIA A PARTIR DA REVISÃO DO NOVO PLANO DIRETOR.

Buscou-se a compreensão das circunstâncias que influenciaram na formulação do arcabouço legal contemplados no projeto de lei complementar nº 44, de 2021, como proposta de revisão do plano diretor enquanto instrumento de política urbana e ambiental do Município do Rio de Janeiro. Contudo, nesse contexto, para uma melhor compreensão imperioso se torna a realização de uma avaliação especifica das propostas de alterações apresentadas no projeto, com ênfase para as emendas relacionadas ao direito de moradia, nas formas de aquisição e consolidação do direito de moradia, conferidas por atos do poder público, sob a perspectiva da compatibilidade ou não com a Constituição e demais legislações vigentes sobre o tema, de para que sejam delineadas com precisão se o a legislação aprovada na Câmara Municipal do Rio de Janeiro garantiu o direito de moradia de forma efetiva, em respeito aos princípios constitucionais e a segurança jurídica.

Além do mais, de acordo com o disposto no artigo 40, § 4º, I, da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade Estatuto da Cidade, é dever dos legisladores durante o processo de elaboração, revisão e discussão do plano diretor municipal garantir a participação social em todas as etapas de sua tramitação, de modo a permitir que a população, os movimentos sociais, as organizações não governamentais e outros atores interessados possam manifestar suas opiniões e preocupações acerca das políticas públicas de proteção à moradia, promovendo, assim, o diálogo entre a Administração Pública, os Poderes constituídos e a sociedade civil.

No entanto, embora faça parte do arcabouço legal a garantia da participação social em todas as etapas de discussão e aprovação do Plano Diretor, e, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro tenha realizado audiências públicas temáticas e regionais com a participação social, fato é que o Poder Executivo Municipal foi de fato tímido para uma matéria de tamanha complexidade, se limitando a realizar reuniões no âmbito do grupo de interlocutores para a revisão do Plano Diretor e a disponibilizar seus agentes técnicos e autoridades de pastas de secretariados para acompanhar as audiências públicas realizadas nas dependências do Poder

Legislativo Municipal. Ainda que se reconheça as dificuldades de acesso e as limitações tecnológicas da população durante o período da Covid-19, fato é, que a participação da sociedade durante o processo de revisão do Plano Diretor foi prejudica e limitada para que se admita a realização de um amplo e democrático debate público.

Desajustes sociais como o elevado índice de desemprego, as condições econômicas desfavoráveis, o déficit habitacional e tantas outras mazelas sociais acabam por impor às populações mais vulneráveis o exercício do direito à moradia de forma precária, geralmente por meio de ocupações informais, em palafitas e loteamentos irregulares, na maioria das vezes desprovidos das condições básicas de serviços públicos, situações de total descaso social que infringem frontalmente o direito fundamental de moradia e os princípios da função social da propriedade e da dignidade humana.

Dentre as ferramentas legais que devem estar contempladas pelo Plano Diretor da Cidade, temos a REURB-S (Regularização Fundiária de Interesse Social), modalidade de regularização fundiária urbana destinada a núcleos informais composto por famílias de baixa renda que visa garantir o direito à moradia digna, o título de propriedade do imóvel e a inclusão das áreas precárias no planejamento urbano, de modo a promover o acesso dos integrantes de núcleos urbanos informais a serviços de infraestrutura urbana.

De acordo com o Plano Diretor da Cidade o projeto de regularização fundiária deverá conter proposta de soluções para questões ambientais, urbanísticas e de reassentamento dos ocupantes, de modo a efetivar a legitimação fundiária , enquanto forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal, com a finalidade de fomentar a efetiva implantação do direito de moradia.

CONCLUSÃO

Desta forma, urge a necessidade de uma revisão do texto legislativo, de modo a incluir definições precisas e critérios objetivos que permitam a clara identificação dos problemas sociais do direito à moradia, ao meio ambiente equilibrado e a participação social no processo de revisão do Plano Diretor Decenal, objetivando coadunar com o dever de clareza e precisão que deve nortear a produção normativa, requisito fundamental para a consolidação de um

ambiente regulatório consolidado, previsível e propício ao desenvolvimento social, econômico e sustentável de grandes Metropolis como a Cidade do Rio de Janeiro.

REFERÊNCIAS:

IBAM. Instituto Brasileiro de Administração Municipal. Assessoria Técnica na análise do PLC 44/2021 Revisão do Plano Diretor. Relatório de Atividades Relatórios de atividades: Rio de Janeiro, Rio de Janeiro - 2023. Disponível em ttps://www.ibam.org.br/relatorio-de-atividades/

PRIEUR, Michel. O Princípio da Proíbição de Retrocesso Ambiental. *In*: SENADO FEDERAL. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. **Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, DF: Senado Federal, 2012, p. 251. Disponível em:<http:// www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A pureza do direito kelseniana 26/11/2021. Estado da Arte – Revista de Cultura, Artes e Ideias.
BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Lei Federal Nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade – Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Lei Complementar Nº 270, de 16 de janeiro de 2024 - *Dispõe sobre a Política Urbana e Ambiental do Município, institui a revisão do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências.*

SMART CONTRACTS AND CIVIL LIABILITY IN THE BRAZILIAN DRAFT BILL NO. 4/2025: TECHNOLOGICAL RISK AND FUNDAMENTAL RIGHTS PROTECTION

Contratos inteligentes y responsabilidad civil en el proyecto de ley n.º 4/2024 brasileño: riesgo tecnológico y protección de los derechos fundamentales

Deilton Ribeiro Brasil[1]

University of Itaúna (UIT)

DOI: https://doi.org/10.62140/DRB235046901

Summary: 1. Background issues. 2. Preliminaries concepts. 3. The parameters set forth in the article 2.027-AU. 4. Civil liability in the lifecycle of smart contracts. 5. Concluding Remarks. 6. Bibliographical references.

Abstract: This paper analyzes the legal challenges arising from the increasing use of smart contracts within the Brazilian legal system, particularly in view of the regulatory innovations introduced by Draft Bill No. 4/2025, which incorporates a structured framework for digital contracting into the Civil Code of 2002. The central issue concerns the attribution of civil liability when contractual obligations are executed automatically by code, raising questions about the *locus* of liability, the limits of private autonomy in algorithmic environments, and the effects of automation on the protection of fundamental rights, especially those related to human personality, transparency, and informational self-determination. The primary objective of the study is to clarify the legal nature of smart contracts and to assess whether the parameters established in Article 2.027-AU - robustness, termination mechanisms, auditability, access control, and consistency - provide an adequate basis for allocating civil liability in technologically mediated contractual relations. The research adopts a hypothetical-deductive methodology, based on the assumption that automated contracting introduces specific technological risks that cannot be effectively addressed by traditional fault-based models of civil liability. The findings indicate that Draft Bill No. 4/2025 advances a hybrid model of civil liability, combining the principle of full reparation with a logic of risk distribution inherent to technological design. This model extends liability beyond the contracting parties to include developers, implementers, and intermediaries who exert material influence over the functioning of automated contractual clauses. The study concludes that, while smart contracts preserve the formal validity and efficiency of digital contracting, their growing complexity requires an expanded interpretative framework capable of addressing vulnerabilities, informational asymmetries, and the need for effective human oversight. In this sense, Draft Bill No. 4/2025 provides a relevant

[1] PhD in Law from Gama Filho University, Rio de Janeiro(RJ). Professor in the Undergraduate, Master's and Doctoral Programs in the Protection of Fundamental Rights at University of Itaúna(UIT), Brazil, South America. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-7268-8009. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

normative foundation for regulating automated contracting in a manner consistent with the protection of fundamental rights.

Keywords: Smart contracts; civil liability; Draft Bill No. 4/2025; technological risk; fundamental rights; Civil Code of 2002.

Resumen: Este artículo analiza los desafíos jurídicos derivados del uso creciente de los contratos inteligentes en el ordenamiento jurídico brasileño, especialmente a la luz de las innovaciones regulatorias introducidas por el Proyecto de Ley n.º 4/2025, que incorpora un marco estructurado para la contratación digital en el Código Civil de 2002. La cuestión central se refiere a la atribución de la responsabilidad civil cuando las obligaciones contractuales son ejecutadas automáticamente por código, planteando interrogantes sobre el locus de la responsabilidad, los límites de la autonomía privada en entornos algorítmicos y los efectos de la automatización sobre la protección de los derechos fundamentales, en particular aquellos relacionados con la personalidad humana, la transparencia y la autodeterminación informativa. El objetivo principal del estudio es esclarecer la naturaleza jurídica de los contratos inteligentes y evaluar si los parámetros establecidos en el artículo 2.027-AU - robustez, mecanismos de terminación, auditabilidad, control de acceso y coherencia - proporcionan una base adecuada para la imputación de la responsabilidad civil en las relaciones contractuales mediadas por la tecnología. La investigación adopta una metodología hipotético-deductiva, basada en el supuesto de que la contratación automatizada introduce riesgos tecnológicos específicos que no pueden ser abordados de manera eficaz únicamente mediante los modelos tradicionales de responsabilidad civil fundados en la culpa. Los resultados alcanzados indican que el Proyecto de Ley n.º 4/2025 avanza hacia un modelo híbrido de responsabilidad civil, que combina el principio de la reparación integral con una lógica de distribución del riesgo inherente al diseño tecnológico. Este modelo amplía la imputación de responsabilidad más allá de las partes contratantes, incluyendo a desarrolladores, implementadores e intermediarios que ejercen una influencia material sobre el funcionamiento de las cláusulas contractuales automatizadas. El estudio concluye que, si bien los contratos inteligentes preservan la validez formal y la eficiencia de la contratación digital, su creciente complejidad exige un marco interpretativo ampliado, capaz de abordar vulnerabilidades, asimetrías informativas y la necesidad de una supervisión humana efectiva. En este sentido, el Proyecto de Ley n.º 4/2025 ofrece una base normativa relevante para regular la contratación automatizada de manera coherente con la protección de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Contratos inteligentes; responsabilidad civil; Proyecto de Ley n.º 4/2025; riesgo tecnológico; derechos fundamentales; Código Civil de 2002.

1. BACKGROUND ISSUES

This paper aims to examine the legal implications arising from the growing adoption of smart contracts within the Brazilian legal system, with particular emphasis on the challenges they pose to the attribution of civil liability in automated contractual environments. The primary objective is to assess whether the regulatory framework proposed by Draft Bill No. 4/2025, when interpreted in conjunction with existing Brazilian digital legislation, provides adequate normative parameters for reconciling technological

innovation with the protection of fundamental rights in private law, especially rights related to human personality.

The research is guided by the following problematization: to what extent can civil liability be coherently and effectively allocated in contractual relationships whose execution is delegated to self-executing code, in contexts marked by reduced human intervention and by the technical opacity inherent to algorithmic systems? This issue becomes particularly significant when automated execution affects transparency, informational self-determination, and the integrity of contractual consent, thereby challenging traditional assumptions regarding private autonomy, accountability, and access to jurisdiction in cases of harm.

Based on this problem, the study advances the hypothesis that classical civil liability paradigms, predominantly centered on subjective fault and bilateral contractual relationships, are insufficient to address the specific risks generated by smart contracts. It is assumed that automated contracting introduces new vectors of technological risk that require a hybrid liability model capable of integrating the principle of full reparation with objective criteria related to system design, operational control, and the distribution of risk among the multiple actors involved in the lifecycle of automated contractual systems.

The methodological approach adopted is the hypothetical-deductive method. Starting from the proposed hypothesis, the research proceeds to test its validity through systematic normative and interpretative legal analysis. The methodological procedures involve a detailed examination of Law No. 12.965/2014 (Brazilian Internet Civil Rights Framework), Law No. 13.709/2018 (General Data Protection Law), Law No. 8,078, of September 11, 1990 (Consumer Protection Code) and Draft Bill No. 4/2025, treated as complementary regulatory instruments governing digital environments in Brazil. Particular attention is devoted to principles such as transparency, accountability, data protection, informational self-determination, and technological risk management, as well as to their implications for automated contracting and the allocation of civil liability.

The analysis emphasizes the functional interaction between these normative frameworks, identifying points of convergence that reinforce the protection of fundamental rights, as well as regulatory gaps that become evident when these norms are applied to smart contracts. This integrated approach allows for an assessment of whether Draft Bill No. 4/2025 effectively operationalizes pre-existing digital rights principles within the specific context of automated contractual execution, or whether additional interpretative and regulatory efforts are required to address emerging technological risks.

The preliminary results indicate that, although Brazilian law already provides a solid normative foundation for the protection of fundamental rights in digital environments, the increasing use of smart contracts exposes structural limitations in traditional liability models. Draft Bill No. 4/2025 contributes to overcoming these limitations by introducing specific requirements for automated contracts and by enabling an expanded allocation of civil liability that extends beyond the contracting parties to include developers, operators, and intermediaries who exercise material influence over the functioning of automated systems. These findings suggest that the proposed regulatory framework strengthens legal certainty and enhances the protection of rights related to human personality, while simultaneously highlighting the need for continued doctrinal refinement and judicial sensitivity to the evolving risks inherent in algorithmic execution within private legal relations.

2. PRELIMINARIES CONCEPTS

Law is experimenting a transformation process as a direct result of the development of intelligent technology. This can be seen either through the expansion of regulatory frameworks to include virtual environments or by collaborating in the development of cognitive modules to allow law compliant operation of automated devices (Niebla-Zatarai & Ontiveros-Vázquez, 2024, p. 105).

An agreement that is in written or spoken form is known as a contract. A contract settles an agreement or a dispute between one or more parties, generally, an offeror and an offeree, since it is intended to be enforceable by law (Morawetz, 1925). As a contract is legally enforceable, if one party fails to do what they have promised to do, the other party has the right to ask the court to enforce the agreement or award harms for injury sustained because the contract has been breached. All the responsibilities, do's, and don'ts are outlined in a contract (Upadhyay, Dantu, He, Salau & Badruddoja, 2021, p. 261).

Szabo (1994) defines smart contracts as a set of promises, specified digitally, which include protocols in which the parties carry out a series of premises. The basic idea of smart contracts is that many kinds of contractual clauses (such as liens, bonding, delineation of property rights, etc.) can be embedded in the hardware and software we deal with, in such a way as to make breach of contract expensive (if desired, sometimes prohibitively so) for the breacher. In other words, an agreement whose execution is both automatable and executable. They have the potential to increase commercial efficiency, lower transaction and

legal costs, and increase transparency (Madir, 2018). For a wide range of potential applications, blockchain-based smart contracts could offer a number of benefits: i) Speed and real-time updates; ii) Accuracy; iii) Lower execution risk; iv) Fewer intermediaries; v) Lower cost; and vi) New business or operational mode (Mohanta, Panda & Jena, 2018).

One of the most important technical components of smart contracts is the use of blockchain technology (Niebla-Zatarai & Ontiveros-Vázquez, 2024, p. 107). The blockchain system makes the supply chain sector more reliable and trustful, everything is present in an open system in a distributed manner. In this sense, blockchains provide a secure, tamper-proof, distributed architecture platform for peer-to-peer transactions in a trustful environment. In this context, a blockchain is a digital ledger which stores transactions publicly after verifying the transaction by nodes. They are trackable and irreversible. All the transaction information is present in a smart contract and it executes automatically (Mohanta, Panda & Jena, 2018).

Blockchain literally means a chain of blocks. The system operates through blocks of records that function within a decentralized network. Each block contains groups of records of events, which, like the blocks themselves, are organized according to a chronological order of storage. In order for the exchange of information between users to take place, asymmetric cryptography based on digital signatures is employed, ensuring the security of every transaction carried out. Each block has an identification number derived from a summary of the block, known as a hash function; in addition, its metadata includes the hash of the previous block, which ensures that no block can be altered, thereby preserving the integrity of the information linked to it (Carvalho, 2018), (Primo, 2022, p. 11). This helps to minimize the requirement of any trusted third party for communication using smart contracts and at the same time makes the system secure against any malicious attack (Mohanta, Panda & Jena, 2018, p. 2).

Furthermore, a blockchain is a series of data (transactions) chained together. The blockchain technology is decentralised, which means that there is no single party which holds control. This decentralisation has the advantage that it is not necessary to trust a single party, as everyone on the blockchain collectively decides what happens. Storing a contract on the blockchain could be a wise choice as one will probably need contracts, especially business, trade or other necessary contracts, to be safe and trusted (Egbertsen, Hardeman, van den Hoven, van der Kolk & van Rijsewijk, 2016, p. 5).

3. THE PARAMETERS SET FORTH IN THE ARTICLE 2.027-AU

Article 2.027-AU introduces a statutory definition of smart contracts into Brazilian civil legislation by characterizing them as contractual arrangements in which some or all obligations are defined or executed automatically through computer programs, based on electronic data records organized in chronological order. By doing so, the provision expressly integrates automated contracts into the legal system, subjecting them not only to general principles of civil obligations, but also to the specific protective regimes governing digital services, data processing, and consumer relations (Federal Senate, 2025).

The sole paragraph of the article assigns responsibility to the supplier who uses smart contracts or, alternatively, to the person whose commercial or professional activity involves their implementation for third parties. This allocation of liability is consistent with the general structure of the Law No. 8.078/1990 (Consumer Protection Code), which adopts an objective approach to civil liability in consumer relations and emphasizes the protection of legitimate expectations regarding the safety, adequacy, and functionality of products and services. In the context of automated contracting, liability may therefore arise from deficiencies in technological design, operational execution, or inconsistencies between contractual terms and their automated performance, particularly when such failures affect the balance of the contractual relationship or place the consumer in a position of disadvantage (Brazil, 1990), (Federal Senate, 2025).

The requirement of robustness and access control (item I) establishes a duty to design smart contracts with high levels of technical security, ensuring resistance to functional errors and third-party manipulation. This duty finds its primary normative basis in the Law No. 13.709/2018 (General Data Protection Law), particularly Article 6, item VII (security) and Article 46, which require the adoption of technical and administrative measures capable of protecting personal and transactional data against unauthorized access, leaks, or unlawful processing. Where failures in robustness compromise system reliability, such deficiencies may constitute both a data protection violation (Brazil, 2018), (Federal Senate, 2025).

The obligation to ensure safe termination and interruption mechanisms addresses the risks inherent in continuous and autonomous contractual execution, particularly in contexts where automated performance entails ongoing data processing. By requiring internal functions capable of suspending, stopping, or restarting execution, Article 2.027-AU, item II, ensures that smart contracts do not operate beyond what is necessary to achieve their legitimate purposes and remain subject to effective human oversight. This requirement

is normatively consistent with the principles of necessity and prevention set forth in Articles 6, III and VIII of Law No. 13.709/2018 (General Data Protection Law), insofar as it enables the limitation of automated processes that are no longer proportionate to their intended purpose and the adoption of preventive measures aimed at avoiding foreseeable harm resulting from uninterrupted or uncontrolled execution (Brazil, 2018), (Federal Senate, 2025).

The requirement of auditability, including the archiving of transactional data, operational logic, and source code, is aimed at ensuring traceability and enabling the reconstruction of past contractual executions, particularly when automated performance produces legally relevant effects and involves the processing of personal data. This requirement is normatively consistent with Article 19 of Law No. 12.965/2014 (Internet Civil Rights Framework), to the extent that smart contracts function as applications that generate and retain execution records over time. It is also coherently aligned with Articles 6, IV, 9, and 18 of Law No. 13.709/2018 (General Data Protection Law), since auditability constitutes an instrumental condition for the effective exercise of rights of access to information, transparency regarding data processing activities, and the possibility of requesting clarification or review of decisions taken in an automated manner (Brazil, 2014), (Brazil, 2018), (Federal Senate, 2025).

The reinforcement of access control at governance levels emphasizes that liability extends throughout the lifecycle of the technological infrastructure supporting automated contracts. While this requirement reflects a general duty of care in digital environments, its most direct legal basis lies in Article 46 of the Law No. 13.709/2018 (General Data Protection Law), which imposes continuous security obligations on data controllers and operators whenever automated execution involves personal data processing. In consumer contexts, governance failures that compromise contractual performance or affect legitimate expectations may also trigger objective liability under consumer protection law, particularly where such failures undermine the reliability or adequacy of automated contractual services (Brazil, 2018), (Federal Senate, 2025).

The requirement of consistency ensures alignment between the automated execution of contractual obligations and the legal terms agreed upon by the parties. This provision safeguards contractual consent and transparency by preventing technical implementation from altering or distorting the substance of the agreement. In consumer relations, inconsistencies between legal terms and automated performance may undermine the duty of

clear and adequate information and may justify the invalidation of abusive or excessively burdensome contractual outcomes.

Overall, Article 2.027-AU establishes a coherent regulatory framework for smart contracts by integrating civil liability, data protection, and consumer protection standards. By aligning its technical requirements primarily with Law No. 13.709/2018 (General Data Protection Law) and Law No. 8.078/1990 (Consumer Protection Code), and structurally with Law No. 12.965/2014 (Internet Civil Rights Framework) as the regulatory environment of digital applications, the provision ensures that automation serves contractual efficiency without undermining accountability, transparency, or the effective protection of fundamental rights.

4. CIVIL LIABILITY IN THE LIFECYCLE OF SMART CONTRACTS

The issue of liability for breach of a smart contract is relevant, due to the complexity of imposing civil liability on a particular person in the context of crypto asset smart contracts, which are self-executing transactions built into blockchain technology. Smart contracts may contain code errors, flaws, and other vulnerabilities. There may be unforeseen circumstances, unexpected events or data during the execution of the code. The program code may affect the performance of the smart contracts and the corresponding legal consequences (Maydanyk, 2024, p. 31)

The Brazilian Civil Liability Committee, in the explanatory memorandum of Draft Bill No. 4/2025, in the section concerning civil liability, proposed a reform structured around four major axes, namely:

The first axis concerns the organization of the attribution nexuses of civil liability (Article 927), conferring rationality and coherence on the factors that give rise to the duty to compensate for damages: unlawful conduct, activity-based risk (Article 927-B), and liability for the acts of third parties or for damage caused by things - Article 932 (Federal Senate, 2025).

The second axis relates to the organization of the system of damages, in view of the need for a normative containment of the proliferation of multiple labels attributed to injuries to legally protected interests. This axis includes an improvement in the regulation of pecuniary damage (Article 944), as well as the express inclusion of criteria for assessing loss of a chance (Article 944-C). The proposal also strengthens private enforcement mechanisms,

granting claimants greater autonomy to choose between compensation for pecuniary damages, restitution of unjust gains, or the amount that would have been paid to obtain consent (Article 944, paragraph 2). With regard to violations of existential interests, the Draft Bill No. 4/2025 structures the category of non-pecuniary damage as a broad umbrella capable of providing comprehensive protection to personality interests - Article 944-A, paragraph 1 (Federal Senate, 2025).

According to the third axis, the primacy of the compensatory function of civil liability and of the principle of full compensation for damages (Article 947) is maintained. However, in contemporary society - plural and complex in nature - harm no longer exhibits a merely individual and patrimonial profile; rather, it increasingly manifests itself as metaindividual, non-pecuniary, and, at times, anonymous and irreparable. In order to avoid the prevalence of a fragmented and uncoordinated judicial application of responses to these new challenges, which are not adequately addressed by the compensatory function alone, it is considered necessary to align civil liability with the most advanced legal systems, so that it may be understood as a system of risk management and of restoration of an unjustly disrupted balance. Accordingly, beyond the containment of harm, there arises a need for the containment of unlawful conduct through the introduction of preventive (Article 927-A) and pedagogical functions (Article 944-A, paragraph 3), accompanied by clear and reliable parameters for their application, aimed at moderating judicial discretion and counterbalanced by a promotional function directed at economic agents that invest in governance and accountability mechanisms (Federal Senate, 2025).

The fourth axis concerns the updating of the special part of civil liability, introducing specific hypotheses of damage that require tailored regulatory treatment, such as those related to liability for damage caused by things (Article 936-A), legal entities (Article 933-A), hospital institutions (Article 951), and property owners for environmental damage - Article 955 (Federal Senate, 2025).

The civil liability rules deal with the consequences of a harm caused by an activity that turned out to be harmful, regardless of whether said activity was in principle allowed or not. In doing so, they ensure an economic-efficient balance of competing interests. When no outright-prohibition is in place, and an activity is allowed despite carrying some degree of risk, liability rules make sure that damages resulting from it are adequately compensated (Bertolini, 2014), (Palmerini & Bertolini, 2016), (Bertolini, 2020, p. 50).

The Chapter VII concerning civil liability in AI in its article 2.027-AL item IV is essential in establishing a legal framework that addresses the complexities of assigning liability in a rapidly evolving digital landscape. The principle of full compensation for damages underscores the commitment to ensuring that victims of tortious harm - whether they are individuals or legal entities - receive comprehensive restitution for any losses or injuries sustained due to AI systems' operations (Federal Senate, 2025).

It is important to highlight that civil liability, in the context of AI, develops from the paradigm of social solidarity, full damage compensation, and the general clause for the protection of human dignity, which removes the presumption that the damages arising from this activity are mere non-compensable externalities. The "polluter pays" theory is emphasized, according to which anyone involved in activities that present risks and are simultaneously profitable and beneficial to society must compensate for the harms caused by the profit obtained. It is, therefore, about attributing to those who benefit from a particular activity the internalization of the burdens resulting from its exploitation (Pires & Silva, 2017, p. 19), (Buarque, 2022, p. 125).

The Brazilian Federal Constitution of 1988 further guarantees a set of Fundamental rights directly implicated in AI-mediated environments. Article 5 ensures equality before the law and protects freedom of expression and communication (items IV and IX), the inviolability of intimacy, private life, honor, and image (item X), the secrecy of communications (item XII), and the right to information (item XIV). These guarantees form the constitutional substrate for transparency, explainability, and informational self-determination in algorithmic decision-making, while Article 5, item XXXV, secures access to jurisdiction, enabling judicial review of automated decisions that affect legally protected interests. In addition, Article 5, item XXXII, and Article 170, item V, establish consumer protection as a constitutional principle (Brazil, 1988).

At the statutory level, by the Law No. 12,965 of April 23, 2014 (Internet Civil Framework), which establishes freedom of expression, protection of privacy and personal data, network security, and accountability as governing principles of the digital environment (Article 3), recognizes access to the internet as essential to the exercise of citizenship and guarantees extensive user rights (Article 7), and conditions digital access on the effective protection of privacy and freedom of expression - Article 8 (Brazil, 2014).

This framework is further reinforced by the Law No. 13,709 of August 14, 2018 (General Data Protection Law), which grounds data protection in human dignity,

informational self-determination, and the free development of personality (Article 2), and operationalizes these values through principles such as purpose limitation, transparency, security, prevention, non-discrimination, and accountability (Article 6), alongside enforceable data subject rights - Article 18 (Brazil, 2018).

Complementarily, Article 6 operationalizes these foundational values by establishing a comprehensive set of guiding principles that must govern all personal data processing activities, including those embedded in AI systems. These principles require that data processing pursue legitimate, specific and explicit purposes known to the data subject (purpose limitation), remain compatible with those purposes (adequacy), and be limited to the minimum data necessary for their fulfillment (necessity). They further ensure data subjects' free and facilitated access to information regarding processing activities, guarantee data quality, and impose strict duties of transparency, security and prevention aimed at avoiding unlawful or harmful data uses. Of particular relevance to AI governance are the principles of non-discrimination and accountability, which prohibit the use of data processing for illicit or abusive discriminatory purposes and require controllers to demonstrate the adoption of effective measures capable of ensuring compliance with data protection norms (Brazil, 2018).

When read together, Articles 2 and 6 of the Law No. 13.709/2018 (General Data Protection Law) frame data governance as a rights-centered regulatory model that directly informs the concept of digital sustainability adopted by Draft Bill No. 4/2025. By aligning AI development and deployment with principles such as informational self-determination, transparency, prevention of harm, and responsibility, the Brazilian legal framework rejects purely instrumental or efficiency-driven approaches to technological regulation. Instead, it advances an understanding of digital sustainability in which the long-term legitimacy and viability of digital ecosystems depend on the systematic protection of dignity, autonomy, identity, and meaningful human oversight throughout the entire AI lifecycle (Brazil, 2018), (Federal Senate, 2025).

Furthermore, although the Law No. 8,078/1990 (Consumer Protection Code) predates the emergence of blockchain technology and smart contracts, its normative structure remains fully applicable to technologically mediated contractual relations. This applicability derives from the functional and technologically neutral concepts adopted by the Law No. 8,078/1990, particularly with regard to the notions of supplier, consumer, product,

and service, as well as from the centrality of consumer vulnerability (Article 4, item I) as an organizing principle of the system (Brazil, 1990).

Protection against abusive clauses (Article 51), which are null and void as a matter of law, must be effective, raising the question of how to identify and prevent the automatic execution of disadvantageous coded clauses. The right of withdrawal (Article 49), which is essential in purchases made outside the business establishment, faces significant technical barriers due to the potential irreversibility of execution on blockchain, requiring solutions that ensure its practicability or the attribution of liability to the supplier for reversing the effects (Brazil, 1990), (Sousa Filho, 2025, p. 13)

The strict liability of the supplier for defects (Articles 12-14) and vices (Articles 18-25) remains applicable: failures in the smart contract that cause harm to the consumer give rise to a duty to compensate, regardless of fault, even though the identification of the responsible parties within the development chain may be complex (Brazil, 1990), (Sousa Filho, 2025, p. 13).

5. CONCLUDING REMARKS

The development of this research made it possible to revisit, in a conclusive manner, the central problem that guided the research, namely the extent to which civil liability can be coherently and effectively allocated in contractual relationships whose execution is delegated to self-executing code, in contexts marked by reduced human intervention and by the technical opacity inherent to automated systems. This problem proves particularly relevant when examined in light of the Federal Constitution of 1988, which enshrines the protection of human dignity, informational rights, consumer protection, and access to jurisdiction, as well as within the statutory framework established by Law No. 12.965/2014 (Internet Civil Rights Framework), Law No. 13.709/2018 (General Data Protection Law), and Law No. 8,078/1990 (Consumer Protection Code), all of which impose normative limits on private autonomy in digital environments.

Based on this problematization, the research advanced the hypothesis that traditional civil liability models, predominantly structured around fault and bilateral contractual relationships, are insufficient to address the specific technological risks generated by smart contracts. The analysis confirmed this hypothesis by demonstrating that automated contracting directly engages constitutional guarantees and statutory duties related to data

protection, transparency, prevention of harm, and consumer vulnerability. Within this normative context, classical liability paradigms reveal clear limitations in addressing risks arising from autonomous execution, continuous data processing, and informational asymmetries.

The examination of Article 2.027-AU of Draft Bill No. 4/2025 showed that the parameters governing smart contracts - robustness, safe termination and interruption, auditability, access control, and consistency - operate as concrete mechanisms for implementing the constitutional and statutory standards already present in Brazilian law. These parameters complement the regulatory logic of Law No. 12.965/2014 (Internet Civil Framework) regarding the governance of digital applications, the preventive and security-oriented principles of Law No. 13.709/2018 (General Data Protection Law), and the protective orientation of Law No. 8,078/1990 (Consumer Protection Code) in consumer relations, thereby reinforcing an accountability-driven approach to technologically mediated contracting.

The hypothetical-deductive method proved essential to the development of the research, as it allowed the initial hypothesis concerning the insufficiency of traditional liability paradigms to be systematically tested against both the existing Brazilian legal framework and the regulatory innovations proposed by the Draft Bill No. 4/2025. Through this methodological approach, the study demonstrated that the draft bill advances a hybrid model of civil liability, capable of integrating the principle of full compensation for damages with a logic of risk distribution inherent to technological design and governance, in harmony with the constitutional values set forth in the Federal Constitution of 1988.

In conclusion, the research confirms that, while smart contracts preserve the formal validity and efficiency of digital contracting, their growing complexity requires an expanded interpretative framework capable of addressing vulnerabilities, informational asymmetries, and risks inherent in automated execution. The Draft Bill No. 4/2025 provides a coherent normative foundation for this purpose by articulating civil liability with the Federal Constitution of 1988 and with the statutory architecture ensuring that technological innovation develops within boundaries compatible with accountability, legal certainty, and the effective protection of fundamental rights in the digital environment.

6. BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

Banasik, W., Dziembowski, S., & Malinowski, D. (2015). Efficient zero-knowledge contingent payments in cryptocurrencies without scripts. *Cryptology ePrint Archive*, Report 2015/675, IACR, http://eprint.iacr.org/2015/675

Bertolini, A. (2014). Robots and liability - Justifying a change in perspective. *Rethinking Responsibility in Science and Technology*. F. Battaglia, J. Nida-Rümelin and N. Mukerji. Pisa, Pisa University Press: 143-166.

Bertolini, A. (2020). *Artificial Intelligence and Civil Liability*. Bruxelles: European Parliament's Committee on Legal Affairs, 608: 1-132. http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf.

Buarque, G. (2022). *Civil liability and artificial intelligence: The challenges posed by technological innovation*. Belo Horizonte: Forum.

Brazil. (1988). Federal Constitution of 1988. *Official Gazette of the Union*, Brasília, Federal District. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Brazil. (1990). Law No. 8,078, of September 11, 1990. Provides for consumer protection and other provisions. *Official Gazette of the Union*. September 12, 1990. Brasília, Federal District. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm

Brazil. (2014). Law No. 12,965 of April 23, 2014 (Internet Civil Framework). Establishes principles, guarantees, rights, and duties for the use of the Internet in Brazil. *Official Gazette of the Union*, April 24, 2014. Brasília, Federal District. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm

Brazil. (2018). Law No. 13,709 of August 14, 2018 (General Data Protection Law - LGPD). Provides for the processing of personal data, including in digital media, by natural or legal persons under public or private law. *Official Gazette of the Union*, Brasília, DF, August 15, 2018. Brasília, Federal District. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

Brazil. (2025). Draft Bill No. 4/2025. Provides for the updating of Law No. 10,406 of January 10, 2002 (Brazilian Civil Code), and related legislation. *Federal Senate*. http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9889356&ts=1758918785481&disposition=inline

Carvalho, L. R. (2018). *Blockchain technology and its possible applications in the scientific communication process* (Undergraduate paper, Bachelor's degree in Library Science). University of Brasília, Faculty of Information Science. http://bdm.unb.br/handle/10483/20896

Egbertsen, W., Hardeman, G., van den Hoven, M., van der Kolk, G., & van Rijsewijk, A. (2016. *Replacing paper contracts with Ethereum smart contracts: Contract innovation with Ethereum*. June, 10. http://www.wesleyegbertsen.nl/docs/Replacing%20Paper%20Contracts%20With%20Ethereum.pdf

Maydanyk, R. (2024). Smart contract on crypto assets in civil law and common law jurisdictions: Implementation of best practices. *Open Journal for Legal Studies*, 7(2), 15–36. http://doi.org/10.32591/coas.ojls.0702.01015m

Madir, J. (2018). *Smart contracts: (How) do they fit under existing legal frameworks?* Dec. 14. http://doi.org/10.2139/ssrn.3301463

Mohanta, B. K., Panda, S. S., & Jena, D. (2018). An overview of smart contract and use cases in blockchain technology. *Proceedings of the 9th International Conference on Computing, Communication and Networking Technologies (ICCCNT)*. IEEE. http://doi.org/10.1109/ICCCNT.2018.8494045

Morawetz, V. (1925). The elements of a contract. *American Bar Association Journal*, 11(2), February. http://www.jstor.org/stable/pdf/25709185.pdf?refreqid=fastly-default%3A6e7fa89f4622ecf8344ff0461c54127d&ab_segments=&initiator=&acceptTC=1

Niebla-Zatarain, J. M., & Ontiveros-Vázquez, P. J. (2024). Smart contracts: The new method of interaction between the law and technology. *International Journal of Digital Law*, 5(2), 103-123. http://doi.org/10.47975/digital.law.vol.5.n.2.niebla

Palmerini, E. & A. Bertolini (2016). Liability and Risk Management *Robotics. Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*. R. Schulze and D. Staudenmayer. Baden-Baden, Nomos: 225-259.

Pires, T. C. F., & Silva, R. P. (2017). Civil liability for the autonomous acts of artificial intelligence: Initial notes on the resolution of the European Parliament. *Brazilian Journal of Public Policy*, 7(3), Dec.

Primo, T. G. (2022). *Applications and challenges of the use of smart contracts* (Undergraduate paper, Faculty of Economics, Administration, Accounting and Actuarial Sciences, University of São Paulo). http://bdta.abcd.usp.br/directbitstream/f2572eeb-0171-4038-bae1-371c0f5c8ae1/Thales_Gon%C3%A7alves_Primo_Monografia.pdf

Szabo, N. (1994). *Smart Contracts*. http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html.

Sousa Filho, J. J. N. (2025). Legal analysis of smart contracts in the consumer environment and their impacts on the parties involved [Undergraduate Monograph, Catholic University of Salvador]. Advisory: Darlã Conceição Santos. http://ri.ucsal.br/items/bbfa5a80-fa34-4978-b640-7552c7aa6dfa

Upadhyay, K., Dantu, R., He, Y., Salau, A., & Badruddoja, S. (2021). Paradigm shift from paper contracts to smart contracts. *Proceedings of the 2021 Third IEEE International Conference on Trust, Privacy and Security in Intelligent Systems and Applications (TPS-ISA)*, IEEE, pp. 261-268). http://doi.org/10.1109/TPSISA52974.2021.00029

PROCESSO CIVIL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ESTUDO DELINEADO QUANTO RISCOS E OPORTUNIDADES EM INSTITUCIONALIZAÇÃO DO USO

Civil Process and Artificial Intelligence: Study outlining risks and opportunities in institutionalizing its use

Douglas Belanda[1]
Universidade Presbiteriana Mackenzie

DOI: https://doi.org/10.62140/DB185016883

Sumário: 1. Introdução; 2. Da inteligência artificial no direito brasileiro; 3. O uso da inteligência artificial em decisões judiciais; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas

Resumo: o presente artigo visa estudar o impacto da inteligência artificial no que reflete ao processo civil no brasil. É incontroverso que o uso da tecnologia é salutar e positivo para a sociedade contemporânea em que vivemos, nas mais variadas esferas – não sendo diferente quanto ao direito e, principalmente, o ramo do processo civil. A inteligência artificial é utilizada por operadores do direito para melhor localização de temas jurídicos variados, criação de textos, peças jurídicas, localização de jurisprudências e daí por diante. Fato que, como se opera e institucionaliza o uso da respectiva inteligência artificial no ambiente do poder judiciário quando abordamos decisões judiciais variadas e, ainda, quais os riscos e possibilidades que tal sistematização de uso pode ocasionar no direito e na sociedade? Há determinado problema para ser debatido e melhor estudado, qual seja, há limites no que reflete ao uso da inteligência artificial para otimizar a prestação jurisdicional e, se positivo, qual seria tal linha limítrofe?

O texto em voga tem por objetivo esmiuçar o paralelo da tecnologia, todavia, jamais esquecendo do poder que uma decisão judicial carrega em seu bojo, ocasião em que os respeitáveis magistrados precisam efetivamente atuar e expor com clareza os motivos e razões para determinada decisão judicial – não se utilizando unicamente de decisões padronizadas que, em certas vezes, não adentram ao mérito e singularidades de cada caso. Abordar tecnicamente e com critérios os limites de uso e aplicação da inteligência artificial em tal "mercado" se faz oportuno e crível, ainda mais no ambiente da sociedade da informação que vivemos – em que tudo acontece em tempo real.

Mediante método de estudo dedutivo e seara exploratória, abordaremos em detalhes o contexto da tecnologia envolta na inteligência artificial, tal qual, panorama atual do processo civil e abertura quanto institucionalização da tecnologia – respeitando limites estabelecidos pelo legislador no que reflete ao citado código de processo civil.

Buscaremos, assim, trabalhar tais institutos em detalhes, visando concluir que o uso da tecnologia no direito é salutar e positivo, uma vez que fornece aprimoramento de pontos técnicos, atualização de temas legais diversos, aumento de escala e produtividade. Entretanto, também concluiremos que o citado uso da tecnologia deve ter limites técnicos e,

[1] Advogado. Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela FMU/SP. E-mail: dbelanda1985@gmail.com.
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-1919-6499.

descreveremos quais limites devem ser respeitados em nossa ótica. Pelo exposto, o cerne é majorar a segurança jurídica no ambiente digital em paralelo ao importante ganho de escala e rapidez na prestação jurisdicional.
Palavras-chave: inteligência artificial; limites jurídicos; poder judiciário; processo civil; segurança jurídica.

Abstract: this article aims to study the impact of artificial intelligence on civil proceedings (in brazil). It is undisputed that the use of technology is beneficial and positive for contemporary society in which we live, in a wide variety of spheres – and this is no different in law, especially in the field of civil procedure. Artificial intelligence is often used by legal practitioners to better locate various legal topics, create texts and legal documents, locate case law, and so on. How does the use of artificial intelligence operate and become institutionalized in the judiciary when we address various judicial decisions, and what are the risks and possibilities that such systematization of use may cause in law and society? There is a specific issue to be debated and further studied, namely, are there limits on the use of artificial intelligence to optimize the administration of justice and, if so, what would be the boundary line?

The text in question aims to examine the parallel between technology, without ever forgetting the power that a judicial decision carries with it, when respectable magistrates need to act effectively and clearly explain the motives and reasons for a particular judicial decision – not relying solely on standardized decisions that, in certain cases, do not address the merits and unique characteristics of each case. Addressing the limits of use and application of artificial intelligence in such a "market" technically and with criteria is timely and credible, especially in the information society environment in which we live – where everything happens in real time.

Using a deductive study method and exploratory addendum, we will address in detail the context of the technology involved in artificial intelligence, such as the current panorama of civil proceedings and openness regarding the institutionalization of technology – respecting the limits established by the legislator with regard to the code of civil procedure.

We will thus seek to examine these institutions in detail, with a view to concluding that the use of technology in law is beneficial and positive, since it provides technical improvements, updates on various legal issues, increased scale and productivity. However, we will also conclude that the aforementioned use of technology must have technical limits, and we will describe which limits must be respected in our view. In view of the above, the core issue is to increase legal certainty in the digital environment in parallel with the important gains in scale and speed in the administration of justice.

Keywords: artificial intelligence; legal limits; judiciary; civil procedure; legal certainty.

I. INTRODUÇÃO

Na atualidade, muito se fala sobre a inteligência artificial (IA) e aplicação em cenários variados (majorando inúmeros ganhos) e, relatando como algo inédito ou recente. De toda sorte, há que ser ressaltado que esse conceito ou fenômeno tecnológico não é atual, sendo

que sua incidência é notada e comparada ao início da era do computador, isto é, em meados de 1950 (SICHMAN, 2021, p. 37):[2]

> A inteligência artificial (IA), surgida na década de 1950, tem sua origem praticamente confundida com a própria origem do computador. Mais precisamente, no verão de 1956, ocorreu a Darthmouth College Conference, que é considerada o marco inicial da IA. Os pesquisadores reconhecidos como pais da área, como John MacCarthy, Marvin Minsky, Alan Newell e Herbert Simon, entre outros, participaram desse evento e tiveram trajetórias científicas que estabeleceram marcos nesse fascinante domínio da Computação.

Já no que concerne ao uso da IA no Poder Judiciário, é salutar relatar que sua percepção se deu poucas décadas após o "descobrimento do computador em sinergia com IA" (PESSOA; TOLEDO, p. 03 – 04):[3]

> A informatização do Poder Judiciário iniciou-se nos anos 50 nos EUA e em alguns países da Europa, e no final dos anos 60, no Brasil[4]. Já o uso de IA no Judiciário brasileiro para auxiliar na decisão judicial tem antecedentes históricos nos anos 70 do século passado. Em 1971, existe registro do uso direto de computador para resgatar textos decisórios sobre questões de acidentes de trabalho e de problemas de saúde ocupacional (chamado de "sistema PRAT" –

---

[2] SICHMAN, JAIME SIMÃO. Inteligência Artificial e sociedade: avanços e riscos**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo.** Estud. av. 35 (101) • Jan-Apr 2021, p. 37. Disponível em: https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2021.35101.004. Acesso em 10 de dez. 2025.

[3] PESSOA, Daniel; TOLEDO, Claudia. O uso de inteligência artificial na tomada de decisão judicial. **Rev. Investig. Const**., Curitiba, vol. 10, n. 1, e237, jan./abr. 2023, p. 04 - 05

[4] PESSOA, Daniel; TOLEDO, Claudia *Apud* PESSOA, Daniel. **O uso de inteligências artificiais no sistema judicial brasileiro**: cenário de disputas. Unisul de Fato e de Direito. 2020, p. 41-56. Disponível em: https://portaldeperiodicos.unisul.br/index. php/%20U_Fato_ Direito/article/view/9818. Acesso em: 18 out. 2020; MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. **Automatización del raciocinio jurídico***:* perspectivas y límites en la aplicación de la inteligencia artificial al derecho. Burgos, 2004. 627 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Burgos, p. 13-17, 223-233. Nos levantamentos bibliográficos, não foi possível identificar com precisão uma data que servisse de marco inicial para o processo de informatização, baseado em microcomputadores ou computadores pessoais (PC). O STF não dispõe sequer da informação de quando adquiriu o primeiro computador (Cf. STF, CENTRAL DO CIDADÃO. *Notificação – sua solicitação (88321 – acesso à informação – STI) foi concluída*. Destinatário: Daniel Pessoa. Brasília, 16/02/2023, mensagem eletrônica). Mas, históricos do processo de informatização sinalizam a década de 80 como início da intensificação com PC, não só no Brasil (CAVALCANTI, João Carlos Gonçalves.
Controle e resistências no processo de informatização da corte de justiça pernambucana (1983-1992). Recife, 2020. 232 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em História da Universidade Católica de Pernambuco; LÖW, Marieta Marks. Da automatização à virtualização: a criação do processo eletrônico no Brasil. **Scire**, Zaragoza, v. 18, p. 143-6, 2012; ANDRADE, André; JOIA, Luiz Antônio. Organizational structure and ICT strategies in the brazilian judiciary system. **Government Information Quarterly**, v. 29, s. 1, 2012, p. 32-42. Disponível em: **Controle e resistências no processo de informatização da corte de justiça pernambucana (1983-1992)**. Acesso em: 20 fev. 2023). https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0740624X11000694.

> Processos de Acidentes do Trabalho), que foi descrito como "um relacionamento da máquina com o processo decisório", ainda que restrito à tarefa auxiliar ou de suporte à decisão, comparada ao serviço de "um secretário ao qual o juiz ditasse a sua decisão".[5]

No que concerne a Inteligência Artificial propriamente, urge relatar a seguinte explicação (SICHMAN, 2021, p. 38 - 39):[6]

> Em primeiro lugar, cabe ressaltar que não existe uma definição acadêmica, propriamente dita, do que vem a ser IA. Trata-se certamente de um ramo da ciência/engenharia da computação, e, portanto, visa desenvolver sistemas computacionais que solucionam problemas. Para tal, utiliza um número diverso de técnicas e modelos, dependendo dos problemas abordados. Portanto, é inadequado utilizar-se expressões como "a IA da empresa X"; mais adequado (porém com menos apelo) seria dizer "um sistema da empresa X que utiliza técnicas de IA". Ao invés de tentar fornecer uma definição de IA, mais adequado seria tentar caracterizar quais são os objetivos da área. Uma das primeiras tentativas desta abordagem, proposta em Rich e Knight (1991), é a seguinte: o objetivo da IA é desenvolver sistemas para realizar tarefas que, no momento: (i) são mais bem realizadas por seres humanos que por máquinas, ou (ii) não possuem solução algorítmica viável pela computação convencional. Para entender melhor essa definição, necessita-se esclarecer o que vem a ser um algoritmo, palavra que também é bastante citada na mídia, às vezes de modo não muito preciso. Um algoritmo nada mais é do que uma sequência finita de ações que resolve um certo problema. Uma receita culinária, como a de um risoto, é um algoritmo. Assim, um algoritmo pode resolver problemas de tipos bastante diferentes: cálculo estrutural (projeto de uma ponte), processamento de dados (geração de uma folha de pagamentos) ou planejamento (definição de um pacote de turismo). Qual a principal diferença entre esses problemas? Basicamente, certos problemas têm soluções exatas, como o projeto da ponte, o processamento da folha de pagamentos e a receita do risoto. Solução exata, nesse caso, significa que se os passos definidos no algoritmo forem executados exatamente na ordem definida, ter-se-á ao final uma ponte que resistirá às intempéries, uma folha de pagamentos sem futuros problemas com o fisco e um delicioso risoto à moda italiana. Por outro lado, problemas como a definição do pacote de

---

[5] PESSOA, Daniel; TOLEDO, Claudia *apud* GARCIA, Dinio de Santis. **Introdução à informática jurídica**. São Paulo: USP, 1976, p. 134; RUFINO, Humberto d'Ávila. **A informática jurídica e a prestação jurisdicional trabalhista**: uma proposta concreta. Florianópolis, 1985. 170 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 88-89; ABRANCHES, Carlos Alberto Dunshee de. A aplicação cibernética ao direito e a administração da justiça. In: **Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**, 4., São Paulo. Anais [...], 1970. p. 322-339, p. 325; VALENTINI, Rômulo Soares. **Julgamento por computadores?** As novas possibilidades no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas. Belo Horizonte, 2017. 150 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 67-74.

[6] SICHMAN, JAIME SIMÃO, op. cit, p. 38 – 39.

> turismo não têm uma solução exata, ou uma única solução. Outros exemplos similares são produção de diagnósticos (médicos, legais), geração automática de diálogos, reconhecimento de imagens etc. No caso do pacote de turismo, como garantir que é o melhor a ser adquirido? Deve-se escolher primeiro o voo ou o hotel? Quais datas teriam um custo menor? Existe disponibilidade nessas datas para todos os recursos desejados (hotéis, voos, passeios), e em caso positivo as férias podem ser marcadas nesse período? Uma possível abordagem para solucionar tais problemas seria tentar gerar as possíveis soluções até que se obtenha a primeira delas, ou até que se encontre a melhor delas, caso existam várias soluções. Tal abordagem, apesar de teoricamente plausível, quase sempre é inviável na prática: a quantidade de possíveis soluções geradas é muito grande, e mesmo com um computador muito potente levaria muito tempo para obtê-las. Por exemplo, um problema de definição de rotas entre cidades poderia levar centenas de dias de processamento! Assim, tais problemas são usualmente mais bem solucionados por seres humanos, e na maioria dos casos de interesse não possuem solução algorítmica viável (em tempo de processamento) pela computação convencional. Uma pergunta que se coloca então é a seguinte: Como nós, humanos, solucionamos esses problemas? Uma possível resposta é que utilizamos, de modo inato, um mecanismo de busca e poda: (i) geramos soluções candidatas ..., mas quase nunca todas elas! (ii) escolhemos a melhor solução... de acordo com certo critério! e (iii) eventualmente, analisamos a posteriori o efeito das escolhas feitas... e as alteramos para o futuro i.e., aprendemos! Assim, o domínio de IA se caracteriza por ser uma coleção de modelos, técnicas e tecnologias (busca, raciocínio e representação de conhecimento, mecanismos de decisão, percepção, planejamento, processamento de linguagem natural, tratamento de incertezas, aprendizado de máquina) que, isoladamente ou agrupadas, resolvem problemas de tal natureza. Para tal, podem utilizar paradigmas distintos, sendo os principais os paradigmas simbólico, conexionista, evolutivo e probabilístico.

Outros importantes e interessantes conceitos de IA são bem trabalhos e explicitados no artigo de lavra de Eduardo Biacchi Gomes, Andréa Arruda Vaz e Sandra Mara de Oliveira Dias (GOMES; VAZ; DIAS, 2020):[7]

> Caitlan Mulholland[8] , afirma que: "a Inteligência Artificial iniciou com a criação do primeiro algoritmo por Ada Lovelace, continuado pelo teste de Alan Turing e pela criação das Leis da Robótica de

[7] GOMES, Eduardo Biacchi; VAZ, Andréa Arruda; DIAS, Sandra Mara de Oliveira. LIMITES ÉTICOS PARA O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO, DE ACORDO COM A LEI. 13.709 DE 2018 (LGPD) E RESOLUÇÕES 331 E 332 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Revista Internacional CONSINTER de Direito**, no.13 Vila Nova de Gaia dez. 2021.

[8] FRAZÃO, Ana. MULLHOLLAND, Caitlin, Coordenadoras, apresentação, Inteligência Artificial e Direito. Ética, Regulação e Responsabilidade. 2ª Tiragem, São Paulo, Thomson Reuters**, Revistas dos Tribunais**, 2019, p. 05, *apud* GOMES, Eduardo Biacchi; VAZ, Andréa Arruda; DIAS, Sandra Mara de Oliveira, 2020.

> Isaac Azimov e na atualidade a impressionante capacidade de imitação humana do Google Duplex". A mesma autora ainda conceitua a inteligência artificial como "sistema computacional que simula a capacidade humana de raciocinar e resolver problemas por meio de tomadas de decisões baseadas em análises probabilísticas" [9] . Na mesma diretriz, Alan Turing ensina que "quando uma máquina for capaz de se comportar de tal forma que não seja possível distingui-la do ser humano, estaria demonstrando algum tipo de inteligência artificial" [10]. John Mc Cathy, pai da inteligência artificial, assim a define: "a ciência e a engenharia de criar máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes para entender a inteligência humana, mas a IA não tem que se confinar aos métodos que são biologicamente observáveis"[11]. Portanto, a inteligência artificial tem como um de seus objetivos o desenvolvimento de máquinas com comportamento inteligente, ou seja, que possam perceber, raciocinar, aprender, comunicar e agir em ambientes complexos tão bem como humanos podem fazer, ou possivelmente melhor[12]

Veja que, a inteligência artificial, resumindo de modo respeitoso e humilde, nada mais é do que antecipação de cenários variados mediante aplicação sistêmica de algoritmos que colhem e, via tabulação, antecipam resultados - já considerando altos graus de respostas e treinamentos anteriores da máquina em sinergia com a dinâmica do mercado atual, idem levando-se em conta a atualização e relevância dos computadores atuais – com extremo e alto grau de processamento e velocidade. Assim e para nossa temática em relevância, nada mais justo do que se utilizar da tecnologia atual para majorar volume e precisão de definições judiciais e visando melhorar a prestação jurisdicional, correto? Infelizmente, nem sempre! Há de ser rememorado que o grau de impacto de qualquer decisão judicial é elevado, ocasião em que, na nossa ótica, deve haver limites bem definidos para uso e descrita sistematização, por certo.

II. DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

O direito lato brasileiro perfaz em essência um sistema extremamente respeitado, seja pela sua divisão e profundidade, ora pelo alto volume de litígios e resoluções de conflitos e, não raro, por observarmos diversos magistrados, em mais variados graus, serem profundos

[9] FRAZÃO, Ana. MULLHOLLAND, Caitlin, op. cit.
[10] Turing, Alan Mathison, Computing Machinery and Intelligence. **Mind,** v. 49, 1950, *apud* GOMES, Eduardo Biacchi; VAZ, Andréa Arruda; DIAS, Sandra Mara de Oliveira, 2020.
[11] MCXARTHY, John, What is a artificial intelligence, disponível em: Acesso em: 18 set. 2020, *apud* GOMES, Eduardo Biacchi; VAZ, Andréa Arruda; DIAS, Sandra Mara de Oliveira, 2020.
[12] NILSON, Nils, J. Artificial Intelligence, a new synthesis, San Francisco, Morgan Kayfmann, 1998, p. 01, *apud* GOMES, Eduardo Biacchi; VAZ, Andréa Arruda; DIAS, Sandra Mara de Oliveira, 2020.

defensores da democracia e, o mais importante, dos direitos humanos em espécie – não raro, percebemos variadas e positivas decisões nesse sentido. Por certo que, como quase tudo que permeia a sociedade (e sociedades ao redor do mundo), nem todos os problemas são bem solucionados, justamente por estarem alinhados a seres humanos que cometem falhas (felizmente ou infelizmente, faz parte do todo e sistema) – nem todos sairão de uma batalha judicial contentes com o resultado ou acreditando que a "justiça foi feita".

Não é forçoso lembrar que as codificações brasileiras (seja em vertente da Constituição Federal ou via Código de Processo Civil), exigem do magistrado a devida fundamentação quanto decisões judiciais – livre convencimento e persuasão racional, vide artigo 93, IX[13] da Constituição Federal, artigo 426[14] do Código de Processo Civil (CPC), ademais de variados outros importantes artigos, vide 479, 480, § 3o (idem Código de Processo Civil) e etc. No aspecto quanto demais leis esparsas no Judiciário Brasileiro e atreladas a IA (GOMES; VAZ; DIAS, 2020):[15]

> O uso da Inteligência Artificial no sistema de justiça nacional tem previsão através da Lei 13.709, de 2018 (LGPD), que recentemente entrou em vigor, nos arts. 195 e 196 do CPC/2015, Resoluções do CNJ 3315 de 21.08.2020 e 332/2020, com expressa referência à Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seus ambientes, a Comissão Europeia pela Eficiência da Justiça (CEPEJ) publicou uma cartilha ética estabelecendo princípios que devem guiar o desenvolvimento e a regulação de soluções tecnológicas para o Judiciário, o Livro Branco sobre a inteligência artificial, Convenção do Conselho da Europa 108+. Também a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estabeleceu princípios e recomendações para o uso da Inteligência Artificial em documento que recebeu a adesão do Brasil em maio de 2019. Importante destacar que as Resoluções n. 331 e 332 do CNJ são do mês de agosto de 2020 e a LGPD, Lei 13.709, de 2018 entrou em vigor no Brasil no mesmo mês. No mês de outubro de 2020, o CNJ aprovou a Resolução n. 345 de 09 de outubro de 2020, que autoriza os tribunais a implementarem "o juízo 100% Digital" para executar os

[13] Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

14 Art. 426. O juiz apreciará fundamentadamente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento

[15] GOMES, Eduardo Biacchi; VAZ, Andréa Arruda; DIAS, Sandra Mara de Oliveira. LIMITES ÉTICOS PARA O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO, DE ACORDO COM A LEI. 13.709 DE 2018 (LGPD) E RESOLUÇÕES 331 E 332 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Revista Internacional CONSINTER de Direito**, no.13 Vila Nova de Gaia dez. 2021.

> atos processuais exclusivamente por meio eletrônico e remoto. A escolha do juízo totalmente digital é facultativa e será escolhida pelas partes mediante manifestação nos autos.

Isto posto, é incontroverso o caráter individual que o legislador brasileiro buscou atribuir quando da promulgação da Constituição Federal e do Código de Processo Civil - CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), ocasião em que a inserção da "IA" no direito pátrio é permitida, desde que não retire a atribuição do magistrado em efetivamente ler a demanda na totalidade, valorar as provas e se aprofundar no caso – visando a melhor aplicação do conceito técnico ao caso em si, mediante uso da legislação, por certo. Em outras palavras, não se pode, atualmente, aplicar decisões padronizadas e automatizadas (via IA) unicamente por ter o mesmo sintoma, causa de pedir ou afins, sob pena de estar descumprindo (Judiciário) preceitos legais, uma vez que, tal qual relatamos, se faz oportuno e obrigatório esmiuçar os autos, provas, audiências, depoimentos, perícias e daí por diante (sendo esse um dos pilares mais bonitos da democracia e aplicação do direito, isto é, a troca e valoração de ideias, provas e afins). Nunca é demais rememorar que os nobres julgadores precisam estar atentos na íntegra quanto artigos 489 do CPC, justamente para evitar novos desdobramentos processuais, citamos artigo 1022 do mesmo CPC.

Superando esse importante parênteses, o uso de sistemas de inteligência artificial no direito amplo está sendo aprimorado ao decorrer dos últimos anos (NUNES; MARQUES, 2018, 421 – 447)[16]:

> O uso de sistemas de inteligência artificial (IA) é crescente nos mais diversos ramos, em razão do aumento da eficiência e da precisão dos serviços por eles proporcionado. No Direito, vislumbra-se também esse fenômeno, com a utilização das soluções das lawtechs, por exemplo, para otimização de serviços, principalmente no que concerne à litigância de massa. Nos Estados Unidos, sistemas de inteligência artificial, como o Ross e o Watson, são utilizados por escritórios advocatícios para realizar pesquisas jurídicas, analisar documentos, redigir contratos e prever resultados[17]. As vantagens do uso de tal tecnologia, que proporciona maior rapidez, precisão e

[16] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO PROCESSUAL: VIESES ALGORÍTMICOS E OS RISCOS DE ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÃO DECISÓRIA ÀS MÁQUINAS. **Revista de Processo** | vol. 285/2018 | p. 421 - 447 | Nov / 2018 DTR\2018\20746.

[17] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho *apud* "...A utilização de algoritmos para a previsão de resultados colabora para análise da viabilidade da demanda e elaboração de estratégias. Em um estudo realizado nos Estados Unidos, desenvolveu-se um algoritmo para prever as decisões da Suprema Corte, o qual obteve um índice de acerto de 70,2% em relação à resolução do caso e de 71,9% quanto aos votos dos juízes...". A propósito, ver: Katz DM, Bommarito MJ II, Blackman J (2017). A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States. PLoS ONE 12(4): e0174698. Disponível em: [https://doi.org/10.1371/journal.pone.0174698]. Acesso em: 09.05.2018.

> qualidade na realização de trabalhos maçantes e repetitivos, têm feito com que cada vez mais escritórios invistam em sua utilização. De acordo com uma pesquisa realizada pela CBRE, cerca de 48% dos escritórios advocatícios de Londres já utilizam sistemas de inteligência artificial e 41% pretendem implantá-los. Segundo a pesquisa, a IA é utilizada, principalmente, para gerar e revisar documentos e para a eletronic discovery[18], mas também tem aplicação relevante na realização de pesquisas jurídicas e na due diligence – investigação prévia de companhias antes da realização de negócios.[19]
>
> O mesmo fenômeno se verifica no Brasil, apesar de ainda ser constatado em menor escala. A plataforma Watson, por exemplo, foi implantada em um escritório advocatício de Recife para a automatização de serviços repetitivos, aumentando a média de acertos, em relação ao preenchimento de dados, de 75% para 95%.[20]

Afeto ao Judiciário Brasileiro, o STF (Supremo Tribunal Federal) desenvolveu junto a UNB – Universidade de Brasília/DF o sistema Victor, principalmente no que concerne a admissibilidade dos recursos e análise da repercussão geral – sendo percebido importantes avanços e melhorias (JUNQUILHO; FILHO, 2018, p. 230):[21]

> A experiência do Projeto Victor traz luz às perspectivas que a IA e a tecnologia podem gerar, quando aplicadas ao Poder Judiciário. Dentre os prognósticos do que pode ocorrer, tendo em conta as pesquisas que estão em curso, é de se ressaltar: *a)* a redução no tempo de tramitação de processos, em virtude da automação de procedimentos técnicos, o que fortalece, inclusive, a concretização do princípio da eficiência administrativa (TOLEDO, 2018[22]); *b)* o desenvolvimento de tecnologias e pesquisas genuinamente brasileiras, que levem em conta as particularidades do nosso

[18] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho *apud* Electronic discovery (e-discovery) describes any process where electronic data is sought, secured, located, explored and retrieved with intented use as evidence in a civil or criminal case. Disponível em: [https://www.techopedia.com/definition/2399/electronic-discovery-e-discovery]. Acesso em: 02.05.2018.

[19] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho *apud* "…Segundo a pesquisa: "Nearly half (48%) of London law firms are already utilizing Artificial Intelligence (AI) and a further 41% have imminent plans to do so, according to a survey of over 100 law firms from CBRE, the world's leading real estate advisor. Of the firms already employing AI, 63% of firms are using it for legal document generation and review, and the same proportion for e-discovery. Due diligence (47%) and research (42%) were also common applications, along with compliance and administrative legal support (each 32%)" Disponível em: [http://news.cbre.co.uk/london-law-firms-embrace-artificial-intelligence/]. Acesso em: 02.05.2018.

[20] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho *apud* "...A propósito: Inteligência artificial da IBM está ajudando escritório de advocacia brasileiro...". Disponível em: [https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/inteligencia-artificial-da-ibm-esta-ajudando-escritorio-deAcesso em: 07.05.2018.

[21] JUNQUILHO, Tainá Aguiar; FILHO, Mamede Said Maia. **R. Dir. Gar. Fund**., Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018, p. 230.

[22] JUNQUILHO, Tainá Aguiar; FILHO, Mamede Said Maia *apud* TOLEDO, Eduardo S. Projetos de inovação tecnológica na Administração Pública. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital**: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia - 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

> congestionado sistema judicial; *c)* o incremento da agilidade e eficácia das ferramentas de consulta processual e jurisprudencial, o que gera também economia de tempo, precisão e coerência institucional (BAKER, 2018[23]); *d)* o tratamento isonômico das questões apresentadas ao Judiciário, que torna mais eficazes os princípios do contraditório, da ampla defesa e do livre acesso à justiça.
> O Projeto Victor propôs-se a ser pioneiro na aplicação de IA ao Judiciário com a finalidade de, a partir do STF, disponibilizá-la para os diversos tribunais de segundo grau espalhados pelo país e para inspirar projetos de idêntico teor.

Não obstante os importantes aspectos da IA, é latente que há preocupações idem de grande relevância. Dentre os variados pontos do artigo bem trabalhado de Dierle Nunes e Ana Luiza Marques, é justamente a reflexão quanto ao risco dos vieses algorítmicos e sua penetração no direito (NUNES; MARQUES, 2018, 421 – 447):[24]

> Nota-se, assim, que, na própria constituição dos sistemas de IA se fazem escolhas que refletem também as opiniões e prioridades dos criadores, as quais influenciam diretamente as respostas do sistema. Não se pode ignorar, assim, a impossibilidade de isenção completa, até mesmo ao se falar de inteligência artificial e de sistemas que, muitas vezes, são tratados como universais e "desenviesados", porquanto o ponto de partida é sempre uma atividade humana de seleção de informações e dados, os quais refletem, também, o contexto social de quem os produziu. E tal preocupação se liga diretamente ao estudo dos vieses cognitivos (cognitive biases).

Em linha próxima de reflexão quanto ao risco e preocupação quanto vieses no uso da "IA" (JUNQUILHO; FILHO, 2018, p. 231):[25]

> Há receios no desenvolvimento de projetos que apliquem IA ao Judiciário? Não se pode negar que sim. Dentre eles, pode-se apontar: *a)* os vieses cognitivos que podem ocorrer com a programação (O'NEIL, 2016)[26]; *b)* a necessidade de melhor

[23] JUNQUILHO, Tainá Aguiar; FILHO, Mamede Said Maia *apud* BAKER, Jamie J. 2018: A Legal Research Odyssey: Artificial Intelligence as Disruptor. **Law Library Journal**, Vol. 110:1 [2018-1]. Disponível em: <http://web.b-ebscohost-com.ez54.periodicos.capes.gov.br/ehost/detail/ detail?vid=0&sid=b2b070db-c438-4e40-888e-9111f72d51cd%40pdc-v-sess mgr02&bdata=Jmxhbmc9cHQtYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#AN=130412930 &db=lih>. Acesso em: 20 out. 2018.

[24] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho, op. cit., p. 421 – 447.

[25] JUNQUILHO, Tainá Aguiar; FILHO, Mamede Said Maia, op. cit, p. 231.

[26] JUNQUILHO, Tainá Aguiar; FILHO, Mamede Said Maia *apud* Cathy O'Neil (2016) denuncia a formação de vieses que podem ocorrer de forma intencional ou não intencional na programação. Isso porque, quando os dados utilizados para a elaboração da tecnologia são processados "friamente" por matemáticos e cientistas da computação - sem o devido tratamento que vise a eliminar preconceitos e atribuir transparência aos algoritmos

> regulamentação na contratação das empresas, eis que a Lei nº 8.666/1993 tem se mostrado inadequada quando se trata de investimentos públicos em inovação (TOLEDO, 2018); *c)* o máximo cuidado com o uso dos dados (SILVEIRA, 2017[27]). Todos esses riscos devem ser analisados e avaliados com cautela sempre que se busca realizar qualquer projeto público em inovação responsável, de maneira a se prezar, sempre, pela proteção de sua segurança e eficiência.

Um dos pontos salutares e brilhantes do direito é que, o referido reflete a uma ciência mutável, inclusive, assim o é exigido para acompanhar justamente a evolução social – oportunidade em que não existir necessidade de operadores do direito (juristas e afins) é impensável, seja no atual momento ou em projeções futuras. Ainda, se faz oportuno refletir sobre a automatização parcial do Poder Judiciário e decisões padronizadas, mas sempre recordando quanto proibições ou travas legais existentes – reforçamos, há que ser avaliado cada processo em seara individual, tanto em ótica de Constituição Federal quanto em direito formal – Código de Processo Civil, ademais da necessidade de existir decisão judicial proferida ou revisada por seres humanos (juízes).

III. O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM DECISÕES JUDICIAIS

Um dos pontos nevrálgicos na atualidade perfaz o uso de IA em tomada de decisões judiciais e, esse aspecto preocupa diversos juristas e, não obstante, é um tema presente nas mais variadas vertentes (PESSOA; TOLEDO, p. 03 – 04):[28]

> O uso de IA na produção das decisões judiciais, como ferramenta auxiliar ou como produtora direta da decisão, ocorre no Poder Judiciário em vários países atualmente.[29] No Brasil, em 2021,

- pode-se chegar a medidas de inovação que perpetuam a opressão social. Isso é, que têm potencial para se tornar verdadeiras "armas de destruição matemática" (expressão que dá título ao livro da autora).

[27] JUNQUILHO, Tainá Aguiar; FILHO, Mamede Said Maia *apud* SILVEIRA, Sergio Amadeu de. Tudo sobre tod@s: Redes digitais, privacidade e venda de dados pessoais. São Paulo: Edições SESC, 2017.

[28] PESSOA, Daniel; TOLEDO, Claudia. O uso de inteligência artificial na tomada de decisão judicial. **Rev. Investig. Const**., Curitiba, vol. 10, n. 1, e237, jan./abr. 2023, p. 03 – 04.

[29] PESSOA, Daniel; TOLEDO, Claudia *apud* "...Em outros lugares da sociedade global já são registradas experiências de decisão judicial através de IA, implementadas ou em curso..." – Estados Unidos, Estônia, Inglaterra, País de Gales, Canadá, China, Singapura e Austrália (SUSSKIND, **Online courts and the future of justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 165- 176; MARTÍN, Nuria Belloso. Los desafíos ius

> segundo o painel Projetos com Inteligência Artificial no Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi observado que havia 41 projetos em 32 tribunais.[30] Entretanto, ainda em 2021, percebeu-se inexatidão nos números sobre a utilização de IA no Judiciário brasileiro e imprecisão na distinção entre programas de IA e de automação. Segundo relatório elaborado pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa da Fundação Getúlio Vargas (FGV), foram inicialmente identificados 72 projetos de IA nos tribunais brasileiros. Contudo, a própria FGV retificou esse número para 64 projetos em 47 Tribunais, exatamente em virtude da reavaliação de algumas ferramentas como automação e não como IA.[31] No cenário brasileiro, as informações sobre o uso concreto dos programas de IA e/ou de automação na tomada de decisão judicial são escassas, confusas e, por vezes, contraditórias. Geralmente, são encontradas nos sítios oficiais dos Tribunais, enquanto as respostas oficiais em face de solicitações formais por pesquisadores do tema no âmbito acadêmico mostram-se lacônicas ou ambíguas. Nesse sentido, dois problemas se destacam: a (falta de) transparência nos sistemas de IA e os vieses cognitivos replicados na decisão judicial com uso de IA. Tais problemas suscitam especialmente quatro abordagens: (a) a incompatibilidade estrutural entre a forma de processamento de dados pela IA e a forma de aplicação do Direito; (b) a incapacidade da IA de realizar juízos de valor e sua consequente reprodução dos juízos de valor de seus desenvolvedores; (c) acentuação pelos programas de IA dos vieses cognitivos envolvidos na decisão; (d) a opacidade dos algoritmos e dados da IA. Não obstante, o uso de IA na produção das decisões judiciais exige a observância dos parâmetros constitucionais que regem a atividade jurisdicional, notadamente os direitos humanos, os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito.

Percebam que, a institucionalização do uso da IA no direito brasileiro não dispõe de lei específica, ocasião em que a vertente legal da Constituição Federal e Código de Processo Civil devem permanecer vigentes (necessidade de valoração de provas e decisões judiciais devidamente fundamentadas), até mesmo, no que tange a hierarquia das leis. No que

---

filosóficos de los usos de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales: a propósito de la decisión judicial robótica vs. decisión judicial humana. In: MARTÍN, Nuria Belloso; IORIO FILHO, Rafael Mario; PINTO, Adriano Moura da Fonseca. **Sociedad plural y nuevos retos del derecho**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2021, arquivo *Kindle*, p. 416-515).

[30] PESSOA, Daniel; TOLEDO, Claudia *apud* "...PAINEL DE PROJETOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ).* 2020. Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=29d710f7-8d8f-47be-8af8-a9152545b771&sheet=b8267e5a-1f1f-41a7-90ff-d7a2f4ed34ea&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel. Acesso em: 08 nov. 21. Porém, o referido painel deixou de ser alimentado com os dados a respeito da situação (Cf. SALOMÃO, Luís Felipe (coord.); TAUK, Caroline Somesom (coord.) et al. **Inteligência artificial**: tecnologia aplicada à gestão de conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2023, p. 89. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/ relatorio_ia_3a_edicao_0.pdf. Acesso em: 02 out. 2023).

[31] PESSOA, Daniel; TOLEDO, Claudia *apud* "...SALOMÃO, Luís Felipe. (coord.). **Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2020. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/ files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf. Acesso em: 08 mai. 2021.

concerne a importância de regulamentar o uso da respectiva IA no Poder Judiciário, é o teor do Projeto de Lei PL 2338/2023, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco. Dentre outros importantes e relevantes pormenores, é disposto no artigo 23, inciso I do respectivo diploma (PACHECO, 2023):[32]

> Art. 23. Adicionalmente às medidas de governança estabelecidas neste Capítulo, todos os entes da Administração Pública direta e indireta, ao desenvolver ou utilizar sistemas de IA de alto risco, adotarão as seguintes medidas:
> [...]
> II – Garantia facilitada e efetiva ao cidadão, perante o poder público, de direito à explicação e à revisão humanas de decisão por sistemas de IA que gerem efeitos jurídicos relevantes ou que impactem significativamente os interesses do afetado, a ser promovida pelo agente público competente;

Notem que, o cerne do projeto de lei em voga é justamente majorar o uso da IA – reconhecendo sua importância, mas facultando aos consulentes a revisão humana quanto decisões proferidas em ambiente tecnológico, o que é realmente necessário para evitar erros ou decisões desconexas. Essa vertente de pensamento e proposta legislativa está em sintonia com a Lei nº 13.709, de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), que idem refletem em seu artigo 20 a obrigatoriedade quanto ao cidadão ter direito de obter revisão humana afeto aos seus pormenores judiciais, vide:

> Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). Vigência

O respeitável Poder Judiciário brasileiro, já na observância das evoluções sociais e criando paralelo quanto importância do uso da IA com ressalvas, promulgou via CNJ (Conselho Nacional de Justiça) a resolução nº 615, de 2025:

> Art. 10. São vedados ao Poder Judiciário, por acarretarem risco excessivo à segurança da informação, aos direitos fundamentais dos cidadãos ou à independência dos magistrados, o desenvolvimento e

[32] PACHECO, Rodrigo. Projeto de Lei nº 2338, de 2023. Senado Federal. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233. Acesso em 08 de jan. 2026.

> a utilização de soluções: I – que não possibilitem a revisão humana dos resultados propostos ao longo de seu ciclo de treinamento, desenvolvimento e uso, ou que gerem dependência absoluta do usuário em relação ao resultado proposto, sem possibilidade de alteração ou revisão;

Portanto, é incontroverso que o direito pátrio definiu a possibilidade quanto uso da IA no Poder Judiciário e decisões judiciais (respeitando os códigos existentes, principalmente o Código de Processo Civil), mas estabelecendo limites para citado uso e, não menos importante, a possibilidade de revisão humana dos atos efetivados com auxílio da IA (limitando e rechaçando o uso irrestrito da IA para cravar decisão judicial).

De toda sorte, há risco de existir citada revisão sem profundidade quanto fatos, provas e argumentos elencados no bojo do processo? Ao nosso ver, sim e é justamente esse ponto um dos receios que percebemos, ou seja, ademais das revisões humanas previstas no importante e atual projeto de lei, na "LGPD" e resolução supra, há que ser refletido demais mecanismos para entendimento quanto os detalhes do caso em concreto, para que idem tal revisão seja efetuada com embasamento técnico, jurídico e empírico – visando diminuir equívocos.

Vejam que, em nenhum momento é combatido o uso da IA no Poder Judiciário – sendo que já reforçamos em variadas oportunidades a importância desse mecanismo digital e tecnológico, todavia, há que ser pensando e aplicado mais de um ponto de segurança quanto puro uso da IA, com único intuito de aumentar a segurança jurídica do processo (e relação processual), já na linha quanto proteção de decisões enviesadas. Nesse viés, nossa reflexão acadêmica e doutrinária é justamente apoiar o uso da IA no direito brasileiro (e atributo de processo civil, majorando sua perfeição), mas alertando todos os operadores do direito (e sociedade) quanto a importância de ser pensado mecanismos de dupla proteção aos consulentes, isto é, que seja garantido ampla revisão judicial humana – e dessa vez sem qualquer apoio de IA, justamente para ser cravado que um jurista legalmente chancelado pelo Estado (magistrado) possa revisitar o caso integral (quando levado ao seu crivo), para justamente conceituar se a decisão se faz correta ou carece de ajustes técnicos, oportunidade em que a visão e definição humana deverá prevalecer.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo foi possível observar a evolução da IA no direito em sentido amplo (com foco no Brasil), sua importância e abrangência, bem como, que o citado

uso é positivo e apoiado pela sociedade, juristas e daí por diante. Na mesma toada, foi possível notar os riscos atribuídos ao uso (sem limites) da respectiva tecnologia e, ainda, os perigos envolvidos quanto ausência de fiscalização.

Em seara próxima e idem salutar é a preocupação das autoridades brasileiras (CNJ, Poder Judiciário, Legislativo e afins) quanto necessidade de criar e institucionalizar leis que impulsionem a tecnologia e IA (no ambiente do Direito), mas balanceando os riscos que já descrevemos, ao justamente permitir e chancelar a possibilidade de revisão humana de decisões judiciais – o que é totalmente necessário. Doravante, o cerne é refletir modos de que tal revisão seja unicamente efetivada por magistrados que não se apoiem em IA no momento da descrita reanálise do tema, para garantir que a decisão (chancelada ou não), ocorra mediante leitura atenta e em observância aos critérios técnicos intrínsecos, consubstanciado em livre convencimento e persuasão racional do julgador (com ampla valoração das provas).

Alcançando a sinergia entre IA, tecnologia pura e capacidade profissional dos magistrados (idem no tema de garantia quanto dupla revisão técnica unicamente humana), haverá segurança quanto pleno desenvolvimento "judicial", focando em melhoria de atendimento aos consulentes e, certamente, otimizando a prestação jurisdicional – sempre priorizando os seres humanos, seja na obtenção de decisões judiciais assertivas e na competência dos nossos magistrados para apto julgamento (que confiamos, plenamente).

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES, Eduardo Biacchi; VAZ, Andréa Arruda; DIAS, Sandra Mara de Oliveira. LIMITES ÉTICOS PARA O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO, DE ACORDO COM A LEI. 13.709 DE 2018 (LGPD) E RESOLUÇÕES 331 E 332 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Revista Internacional CONSINTER de Direito**, no.13 Vila Nova de Gaia dez. 2021.

JUNQUILHO, Tainá Aguiar; FILHO, Mamede Said Maia. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set. /dez. 2018, p. 230.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO PROCESSUAL: VIESES ALGORÍTMICOS E OS RISCOS DE ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÃO DECISÓRIA ÀS MÁQUINAS. **Revista de Processo** | vol. 285/2018 | p. 421 - 447 | Nov / 2018 DTR\2018\20746.

PACHECO, Rodrigo. Projeto de Lei nº 2338, de 2023. Senado Federal. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233. Acesso em 08 de jan. 2026.

PESSOA, Daniel; TOLEDO, Claudia. O uso de inteligência artificial na tomada de decisão judicial. **Rev. Investig. Const**., Curitiba, vol. 10, n. 1, e237, jan./abr. 2023, p. 03 – 04.

SICHMAN, JAIME SIMÃO. Inteligência Artificial e sociedade: avanços e riscos**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo.** Estud. av. 35 (101) • Jan-Apr 2021, p. 37. Disponível em: https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2021.35101.004. Acesso em 10 de dez. 2025.

A AUTOCOMPOSIÇÃO E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Self-composition and violence against women

Fabiana Marion Spengler[1]

Universidade de Santa Cruz do Sul

DOI: https://doi.org/10.62140/FMS864074169

Sumário: 1. Introdução; 2. A audiência de mediação e conciliação no atual Código de Processo Civil; 3. A audiência de mediação nas ações familiares; 4. Audiência de Conciliação e Mediação nos casos de violência doméstica: Entre a Autocomposição e a Proteção; 5. Conclusão.

Resumo: O artigo analisa os limites e as possibilidades da autocomposição nos conflitos familiares que envolvem violência doméstica contra a mulher, a partir das alterações introduzidas pela Lei nº 14.713/2023 no Código Civil e no Código de Processo Civil. Parte-se do reconhecimento de que a mediação e a conciliação foram fortalecidas pelo CPC de 2015 como instrumentos de acesso à justiça, especialmente nas ações de família, nas quais se busca preservar vínculos e estimular soluções consensuais. Todavia, sustenta-se que tais mecanismos encontram limites evidentes quando o conflito está permeado por violência doméstica, marcada por assimetria de poder, medo e risco de revitimização. O problema de pesquisa consiste em verificar se as audiências de conciliação e mediação familiar promovem efetivo acesso à justiça nesses casos, após a vigência da Lei nº 14.713/2023. O objetivo é analisar os reflexos da nova legislação na condução dos processos familiares, com ênfase na proteção das vítimas e no melhor interesse da criança e do adolescente. A pesquisa adota o método monográfico, com abordagem qualitativa, desenvolvida por meio de revisão bibliográfica, análise normativa e exame de jurisprudência recente. O texto estrutura-se na análise da audiência de conciliação e mediação no CPC vigente, na mediação nas ações familiares e, por fim, na adequação, ou não, desses mecanismos em contextos de violência doméstica. Conclui-se que a Lei nº 14.713/2023 representa avanço relevante ao inserir o art. 699-A no CPC e estabelecer a verificação prévia de indícios de violência, evitando a submissão da vítima a procedimentos potencialmente traumáticos. Assim, embora a autocomposição permaneça como instrumento importante de resolução dos conflitos, sua aplicação deve ser criteriosa. O acesso à justiça, nesses contextos, concretiza-se prioritariamente pela garantia de proteção, segurança e dignidade às vítimas, e não pela imposição do diálogo.

Palavras-chave: Autocomposição; Violência doméstica; Mediação familiar; Acesso à justiça; Lei nº 14.713/2023.

Abstract: This article analyzes the limits and possibilities of self-composition in family conflicts involving domestic violence against women, based on the changes introduced by Law No. 14,713/2023 in the Civil Code and the Code of Civil Procedure. It starts from the

[1] Professora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Brasil, email: fabiana@unisc.br, Link ORCI: https://orcid.org/0000-0001-9477-5445

recognition that mediation and conciliation were strengthened by the 2015 CPC as instruments for access to justice, especially in family actions, which seek to preserve bonds and encourage consensual solutions. However, it is argued that such mechanisms face evident limits when the conflict is permeated by domestic violence, marked by power asymmetry, fear, and the risk of revictimization. The research problem consists of verifying whether family conciliation and mediation hearings promote effective access to justice in these cases after the enactment of Law No. 14,713/2023. The objective is to analyze the reflections of the new legislation on the conduct of family proceedings, emphasizing the protection of victims and the best interests of the child and adolescent. The research adopts the monographic method with a qualitative approach, developed through a literature review, normative analysis, and examination of recent case law. The text is structured around the analysis of conciliation and mediation hearings in the current CPC, mediation in family actions, and, finally, the suitability—or lack thereof—of these mechanisms in contexts of domestic violence. It concludes that Law No. 14,713/2023 represents a relevant advancement by inserting Art. 699-A into the CPC and establishing the prior verification of signs of violence, preventing the victim's submission to potentially traumatic procedures. Thus, although self-composition remains an important instrument for conflict resolution, its application must be judicious. Access to justice, in these contexts, is primarily achieved through the guarantee of protection, safety, and dignity for victims, rather than the imposition of dialogue.
Keywords: Self-composition; Domestic violence; Family mediation; Access to justice; Law No. 14,713/2023.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 14.713/2023, sancionada em 30 de outubro de 2023, promoveu alterações significativas no Código Civil e no Código de Processo Civil, com o objetivo de fortalecer a proteção de crianças, adolescentes e vítimas de violência doméstica no contexto de disputas familiares.

No Código Civil, a mudança atinge o §2º do art. 1.584, que trata da guarda dos filhos. Antes da nova redação, em casos de desacordo entre os genitores, a guarda compartilhada era aplicada como regra, salvo se um dos pais dela renunciasse expressamente. Com a nova lei, essa imposição automática deixa de valer quando houver elementos que evidenciem risco de violência doméstica ou familiar, mesmo que ainda não haja sentença penal condenatória.

Já no Código de Processo Civil, foi inserido o art. 699-A, estabelecendo uma etapa prévia à audiência de conciliação e mediação, na qual o juiz deve questionar expressamente as partes e o Ministério Público sobre a existência de indícios de violência. Caso identificados, abre-se um prazo de cinco dias para a apresentação de documentos, registros e relatos. Essa inovação pretende impedir que o procedimento de mediação aprofunde o sofrimento de vítimas ou exponha os filhos a situações de risco.

Assim identificado o problema de pesquisa questiona: as audiências de conciliação e mediação familiar trazem efetividade no acesso à justiça em casos de violência doméstica a partir da Lei 14.713/2023? O objetivo principal será analisar os reflexos da Lei 14.713/2023 no contexto do acesso à justiça brasileiro quando o conflito envolver casos de violência doméstica.

A pesquisa utilizou-se do método monográfico, realizando uma abordagem específica sobre os temas "audiência de conciliação e mediação" e "violência doméstica". Tal se dá uma vez que a palavra "monografia" geralmente se refere a um estudo ou trabalho escrito sobre um tema específico. O método monográfico, portanto, é uma abordagem de pesquisa que se concentra na investigação aprofundada de um único tema. O método monográfico será desenvolvido mediante revisão bibliográfica, coleta e análise de dados específicos, entre outros procedimentos.

O texto inicia com a análise da audiência de mediação e conciliação no CPC/2015, discutindo a adequação da terminologia, sua posição estratégica no processo e o debate sobre o caráter obrigatório do comparecimento. Na próxima seção, o foco recai sobre as ações familiares, destacando a mediação como método interdisciplinar voltado ao restabelecimento do diálogo e à preservação de vínculos. O quarto tópico examina especificamente os casos de violência doméstica, detalhando como o novo art. 699-A do CPC impõe limites à autocomposição para evitar a revitimização e garantir a segurança.

2. A AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, passou a constar expressamente a previsão de uma "audiência" voltada à mediação e à conciliação. Fernanda Tartuce[2] questiona a adequação desse termo para um encontro voltado à obtenção de consenso. Contudo, reconhece que o uso da expressão no texto legal é compreensível, já que ela remete tradicionalmente a momentos em que há atuação direta do magistrado no processo[3].

A audiência serve a propósitos formais do procedimento judicial, e não necessariamente à construção de acordos. Por isso, referir-se como "audiência" a um encontro que tem por objetivo o diálogo e a construção conjunta de soluções — sem que

[2] TARTUCE, Fernanda. Mediação dos conflitos civis. São Paulo: Método, 2016, p. 273.
[3] SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação de conflitos. Da teoria à prática. 3 ed. Livraria do Advogado: 2021.

haja colheita de provas ou etapas processuais a cumprir — é considerado inadequado por parte da doutrina. Além disso, a mediação se distingue por seu caráter menos formal e pela ausência de rigidez processual, diferentemente da audiência tradicional, conduzida por juiz e marcada pela linguagem jurídica[4].

Por essa razão, alguns autores defendem que "sessão" seria um termo mais apropriado para caracterizar esses momentos dedicados à mediação[5]. Tal argumento se fortalece ao considerar que a mediação também ocorre fora do Judiciário, contexto em que a palavra "audiência" pode gerar equívocos.

Desse modo, o uso do termo "audiência" para sessões de mediação pode gerar interpretações equivocadas. Ainda assim, para fins de coerência com a nomenclatura constante do CPC, adota-se nesta reflexão a terminologia legal, ou seja, "audiência".

No CPC de 2015, a audiência de conciliação ou mediação foi estrategicamente posicionada no início do processo. Ao receber a petição inicial, "o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência", conforme prevê o art. 334, que trata exclusivamente dessa etapa. Nenhum outro ato, salvo os urgentes, deve anteceder essa audiência.

Com isso, o Código inovou ao propor um novo enfoque na fase inicial do processo, recomendando a condução do encontro por um terceiro facilitador — que não precisa possuir autoridade judicial — para conduzir a audiência de conciliação ou mediação. O §1º do art. 334 determina que, caso existam profissionais habilitados, mediadores e conciliadores atuarão conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Essa nova audiência tem como objetivo proporcionar uma conversa entre as partes antes que o processo adentre a fase litigiosa, caracterizada por defesas e instrução processual. O momento oportuno do diálogo permite uma abordagem menos hostil logo no início da controvérsia[6].

[4] SPENGLER, 2021, p. 166.
[5] TARTUCE, 2016, p. 274.
[6] SPENGLER NETO, T.; ZUCHETTO, T. M.; FERREIRA, V.G. Conciliação, mediação e arbitragem no novo Código de Processo Civil (CPC). *In*: SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. Mediação, conciliação e arbitragem*:* artigo por artigo de acordo com a Lei nº 13.140/2015, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 262-289.

Ainda, o §2º do art. 334 permite que essa interlocução prossiga por até dois meses, sob condução de conciliador ou mediador, a contar da primeira audiência. Isso demonstra o reconhecimento legal da importância de se buscar uma solução consensual[7].

É fundamental, contudo, que a autonomia das partes seja respeitada nesse processo. O tempo da mediação pertence a elas. Em uma mediação produtiva, não se deve estabelecer um número fixo de sessões, uma vez que o processo depende de amadurecimento e compreensão recíproca. O número de encontros deve ser aquele necessário para que se alcance uma solução efetiva[8]. Embora o prazo de dois meses atue como um mecanismo contra atrasos indevidos, ele pode ser insuficiente para se obter acordos em disputas mais elaboradas.

Com a tentativa de estabelecer a autocomposição como primeira etapa após o ajuizamento, surge o debate sobre o caráter obrigatório da audiência. O Código não impõe a mediação, o que é avaliado de forma positiva[9]. O §8º do art. 334 apenas dispõe que a ausência injustificada à audiência poderá ser interpretada como ato atentatório à dignidade da justiça.

Embora o artigo mencione penalidade para o não comparecimento sem justificativa, a audiência não se apresenta como compulsória, pois os §§4º e 5º do art. 334 oferecem opções às partes que não desejarem participar. Mais especificamente, o §4º autoriza a dispensa da audiência se ambas as partes, de forma expressa, indicarem sua intenção nesse sentido. O autor deve manifestar essa vontade já na petição inicial, conforme determina o art. 319, VII.

O §5º, por sua vez, dispõe que o réu pode comunicar sua ausência de interesse na conciliação até dez dias antes da data agendada. Já o §6º estabelece que todos os litisconsortes devem se manifestar para que a audiência seja cancelada, evidenciando a prioridade dada ao diálogo e à tentativa de acordo.

No entanto, o §8º do mesmo artigo impõe multa de 2% sobre o valor da causa ou da vantagem discutida à parte que se ausentar sem justificativa. Portanto, o comparecimento é obrigatório, ainda que não haja exigência de negociação.

---

[7] SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334: questões controvertidas no código de processo civil de 2015 – CPC. Revista Juris Poiesis. v.20, p.41 - 63, 2017.
[8] SPENGLER, 2021.
[9] SPENGLER, F. M.; DORNELLES, M. Audiência de Conciliação no Código de Processo Civil de 2015: mapeamento de dados do relatório 'Justiça em Números' do Conselho Nacional de Justiça. Revista de Processo. v.360, p.451 - 468, 2025.

Nesse panorama, é relevante mencionar a posição de Medina[10], que admite a possibilidade de não realização da audiência, inclusive com a aplicação da multa. Segundo o autor: (a) o próprio caput do art. 334 admite exceções para julgamento liminar; (b) a mediação e a conciliação estão fundamentadas na autonomia da vontade; e (c) não se pode impor uma cultura de pacificação.

Portanto, a lógica do processo é clara: o juiz deve agendar a audiência, salvo exceções previstas no caput; as partes têm liberdade para optar pela sua realização, e se houver concordância quanto à não realização, ela pode ser cancelada; se realizada, cabe às partes decidir se desejam efetivamente buscar um acordo, bastando informar ao responsável pelo ato.

Assim, forçar a participação em audiências de mediação ou conciliação representa um equívoco. O CPC busca incentivar esses métodos, não impô-los. Isso é essencial, pois a imposição comprometeria os fundamentos da mediação e conciliação, que devem ser voluntárias e conscientes. Somente dessa forma as partes se engajam genuinamente no processo e na construção de soluções para seus conflitos[11]. Esses métodos pretendem favorecer decisões mais autônomas e responsáveis, elaboradas pelos próprios envolvidos. O objetivo é tratar os litígios com métodos adequados, por meio de soluções consensuais, eficazes e aplicáveis.

Os §§9º e 10 do art. 334 reforçam a necessidade da presença de advogado ou defensor público na audiência. Essa participação é fundamental para garantir a legalidade e a legitimidade do procedimento. Também é possível que a parte seja representada por alguém com poderes para celebrar acordo. Essa exigência está em conformidade com o art. 133 da Constituição Federal, que estabelece a indispensabilidade do advogado à administração da justiça.

Por fim, o §2º do mesmo artigo determina que a agenda de audiências preveja um intervalo mínimo de 20 minutos entre cada uma. Ainda que esse intervalo possa ser adequado para uma tentativa rápida de conciliação, dificilmente será suficiente para uma mediação completa, com todas as fases que ela exige. Por ser um tempo mínimo, espera-se que o juiz tenha flexibilidade ao organizar a pauta, permitindo tempo apropriado aos profissionais envolvidos.

[10] MEDINA, José M. G. Direito processual civil moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 582.
[11] SPENGLER, 2021.

É essencial, portanto, que magistrados compreendam as demandas temporais da mediação e que os facilitadores saibam argumentar, quando necessário, para remarcar o ato, conforme possibilita o §2º do art. 334, desde que haja concordância das partes.

Em síntese, a audiência de conciliação e mediação prevista no art. 334 do CPC configura-se como um instrumento relevante de acesso à justiça no país. Ela estimula acordos mais céleres e satisfatórios, contribui para a redução da sobrecarga judicial e aumenta a efetividade da prestação jurisdicional. Reforça os princípios da economia e da celeridade processual, promovendo o protagonismo das partes na solução do litígio. Revela-se especialmente útil em litígios familiares, de vizinhança e empresariais, nos quais o diálogo pode preservar vínculos importantes. Com isso, impulsiona uma cultura de paz, diálogo e eficiência no sistema judicial brasileiro. Justamente sobre a audiência de mediação em âmbito familiar é o tópico que se desenvolve adiante

3. A AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO NAS AÇÕES FAMILIARES

A mediação pode representar uma alternativa mais eficaz, próxima e menos traumática para lidar com os conflitos familiares, uma vez que constitui um método interdisciplinar que busca estimular a autonomia e a responsabilidade das partes quanto às próprias decisões. Esse processo propicia um espaço de reflexão, promovendo o surgimento de novas possibilidades e caminhos para a resolução dos impasses. Diferentemente do modelo litigioso, a mediação é pautada na não adversariedade, almejando desmontar as barreiras comunicacionais e transformar situações de confronto em contextos cooperativos. O procedimento é voluntário e confidencial, sendo conduzido por um mediador imparcial, que tem como função primordial fomentar e facilitar o diálogo entre os envolvidos. Ainda que um acordo não seja atingido, se houver o restabelecimento de uma comunicação respeitosa, considera-se que a mediação obteve êxito[12].

Especificamente no campo das relações familiares, trata-se de um procedimento no qual, com o auxílio técnico de um terceiro, são exploradas as necessidades e os interesses das partes, permitindo a construção de decisões consensuais que podem ou não ser formalizadas judicialmente.

Dado que se vale de saberes oriundos de campos distintos, mas convergentes — como o Direito, a Psicologia e o Serviço Social —, a mediação familiar é considerada uma prática

[12] SPENGLER, Fabiana Marion. Pequeno Dicionário de Acesso à justiça. Vol. II. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2024.

de natureza transdisciplinar. Nesse processo, o mediador, em conjunto com um ou mais comediadores, forma uma equipe multidisciplinar, dotada de competências complementares, que oferece suporte integral aos envolvidos. A transdisciplinaridade tem como propósito integrar diferentes formas de conhecimento, criando uma rede capaz de atender às variadas necessidades humanas[13].

Desse modo, a mediação contribui para a difusão e o aperfeiçoamento de uma perspectiva interdisciplinar, oferecendo ao Direito das Famílias uma abordagem mais sensível à complexidade humana. A atuação inter e transdisciplinar exige do profissional das ciências humanas um exercício constante de empatia, contribuindo para a construção de um novo paradigma que se afaste da lógica da litigiosidade[14].

No contexto da mediação familiar, algumas práticas têm se consolidado com o tempo: a) em casos de dissolução conjugal, a mediação envolve inicialmente o casal, podendo estender-se aos demais membros da família; b) a obtenção de consenso depende tanto da habilidade do mediador quanto da real disposição das partes em rever posturas e abandonar condutas litigiosas; c) o trabalho do mediador é idealmente acompanhado por um comediador com formação distinta; d) o foco está nas relações familiares e conjugais; e) os negociadores são, em regra, os pais ou pessoas que constituíram uma vida familiar em comum; f) o consenso permite reestruturar a convivência familiar, priorizando o bem-estar dos filhos e a harmonia em disputas entre pais e filhos[15].

Importa ressaltar que a mediação não se aplica apenas a situações de divórcio. Seu alcance abrange todas as questões que envolvem relações familiares, como vínculos entre pais e filhos, irmãos (inclusive em contextos sucessórios) e demais membros do núcleo familiar. Contudo, há limites à aplicabilidade da mediação, especialmente em casos de violência doméstica, nos quais a prática pode ser inadequada ou inviável.

No Brasil, a mediação familiar tem sido desenvolvida por meio de sessões conjuntas ou separadas, das quais participam todos os envolvidos. O objetivo é: a) identificar as causas do conflito; b) compreender os motivos subjacentes; c) buscar caminhos inovadores para a resolução da disputa; d) impor limites ao litígio para evitar sua escalada; e) manter a imparcialidade do mediador; e f) redigir um acordo final, caso seja possível[16].

---

[13] MUSZKAT, Malvina E. et al. Mediação transdisciplinar. Uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. São Paulo: Summus, 2008.
[14] GROENINGA, Giselle Câmara. Mediação interdisciplinar. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 40, fev./mar., 2007, p. 152-170.
[15] GROENINGA, 2007.
[16] CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. Curitiba: Juruá, 2009.

Durante esse processo, os conflitos ganham novos significados. Quando as partes passam a compreender o seu papel na gênese do problema, tornam-se mais aptas a encontrar soluções consensuais que melhor atendam aos seus interesses.

Diversos são os benefícios atribuídos à mediação familiar, entre os quais destacam-se: a) sua natureza voluntária e sigilosa, que oferece maior segurança emocional aos envolvidos, especialmente em temas que requerem discrição; b) a divisão dos custos entre as partes, geralmente inferiores aos de um processo judicial, além da menor burocracia e da redução do estresse.

O Código de Processo Civil de 2015, mais sensível às questões humanas que permeiam o Direito das Famílias, dedicou dispositivos específicos aos conflitos familiares (arts. 693 a 699), reconhecendo sua particularidade emocional. Entre esses dispositivos, está o art. 694, que estimula a busca pela autocomposição e autoriza a suspensão do processo para que as partes possam se valer de mecanismos autocompositivos, inclusive extrajudiciais[17].Como destaca Medina[18] "nesses tipos de ações não se estará diante do exercício de opção pelas partes, quando há designação da audiência, mas sim de um espaço onde se tem primazia absoluta pela solução consensual dos conflitos". Isso significa que a audiência de mediação ou conciliação se tornará, na prática, quase sempre obrigatória.

O art. 696 do CPC também reforça esse direcionamento, permitindo "tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual", afastando a limitação temporal de dois meses prevista no art. 334, §2º.

Outra inovação relevante é a citação do réu desacompanhada da petição inicial. O art. 695 do CPC prevê que o ato citatório seja realizado sem anexar a petição inicial, justamente para evitar o agravamento do conflito por uma narrativa acusatória. No entanto, assegura-se o direito de acesso à petição "a qualquer tempo" (§1º), em respeito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Sobre isso, Fernanda Tartuce[19] observa que essa previsão constitucional "ao permitir que apenas uma das partes tenha ciência do que foi apresentado ao juiz, promove um desequilíbrio anti-isonômico no processo; se uma das partes apresentou sua versão em juízo, é decorrência do contraditório que haja sua cientificação". Além disso, esse dispositivo pode ferir um dos princípios fundamentais da mediação: o da decisão informada, que pressupõe o

[17] SPENGLER, F. M. Mediação no direito familista e sucessório. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.
[18] MEDINA, 2016, p. 869.
[19] TARTUCE, 2016, p. 337.

pleno conhecimento, por parte dos envolvidos, das circunstâncias do processo e do conflito em questão[20].

Dessa forma, percebe-se a interdependência entre as ações de família e os mecanismos de autocomposição, formando um novo eixo estruturante do processo civil contemporâneo. Porém, essa conexão pode se torna inadequada e até mesmo impossível nos casos de violência doméstica, tema que será objeto de análise no próximo item.

4. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: ENTRE A AUTOCOMPOSIÇÃO E A PROTEÇÃO

A audiência de conciliação e mediação, prevista nos arts. 334 e 695 do Código de Processo Civil, é um mecanismo voltado à autocomposição entre as partes, buscando soluções consensuais para os litígios. No campo do Direito de Família, essas audiências assumem um papel estratégico na pacificação das relações, possibilitando a manutenção de laços e a construção conjunta de acordos duradouros.

Contudo, o modelo autocompositivo tradicional encontrou limites com a promulgação da Lei 14.713/2023, especialmente no que diz respeito à sua aplicação em casos de violência doméstica e familiar. A nova legislação inseriu no CPC o art. 699-A, que determina que o juiz, antes do início da audiência de mediação ou conciliação, deve questionar as partes e o Ministério Público sobre a existência de risco de violência doméstica ou familiar, fixando prazo de cinco dias para apresentação de provas[21].

Essa medida busca impedir que vítimas de violência sejam obrigadas a comparecer a sessões com o agressor, o que poderia representar novo trauma ou exposição indevida. De acordo com Nejaim e Hildebrand[22], embora o CPC valorize a mediação e conciliação como formas legítimas de resolução de conflitos (art. 3º, §§2º e 3º), essa valorização não pode se sobrepor à proteção das partes em situação de vulnerabilidade.

---

[20] SPENGLER, 2024.

[21] DINIZ, Poliana. Guarda unilateral em caso de violência doméstica ou familiar praticada por um dos genitores. Jusbrasil, 10 nov. 2023. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/guarda-unilateral-em-caso-de-violencia-domestica-ou-familiar-praticada-por-um-dos-genitores/2036582648. Acesso em: 30 jul. 2025.

[22] NEJAIM, América Cardoso Barreto Lima; HILDEBRAND, Cecília Rodrigues Frutuoso. Há obrigatoriedade da designação da audiência de mediação e conciliação em ações de família com violência doméstica e familiar? Revista de Direito, v. 2, 2024.

Como observam as autoras, o artigo 695 do CPC já previa a realização de audiência nos processos de família, com enfoque conciliatório. No entanto, a Lei Maria da Penha, desde sua criação, já alertava para a inadequação da mediação em contextos de violência doméstica, especialmente pela assimetria de poder entre as partes[23].

A Lei 14.713/2023 reforça essa compreensão, integrando a lógica protetiva à dinâmica processual. A exclusão da audiência nesses casos deve ser compreendida como medida de segurança jurídica e psicológica, e não como exceção à regra da autocomposição. Como afirma Warat[24], a mediação deve promover o diálogo e a resolução do conflito — o que não é viável quando há medo, trauma e coação presentes na relação.

O art. 699-A também é relevante por atribuir ao juiz um papel ativo na verificação da existência de risco. Ainda que essa diligência dependa da colaboração das partes, trata-se de avanço no sentido de evitar revitimizações. A mediação e conciliação, em casos de violência, podem não apenas ser ineficazes, como também contraproducentes.

Por outro lado, a dispensa da audiência não significa abdicar do diálogo ou da tentativa de solução consensual, mas reconhecer que, em determinadas condições, a segurança e dignidade das partes prevalecem sobre a tentativa de acordo. Como afirmam Nejaim e Jaborandy[25], a justiça consensual deve visar o ganha-ganha, mas não à custa da integridade de uma das partes.

A Lei 14.713/2023 também deve ser lida em conjunto com a Resolução 254/2018 do CNJ, que já delimitava a atuação da mediação em processos envolvendo violência de gênero. A norma reafirma que a segurança da vítima e a não exposição ao agressor são pressupostos essenciais para qualquer tentativa de mediação[26].

Assim, a audiência de conciliação e mediação permanece como mecanismo relevante, mas condicionado à inexistência de violência. Sua imposição em contextos de vulnerabilidade contraria os princípios da boa-fé, igualdade e autodeterminação, que norteiam os métodos autocompositivos [27].

---

[23] NEJAIM; HILDEBRAND, 2024, p. 189-194.
[24] WARAT, Luis Alberto. A linguagem dos sentimentos: o direito como forma poética. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 52.
[25] NEJAIM, América Cardoso Barreto Lima; JABORANDY, Alberto. Justiça Coexistencial e Mediação. In: NEJAIM, América. Mediação e Conciliação nas Relações Familiares. Salvador: JusPodivm, 2018.
[26] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 254, de 4 de setembro de 2018. Institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Diário da Justiça Eletrônico: CNJ, Brasília, DF, n. 167, p. 55–59, 5 set. 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2669. Acesso em: 30 jul. 2025.
[27] BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a

Conclui-se que a Lei 14.713/2023 representa um importante ponto de inflexão na conciliação entre o direito à solução consensual dos litígios e a proteção das vítimas de violência. A adequação das práticas processuais à realidade das partes envolvidas é sinal de maturidade do sistema de justiça, que deve ser ao mesmo tempo eficiente e humanizado.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa concluiu que as audiências de conciliação e mediação familiar, embora relevantes no acesso à justiça, não garantem, por si só, efetividade nos casos que envolvem violência doméstica. A Lei 14.713/2023 fortaleceu a proteção de vítimas e crianças ao estabelecer limites à guarda compartilhada e prever etapas prévias à audiência, com averiguação de indícios de violência. Assim, a efetividade da mediação nesses contextos depende da adequada identificação dos riscos, do respeito à voluntariedade, da preservação da isonomia e da integridade das partes envolvidas. O acesso à justiça se concretiza, nesses casos, não pela imposição de diálogo, mas pela oferta de mecanismos sensíveis à vulnerabilidade das vítimas, assegurando-lhes proteção e dignidade.

Nessa linha de raciocínio, é importante primeiramente reforçar a necessidade de verificação de violência doméstica, uma vez que a introdução do art. 699-A do CPC, pela Lei 14.713/2023, constitui avanço relevante ao determinar que o juiz questione as partes e o Ministério Público sobre a existência de violência. Contudo, para que essa etapa seja eficaz, propõe-se o aperfeiçoamento de sistema de informação entre os órgãos de prevenção e punição à violência doméstica; os protocolos de avaliação, com escuta qualificada e colaboração de equipes interdisciplinares, também precisam ser aperfeiçoados a fim de evitar decisões baseadas apenas em formalismos ou subjetivismos.

Adiante, é necessário garantir a voluntariedade e a segurança nas audiências. Tal se dá porque a mediação, para ser legítima, deve ser voluntária, segura e informada. Assim, quando há violência doméstica, propõe-se a não realização da audiência. Em caso de necessidade do ato, ou quando a violência não está comprovada, a audiência deve acontecer com a expressa concordância da vítima e na presença de seu advogado. Para que a mediação aconteça é preciso fortalecer a escuta ativa da vítima; optar pela realização de sessões online ou com

Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 30 jul. 2025.

medidas protetivas reforçadas. Tais iniciativas podem evitar a revitimização, conforme os parâmetros do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero.

Do mesmo modo, carece diferenciar conflito de violência nos processos familiares. A Lei 14.713/2023 exige dos operadores do direito uma leitura crítica sobre a diferença entre conflito familiar (passível de mediação) e violência doméstica (que deve ser tratada com medidas protetivas). Propõe-se maior capacitação de magistrados e mediadores para essa distinção, a fim de que práticas restaurativas e consensuais não sejam indevidamente aplicadas quando existe desigualdade estrutural e ameaça à integridade das partes.

Por fim, é necessário investir em políticas públicas de mediação especializada em Direito de Família, com ênfase em contextos de vulnerabilidade. A proposta é estruturar núcleos de mediação familiar dentro dos Tribunais, com mediadores especializados em gênero, infância e violência doméstica, promovendo abordagens humanizadas, acolhedoras e realmente eficazes no tratamento dos litígios.

Em síntese, a Lei 14.713/2023 representa um marco na evolução do tratamento jurídico dos conflitos familiares, ao compatibilizar a promoção da autocomposição com a proteção de vítimas de violência doméstica. Ao reconhecer que nem todos os litígios são mediáveis, especialmente quando envolvem vulnerabilidade e risco, a legislação reafirma o compromisso do sistema de justiça com a dignidade humana, o melhor interesse da criança e a prevenção da revitimização. A audiência de conciliação e mediação continua sendo um instrumento valioso, desde que aplicada com discernimento, sensibilidade e segurança. A efetividade do acesso à justiça, portanto, depende da capacidade do Judiciário de equilibrar diálogo e proteção, promovendo soluções justas, humanizadas e adequadas à realidade de cada caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 254, de 4 de setembro de 2018. Institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Diário da Justiça Eletrônico: CNJ, Brasília, DF, n. 167, p. 55–59, 5 set. 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2669. Acesso em: 30 jul. 2025.

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/l10406.htm. Acesso em: jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 30 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.713, de 30 de outubro de 2023. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a guarda compartilhada em caso de violência doméstica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14713.htm. Acesso em: jul. 2025.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. Curitiba: Juruá, 2009.

DINIZ, Poliana. Guarda unilateral em caso de violência doméstica ou familiar praticada por um dos genitores. JusBrasil, 10 nov. 2023. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/guarda-unilateral-em-caso-de-violencia-domestica-ou-familiar-praticada-por-um-dos-genitores/2036582648. Acesso em: 30 jan. 2026.

GROENINGA, Giselle Câmara. Mediação interdisciplinar. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 40, fev./mar., 2007.

MEDINA, José M. G. Direito processual civil moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MUSZKAT, Malvina E. et al. Mediação transdisciplinar. Uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. São Paulo: Summus, 2008.

NEJAIM, América Cardoso Barreto Lima; HILDEBRAND, Cecília Rodrigues Frutuoso. Há obrigatoriedade da designação da audiência de mediação e conciliação em ações de família com violência doméstica e familiar? Revista de Direito, v. 2, 2024.

NEJAIM, América Cardoso Barreto Lima; JABORANDY, Alberto. Justiça Coexistencial e Mediação. In: NEJAIM, América. Mediação e Conciliação nas Relações Familiares. Salvador: JusPodivm, 2018.

SPENGLER NETO, Theobaldo.; ZUCHETTO, T. M.; FERREIRA, V.G. Conciliação, mediação e arbitragem no novo Código de Processo Civil (CPC). *In*: SPENGLER, Fabiana

Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Mediação, conciliação e arbitragem*:* artigo por artigo de acordo com a Lei nº 13.140/2015, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 262-289.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação no direito familista e sucessório. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; DORNELLES, Maini. Audiência de Conciliação no Código de Processo Civil de 2015: mapeamento de dados do relatório 'Justiça em Números' do Conselho Nacional de Justiça. Revista de Processo. v.360, p.451 - 468, 2025

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theoblado. A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334: questões controvertidas no código de processo civil de 2015 – CPC. Revista Juris Poiesis. v.20, p.41 - 63, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação de conflitos. Da teoria à prática. 3 ed. Livraria do Advogado: 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion. Pequeno Dicionário de Acesso à justiça. Vol. II. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2024.

TARTUCE, Fernanda. Mediação dos conflitos civis. São Paulo: Método, 2016.

WARAT, Luis Alberto. A linguagem dos sentimentos: o direito como forma poética. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

A MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO SUCESSÓRIO

Mediation as a national judicial policy for access to justice in succession law

Fabiana Marion Spengler[1]

Universidade de Santa Cruz do Sul

Theobaldo Spengler Neto[2]

Universidade de Santa Cruz do Sul

DOI: https://doi.org/10.62140/FSTN725519988

Resumo: As relações familiares foram alvos, nos últimos anos, de grandes alterações na sua conceituação e na sua conformação. O direito sucessório, tema de interesse direto no presente trabalho, é aquele que disciplina a destinação do patrimônio da pessoa física após sua morte. O direito sucessório não foi alvo de tantas transformações quanto o direito familista, mas é fonte de conflitos entre parentes próximos. Diante da hipótese de existência de conflitos qualificados por relações continuadas e de afeto, a pesquisa tem como ponto central as práticas mediativas enquanto mecanismos de acesso à justiça e de pacificação social questionando: a mediação é uma forma pacificadora de acesso à justiça na resolução dos conflitos advindos das relações de parentesco incluídas no rol do direito sucessório? Para fins de responder ao questionamento o texto abordará, primeiramente, a mediação de conflitos em seus aspectos conceituais, posteriormente será objeto de análise a escolha entre mediação e conciliação no tratamento dos conflitos sucessórios. Por fim, a importância das práticas mediativas na partilha da herança e a possibilidade de pacificação dos conflitos nascidos dessas relações será alvo de análise. Para alcançar o objetivo proposto o método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Como método de procedimento utilizou-se o monográfico. Como técnica aplicou-se a pesquisa bibliográfica. Os principais resultados apontam que a mediação e a conciliação são mecanismos diferentes de acesso à justiça e resolução de conflitos e que o primeiro deles (mediação) é eficiente na resolução de conflitos sucessórios, preservando ou restabelecendo os vínculos entre os seus participantes e pacificando os conflitos.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Conflito; Direito Sucessório; Mediação.

[1] Programa de Pós Graduação em Direito | Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil | fabiana@unisc.br | https://orcid.org/0000-0001-9477-5445

[2] Graduação em Direito | Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil | theobaldospengler@spengleradvocatio.com.br | https://orcid.org/0009-0006-9952-6513

Summary: Family relationships have undergone significant changes in their conceptualization and structure in recent years. Succession law, the subject of direct interest in this work, regulates the distribution of an individual's assets after their death. Succession law has not undergone as many transformations as family law, but it is a source of conflicts among close relatives. In the case of conflicts characterized by ongoing and affectionate relationships, this research focuses on mediation practices as mechanisms for access to justice and social pacification, questioning: is mediation a pacifying form of access to justice in resolving conflicts arising from kinship relationships covered by succession law? For the purpose of addressing the issue, the text will first discuss conflict mediation in its conceptual aspects; subsequently, it will analyze the choice between mediation and conciliation in handling succession disputes. Finally, the importance of mediative practices in the division of an inheritance and the possibility of resolving conflicts arising from these relationships will be examined. To achieve the proposed objective, the deductive approach method was used. As a procedural method, the monographic method was employed. Bibliographic research was applied as a technique. The main findings indicate that mediation and conciliation are different mechanisms for accessing justice and resolving conflicts, and that the former (mediation) is effective in resolving succession conflicts, preserving or restoring the bonds among participants and pacifying disputes.

Keywords: Access to Justice; Conflict; Succession Law; Mediation.

1. Introdução

As relações familiares foram alvos, nos últimos anos, de grandes alterações na sua conceituação e na sua conformação. Por conseguinte, os vínculos de parentesco também foram submetidos a mudanças significativas. Essas mudanças impactam no Direito das Famílias e no Direito das Sucessões uma vez que ambos se retroalimentam daqueles institutos (família e parentesco) que sofreram as referidas alterações.

Nesse sentido, importa esclarecer que o Direito Sucessório, tema de interesse direto no presente trabalho, disciplina a destinação do patrimônio de uma pessoa depois da morte, trazendo as regras que organizam a superação de conflitos de interesses envolvendo o destino do patrimônio de pessoa falecida. Então, sua matéria é a transmissão *causa mortis*.

Os herdeiros, por sua vez, são juridicamente conceituados como aqueles que recebem os bens. Porém nem sempre os herdeiros conseguem lidar com questões emocionais – o falecimento de uma pessoa querida – e com questões prático-jurídicas – a necessidade de organização dos problemas patrimoniais. Nesses casos, quando as dificuldades de relacionamento (emocionais) se instalam e dificultam, dentre outras coisas, a administração e resolução de questões financeiras (jurídicas) a mediação pode ser utilizada como meio de administrar tais conflitos possibilitando o restabelecimento da comunicação rompida, a

manutenção dos vínculos de parentesco e dos laços afetivos e o tratamento adequado dos direitos conflituosos.

Diante da hipótese de existência de conflitos qualificados por relações continuadas e de afeto, a pesquisa tem como ponto central as práticas mediativas enquanto mecanismos de acesso à justiça e de pacificação social questionando: a mediação é uma forma pacificadora de acesso à justiça na resolução dos conflitos advindos das relações de parentesco incluídas no rol do direito sucessório?

Para fins de responder ao questionamento o texto abordará, primeiramente, a mediação de conflitos em seus aspectos conceituais, posteriormente será objeto de análise a escolha entre mediação e conciliação no tratamento dos conflitos sucessórios. Por fim, a importância das práticas mediativas na partilha da herança e a possibilidade de pacificação dos conflitos nascidos dessas relações será alvo de análise.

Para alcançar o objetivo proposto o método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Como método de procedimento utilizou-se o monográfico. Como técnica aplicou-se a pesquisa bibliográfica.

2.1. A Mediação Enquanto Política Judiciária Nacional de Acesso à Justiça

A Política Judiciária Nacional[3] de Acesso à Justiça[4] é um instrumento essencial no contexto jurídico brasileiro, buscando estabelecer diretrizes para garantir que todos os cidadãos tenham acesso efetivo ao sistema de justiça. Esta política representa uma resposta à necessidade de promover a igualdade, a celeridade e a eficiência na resolução de conflitos,

[3] Política pública e a política judiciária nacional são conceitos distintos, tratando-se a âmbitos diferentes de atuação no contexto governamental; o primeiro é mais amplo e abrangente, enquanto o segundo está mais relacionado às questões judiciárias. Enquanto a política pública abrange uma variedade de setores e busca resolver problemas sociais de maneira ampla, a política judiciária nacional concentra-se especificamente nas questões relacionadas ao sistema judiciário, buscando aprimorar sua eficiência e garantir o acesso à justiça. Ambas desempenham papéis importantes na construção de uma sociedade mais justa, eficiente e inclusiva. (Spengler, 2024)

[4] Danielly Gontijo (2015, p. 34) salienta que existem "feixes formadores basilares" de acesso à justiça que podem ser assim compilados: a) acesso ao Direito (direito ao conhecimento e à informação, ao assessoramento técnico-jurídico, consulta jurídica e direito de provocar o Poder Público para concretização de prerrogativas; b) acesso aos tribunais (direito de ação, de desenvolvimento do processo, de decisão por parte do órgão jurisdicional, efetivação da tutela jurisdicional e de sua execução; c) garantia do processo justo e equitativo (devido processo legal: igualdade processual, ampla defesa e contraditório, conhecimento do processo, produção de provas, publicidade razoável duração do processo, decisão fundamentada, independência e imparcialidade do julgador, direcionamento do processo para o alcance da justiça material); d) implementação da igualdade material de acesso à Justiça, com vistas, especialmente, aos hipossuficientes.

alinhando-se aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (Spengler, 2024, p. 121).

O acesso à justiça é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988, e a Política Judiciária Nacional atua como um guia para sua efetivação. Uma de suas vertentes é a busca pela desburocratização e simplificação dos procedimentos, visando tornar o sistema mais acessível à população. Isso inclui o fomento à utilização de meios consensuais de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação, que promovem soluções mais ágeis (Spengler, 2024, p. 121).

A Política Judiciária Nacional de Acesso à Justiça evolui em consonância com os desafios e demandas da sociedade. A constante avaliação e revisão dessas diretrizes são essenciais para aprimorar as respostas do sistema judiciário aos anseios da população. A participação ativa da sociedade civil, advogados, defensores públicos e demais atores envolvidos no sistema judiciário é crucial para a efetiva implementação e aperfeiçoamento dessas políticas, garantindo que o acesso à justiça seja, de fato, um direito palpável para todos os cidadãos brasileiros.

Atualmente, a mediação está no foco das discussões devido à crescente preocupação em lidar com um desafio real: a significativa dificuldade de comunicação, um fenômeno paradoxal em uma era de grandes avanços na mídia. Essa questão se agrava quando a falta de comunicação ocorre dentro do seio familiar, envolvendo parentes próximos que compartilham a perda de um ou mais entes queridos. Apesar de compartilharem essa dor, encontram dificuldades em chegar a um consenso sobre a melhor abordagem para resolver as questões judiciais relacionadas à sucessão e à herança.

Nesse contexto, que envolve família e parentesco, no qual a necessidade de comunicação se demonstra constante, permeado por pessoas que não conseguem restabelecer o liame perdido, rompido pelo litígio (cuja consequência é a necessidade de uma comunicação "mediada"), surge a mediação como forma de tratamento de conflitos que possa responder a tal demanda. O termo "mediação" procede do latim "*mediare*", que significa mediar, intervir, dividir ao meio (Spengler, 2024).

A mediação poderá ser uma alternativa mais vantajosa, mais próxima e menos dolorosa para tratamento de conflitos familiares e sucessórios, pois é um procedimento interdisciplinar, que pretende conferir aos seus envolvidos autonomização e responsabilização por suas próprias decisões, convidando-os à reflexão e ampliando escolhas

e alternativas. Além disso, a mediação é não adversarial, pois pretende desconstruir impasses que impedem a comunicação, transformando uma situação de confronto em contexto colaborativo. Trata-se de um procedimento confidencial e voluntário, no qual o mediador, terceiro imparcial, facilita e promove a comunicação entre os conflitantes. Consequentemente, o acordo pode ser um dos desfechos possíveis, mas, ainda que não ocorra, se o diálogo amistoso foi restabelecido, a mediação poderá ser considerada exitosa. (Spengler, 2020)

Especificamente no âmbito familista e sucessório, é o procedimento que, por intermédio de técnicas de facilitação aplicadas por um terceiro, estabelece o contexto do conflito existente e identifica necessidades e interesses, auxiliando na produção de decisões consensuais, posteriormente traduzidas em um acordo levado ou não à homologação. Justamente porque utiliza os conhecimentos e os serviços de áreas próximas, porém diferentes (Direito, Psicologia e Serviço Social, por exemplo), a mediação familista/sucessória é considerada uma prática transdisciplinar (Spengler, 2024). Nela um mediador e um ou mais comediadores formam uma equipe multidisciplinar com várias competências que se complementam entre si, oferecendo assistência integral às pessoas. O papel da transdisciplinaridade é constituir um conhecimento em rede que permita a integração de diferentes paradigmas para atender a necessidades diversas (Muszkat *et al*, 2008).

Por conseguinte, como instrumento de difusão e aprimoramento da prática e do pensamento interdisciplinar, cumpre observar que nem todos os casos que envolvem o âmbito familiar ou sucessório são mediáveis. Existem limites na utilização da prática mediativa. Há, por exemplo, situações que envolvem violência e que podem, por isso, ser ou não objetos de mediação.

A mediação familiar e sucessória brasileira (assim como aquela realizada em outras áreas do Direito) vem se desenvolvendo em sessões conjuntas ou individuais (privadas), da qual participam todos os envolvidos no conflito. Nota-se que, no decorrer do processo de mediação, são atribuídas aos conflitos diferentes significações, sendo que, ao terem essa percepção, as partes, que acabam por se aceitarem como autores do problema, conseguem facilmente traçar a solução/forma de tratamento mais vantajosa.

Nesse contexto, a mediação, muitas vezes, a única forma de gestão democrática dos conflitos. O Código de Processo Civil brasileiro (CPC) de 2015, que parece ser mais humano no trato dos dilemas dos cidadãos, cria normas gerais para o procedimento das ações de

família e, por conseguinte, aquelas que dizem respeito a sucessão (arts. 693 a 699): uma vez que ambas transitam por sentimentos e sofrimentos (Spengler, 2024).

Exemplo claro da necessidade de mediação e da possibilidade de êxito nas suas sessões são os conflitos existentes entre irmãos a partir do falecimento dos pais. Muitas vezes os conflitos se traduzem em dificuldades na partilha da herança mas são mais antigos, encontrando-se enraizados em uma convivência difícil, que gerou uma infância de angústias e uma adolescência de problemas. Ao aportar a fase adulta o indivíduo se vê em conflito diante das dificuldades de relacionamento dentro da própria família e passa a apontar preferências (reais ou imaginárias) dos pais por um ou outro filho, além de parcialidade na resolução de problemas internos ao núcleo familiar. É comum que elogios e presentes sejam comparados e medidos e que, se a equidade não for absoluta, as dificuldades de comunicação e a convivência se tornem cada vez maiores. Nesses casos a mediação pode e deve ser utilizada! E as chances de êxito são consideráveis!

Porém, para que seja exitoso o procedimento de mediação, é fundamental que a todos seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas (Spengler, 2018). A prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia pelo favorecimento do diálogo entre os conflitantes.

2.2. Porque Utilizar a Mediação e não a Conciliação nos Conflitos Sucessórios?

A Resolução 125 do CNJ institui a mediação e a conciliação como políticas públicas de tratamento adequado de conflitos, porém, não as diferencia, tratando-as como se fossem institutos idênticos, com as mesmas características e servindo ao mesmo tipo de conflitos. Porém, as diferenças entre mediação e conciliação são significativas e importantes. Elas se dão quanto à conceituação propriamente dita, mas também operam de modo expressivo no papel desempenhado pelos profissionais que administram as sessões, pelo tipo de conflito nelas tratado, pelos objetivos perseguidos e pelos resultados almejados.

Antes de diferenciar mediação e conciliação, faz-se necessário referir que ambas estão elencadas como métodos autocompositivos de tratamento dos conflitos, colocando-se em contraponto aos chamados heterocompositivos (Spengler, 2016). A principal diferença entre autocomposição e heterocomposição diz respeito ao fato de que, enquanto nos processos heterocompositivos, cujos modelos são chamados adversariais (arbitragem e jurisdição) há

sempre vencedores e vencidos (ganha/perde), nos processos autocompositivos de modelos consensuais (negociação, mediação e conciliação) buscam-se as soluções vencedoras (ganha/ganha), observando os interesses de todos (Bacellar, 2011, p. 32).

Tal se dá porque a mediação constitui um procedimento de transformação dos antagonismos em pontos de convergências, não necessariamente em pontos de concordância, mediante a intervenção de um terceiro escolhido pelos conflitantes. A mediação consiste em um "dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito" (Cahali, 2015, p. 85).

O mediador tem, então, a tarefa de possibilitar que conflitantes expressem seus sentimentos e seus interesses dando a eles espaço para, de modo criativo, formular sugestões e propostas para a resolução adequada de seu conflito. O mediador não tem papel ativo na proposição de acordos, nem na orientação das partes quanto ao conflito. Essa tarefa não é da sua alçada (Spengler; Spengler Neto, 2022).

Esse papel mais amplo do mediador ajuda a compreender por que a mediação costuma se ajustar bem aos conflitos sucessórios, marcados por vínculos familiares pré-existentes e forte carga emocional. A ampliação das hipóteses de inventário e partilha extrajudicial pela Lei n.º 11.441/2007, procedimento que depende do consenso entre os herdeiros, reforça essa percepção ao privilegiar o diálogo e a construção conjunta de soluções.

Dados recentes da Associação dos Notários e Registradores (ANOREG) indicam que essa via consensual se consolidou ao longo dos anos; desde 2007, os Tabelionatos de Notas lavraram mais de 65 mil escrituras de partilha, revelando economia significativa ao Estado e maior rapidez na condução desses procedimentos (ANOREG, 2024, p. 12).

O relatório demonstra que, enquanto a partilha judicial envolve pelo menos sete etapas (petição inicial, contestação, réplica, fase probatória, sentença, eventual tramitação recursal em até três instâncias, cumprimento de sentença) e demanda, em média, pelo menos dois anos para ser concluída, a via extrajudicial ocorre, em regra, em um único ato, por meio de escritura pública finalizada em aproximadamente um dia (ANOREG, 2024, p. 12).

A diferença de custos também é expressiva. Segundo o levantamento, a partilha judicial apresenta custo médio de R$ 2.369,73 por processo, ao passo que o procedimento

extrajudicial gira em torno de R$ 324,00, resultando em economia estimada de R$ 122 milhões ao Estado apenas no âmbito das partilhas lavradas em cartório (ANOREG, 2024, p. 12).

O impacto é ainda mais significativo no caso dos inventários. Entre janeiro de 2007 a 30 de setembro de 2024, os Tabelionatos de Notas do Brasil lavraram mais de 2,6 milhões de inventários extrajudiciais, gerando economia acumulada de R$ 6,2 bilhões. Os estados com maior número de atos no período foram São Paulo (959.328), Paraná (288.562) e Minas Gerais (288.085) (ANOREG, 2024, p. 13, 84-85).

Assim como ocorre nas partilhas, a diferença de tempo entre as vias judicial e extrajudicial também se evidencia nos inventários: enquanto a modalidade judicial leva, em média, mais de dois anos, o inventário extrajudicial é concluído predominantemente em um único dia, mediante escritura pública (ANOREG, 2024, p. 13).

Essa realidade evidencia o papel relevante da mediação no âmbito sucessório e permite distingui-la da conciliação, que, embora também seja um método autocompositivo, possui finalidades diversas e segue uma dinâmica própria.

Assim, a conciliação é um instituto que tem por objetivo chegar voluntariamente a um acordo neutro e conta com a participação de um terceiro – conciliador – que intervém, podendo inclusive sugerir propostas para fins de dirigir a discussão. Na conciliação, o objetivo é o acordo. Nela, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um consenso para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se por ventura ele já existe (Cahali, 2015). Justamente por isso, o conciliador sugere, orienta, interfere e aconselha, sem analisar o conflito em profundidade.

Ao delimitar conciliação e mediação, observa-se que a diferença básica entre ambas se encontra na origem do conflito (aqui analisando se ele diz respeito a uma relação continuada, com existência de relação anterior entre os conflitantes – cunho subjetivo –; ou se trata de uma relação esporádica – de cunho objetivo), na postura do mediador/conciliador ou nas técnicas por ele empregadas (Cahali, 2015).

Além disso, a conciliação tem por objetivo principal a pacificação do litígio processual mediante a elaboração de um acordo. Já a mediação pretende humanizar o conflito, restabelecendo a comunicação rompida entre os litigantes e tornando-a viável e, se possível, harmoniosa. O acordo é efeito secundário da mediação, e não objetivo principal a ser perseguido, como é o caso da conciliação.

Em síntese e de maneira bem objetiva, a mediação e a conciliação diferem:

a) quanto ao conflito: na conciliação existem conflitos esporádicos, sem relacionamento prévio ou posterior entre os conflitantes. Ex.: relações de consumo ou acidente de trânsito; já na mediação existem conflitos nos quais os envolvidos possuem relações próximas anteriores ao litígio e que permanecerão (pelo menos assim se espera), íntegros após a resolução do mesmo. Exemplo típico são os conflitos do direito de família, direito sucessório ou aqueles pertencentes às relações de amizade e vizinhança;

b) quanto ao papel do mediador/conciliador: na mediação há uma terceira pessoa que atua como mediador, ajudando os conflitantes a restabelecer a comunicação. O mediador não sugere, não propõe, não orienta. O conciliador, ao contrário, é o terceiro que pode sugerir, propor, orientar e direcionar o debate e seus resultados.

c) quanto aos objetivos perseguidos: a mediação busca um tratamento adequado ao conflito que gere comunicação e satisfação dos envolvidos. O acordo pode ser uma consequência dessa dinâmica, mas um procedimento de mediação que não tenha se encerrado com um acordo não poderá ser chamado de inexitoso se possibilitou que os conflitantes voltassem a conversar. A mediação busca o consenso e a efetiva pacificação social. A conciliação tem por alvo principal alcançar o acordo, por isso é um procedimento focado na necessária composição entre as partes. O objetivo é solucionar o litígio mediante um acordo.

d) quanto às técnicas empregadas e à dinâmica das sessões: a mediação prevê o emprego de técnicas voltadas para a escuta e o desvelamento do real interesse envolvido no conflito. É um procedimento voltado aos conflitantes que se tornam protagonistas de suas histórias e da construção de respostas aos seus problemas. A mediação prevê sessões mais longas do que a conciliação, bem como a remarcação de tais sessões quando é necessário que o diálogo se mantenha e amadureça para que posteriormente sejam tomadas as decisões. Já a conciliação prevê o uso de técnicas de negociação mais voltadas para o acordo propriamente dito, ela estimula propostas e contrapropostas dos conflitantes e do conciliador. A conciliação acontece em sessões mais curtas e a hipótese de remarcação de novos encontros não é tão frequente.

Observa-se que mediação e conciliação são institutos afins, porém, diferentes. Cada um deles possui seus limites e possibilidades servindo a conflitos específicos, com características e formas de atuação também diferenciadas. Por isso distingui-los é importante.

A Resolução 125 não soube fazer essa distinção, tratando-os da mesma maneira perpetuou a confusão já existente. Somente com a entrada em vigor do CPC/2015 foi possível, no art. 165, § 1º e § 2º, diferenciar o papel a ser desempenhado por mediadores e conciliadores e com isso entender melhor as diferenças entre conciliação e mediação, concluindo que a mediação poderá ser melhor aproveitada em litígios envolvendo família e sucessões.

2.3. Importância da Mediação no Direito Sucessório

Conforme o anteriormente exposto, a mediação aplica-se com maior êxito do que a conciliação nos conflitos sucessórios. Essa maior aplicabilidade se dá a) no terreno emocional: manutenção dos laços afetivos e restabelecimento do diálogo e b) pode ser vislumbrada também no sentido jurídico-econômico: permite uma aplicação do direito civil e do processo civil pertinente ao direito sucessório de maneira célere, econômica e justa. Tudo porque:

> o valor dos bens envolvidos na sucessão pode provocar controvérsias consideráveis. Quando as disputas envolvem objetos de significado afetivo (altamente simbólico), não se pode resolver adequadamente a querela com base em uma objetividade matemática. Existindo fatores subjetivos quanto à valorização do bem, pode haver dificuldades para os operadores do direito por estar em jogo uma diferenciada ordem de valores na qual os desejos escampam à compreensão meramente objetiva que o sistema jurídico ordinariamente empreende à partilha de bens. Nessa conjuntura, o aporte interdisciplinar da mediação pode colaborar para descortinar os elementos subjetivos envolvidos na questão e amenizar as resistências dos envolvidos na pendenga (Tartuce, 2016, p. 286-287).

Além disso, quando os herdeiros são maiores e capazes, possuindo poderes e condições de definir entre si a partilha dos bens, esta poderá ser feita, conforme o art. 2.015 do Código Civil (CC), de forma consensual, mediante três caminhos: escritura pública; termo nos autos do inventário; ou escrito particular, homologado pelo juiz. Todos os três caminhos serão precedidos de negociação intermediada pelo diálogo que poderá acontecer nas sessões de mediação.

Seguindo o mesmo caminho escolhido pelo CC, o art. 659 do Código de Processo Civil, promulgado através da Lei 13.105/2015, determina que "a partilha amigável, celebrada

entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 660 a 663".

Em ambos os casos merece destaque a "possível eficiência da técnica mediadora para que os herdeiros possam chegar aos termos da partilha mais adequada segundo seus interesses" (Tartuce, 2016, p. 288). A mediação ganha importância principalmente porque se percebe que a previsão do procedimento está vinculada não ao valor dos bens (que pode variar), mas, sim, à existência de consenso entre os herdeiros maiores e capazes, o que possibilita a efetiva definição, pelos próprios interessados, dos rumos da partilha de bens (Tartuce, 2016, p. 288).

Ocorrendo divergência entre os herdeiros, a mediação pode colaborar conforme o já dito, para acalmar os ânimos dos litigantes, possibilitando aos conflitantes diálogo suficiente para o estabelecimento do consenso e, como consequência, a concordância sobre os termos da partilha.

O procedimento de mediação, além de meio eficaz psicológico, jurídico e econômico no tratamento dos conflitos sucessórios oferece como vantagens:

> - o sigilo, que faz parte do compromisso firmado com o mediador, porque não há divulgação publicitária, na maioria das vezes, alvo tão almejado pela imprensa;
>
> - a garantia de rapidez e qualidade em que os casos são resolvidos;
>
> - a imparcialidade na resolução de conflitos;
>
> - a justiça célere, eficaz e válida sem a necessidade de homologação judicial e de caráter definitivo;
>
> - um ambiente de respeito mútuo favorável na solução de conflitos;
>
> - a especialização do mediador que auxilia na composição do conflito familiar, em benefício da família, além de que são cobrados custos inferiores aos das ações judiciais, sendo apenas o necessário pelos serviços prestados na solução da ação (Lima, 2006, p. 73.

Nestes termos, a proposta da mediação no direito sucessório é resgatar a harmonização familiar, pacificando os herdeiros, trabalhando especialmente as inter-relações, desvelando a vontade das partes e ajustando questões emocionais complexas e importantes, tais como a culpa, a raiva, a vingança, a frustração, o desapontamento, a traição e a tristeza, dentre outros (Lima, 2006, p. 74).

Trabalhando desse modo a mediação torna possível uma mudança cultural substituindo o ganhaXperde pelo ganhaXganha e evitando uma geração de processos judiciais desnecessários, custos elevados e tempo despendido em prejuízos às partes. Com frequência, as decisões resultam inúteis[5], porquanto há inúmeros casos em que uma ou as duas partes não mais existem, por morte ou falência, podendo o impasse persistir com os herdeiros. Um absurdo que poderá ser evitado com rapidez, desde que sejam utilizadas as facilidades permitidas pela lei. Assim, a mediação é instrumento utilizado em países desenvolvidos com sucesso dada a rapidez dos procedimentos e o alcance das soluções (Sundfeld, 2008).

A realidade brasileira segue na mesma direção, como indicam os dados oficiais do Relatório Justiça em Números 2025, que demonstram o impacto da consensualidade no sistema judicial brasileiro. Em 2024, foram julgados 44,6 milhões de processos, um aumento de 9,8 milhões de casos em comparação com 2023, o que representa crescimento de 28,2%. O relatório também aponta um incremento acumulado de 88,2% na produtividade do Judiciário ao longo de 15 anos, mesmo com a queda observada em 2020 em razão da pandemia de covid-19 (CNJ, 2025, p. 247).

Os dados relativos às soluções consensuais também demonstram o papel crescente, embora ainda insuficiente, da mediação. Em 2024, 10,4% das sentenças e decisões terminativas foram homologatórias de acordo, percentual menor que o observado em 2023 (12,3%). Na fase de execução, as homologações corresponderam a 6,6% do total, índice que mais do que dobrou ao longo da série histórica, com aumento de 3 pontos percentuais entre

[5] Serve como exemplo de decisão inútil por vários motivos, dentre eles a morosidade judiciária brasileira, o desfecho de um processo acontecido em Rio Grande, onde os autos do inventário do comendador Domingos Faustino Correa foram doados definitivamente ao Departamento de Biblioteconomia e História da Fundação Universidade Federal de Rio Grande. A decisão é do Conselho da Magistratura do TJRS. O processo tramitou durante 107 anos e é considerado o mais longo de toda a história do Judiciário Gaúcho. O comendador, no leito de morte, mandou redigir seu testamento em 11 de junho de 1873, vindo a falecer 18 dias após. O inventário deu entrada no Foro de Rio Grande em 27 de junho de 1874. O processo tramitou por 107 anos, gerando uma verdadeira corrida atrás do "ouro" alegadamente deixado pelo inventariado. Ao longo desse tempo, milhares de "herdeiros" se habilitaram à herança. A meação do comendador jamais foi partilhada aos supostos herdeiros. A solução se deu a partir da designação de um juiz (Carlos Roberto Nunes Lengler) especialmente para presidir, sanear e julgar o feito. Todos os mais de 1.200 volumes processuais foram trazidos a Porto Alegre no início dos anos 80 e, seis meses depois, o processo teve sentença. Existe, ainda, notícia de demora na tramitação de um processo ajuizado em 1939. Trata-se do processo de inventário de Maria Eduarda Correa Simas, falecida em 31 de agosto de 1935, cuja abertura ocorreu em 29 de agosto de 1938, pelo inventariante Justino Correa Simas. O feito (n° 039/1.030032437-6) tramita na 2ª Vara Cível da Comarca de Viamão e se encontra arquivado administrativamente. Com a demora no tramitar do feito, as consequências foram nefastas: os herdeiros diretos faleceram; os bens foram todos alienados, ou cedidos onerosamente; ocorreu o esbulho de área rural de terceiros, o que determinou por parte dos prejudicados pedidos de providências policiais, bem como a abertura de processo criminal. (Editado em Porto Alegre em 20.06.2006 - Editor: Marco Antonio Birnfeld - 123@espacovital.com.br https://espacovital.com.br/fale-conosco#msg).

2015 e 2024. Esse avanço decorre, em grande medida, das políticas de incentivo à conciliação promovidas pelo Conselho Nacional da Justiça (CNJ, 2025, p. 264).

Na fase de conhecimento, o índice de conciliação atingiu 16,8%, apresentando leve queda de 1,7 ponto percentual em relação ao ano anterior. O segundo grau manteve estabilidade, enquanto o primeiro grau registrou redução de 2,3 pontos percentuais. Mesmo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que tornou obrigatória a audiência prévia de conciliação e mediação, não se observa impacto direto ou imediato dessa regra nas séries históricas do relatório (CNJ, 2025, p. 264).

O volume absoluto de sentenças homologatórias de acordo também demonstra o fortalecimento gradual da cultura consensual. Entre 2015 e 2024, houve crescimento de 52,4%, passando de 3 milhões para 4,6 milhões de homologações. Apenas entre 2023 e 2024 o aumento foi de 372,7 mil decisões, o que representa crescimento anual de 8,9% (CN, 2025, p. 264).

Importa referir, ainda, que a mediação possui custo modesto se comparada às custas processuais (que podem se tornar um problema maior quando fomentado pela lentidão). Ademais, quando as partes não possuem condições de arcar com os custos do procedimento de mediação, podem acessar a gratuidade prevista no artigo 98 do Código de Processo Civil, reforçada pela Lei nº 13.140/2015, que assegura aos necessitados o direito à mediação gratuita.

Porém, mais do que rapidez, baixo custo e confidencialidade (dentre outras características), a mediação deve ser utilizada no procedimento sucessório para que possibilite, além do consenso e da comunhão de esforços na partilha dos bens deixados pelo falecido, a partilha das memórias de uma convivência dividida entre quem se foi e aqueles que aqui permanecem e que precisam lidar com essa perda no sentido emocional e financeiro.

3. Metodologia

Para alcançar o objetivo proposto o método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Como método de procedimento utilizou-se o monográfico. Como técnica aplicou-se a pesquisa bibliográfica.

4. Considerações Finais

A mediação é realmente um importante meio de tratar conflitos e vem ganhando espaço diante da constatação de que conflitar é inerente as relações humanas de modo que o evento conflitivo não é patológico e sim fisiológico.

Nas relações familiares essa importância se acentua diante dos laços de afeto que precisam ser preservados e fortalecidos. Nesse ínterim, o conflito sucessório ganha notoriedade pois ao sofrimento pelo falecimento de um parente associa-se o sofrimento do "estar em conflito" por questões emocionais e financeiras, que fogem aos limites da herança e que afetam de modo direto o cotidiano dos envolvidos.

Nesses casos a mediação pode ser uma opção mais humana, mais rápida, mais barata, enfim, mais acessível em todos os sentidos de lidar com a conflitiva sucessória. Especialmente a mediação, quando bem conduzida, permite o diálogo, a troca de opiniões e de sentimentos sobre o assunto, estimula o nascimento de propostas e opções que podem pôr um ponto final ao impasse. Mais, ela responsabiliza os conflitantes por suas escolhas dando a eles autonomia para decidir sobre o participar ou não da sessão, para decidir sobre o propor ou não e sobre o aceitar o acordo proposto ou refutá-lo.

Assim considerada, a mediação é uma maneira mais democrática de decidir sobre as relações afetivas e econômicas dos conflitantes que, sem sombra de dúvidas, refletem, de modo direto, em todas as demais relações familiares existentes. É por isso, mais do que uma opção e mais do que uma forma adequada de tratar dos conflitos em geral e dos conflitos sucessórios em particular, um modo de humanizá-los, de devolvê-los ao ser humano, com todas as suas características, com suas peculiaridades e com suas possibilidades. É devolver o conflito ao seu dono, a sua origem... é personalizá-lo, pessoalizá-lo e não penalizá-lo!

5. Referências bibliográficas

ANOREG/BR. *Cartório em números: 6ª edição*. Brasília: ANOREG/BR, 2024. Disponível em: https://www.anoreg.org.br/site/comunicacao/revistas/cartorio-em-numeros/. Acesso em: 20 nov. 2025.

BACELLAR, R. P. O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução de conflitos. In: PELUSO, A. C.; RICHA, M. A. (Coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução 125 do CNJ*. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2025*. Brasília: CNJ, 2025. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/11/justica-em-numeros-2025.pdf. Acesso em: 20 nov. 2025.

GONTIJO, D. C. A. *O direito fundamental de acesso à justiça: em especial, as ações previdenciárias sem prévio requerimento administrativo no contexto brasileiro*. São Paulo: LTr, 2015.

LIMA, V. A. *Direito de família e mediação: uma análise sobre o meio judicial e extrajudicial para a solução de conflitos familiares*. 2006. Dissertação (Mestrado) — Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, 2006.

MUSZKAT, M. E.; OLIVEIRA, M. C.; UNBEHAUM, S.; MUSZKAT, S. *Mediação transdisciplinar: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero*. São Paulo: Summus, 2008.

SPENGLER, F. M. *La mediazione familiare in Brasile*. Quaderni di Conciliazione, Cagliari: Edizioni A V, v. 13, p. 85-93, 2020.

SPENGLER, F. M. *Mediação no direito familista e sucessório*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. *A arte e o acesso à justiça: correlações entre a cultura e os meios de resolução de conflitos*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, v. 1, 2023.

SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. Na comunidade e no Judiciário: diferenças e similitudes entre a mediação comunitária e a mediação institucional no Brasil. *Revista Jurídica*, v. 26, p. 1-23, 2022.

SUNDFELD, J. B. Os benefícios da mediação e da arbitragem. *Revista da FenADVB*, 2008.

TARTUCE, F. *Mediação dos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2016.

JURISDICTION, JUSTICIABILITY AND CORPORATE ESG CLAIMS: REFLECTIONS ON ITALIAN CASE LAW IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE

Federico Lubian[1]

Università di Padova

DOI: https://doi.org/10.62140/FL661727459

Summary: 1. Framing the Jurisdictional Problem in Corporate Climate Litigation; 2. Jurisdiction, justiciability and the external limits of judicial power; 3. Standing, victim status and the jurisdiction-merits divide in climate litigation; 4. Transnational climate harm and the construction of jurisdictional connecting factors; 5. Group strategy, separate legal personality and parent-company exposure; 6. Conclusive Remarks

Abstract: The article analyses how climate litigation places pressure on the procedural categories through which courts define the scope of adjudication. Using recent Italian case law as its principal point of reference, and adopting a comparative private law perspective, it argues that the key issue is not only whether courts have jurisdiction over corporate climate claims, but whether objections relating to political discretion, normative indeterminacy, standing, victim status, causal complexity, or transnational corporate organisation may be used to exclude such claims from judicial determination. The article develops this argument across four main lines of inquiry. It first examines the relationship between jurisdiction, justiciability, and the external limits of judicial power. It then turns to standing and victim status, showing how climate litigation destabilises traditional access-to-justice categories while reinforcing the distinction between threshold objections and merits-based assessment. A third section addresses the construction of jurisdictional connecting factors in disputes involving diffuse and transboundary climate harm, with particular attention to the interaction between rights-based claims and European private international law. The article then considers the significance of parent-company strategy and separate legal personality in the procedural treatment of climate claims involving multinational corporate groups. It argues that the comparative significance of recent Italian case law lies in its insistence that doctrinal novelty, structural complexity, and systemic implications do not in themselves justify a contraction of adjudication. Climate litigation, on this view, does not require the abandonment of traditional procedural categories, but their more disciplined and transparent application.

[1] PhD Researcher, Department of Political and Legal Sciences and International Studies, Università di Padova. Link ORCID https://orcid.org/0000-0002-3464-3413, federico.lubian@gmail.com

Keywords: corporate climate claims; justiciability; jurisdiction – merits divide; victim status; transnational climate harm; parent-company exposure.

1. Framing the Jurisdictional Problem in Corporate Climate Litigation

Climate litigation has become a significant testing ground for comparative private law not only because it raises difficult questions of causation, attribution, and remedies, but also because it places under strain the procedural categories through which courts define the scope of adjudication. In disputes concerning climate-related harm, objections framed in terms of political discretion, normative indeterminacy, standing, non-justiciability, or the transnational dispersion of damage are often used not simply to contest liability, but to prevent the court from reaching the merits. The threshold issue is therefore not only which court is competent, but whether the claim may enter judicial adjudication at all.

This article examines that problem through Order No. 20381 of 21 July 2025, delivered by the Italian Supreme Court sitting in Joint Civil Chambers in proceedings concerning a *regolamento di giurisdizione* under Article 41 of the Italian Code of Civil Procedure (c.p.c). Under Italian law, that mechanism allows the *Sezioni Unite* to issue a binding ruling on jurisdiction before the merits are decided. In the case at hand, the procedure arose in the context of a climate-related civil action brought against ENI, the Italian Ministry of Economy and Finance (MEF), and *Cassa Depositi e Prestiti* (CDP).[2] The applicants - representative associations and individuals - alleged that the defendants had failed to adopt conduct compatible with internationally recognised climate objectives and had thereby caused present and future harm to rights protected under domestic, European, and international law. The Court affirmed the jurisdiction of the Italian courts and remitted the proceedings to the Tribunal of Rome.

The significance of the order lies in its outcome as much as in its method. The *Sezioni Unite* reconstruct the claim as pleaded, identify the legal nature of the remedies sought, and rigorously distinguish jurisdictional issues from matters that concern the substantive tenability of the action. In doing so, the Court resists a recurrent tendency in climate litigation: the transformation of substantive objections into threshold objections, so that

[2] ENI is the parent company of a major Italian energy group historically centred on fossil fuels; MEF appears in the litigation as the State's reference shareholder; CDP, though transformed into a *società per azioni* in 2003, is described by the order itself as an entity whose nature remains "debated", with some treating it, in substance, as a public administration of autonomous order, cf. *Cons. Stato*, Sez. VI, 12 February 2007, No 550 and *Cons. Stato*, Comm. Spec., 7 November 2012, No 8178. Please consider M. GIACHETTI FANTINI, *La "straordinaria mutazione" del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, in Federalismi.it, 6/2018, 1-74.

jurisdiction becomes a filtering device against institutionally sensitive or doctrinally novel claims. The order is therefore important not because it recognises, at this stage, substantive climate obligations binding upon private actors, but because it rejects the procedural neutralisation of such claims through an over-expansive conception of jurisdictional limits.

From a comparative perspective, the decision occupies a particularly revealing intermediate position. It is not a case against the State entity seeking judicial correction of legislative or administrative inaction, nor is it yet a merits decision affirming a fully articulated model of private corporate climate liability. Rather, the Court treats the dispute as an ordinary non-contractual liability action notwithstanding its systemic factual background, the forward-looking structure of the remedies sought, and the presence among the defendants of entities linked to the public sphere but sued in their capacity as shareholders. At the same time, the order should be read against the broader supranational and comparative context in which climate litigation now develops, including the growing importance of the European Court of Human Rights' case law and the interaction between climate claims, fundamental-rights reasoning, and transnational adjudicatory frameworks.

The argument advanced here is that Order No. 20381/2025 is significant because it reconstructs jurisdiction in a way that prevents political salience, normative novelty, causal complexity, and transnational corporate structure from being used as threshold reasons for excluding adjudication. The order does not decide whether the legal sources invoked by the applicants generate enforceable duties directly incumbent upon private actors. Nor does it determine whether group-wide emissions may be attributed to the parent company, whether the claimant associations possess standing under domestic law, or whether the individual applicants satisfy the required threshold of victim status. What it does decide is that such questions concern the content, applicability, and proof of the rights invoked and therefore belong, in principle, to the merits. That proposition, though procedural in form, is of substantial importance for the future of climate litigation in Italy and potentially in a comparative perspective.

The article is structured accordingly. It first examines how the *Sezioni Unite* define the relationship between jurisdiction, justiciability, and the external limits of judicial power. It then turns to standing and victim status, with particular attention to the relevance attributed to recent case law before the European Court of Human Rights. It subsequently analyses the construction of jurisdictional connecting factors in relation to diffuse and transnational climate harm, before considering the role assigned to parent-company strategy and the limits

imposed by separate legal personality at the jurisdictional stage. The concluding remarks return to the broader significance of the order within contemporary comparative private law.

2. Jurisdiction, justiciability and the external limits of judicial power

A central aspect of Order No. 20381/2025 lies in the discipline with which the *Sezioni Unite* reconstruct the procedural problem before them. Its function is narrow and, precisely for that reason, doctrinally significant: it identifies what properly belongs to the jurisdictional plane and what must instead remain within the merits. In doing so, the Court addresses one of the most delicate features of contemporary climate litigation, the tendency to convert objections concerning the novelty, indeterminacy, or institutional sensitivity of the claim into threshold objections capable of excluding judicial adjudication altogether.[3]

The first step in the Court's reconstruction is its close attention to the content of the *actio* as pleaded. The *Sezioni Unite* do not approach the dispute through the abstract label of "climate litigation," nor do they infer its procedural nature from the political salience of the subject matter. Rather, they examine the remedies requested and the legal provisions expressly invoked by the applicants. As the order records, the claim is formally grounded in Articles 2043, 2050, 2051, and 2058 of the Italian Civil Code. It seeks, first, a declaration of non-contractual liability for the harm caused by the defendants' failure to reduce CO_2 emissions within the limits set by the legal sources invoked and, second, injunctive relief in specific form under Article 2058 c.c., accompanied by coercive monetary sanctions under Article 614-bis c.p.c. in case of non-compliance. The Sezioni Unite therefore classify the proceedings as an ordinary tort action, even though the remedies sought are not limited to retrospective compensation.[4]

That classification requires care. The Court does not endorse the applicants' theory that the Paris Agreement, the ECHR, and the amended constitutional provisions directly impose substantive duties upon the defendants. It merely records how the claim has been

[3] The section of the order dealing with jurisdiction and justiciability corresponds principally to §§7–7.2 of the Motivi della decisione. The admissibility of the *regolamento* is addressed at §6. In this regard please consider A. MARICONDA, *Separation of Powers and Climate Litigation: International Law as a Guide Between Judicial Activism and Legislative Prerogatives* in Athena – Critical Inquiries in Law, Philosophy and Globalization, 2025, 5(1), 142–174. https://doi.org/10.6092/issn.2724-6299/22114

[4] The specific remedies include: (a) a declaration of non-compliance with internationally recognised climate objectives; (b) a declaration of joint and several liability for all patrimonial and non-patrimonial damage; (c) an order requiring ENI to reduce aggregate CO_2 emissions by at least 45% relative to 2020 levels by the end of 2030; (d) an order requiring MEF and CDP to adopt a shareholder policy defining and monitoring ENI's climate objectives; (e) in the alternative, an order requiring all defendants to adopt the measures necessary to ensure compliance with the 1.5°C scenario.

framed. The applicants rely on the Paris Agreement as incorporated into Italian law through Law No. 204 of 2016, on Articles 2 and 8 ECHR, on Articles 9(3) and 41(2)–(3) of the Constitution as amended by Constitutional Law No. 1 of 2022, and on Articles 2050 and 2051 c.c. to reinforce the tort framework through categories linked to dangerous activities and custodial control.[5] The Court's reasoning remains rigorously procedural: it reconstructs the legal architecture of the claim in order to determine the nature of the action, not to validate the substantive propositions on which it rests.

The second step consists in distinguishing the present proceedings from a different model of climate litigation - claims directed against the State seeking judicial intervention into legislative or administrative climate policy. The contrast with the earlier Roman litigation – only relevant precedent in the Italian perspective - is decisive. In the proceedings concluded by *Tribunale di Roma*, 26 February 2024, No. 3552, the action had been brought against the Presidency of the Council of Ministers and sought, in substance, a judicial order compelling the State to adopt all measures necessary to reduce national emissions, including the alignment of the National Integrated Energy and Climate Plan (PNIEC) with international climate objectives.[6] The *Sezioni Unite* note that this was the type of litigation already encountered in other jurisdictions, citing the Dutch *Urgenda* proceedings, the German *Neubauer* decision, and the French *Notre Affaire à Tous* litigation.[7]

The present case is framed differently in both subjective and objective terms. It is directed not against the State as legislator or regulator, but against ENI and two entities linked to the public sphere - MEF and CDP - which, however, are sued not as public authorities but as reference shareholders. As the order states, what matters is that MEF and CDP were not called to answer for the failure to adopt regulatory or administrative measures within their respective institutional competences, but for the allegedly omitted or inadequate exercise of powers attributed to them under private law, in their capacity as shareholders

[5] The applicants invoke the Paris Agreement of 12 December 2015, ratified by Law No. 204 of 4 November 2016; Articles 2 and 8 ECHR, read in conjunction with Articles 2 and 7 CFREU; Articles 9(3) and 41(2)-(3) Cost., as amended by Constitutional Law No. 1 of 11 February 2022; and the principles of sustainable development and environmental action under Articles 3-ter and 3-quater of Legislative Decree No. 152 of 2006. Cf. C. Soulard, *Le juge judiciaire et le climat: une décennie de construction silencieuse depuis l'Accord de Paris* in *Revue Européenne du Droit*, 2025, 6.

[6] Trib. Roma, 26 February 2024, No. 3552. The order quotes that judgment extensively at §7.1, noting its conclusion that the interest invoked by the applicants did not fall within the category of legally protected subjective interests, because the decisions concerning the management of anthropogenic climate change involve discretionary evaluations of a socio-economic nature falling within the attribution of political organs.

[7] Respectively: Gerechtshof Den Haag, 9 October 2018; BVerfG, 24 March 2021 and Tribunal administratif de Paris, 3 February 2021

capable of influencing the strategy of the participated company.[8] The Court therefore removes the dispute from the paradigm of judicial review of public policy and places it within the framework of private-law adjudication.

This qualification underpins the Court's treatment of the first major jurisdictional objection: that entertaining the claim would entail an impermissible judicial intrusion into the sphere reserved to the political branches. The *Sezioni Unite* reject that objection by relying on a senseful understanding of what counts as encroachment upon legislative power. Such encroachment, the Court recalls, exists only where the judge does not apply an existing norm but instead substitutes it with a norm of its own creation, thereby engaging in normative production incompatible with the judicial function. No such encroachment arises where the court is called upon to decide an ordinary damages claim, even if the claim concerns harm allegedly connected to legislative or policy choices, provided that the court is not asked to replace those choices with its own normative determinations.[9]

The distinction is both formal and substantive. What matters is not the general political relevance of the factual context, but the legal operation required of the court. The order does not deny that the litigation touches politically sensitive matters. On the contrary, it is fully aware that climate litigation inevitably intersects with strategic choices concerning energy, industrial organisation, and long-term environmental governance. Yet the *Sezioni Unite* refuse to infer from that sensitivity a jurisdictional bar. A court exceeds its institutional function only if it creates new norms in place of applying existing ones; it does not do so merely because the dispute involves far-reaching policy implications. The task entrusted to the ordinary court is therefore limited to verifying whether the international and constitutional sources invoked by the applicants - or other norms possibly identified by the trial court in accordance with *jura novit curia* - are capable of grounding non-contractual liability and, where appropriate, reparation in specific form under Article 2058 c.c.

The same logic governs the Court's treatment of the second major objection: the alleged non-justiciability of the claim. Here the order is quite clear. Non-justiciability, where invoked on the ground that no norm can be identified in the legal order that is abstractly capable of protecting the interest asserted, does not raise a question of jurisdiction, it raises

[8] Order, §7.1. As regards CDP, the Court notes the still-debated nature of the entity following its transformation into a joint-stock company (Article 5, Decree-Law No. 269 of 30 September 2003), citing Cons. Stato, Sez. VI, 12 February 2007, No. 550 and Cons. Stato, Comm. Spec., 7 November 2012, No. 8178.

[9] Cf. Cass., Sez. Un., 26 December 2024, No. 34499; 9 July 2024, No. 18722; and 26 November 2021, No. 36899. The Court adds that even damages claim founded on the allegation of an omitted or illegitimate exercise of legislative power does not give rise to an absolute lack of jurisdiction, provided that only the harmfulness of the resulting legal regime is invoked: Cass., Sez. Un., 24 November 2021, No. 36373.

a question concerning the merits.[10] The Court therefore rejects the attempt to use Article 41 c.p.c. as a vehicle for obtaining a preliminary ruling on the substantive tenability of the applicants' legal argument.

The order reinforces that conclusion by identifying the kinds of inquiry that would be required if non-justiciability were assessed at the jurisdictional stage. Such an assessment would presuppose, among other things, verification of the binding force, vis-à-vis individual public or private actors, of the obligations deriving from the relevant international agreements and from the ECHR. It would also require engagement with the incorporation of Articles 2 and 8 ECHR through Articles 2 and 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as well as consideration of the Strasbourg Grand Chamber judgment in *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* of 9 April 2024. Those are not ancillary matters: they go to the heart of the substantive architecture of the claim. The *Sezioni Unite* therefore decline to undertake them within the framework of the *regolamento di giurisdizione*, precisely because that procedural instrument concerns only the identification of the court having jurisdiction. The same applies, the order adds, to possible questions of compatibility with EU law or of constitutional legitimacy under Article 117(1) Cost. for violation of international obligations.[11]

From a doctrinal point of view, the Court's approach is best understood as a rigorous defence of the jurisdiction–merits divide. The novelty of the legal issues does not deprive the judge of jurisdiction. Nor does the absence of settled precedent. Nor does the possibility that the trial court may eventually find the claim unsubstantiated or unsupported by the legal sources invoked. The *Sezioni Unite* expressly emphasise that the procedural recourse to a preliminary jurisdictional ruling was justified precisely because no relevant precedent of the Court of Cassation existed, because an analogous - though not identical - case had been dismissed at first instance for absolute lack of jurisdiction (Trib. Roma No. 3552/2024), and because multiple objections raised by the defendants had generated concrete uncertainty as to whether the ordinary court was empowered to adjudicate at all. In that sense, the order is not only a ruling on jurisdiction but also an affirmation that uncertainty about the merits cannot be transmuted into uncertainty about the existence of judicial power.

---

[10] Cf. Cass., Sez. Un., 27 March 2023, No. 8675; 16 January 2015, No. 647; and 4 August 2010, No. 18052. The cited precedents establish that non-justiciability, understood as the impossibility of identifying any norm abstractly capable of protecting the interest asserted, does not constitute a question of jurisdiction susceptible of being raised through the *regolamento di giurisdizione* under Article 41 c.p.c., but pertains to the merits.

[11] Cf. Cass., Sez. Un., 14 January 2022, No. 1083 which holds that holds that questions of compatibility with EU law or of constitutional legitimacy regarding the merits of the dispute cannot be raised within the framework of the *regolamento di giurisdizione*.

The comparative significance of this reasoning lies precisely here. The order does not yet align Italian law with those decisions that have affirmed substantive climate duties incumbent upon either States or corporations. Its contribution is more preliminary, but no less important: it insists that the external limits of judicial power must be defined narrowly, and that neither the public importance of climate policy, nor the doctrinal openness of the normative framework, nor the innovative structure of the remedies sought suffices, in itself, to remove the dispute from the domain of adjudication. The Court refrains from deciding what belongs to the trial court, but it equally refuses to let threshold categories become instruments of avoidance. That methodological choice constitutes one of the order's valuable contributions to the evolving law of climate and sustainability litigation.

3. Standing, victim status and the jurisdiction-merits divide in climate litigation

A further aspect of the order that deserves separate attention concerns the treatment of standing and victim status. The *Sezioni Unite* do not resolve these questions, but they identify them and locate them with precision within the procedural economy of the dispute. Once the claim has been recognised as falling in principle within the cognisance of the ordinary court, further objections concerning the existence of individual, actual, and concrete damage, as well as the standing of the claimant associations, cannot be entertained within the framework of the *regolamento di giurisdizione*.

The order is equally clear that questions concerning the existence of "individual, actual and concrete" damage and the standing of the claimant associations fall outside the scope of the *regolamento di giurisdizione*. For the *Sezioni Unite*, these issues – no less than non-justiciability – pertain to the merits rather than to jurisdiction. The point is fully consistent with the internal logic of the decision: once jurisdiction is confined to identifying the court vested with adjudicatory authority, objections directed at the sufficiency of individual harm or the legal position of associative claimants cannot be used as threshold devices to preclude judicial examination of the claim. The Court does not affirm that the individual applicants satisfy the domestic requirements of victim status, nor that the associations possess standing under Italian law.[12]

[12] For an assessment of the implications of the victimhood aspects cf. B. MAYER, *Victims in Climate Litigation*, in *International and Comparative Law Quarterly,* 2026, 1–29 doi:10.1017/S0020589325101358

The order's reference to the Grand Chamber judgment in *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* is particularly revealing.[13] The Court notes that standing had been recognised before the ECtHR on the basis of the victim-status criterion, which was interpreted by the Strasbourg Court - in the order's own words – "in a non-rigid and non-mechanical manner, but rather in an evolutionary and flexible way, having regard to the interests at stake and the conditions of contemporary society." That formulation is not casual. It shows that the *Sezioni Unite* were fully aware that recent climate adjudication before the ECtHR has re-opened the problem of access to justice in cases characterised by diffuse, cumulative, and future-oriented harm. At the same time, the order carefully refrains from converting that awareness into a positive holding on domestic standing.

That restraint is methodologically important. In *KlimaSeniorinnen*, the Grand Chamber accepted the association's standing under Article 34 ECHR while rejecting the individual applications for lack of victim status, thereby constructing a highly calibrated model of representational access to justice in climate cases. The Sezioni Unite use the Strasbourg reasoning as confirmation that questions concerning the legal relevance of individual exposure, the threshold of concreteness of harm, and the conditions under which associations may litigate climate-related claims are genuine adjudicatory questions, not grounds for denying jurisdiction *in limine*.[14]

The order is equally clear in identifying the domestic counterpoint to that Strasbourg background. The respondents, as the Court records, contested the standing of the associations through a restrictive reading of Article 310 of Legislative Decree No. 152 of 2006 (the "Environmental Code"). That provision recognises, in the context of environmental damage and in cases of delay by the competent Minister in activating precautionary, preventive, or damage-containment measures, the standing to seek compensation of *inter alia* natural or legal persons who are, or may be, affected by the environmental damage, or who hold an interest sufficient to justify participation in the

---

[13] ECtHR (GC), 9 April 2024, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, App. No. 53600/20. The order refers to the judgment at §§3 and 7.2. For a futher analysis of the decision cf. among others V. STOYANOVA, *In Search for the Content of States' Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: KlimaSeniorinnen and Climate Change* in C GOMES *et al* (eds), *Climate Change Before International Courts: A Comparative Study*, Routledge, 2025.

[14] In *KlimaSeniorinnen*, the Grand Chamber: (a) rejected the individual applications of four elderly women for lack of victim status (§§460–487), on the ground that they had not shown a sufficient degree of individual affectedness beyond the general impact of climate change on the population at large; and (b) admitted the association's application, holding that associations meeting specific criteria could claim to be "victims" under Article 34 ECHR for the purposes of climate litigation (§§488–526). The resulting "tailored approach" to standing is specific to the climate context and was not extended to the parallel cases (Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Others, App. No. 39371/20, and Carême v. France, App. No. 7189/21), in which the Court declared the applications inadmissible.

relevant administrative procedure. By expressly identifying that defence argument, the *Sezioni Unite* show that the domestic controversy is not abstract. It turns on the possible tension between a restrictive reading of domestic standing rules and the more flexible and evolutive reasoning recently adopted at the supranational level in relation to climate harm and collective representation.[15]

The order addresses the position of individual applicants as a separate matter from associative standing. Here too the Court stops short of any positive conclusion. It neither endorses nor rejects the proposition that climate-related deterioration in life expectancy, health conditions, or overall quality of life may satisfy the threshold of legally relevant personal damage under domestic law. But by excluding the issue from the scope of the jurisdictional inquiry, it confirms that the assessment must be undertaken by the judge of the merits on the basis of the factual allegations, the relevant legal sources, and the applicable evidentiary standards. The consequence is significant: arguments about the diffuse nature of climate harm or the difficulty of individualisation may still defeat the claim, but only after being tested as part of the substantive adjudication - not by way of a preliminary denial of cognisance.[16]

From the standpoint of comparative private law, climate litigation has repeatedly forced courts to confront the inadequacy of standing categories designed for bilateral and localised disputes. The problem is especially acute where the harm alleged is cumulative, scientifically mediated, and temporally extended, and where the persons affected are numerous, heterogeneous, and exposed to risk in different ways.[17] In such contexts, the distinction between public interest litigation and individual rights litigation becomes unstable, and the criteria for victimhood come under pressure.[18] The *Sezioni Unite* do not solve that instability, but they do something methodologically important: they refuse to treat it as a defect of judicial power.

---

[15] Article 310(1) of D.Lgs. No. 152 of 3 April 2006 (Codice dell'ambiente). The provision thus envisages both a direct-harm basis and an interest-based basis for standing, but applies specifically to the context of environmental damage proceedings and ministerial delay.

[16] Cf. R LUPORINI - A SAVARESI, *International Human Rights Bodies and Climate Litigation: Don't Look Up*, 2023, 32 RECIEL 267, 274, A HEFTI, 'Intersectional Victims as Agents of Change in International Human Rights-Based Climate Litigation, 2024, 13 TEL 610, 611.

[17] The problem has a substantial comparative bibliography. For a mapping, see SETZER - HIGHAM, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2024 Snapshot*, in *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment*, 2024; SAVARESI-SETZER, *Rights-Based Litigation in the Climate Emergency: Mapping the Landscape and New Knowledge Frontiers*, 2022, 13 J. Hum. Rts. & Env. 7.

[18] B. MAYER, *Victims in Climate Litigation* (2025) *International and Comparative Law Quarterly* 1–29, doi:10.1017/S0020589325101358.

The significance of this clarification becomes even more apparent when placed alongside the order's reference to *KlimaSeniorinnen*. The *Sezioni Unite* do not treat the Strasbourg judgment as dispositive for domestic law, but neither do they dismiss it as irrelevant. Instead, they register its existence as part of the interpretive environment in which the merits court will be required to operate. This is, in my view, the most balanced reading of the order. The decision does not import Strasbourg victim-status doctrine wholesale into Italian civil procedure. It nevertheless recognises that recent human-rights adjudication has altered the legal grammar in which access-to-justice arguments in climate cases must now be formulated. The domestic judge remains free - and obliged - to decide the issue under Italian law but cannot do so as if those developments had not occurred.[19]

4. Transnational climate harm and the construction of jurisdictional connecting factors

If the preceding sections clarify what the order excludes from the jurisdictional inquiry, the present one concerns the opposite movement: the positive construction of jurisdiction in a case characterised by diffuse harm, transboundary effects, and a corporate organisation extending across multiple jurisdictions. Here the *Sezioni Unite* make a technically demanding contribution. The Court does not merely reject the objection that Italian courts lack jurisdiction over damage allegedly caused abroad. It explains, with analytical precision rarely found in climate litigation, how the connecting factors of European private international law may be applied to a factual configuration in which emissions are geographically dispersed, effects are atmospherically diffuse, and the alleged wrongful conduct is framed at the level of group strategy rather than local operational acts.[20]

The Court begins by observing that, despite some lack of clarity in the pleadings, the applicants did not intend to assert the liability of ENI's subsidiaries incorporated and operating abroad. Rather, they sought to establish the liability of the parent company for the activity carried out by the group as a whole, attributing to ENI the failure to adopt an industrial and commercial strategy capable of ensuring a reduction of atmospheric CO_2 emissions within the quantitative and temporal limits indicated by the legal sources invoked.[21]

---

[19] This reading is supported by the structure of the order itself. The Court records the Strasbourg position and the respondents' domestic objection in a single continuous passage, thereby signalling that the tension between the two must be resolved at the merits stage. The use of the conjunction "invece" ("by contrast") is significant: it marks a contrast that the *Sezioni Unite* identify but deliberately do not resolve.

[20] The treatment of Italian jurisdiction over the claim against ENI appears at §§8 and 8.1.

[21] The Court begins by observing that, despite some lack of clarity in the pleadings, the applicants did not intend to assert the liability of ENI's subsidiaries incorporated and operating abroad. Rather, they sought to establish

The harmful event is thus identified, at the level of the applicants' allegations, not in the isolated conduct of individual foreign entities, but in a strategic omission or inadequacy attributed to the parent company and linked to the alleged infringement of rights to life, health, well-being, and, in the intergenerational perspective typical of climate litigation, to the protection of the environment for future generations. This reconstruction is central because it determines the legal lens through which the jurisdictional issue is approached.

Once the claim is framed in that way, the Court turns to Regulation (EU) No. 1215/2012. The applicability of Brussels I bis is relatively straightforward. The *Sezioni Unite* rely on the combined operation of Articles 4(1) and 7(2). Article 4(1) establishes the general rule that persons domiciled in a Member State must be sued before the courts of that State. Article 7(2) provides a special forum in matters relating to tort, allowing the defendant to be sued in the courts of the place where the harmful event occurred or may occur.[22] The Court faithfully recalls the settled interpretation of that provision in the case law of the Court of Justice: the claimant may choose between two alternative *fora*, namely the place where the damage materialised and the place of the event giving rise to the damage.[23]

The order then applies the well-known restrictive interpretation of Article 7(2). In particular, the expression "place where the harmful event occurred" cannot be read so broadly as to encompass any place where adverse consequences are felt. The place where the damage materialised must be identified by reference to the initial damage and not to the subsequent or indirect consequences of a prejudice occurring elsewhere.[24] This distinction - already well established in the law of transnational torts - becomes especially delicate in

---

the liability of the parent company for the activity carried out by the group as a whole, attributing to ENI the failure to adopt an industrial and commercial strategy capable of ensuring a reduction of atmospheric CO_2 emissions within the quantitative and temporal limits indicated by the legal sources invoked (Order, §8). The harmful event is thus identified, at the level of the applicants' allegations, not in the isolated conduct of individual foreign entities, but in a strategic omission or inadequacy attributed to the parent company and linked to the alleged infringement of rights to life, health, well-being, and, in the intergenerational perspective typical of climate litigation, to the protection of the environment for future generations. This reconstruction is central because it determines the legal lens through which the jurisdictional issue is approached.

[22] Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I bis), OJ 2012, L 351/1, Arts. 4(1) and 7(2).

[23] The dual-forum interpretation was established in CJEU, Case C-21/76, Bier v. Mines de Potasse d'Alsace, ECLI:EU:C:1976:166, [1976] ECR 1735. The order cites, inter alia, CJEU, Case C-220/88, Dumez France and Tracoba, ECLI:EU:C:1990:8; CJEU, Case C-189/08, Zuid-Chemie BV, ECLI:EU:C:2009:475; CJEU, Case C-343/19, Verein für Konsumenteninformation, ECLI:EU:C:2020:534 (Order, §8). The Court also references its own jurisprudence: Cass., Sez. Un., 17/12/2021, n. 40548; 9/02/2021, n. 3125; 15/12/2020, n. 28675.

[24] The restrictive interpretation is anchored in CJEU, Case C-304/17, Löber v. Barclays Bank, ECLI:EU:C:2018:701, and the "initial damage" distinction in CJEU, Case C-709/19, Vereniging van Effectenbezitters, ECLI:EU:C:2021:377; CJEU, Case C-451/18, Tibor-Trans, ECLI:EU:C:2019:635. The order also cites CJEU, Case C-425/22, La Mol Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt., ECLI:EU:C:2024:564 and Cass., Sez. Un., 17/05/2023, n. 13504 (Order, §8). For doctrinal discussion, see Hartley, 'Jurisdiction in Tort Claims for Non-Physical Harm Under Brussels 2012, Article 7(2)' (2018) 67 ICLQ 987.

climate litigation, where the causal chain is extended, the physical phenomenon is global, and the harmful consequences are distributed across space and time.

The key analytical move appears in the Court's treatment of the place where the damage materialised. The *Sezioni Unite* expressly acknowledge that greenhouse-gas emissions, although originating in sites where fossil fuels are produced, transported, and marketed, possess an inherently diffuse character, extending their effects across the entire terrestrial atmosphere.[25] Within that sphere, global temperature increase occurs and climate change unfolds. Yet the Court does not infer from that fact that "the damage is everywhere and therefore nowhere in particular." Instead, it distinguishes between atmospheric diffusion as a physical phenomenon and the legal materialisation of individual harm. The infringement of the rights invoked by the applicants - rights to life and to private and family life - is said to materialise in the place where they reside, namely where the alleged deterioration in life expectancy, health conditions, and overall quality of life is destined to occur and where the applicants have identified the individual, concrete, and current damage suffered by them.

This passage deserves careful assessment. The Court is not asserting that climate change as such is territorially reducible to the domicile of the victim. Its proposition is more limited. Given the structure of the claim as pleaded - centred on the infringement of individual rights through present and concrete effects on life, health, and well-being - the legally relevant damage, for jurisdictional purposes, is the individual damage identified by the applicants in the place where they live.[26] The Court uses the residence criterion not as a purely personal forum disconnected from the structure of the harm, but as the place in which the alleged initial legal injury takes shape in relation to the specific rights asserted. The move is narrower than an effects-based theory of universal jurisdiction and should not be read beyond that context.

The order does not stop there. The *Sezioni Unite* also consider the alternative connecting factor under Article 7(2), namely the place of the event giving rise to the damage. At first sight, that criterion appears difficult to apply in climate litigation. If one takes the physical generation of emissions as the relevant conduct, the result would be a plurality of possible fora corresponding to each State in which emissions were produced.[27] The Court

[25] Cf. Order, §8.1

[26] Cf. Order, §8.1 and D. BERTRAM, *Environmental Justice "Light"? Transnational Tort Litigation in the Corporate Anthropocen*e, in *German Law Journal*, 2022, 23(5), pp. 738–755. doi:10.1017/glj.2022.45.

[27] This problem is well illustrated in comparative literature. See ARISTOVA, Tort Litigation against Transnational Corporations: The Challenge of Jurisdiction in English Courts (OUP, 2024), chs 3–4, examining the 'jurisdictional veil' created by the territorial dispersion of corporate activities across multiple Member States.

indeed acknowledges this. On a purely physical reading of the causal sequence, the event giving rise to the damage would have to be identified in the plurality of places in which climate-altering emissions were generated through ENI's direct or indirect activity.

The order takes a decisive further step by locating the origin of the alleged harm not merely in the physical production of emissions, but in ENI's industrial and commercial strategy. Since that strategy is formulated by the company's governing bodies at its registered and operational headquarters, the relevant conduct may, for jurisdictional purposes, be localised within national territory. [28] The Court thus refuses both to reduce the event giving rise to the damage to the final act of emission and to allow the geographical dispersion of emissions to dissolve any coherent connecting factor. It accepts, at this stage only, that the allegation of a deficient parent-company strategy is sufficient to identify a unitary conduct capable of localisation at the seat of corporate decision-making, while leaving questions of causal efficacy, wrongfulness, and imputability to the merits.

The same logic governs the Court's treatment of foreign subsidiaries. The defendants had emphasised that a substantial share of the emissions was produced by entities incorporated and operating abroad. The *Sezioni Unite* decline to attribute jurisdictional significance to that circumstance, noting that those entities are not parties to the proceedings, which are directed exclusively against ENI in its capacity as parent company allegedly responsible for formulating and approving the group's industrial and commercial strategy.[29] Whether emissions produced by foreign subsidiaries may ultimately be attributed to ENI, having regard to their separate legal personality and operational autonomy, is therefore classified not as a question of jurisdiction, but as one of substantive attribution.[30]

This clarification is methodologically important. The order neither disregards the corporate structure of the group nor collapses separate legal personality at the jurisdictional stage. It simply refuses to treat that structure as a preliminary obstacle to adjudication. In this

---

[28] The emphasis placed by the *Sezioni Unite* on group strategy as the relevant level at which the harmful conduct may be localised is not without broader doctrinal resonance. Comparative debates in European private international law have likewise explored whether, in transnational climate disputes, the relevant connecting factor may lie not only in the dispersed geography of emissions, but also in the place where the parent company's climate-relevant corporate policy is formulated. The significance of that perspective lies less in any immediate solution to substantive attribution than in its capacity to identify, at a preliminary stage, a legally intelligible centre of conduct without collapsing the distinction between jurisdictional localisation and merits-based responsibility. Cf. O. Feraci, *Contenzioso Climatico e Diritto Internazionale Privato dell'Unione Europea*, 2025, Giappichelli, Torino, 198-222.

[29] Order, §8.1.3.

[30] The term "jurisdictional veil" is borrowed from ARISTOVA, Tort Litigation against Transnational Corporations *op. cit.*, who uses it to describe how the territorial dispersion of corporate activities across multiple legal entities creates a structural barrier to the assertion of adjudicatory competence, analogous to but distinct from the corporate veil in substantive law.

way, the Court avoids two symmetrical errors: it does not allow the formal autonomy of subsidiaries to operate as a jurisdictional shield, but neither does it pre-emptively pierce the corporate veil by treating the group as a single undifferentiated emitter.[31] More broadly, the decision shows that climate litigation does not require the abandonment of established jurisdictional categories, but their disciplined recalibration in light of diffuse harm and complex corporate organisation. By preserving the distinction between jurisdiction and merits, the Sezioni Unite ensure that the organisation of the group remains legally relevant, but relevant in the appropriate doctrinal register and at the appropriate procedural stage.[32]

5. Group strategy, separate legal personality and parent-company exposure

The preceding section has shown that the *Sezioni Unite* accept, for jurisdictional purposes, the applicants' characterisation of the alleged harmful conduct as located at the level of ENI's industrial and commercial strategy. That move acquires further significance when placed against the background of corporate group structure. The order raises, albeit indirectly, a broader question of comparative private law: how far may the parent company's strategic role serve as a juridically relevant basis for adjudication without collapsing the distinction between group coordination and legal unity? The answer given by the *Sezioni Unite* is deliberately limited but doctrinally important. The Court allows group strategy to operate as the basis for jurisdictional localisation, while carefully refusing to prejudge whether that same strategy will suffice, on the merits, to found liability for emissions generated throughout the group.

At the centre of the Court's reasoning lies a distinction between two analytically separate operations: the identification of the conduct alleged by the applicants to constitute the origin of the harmful process, and the attribution, under substantive law, of the damage resulting from that process to a given legal subject. The Sezioni Unite perform only the first. They observe that the applicants do not seek to establish the liability of foreign subsidiaries,

---

[31] For an overview, see SETZER-HIGHAM, Global Trends in Climate Change Litigation: 2024 Snapshot (Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 2024); PEEL-OSOFSKY, Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy (CUP, 2015).

[32] The comparative parallel with the Dutch experience is instructive. In Milieudefensie v. Royal Dutch Shell (Rb. Den Haag, 26 May 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339), the District Court ordered Shell to reduce CO_2 emissions across the entire Shell group by 45% by 2030. On appeal, the Hague Court of Appeal (12 November 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2352) reversed the specific reduction order but upheld the underlying finding that Shell carries a legal duty of care grounded in the indirect horizontal effect of human rights norms. The German Lliuya v. RWE (OLG Hamm, 28 May 2025, I-5 U 15/17), though ultimately dismissed on the facts, established over fifty-six pages that proportional causation for climate harm is cognisable in principle under § 1004 BGB, and that group subsidiaries may be treated as vicarious agents of the parent for emissions-attribution purposes.

nor do they request the court to disregard their separate legal personality. Rather, they attribute to ENI itself the failure to adopt a group-wide industrial and commercial strategy capable of ensuring emissions reductions in line with the invoked legal standards. This framing is sufficient, in the Court's view, to identify a unitary alleged event-generator located at the parent-company level. But it remains only that: a pleaded basis for jurisdiction, not a demonstrated basis for liability.

The distinction is expressed with notable clarity in the passages concerning the Ministry of Economy and Finance and Cassa Depositi e Prestiti. The Court notes that those defendants were sued not as public administrations responsible for adopting climate policies, but in their capacity as reference shareholders of ENI. The conduct complained of consists in the allegedly omitted or inadequate exercise of the powers available to them as shareholders for the purpose of directing the company's activity toward respect for the relevant climate objectives. This reinforces the Court's insistence that the litigation remains within private-law adjudication, even when some defendants are institutionally linked to the State, and illustrates a feature of the claim: the applicants identify distinct positions - parent company, controlling shareholders, operating entities - and attribute to each a different form of allegedly wrongful conduct.

The respondents had emphasised that a substantial share of the emissions was produced by subsidiaries incorporated and operating abroad, endowed with their own legal personality and enjoying entrepreneurial autonomy. The Sezioni Unite do not contest that premise. What they deny is that it is relevant to the prior question of which court has jurisdiction. Since the proceedings are directed against the parent company alone, and since the applicants allege that the parent's own strategic conduct constitutes the wrongful act, the existence of legally autonomous subsidiaries does not negate Italian jurisdiction. Whether the emissions generated by those subsidiaries may ultimately be imputed to the parent company is classified as a question concerning "the subject to whom the production of the alleged damage is attributable" and therefore belongs to the merits.[33]

The order does not refer to Article 2497 c.c. which establishes the liability of the entity exercising direction and coordination (*direzione e coordinamento*) where it acts, in its own entrepreneurial interest or in that of third parties, in violation of the principles of sound corporate and business management of the directed companies.[34] The provision is, however,

[33] Cf. Order 7.1 and 8.1.

[34] Article 2497(1) of the Italian Civil Code. G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e sostenibilità'* in P.G. MARCHETTI, S.P. ROSSI, G. STRAMPELLI, F. URBANI and M. VENTORUZZO (eds), *La s.p.a. nell'epoca della*

structurally addressed to two specific categories of claimant: shareholders of the directed company (who may claim for prejudice to the profitability and value of their participation) and creditors of the directed company (who may claim for injury to the integrity of the company's assets).[35] The climate claimants - natural persons and associations alleging harm to health, life expectancy, and environmental quality - fall squarely outside Article 2497's subjective scope. It would require a genuinely creative extension, unsupported by any Italian precedent, to read it as encompassing liability toward persons harmed by the environmental consequences of group-wide industrial strategy. The Sezioni Unite's silence may therefore reflect not oversight, surely for the object of the *regolamento* but it could be argued that the provision may be structurally ill-suited to the present configuration of the claim. The merits court will need to determine whether the general tort framework - Articles 2043, 2050, and 2058 c.c. – as integrated by applicable case law and commitments such as the internal code of conduct, can perform a function that the specific corporate-group provisions do not seem designed to fulfil.

The merits court will not operate in a doctrinal vacuum. Comparative experience already offers three distinct models of parent-company climate liability, each developed through general tort law and each engaging with the problem of group structure in a different way. The *Dutch model* provides a close substantive comparator. In *Milieudefensie v. Royal Dutch Shell*, the District Court held that Shell, as the ultimate parent determining group-wide climate policy, owed an unwritten duty of care under Article 6:162 BW which required it to reduce CO_2 emissions across the Shell group by 45% by 2030.[36] On appeal, the Hague Court of Appeal reversed the specific reduction order, but upheld the underlying finding that Shell carries a legal duty of care to curb dangerous climate change - one extending beyond what is required under EU legislation and grounded in the indirect horizontal effect of human rights norms.[37] The Dutch experience thus demonstrates both the viability and the limits of tort-

sostenibilità e della transizione tecnologica. Atti del Convegno internazionale di studi per il 70 anni della Rivista delle Società, Venezia, 10–11 novembre 2023, vol. II (Giuffrè Francis Lefebvre 2024) 1279–1306. For a recent attempt to connect the principle of "corretta gestione societaria e imprenditoriale" under Article 2497 c.c. with sustainability-oriented governance, see D. GASBARRO - F. PAOLONE, *La relazione tra sostenibilità e redditività aziendale: una lettura economico-aziendale del dovere di corretta gestione societaria ex art. 2497 c.c.* in *Giustizia Civile*, 4 March 2025.

[35] Article 2497(3) c.c. and its subsidiarity clause further confirms the provision's internal-constituency orientation. See Cass., Sez. I, 12/06/2015, n. 12254 (holding that Art. 2497(3) does not create supplementary liability but constitutes a condition of admissibility of the action under Art. 2497(1).

[36] Rb. Den Haag, 26 May 2021, Milieudefensie v. Royal Dutch Shell, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339. The legal basis was the general *maatschappelijke zorgvuldigheid* (social standard of care) under Art. 6:162 BW, interpreted in light of the Paris Agreement, Articles 2 and 8 ECHR, and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights.

[37] Gerechtshof Den Haag, 12 November 2024, Shell PLC v. Milieudefensie, ECLI:NL:GHDHA:2024:2352. The Court of Appeal held that the specific 45% reduction target could not be determined with sufficient

based parent-company climate liability: the principle survives appeal, but its operationalisation remains intensely contested.

The English common-law framework provides a structurally parallel approach. In *Vedanta Resources plc v. Lungowe* and *Okpabi v. Royal Dutch Shell Plc*, the UK Supreme Court made clear that separate legal personality does not, by itself, preclude the possibility that a parent company may owe a duty of care to persons harmed by the activities of its foreign subsidiaries. In *Vedanta*, Lord Briggs identified two paradigmatic routes to such liability: first, where the parent has in substance taken over the management of the relevant activity; secondly, where it has provided relevant advice or promulgated standards concerning the management of a particular risk. In *Okpabi*, the Supreme Court further refined that logic, holding that features such as group-wide policies, group-wide health and safety standards, operational control, and active advice or supervision may suffice to render arguable the existence of a duty of care. The significance of this line of authority, for present purposes, lies not in any substantive assimilation between English negligence law and Italian tort law, but in the underlying methodological convergence. As in the reasoning of the *Sezioni Unite*, the existence and extent of parent-company exposure are treated as matters for the merits, whereas separate legal personality is not allowed to operate, at the threshold stage, as an automatic barrier to adjudication.[38]

The German proportional-causation approach in Lliuya v. RWE addresses the attribution of subsidiary emissions to the parent through general tort law. The court rejected the argument that only directly produced emissions (Scope 1) were relevant, holding that group subsidiaries could be treated as vicarious agents of the parent that manages and controls the group.[39] Although the claim was ultimately dismissed on the facts, the court spent fifty-six pages establishing the conclusiveness of the plaintiff's arguments in principle - including on causation and attribution.

The order records that the applicants seek to establish the liability of MEF and CDP on the basis of their allegedly omitted or inadequate exercise of the powers belonging to

precision as applicable specifically to Shell, but upheld the existence of a legal duty of care extending beyond regulatory compliance. For analysis, see HFW, 'Milieudefensie v Shell - Key Takeaways from a Major Judgment on Climate Change and Corporate Responsibility' (December 2025); CCLR Climate Litigation Brief #4/2024 (Lexxion, 2025).

[38] S. VARVASTIAN – F. KALUNGA, *Transnational Corporate Liability for Environmental Damage and Climate Change: Reassessing Access to Justice after Vedanta v Lungowe*, 2020, 9(2) Transnational Environmental Law 323–345, doi:10.1017/S2047102520000138.

[39] OLG Hamm, 28 May 2025, Lliuya v. RWE, I-5 U 15/17. For analysis, see Verfassungsblog, Success Without Victory: Lliuya v. RWE Decided (June 2025); Germanwatch, Background Information on the Decision of the Higher Regional Court in the Case Lliuya v. RWE (2025).

them as shareholders. The novelty of this dimension should not be underestimated. The closest comparator is the *ClientEarth v. Shell* derivative action in England (High Court, May 2023), in which an NGO - acting as a minority shareholder - sought permission to bring a claim against Shell's Board for breach of duties under sections 172 and 174 of the Companies Act 2006, alleging a failure to adopt a strategy reasonably likely to meet Shell's climate targets.[40] The High Court dismissed the application, holding that the directors' approach to climate risk fell within the range of decisions a reasonable board could take.[41] The Italian claim operates through a different mechanism - external tort liability rather than internal derivative action - but pursues the same structural objective: holding those who control or influence corporate decision-making accountable for climate-inadequate strategy.

The European legislative context reinforces the order's significance. The original CSDDD (Directive 2024/1760) contained a harmonised civil liability regime for breaches of due diligence obligations across the value chain, together with a requirement for in-scope companies to adopt climate transition plans compatible with the 1.5°C target.[42] That trajectory has been decisively interrupted. The Omnibus I Directive, definitively adopted in December 2025 and entering into force on 18 March 2026, removes the harmonised civil liability regime altogether, deletes the climate transition plan obligation, and raises the scope thresholds, substantially reducing coverage in terms of scope of application.[43] The reversal carries a paradoxical implication. If harmonised EU legislation will no longer impose civil liability for failures of due diligence throughout the corporate group, the only available

---

[40] ClientEarth v. Shell plc & Ors [2023] EWHC 1137 (Ch); ClientEarth v. Shell plc & Ors [2023] EWHC 1897 (Ch) (oral hearing, Trower J, 24 July 2023). ClientEarth held approximately 27 shares in Shell.

[41] The High Court identified several reasons for refusing permission: (a) it is for the company's "proper constitutional organs" - not shareholders or the court - to determine how best to promote the company's success; (b) ClientEarth failed to establish a prima facie case that the directors' response to climate risk fell outside the range of decisions a reasonable board could take; (c) the derivative claim mechanism under Part 11 of the Companies Act 2006 is not designed to enable campaign-group shareholders to impose a particular climate strategy on the board. For analysis please cf. P. IGLESIAS-RODRÍGUEZ, *ClientEarth v Shell plc and the (Un)Suitability of UK Company Law and Litigation to Pursue Climate-Related Goals* (2023) 35(3) *Journal of Environmental Law* 445–474; E. ARISTOVA and L. NICHOLS, *Climate Change on the Board: Navigating Directors' Duties'* (2024) 24(2) *Journal of Corporate Law Studies* 479–514; E. WEBSTER, *Earth System Disruption, Legal Development and the Company: A UK Perspective* (2025) 45(1) *Legal Studies* 1–21.

[42] Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859, OJ 2024 L, 2024/1760, 5 July 2024.

[43] Directive (EU) 2026/470 of the European Parliament and of the Council of 24 February 2026 amended, inter alia, Directives 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 within the framework of the first Omnibus package on sustainability reporting and due diligence. According to the official legislative materials, the reform postpones aspects of the application timeline and significantly revises the original architecture of the CSDDD and CSRD simplification package. In particular, the related Commission proposal and legislative record emphasise the reduction of regulatory burden, the postponement of certain deadlines, and the amendment of the due diligence framework initially set out in Directive (EU) 2024/1760. For primary sources, see Directive (EU) 2026/470, OJ L, 2026/470; European Commission, Proposal COM(2025) 81 final, 26 February 2025; European Parliament, Legislative Train, 'First Omnibus Package on Sustainability'.

pathway for victims of climate-related harm is precisely the kind of claim the Sezioni Unite have allowed to proceed: one grounded in the general tort provisions of domestic law, potentially enriched by constitutional and ECHR norms. The dismantling of the legislative route places additional weight on the judicial one, making the Italian litigation more - not less - significant for the future of parent-company climate liability in European law

6. Conclusive Remarks

Order No. 20381/2025 matters less for what it *settles* in climate and ESG litigation than for what it *refuses to displace*. The Sezioni Unite treat a highly system-laden climate dispute as a private-law claim in tort and, in doing so, they safeguard a core structural distinction: the novelty, political salience and causal complexity of climate harm cannot be converted into jurisdictional objections designed to keep courts from ever reaching the merits. The case is therefore procedurally framed, yet institutionally consequential: it determines whether climate-related tort claims against corporate actors can enter ordinary adjudication without being "filtered out" by a jurisdictional overreach.

The technique is consistent across the order. First, the Court narrows the external limits of judicial power to the only scenario in which adjudication becomes constitutionally problematic-namely when the judge replaces existing norms with self-made ones. A claim remains justiciable, as a matter of jurisdiction, even when it touches areas traditionally associated with policy discretion, as long as the court is asked to apply (and interpret) existing sources rather than to legislate. Second, the Court relocates the most sensitive objections-non-justiciability in the sense of normative indeterminacy, victim status, and associative standing-on the merits side of the divide. This move does not expand substantive climate duties on private actors; it simply prevents substantive contestability from being transformed into an antecedent denial of judicial cognisance.

A third contribution concerns the construction of connecting factors for diffuse and transboundary climate harm. The *Sezioni Unite* apply Article 7(2) Brussels I bis without resorting either to an "everywhere and nowhere" account of climate damage or to a broad effects doctrine. They locate the place of initial legal injury in the claimants' residence and, alternatively, the event giving rise to the damage in the parent company's strategic decision-making seat. The territorial dispersion of emissions across subsidiaries does not negate jurisdiction, but raises a merits issue of attribution and proof. In this way, the order avoids

both a jurisdictional shield based on separate legal personality and a premature veil piercing at the threshold.

Placed alongside recent European developments, the order reads as part of a broader pattern in which courts are increasingly willing to keep climate disputes *inside* adjudication while calibrating the intensity of remedies and the evidentiary burden. Strasbourg's *KlimaSeniorinnen* judgment re-opened access-to-justice debates through a differentiated approach to representational standing and individual victim status. Dutch corporate climate litigation, after the Hague Court of Appeal's 2024 Shell judgment, illustrates how judicial recognition of a reduction obligation can coexist with reluctance to impose a precise percentage target. And the English line of parent-company duty-of-care cases shows, at the jurisdictional stage, how corporate separateness does not exhaust the analysis of control, assumption of responsibility and proximity.

Finally, timing matters. The EU's Sustainability Omnibus I Directive (Directive (EU) 2026/470) has removed the CSDDD's climate-transition-planning provision and has scaled back EU-level harmonisation of civil liability, pushing key choices back onto national private-law systems. In this context, procedural decisions that preserve access to ordinary courts-without pre-judging the merits-acquire added significance, because they keep open one of the remaining pathways through which corporate climate duties may be articulated in practice.[44] This conclusion becomes even more important if the Omnibus is read, not only as an episode of legislative simplification, but through the lens of European transnational private law: the partial retrenchment of Union legislation does not extinguish the transnational circulation of sustainability standards, which may continue to generate legal effects through contractual diffusion, market access conditions, private governance, and judicial reasoning across borders. Whether trial courts will ultimately recognise enforceable duties and grant forward-looking relief remains uncertain; but the order ensures that the decisive questions-duty, attribution within corporate groups, causation, proof, and the scope of injunctive remedies-will be confronted as matters of merits rather than avoided as matters of jurisdiction.

References

[44] On this broader methodological perspective, please cf. F. VIGLIONE, *Diritto privato europeo transnazionale? Il caso della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, LXXI, 871-895.

E. Aristova, Tort Litigation against Transnational Corporations: The Challenge of Jurisdiction in English Courts (Oxford University Press 2024).

E. Aristova and L. Nichols, Climate Change on the Board: Navigating Directors' Duties' (2024) 24(2) Journal of Corporate Law Studies 479–514

D. Bertram, Environmental Justice "Light"? Transnational Tort Litigation in the Corporate Anthropocene (2022) 23(5) German Law Journal 738–755.

O. Feraci, Contenzioso climatico e diritto internazionale privato dell'Unione Europea (Giappichelli 2025).

M. Giachetti Fantini, La "straordinaria mutazione" del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore, in Federalismi.it, 6/2018, 1-74.

D. Gasbarro - F. Paolone, La relazione tra sostenibilità e redditività aziendale: una lettura economico-aziendale del dovere di corretta gestione societaria ex art. 2497 c.c. in Giustizia Civile, 4 March 2025.

T.C. Hartley, Jurisdiction in Tort Claims for Non-Physical Harm under Brussels 2012, Article 7(2) (2018) 67(4) International and Comparative Law Quarterly 987–1012.

A. Hefti, Intersectional Victims as Agents of Change in International Human Rights-Based Climate Litigation (2024) 13(3) Transnational Environmental Law 610–634.

P. Iglesias-Rodríguez, ClientEarth v Shell plc and the (Un)Suitability of UK Company Law and Litigation to Pursue Climate-Related Goals (2023) 35(3) Journal of Environmental Law 445–474

R. Luporini and A. Savaresi, International Human Rights Bodies and Climate Litigation: Don't Look Up (2023) 32(2) Review of European, Comparative & International Environmental Law 267–281.

A. Mariconda, Separation of Powers and Climate Litigation: International Law as a Guide Between Judicial Activism and Legislative Prerogatives (2025) 5(1) Athena – Critical Inquiries in Law, Philosophy and Globalization 142–174.

B. Mayer, Victims in Climate Litigation (2025) International and Comparative Law Quarterly 1–29, doi:10.1017/S0020589325101358.

J. Peel and H.M. Osofsky, Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy (Cambridge University Press 2015).

A. Savaresi and J. Setzer, Rights-Based Litigation in the Climate Emergency: Mapping the Landscape and New Knowledge Frontiers (2022) 13(1) Journal of Human Rights and the Environment 7–34.

G. Scognamiglio, Gruppi di imprese e sostenibilità' in P.G. Marchetti, S.P. Rossi, G. Strampelli, F. Urbani and M. Ventoruzzo (eds), La s.p.a. nell'epoca della sostenibilità e della transizione tecnologica. Atti del Convegno internazionale di studi per il 70 anni della Rivista

delle Società, Venezia, 10–11 novembre 2023, vol. II (Giuffrè Francis Lefebvre 2024) 1279–1306.

J. Setzer and C. Higham, Global Trends in Climate Change Litigation: 2024 Snapshot (Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment 2024).

C. Soulard, Le juge judiciaire et le climat: une décennie de construction silencieuse depuis l'Accord de Paris in Revue Européenne du Droit, 2025, 6, available online at https://geopolitique.eu/articles/le-juge-judiciaire-et-le-climat-une-decennie-de-construction-silencieuse-depuis-laccord-de-paris/

V. Stoyanova, In Search for the Content of States' Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: KlimaSeniorinnen and Climate Change in C. Amado Gomes, H. Oliveira, A. Roch and M. Fermeglia (eds), Climate Change before International Courts: A Comparative Study (Routledge 2025).

S. Varvastian and F. Kalunga, Transnational Corporate Liability for Environmental Damage and Climate Change: Reassessing Access to Justice after Vedanta v Lungowe (2020) 9(2) Transnational Environmental Law 323–345.

F. Viglione, Diritto privato europeo transnazionale? Il caso della responsabilità civile, in Riv. dir. civ., 2025, LXXI, 871-895.

E. Webster, Earth System Disruption, Legal Development and the Company: A UK Perspective'(2025) 45(1) Legal Studies 1–21

DIREITOS

FUNDAMENTAIS

NA PERSPECTIVA ÍTALO-BRASILEIRA

VOLUME VII

Fábio da Silva Veiga
Filippo Viglione
Francesca Benatti
Coords.

IBEROJUR SCIENCE PRESS

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Spgi
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI
UNIVERTÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

ISBN: 978-9-89368-222-7