

# Anais de Artigos Completos - Volume 9 VI CIDHCoimbra 2021

## Organizadores:

Vital Moreira

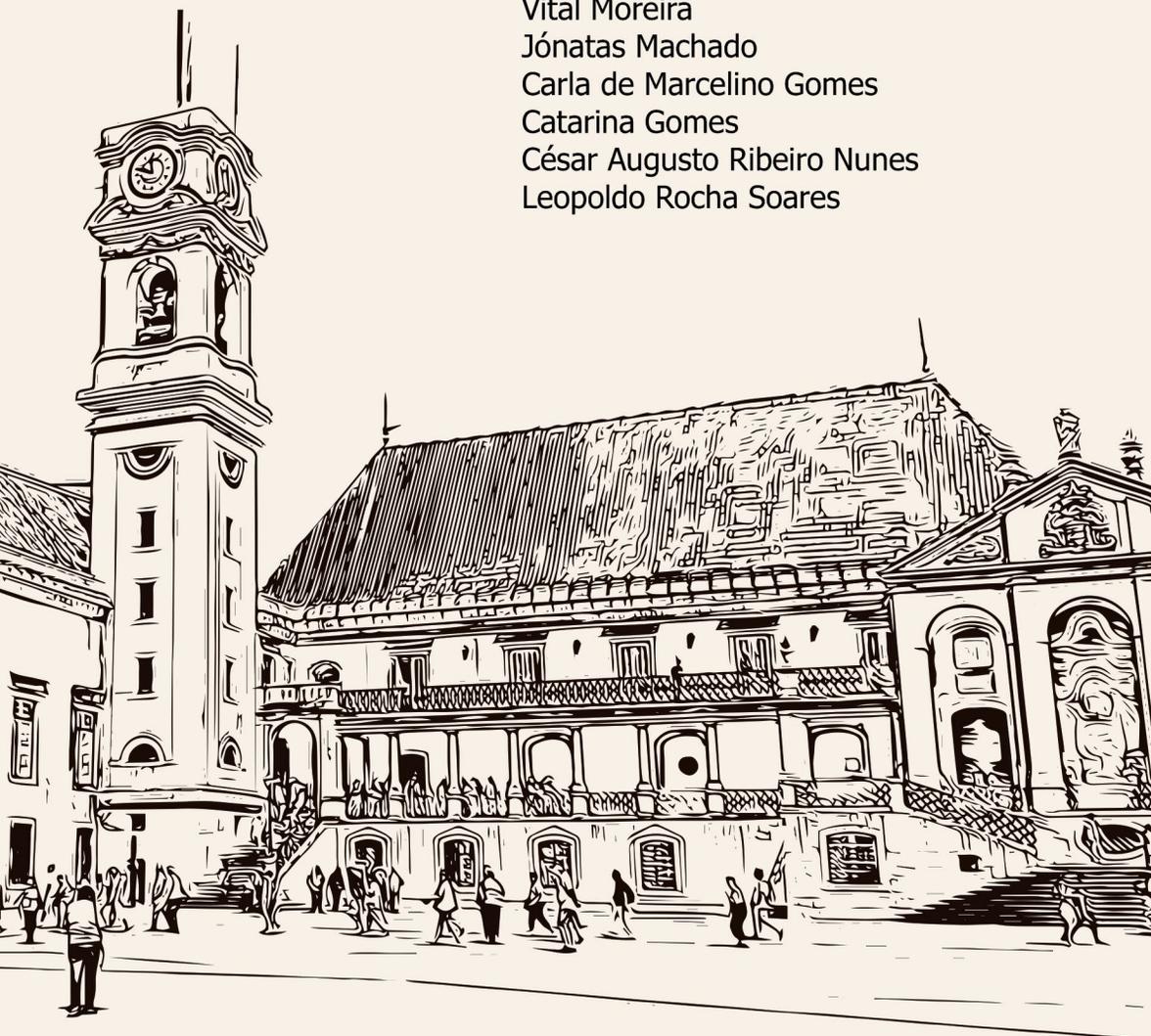
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)  
ISBN 978-65-89537-24-3



# VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

## ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA  
JÓNATAS MACHADO  
CARLA DE MARCELINO GOMES  
CATARINA GOMES  
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES  
LEOPOLDO ROCHA SOARES  
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO VI  
CIDHCoimbra 2021  
VOLUME 9**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**1ª edição**

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil  
Editora Brasílica / Edições Brasil  
2022**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2022

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes  
Capa e editoração: João J. F. Aguiar  
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo  
Revisão Geral: Comissão Organizadora do VI CIDHCoimbra 2021

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabete David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins, Marlene Rodrigues da Silva Aguiar. Colaboradores: Valdir Baldo e Gláucia Maria Rizzati Aguiar

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998. Todas as informações e perspectivas teóricas contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as. As figuras deste livro foram produzidas pelos/as autores/as, sendo exclusivamente responsáveis por elas. As opiniões expressas pelos/as autores/as são de sua exclusiva responsabilidade e não representam as opiniões dos/as respectivos/as organizadores/as, quando os/as houve, sendo certo que o IGC/CDH, o INPPDH, as instituições parceiras do Congresso, assim como as Comissões Científica e Organizadora não são oneradas, coletiva ou individualmente, pelos conteúdos dos trabalhos publicados.

A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto. Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato. Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo entre estas e os responsáveis pela produção da obra. As Editoras, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que os conteúdos resultarão no esperado pelo leitor. Caso seja necessário, as editoras disponibilizarão erratas em seus sites.

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do VI CIDHCoimbra 2021 - Volume 9 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasília / Edições Brasil, 2022.

425 p. Série Simpósios do VI CIDHCoimbra 2021

Inclui Bibliografia

ISBNs: 978-65-89537-24-3 / 978-65-86051-77-3

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica  
contato@edbrasilica.com.br / contato@edicoesbrasil.com.br

# VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

12 a 14 de Outubro de 2021 – Coimbra/Portugal

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

## VOLUME 9 - Composição dos Simpósios:

<p><b>Simpósio n.º 95</b></p> <p>ACESSO À JUSTIÇA PELA VIA DOS DIREITOS E AS NOVAS TECNOLOGIAS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Adriana Goulart de Sena Orsini e Wilson de Freitas Monteiro</p>
<p><b>Simpósio n.º 96</b></p> <p>DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E TECNOLOGIA: RISCOS E NOVAS TENDÊNCIAS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Rodrigo Maciel Cabral e Cecília de Aguilas Leindorf</p>
<p><b>Simpósio n.º 97</b></p> <p>O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Pablo Martins Bernardi Coelho e Elisa Hartwig</p>
<p><b>Simpósio n.º 100</b></p> <p>DIREITOS HUMANOS NA ERA CIBERCULTURAL: COMUNICAÇÃO, POLÍTICA E DEMOCRACIA NA SOCIEDADE DIGITAL</p> <p><b>Coordenadores:</b> Aparecida Luzia Alzira Zuin e Jorge Luiz de Moura Gurgel do Amaral</p>
<p><b>Simpósio n.º 101</b></p> <p>DIREITOS HUMANOS E SMART CITIES: ESPAÇOS URBANOS INTELIGENTES COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Camilo Stangherlim Ferraresi e Wilson Engelmann</p>
<p><b>Simpósio n.º 102</b></p> <p>BIOÉTICA E DIREITO PENAL DA MEDICINA</p> <p><b>Coordenadores:</b> Flávia Siqueira Cambraia e Izabele Guidoti Kasecker</p>
<p><b>Simpósio n.º 103</b></p> <p>O BIODIREITO EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS NA ERA TECNOLÓGICA</p> <p><b>Coordenadores:</b> Michely Vargas Del Puppo Romanello e José Geraldo Romanello Bueno</p>
<p><b>Simpósio n.º 109</b></p> <p>DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO UM DIREITO HUMANO NA ERA DO ANTROPOCENO: GOVERNANÇA, GLOBALIZAÇÃO, SEGURANÇA PÚBLICA E MUDANÇAS CLIMÁTICAS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Karla Karolina Harada Souza e Wagner Balera</p>

ISBN: 978-65-89537-24-3

**COMISSÃO CIENTÍFICA DO VI CIDHCOIMBRA 2021:**

**Membros Titulares:**

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Doutor César Augusto Ribeiro Nunes; e Doutor Leopoldo Rocha Soares.

**Membros Convidados:**

Prof. Doutor César Aparecido Nunes, Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin, Prof. Doutor Rafael Mario Iorio Filho, Mestre Alexandre Sanches Cunha, Mestre Orquídea Massarongo-Jona.

# SUMÁRIO

A Implementação do CEJUSC Virtual no Âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: o poder judiciário em prol do acesso à justiça .....	11
Newton Teixeira Carvalho	
O Legal Design Como Abordagem Transdisciplinar de Acesso à Justiça em Tempos de Inteligência Artificial .....	20
Luana Soares Ferreira Cruz	
Armas de Destruição Matemática em Confronto Com o Princípio da Universalização do Direito à Saúde e o Acesso À Justiça Pela Comunidade Negra.....	28
Gabriella Miraíra Abreu Bettio e Natália Carolina Vitoriano Oliveira	
Redução de Desigualdades, Governança Judicial e Justiça 4.0 no Brasil.....	38
Andréa Abrahão Costa	
A Justiça 4.0: uma análise do acesso à justiça no juízo 100% digital.....	47
Luísa Carolyn de Sousa Silva e Yuri da Silva de Ávila Matos	
Os Dilemas do <i>Visual Law</i> e o Acesso à Justiça Frente à Desigualdade Econômico-Jurídica .....	58
Camilla Rafael Fernandes e Isabella Lúcia Nogueira Silva	
Voto Impresso nas Eleições Brasileiras e Possíveis Prejuízos ao Acesso Material à Justiça .....	72
Tales Sarmiento Lacerda e Raphael Moreira Maia	
A Inclusão Digital e o Acesso à Justiça nas Favelas Brasileiras .....	81
Arthur Bernardo Cunha e Silva e Brenda Almeida Castagnel	
Acesso à Justiça: as Tecnologias Adotadas pelo Poder Judiciário na Revolução 4.0 em um Contexto de Desigualdade Social.....	92
Manoel Ferreira Ramos	
Online Dispute Resolution e Direito de Família: a busca pelo acesso à justiça pela via dos direitos no Brasil.....	102
Isadora Beatriz Magalhães Santos e Daniella Salvador Trigueiro Mendes	
Muito Produtivo, Mas Nada Deliberativo: o dilema do plenário virtual do Supremo brasileiro .....	113
Priscila Leal Seifert Viana e Marcella Barbosa de Castro	

A Aurora Paritária Chilena e a Ascensão de Algoritmos Que Não nos Veem.....	127
Luana Mathias Souto	
O Capitalismo de Vigilância Poderá se Tornar um Aliado dos Setores Públicos no Desenvolvimento de Serviços Sociais? .....	137
Gabrielle Cristina Menezes Ferreira Bonfim	
Por um Desenvolvimento Inclusivo na Quarta Revolução: Premissas Para a Responsabilidade Civil na Inteligência Artificial .....	148
Natália Tenorio Fireman Camelo	
A Necessidade de Regulamentação do Direito Fundamental a Proteção de Dados Pessoais/Digitais na CF/88 .....	162
Pollyana Mara Andrade Ferreira	
Ciberdemocracia: uma ágora digital? .....	172
Rossana Teresa Curioni Mergulhão	
Pedofilia e Tecnologia.....	185
Daniela Medeiros de Castro Barreto e Melline Castro Chiozzi	
<i>Visual Law, Legal Design</i> e Acesso à Justiça na Esfera Trabalhista: transformação digital a serviço da coletividade? .....	196
Adriana Goulart de Sena Orsini e Anna Jéssica Araújo Costa	
A Política de Proteção de Dados Pessoais Como uma Forma de Garantia de Direitos Fundamentais Diante de uma Nova Realidade no Capitalismo .....	206
Cláudio Fernando Almeida Silva	
Da Internet das Coisas a Internet do Comportamento na Proteção de Dados....	217
Fabiana Faraco Cebrian e Cinthia Obladen de Almendra Freitas	
As Audiências Telepresenciais em Plataformas Eletrônicas Durante a Pandemia e a Exclusão Digital: reflexos nos Direitos Humanos Processuais .....	231
João Paulo Kulczynski Forster	
A Responsabilidade Civil da Inteligência Artificial e sua Equivalência ao Humano ..	242
Ana Cláudia Miranda Lopes Assis e Cássio Castro Souza	
A (Re)Definição da Atuação Administrativa e o Direito Humano à cidade: a importância de uma releitura da teoria do ato administrativo .....	255
Dailor dos Santos e Gabriela Köchler Teixeira	

Empresas e Direitos Humanos: as empresas transnacionais como agente de efetivação de direitos.....	266
Matheus Henrique de Castro Pola	
A Segregação Racial nas Cidades: o direito à cidade como possibilidade de (re)organização de espaços urbanos inclusivos .....	275
Gabriela Nespolo	
Apreciação Crítica Acerca das Diretivas Antecipadas de Vontade à Luz do Direito Penal Brasileiro: breve análise sob a perspectiva de respeito à autonomia do paciente .....	284
Ana Paula Cardoso Leal e Giovanna Ribeiro Nunes	
Os Avanços Tecnológicos e Científicos da Medicina Moderna em Prol da Humanidade .....	293
José Geraldo Romanello Bueno e Michely Vargas Del Puppo Romanello	
Defensive Medicine and Health Justice .....	302
Ana Belén Cruz Valiño	
Adoção Embrionária: uma alternativa para reduzir o número de embriões criopreservados nas clínicas de reprodução assistida .....	311
Beatriz Kuster Degasperi	
Dignità Della Persona, Diritto Alla Vita e Progresso Tecnologico Medico Scientifico: Autodeterminazione e Dignità del Morire.....	324
Paolo Ciocia	
Impossibilidade do Reconhecimento das Famílias Paralelas no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Afronta à Autonomia Privada Regente do Direito de Família....	334
Mayana Zomegnan Barros	
Planejamento Familiar Como Garantia Constitucional e Seus Efeitos nas Famílias Menos Favorecidas.....	345
Pablo Henrique Faria Oliveira	
Adoção Tardia no Brasil: um grande desafio no cuidado de nossas crianças e adolescentes. ....	356
Maria Paula Lino Santos	
Transplante de Órgãos e a Ascensão das Novas Tecnologias de Bioimpressão 4D: uma visão interdisciplinar do biodireito e bioética .....	369
Vitória Faria Paschoalini	

A Educação Como Direito Humano – Educação e Meio Ambiente: Agenda 2030..	380
Roberta Soares da Silva e Roberto Kiraly	
Vulnerabilidades, Meio Ambiente e Responsabilidade Internacional: uma análise do caso brasileiro .....	390
Lucineia Rosa dos Santos e Juliana Melo Tsuruda	
A Sociedade Civil Como Sujeito de Direito Internacional nas Conferências das Nações Unidas Sobre Mudanças Climáticas .....	401
Enéas Xavier de Oliveira Junior	
Habitação um Caminho da Oportunidade para Alcançar a Dignidade.....	414
Oduwaldo José Harmbach	

# A IMPLEMENTAÇÃO DO CEJUSC VIRTUAL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS: O PODER JUDICIÁRIO EM PROL DO ACESSO À JUSTIÇA

**Newton Teixeira Carvalho**

Pós-doutor em Investigação e Docência Universitária. Doutor em Direito. Terceiro Vice-presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Professor de Direito de Família e de Processo Civil da Escola Superior Dom Helder Câmara

## **Resumo:**

Em face da pandemia de COVID-19, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais implementou, no segundo semestre de 2020, a modalidade virtual do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC. Assim, neste estudo, por meio de pesquisas empíricas, pretende-se demonstrar que já é possível identificar as vantagens do meio digital para o jurisdicionado, com a implementação desta ferramenta, em prol de uma maior rapidez nas soluções de conflitos, bem como evitar a judicialização excessiva e atender devidamente os mais necessitados, posto que: I) aumentou o índice de mediações, com a presença de profissionais qualificados e experientes na condução, que se interessaram em atuar voluntariamente; e II) mapeou-se o auxílio às comarcas que não tinham nenhum CEJUSC instalado. Ainda, por causa da pandemia várias comarcas tiveram seu acervo processual represado, com a impossibilidade de realização das audiências, principalmente nas cidades que ainda não contavam com um CEJUSC apto para tanto. Desta forma, o CEJUSC Virtual veio a atender essa demanda. Assim sendo, preliminarmente, pode-se afirmar que, com estes centros, também foi possível levar o atendimento pré-processual à população dessas comarcas, propiciando melhores resoluções de conflitos, evitando a judicialização excessiva, com o auxílio em projetos específicos, através de mutirões de conciliação e mediação.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; Políticas autocompositivas; CEJUSC virtual; Solução de conflitos.

## **Introdução**

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com o advento da

Resolução nº 125 (2010), trouxe disposições específicas sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Público, regulamentando os serviços que envolvem os métodos adequados de resolução de controvérsias, especialmente, a mediação e a conciliação e mais recentemente a justiça restaurativa, de forma que a sociedade tenha acesso a ordem jurídica justa e a soluções efetivas.

O próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, estimula a mediação e também os outros métodos de solução consensualizada de conflitos, que devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e Membros do Ministério Público, mesmo existindo processo em curso.

E, ao comentarem esse artigo 3º, do Código de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015) deixam assentando esta nova proposta, a exigir mudanças paradigmáticas de todos os que militam no Judiciário, posto que:

O novo Código tem como compromisso promover a solução consensual do litígio, sendo uma das suas marcas a viabilização de significativa abertura para a autonomia privada das partes – o que se manifesta não só no estímulo a que o resultado do processo seja fruto de consenso das partes (art. 3º, §§ 2º e 3º, CPC), mas também na possibilidade de estruturação contratual de determinados aspectos do processo (negócios processuais, art. 190, CPC, e calendário processual, art. 191, CPCV). O juiz dirigirá o processo com a incumbência de promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, V, CPC). Os conciliadores e mediadores judiciais são auxiliares do juízo cujas atribuições estão disciplinadas nos arts. 165 a 175, CPC.

Especificamente neste período (2020/21), o Poder Judiciário, representado por juízes e funcionários, teve que se recolher e trabalhar em casa, em cumprimento às normas sanitárias municipais e estaduais, consequência do advento da pandemia COVID-19, que ceifou a vida de milhões de pessoas mundo afora, infelizmente.

Entretanto, as políticas autocompositivas já estavam em pleno funcionamento, por meio dos CEJUSCs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que, entretanto, se faziam presentes em apenas algumas Comarcas de Minas Gerais. Precisávamos acelerar a instalações de outros, que também podem trabalhar virtual ou presencialmente.

Assim e considerando que o trabalho em casa era uma necessidade e foi bem desenvolvido durante estes quase dois anos de pandemia, precisávamos, lado outro, ainda resolver os problemas das ações não ajuizadas, considerando que também os advogados tinham dificuldade em atender a vários dos clientes deles ou quando o faziam, era virtualmente, sem desprezar ações ajuizadas, que careciam de audiência de instrução e julgamento, mas que poderia ser tentada uma nova conciliação, para cada uma.

O CEJUSC Virtual foi, portanto, instalado no dia 23/09/2020, por

meio da portaria conjunta da presidência e da terceira vice-presidência do TJMG, de nº 1.055/2020 e regulamentado pela portaria conjunta também da presidência e da terceira vice do TJMG, de nº 1.056/2020, tendo como Coordenador o Desembargador Henrique Abi-Ackel Torres e juízes adjuntos, Clayton Rosa de Resende, Dênia Francisca Tadorda e Waleska Oliveira Moraes. O acesso é por meio do site: [cejusc.virtual@tjmg.jus.br](mailto:cejusc.virtual@tjmg.jus.br).

Portanto, uma pequena equipe foi suficiente para cobrir todo o Estado, vindo ao encontro de uma Justiça mais célebre, menos burocrática, mais econômica e rápida. Além, dos CEJUSCs já instalados fisicamente, que também passaram a atender virtualmente.

Era, portanto, necessário acelerar a instalação de mais CERJUS, em prol de oferta de métodos adequados de solução de conflitos, no Estado de Minas Gerais, nas 297 (duzentos e noventa e sete) Comarcas. Assim é que restam a instalação de apenas 29 (vinte e nove) CEJUSCs. Tarefa que coube à 3ª Vice-Presidência daquela Corte.

Portanto, convivemos, concomitantemente, com o CEJUSC presencial, em quase todas as Comarcas Mineiras, que também podem atender virtualmente, sem desprezar o próprio CEJUSCs virtual, a evitar o deslocamento das partes até à sede da Comarca e o advogado também não precisará deslocar de seu local de trabalho, de sua cidade, o que acaba por baratear o preço do serviço e também maior rapidez na solução dos casos.

E também consequência do CEJUSC virtual veio o empresarial, principalmente em razão das dificuldades pelas quais passam os empresários, empregados e fornecedores. Precisávamos agir rápido, evitando possível quebra das empresas ou trazendo os envolvidos à mesa de negociação. Assim, nasceu o CEJUSC virtual empresarial.

Portanto, o CEJUSC virtual foi uma maneira de incluir várias pessoas que dependiam deste Centro para homologação de acordo, o mais rapidamente possível, e que puderam utilizar-se do pré-processual, ou seja, quando ainda não havia litígio, e do processual, ajuizando a ação, porém, requerendo o envio dos autos do processo para o CEJUSC, para audiência de conciliação, mediação, justiça restaurativa ou utilização de outro meio adequado para solução, via consenso, de suas divergências, evitando-se a eternização do litígio.

## **A realidade do CERJUSC virtual em Minas Gerais depois de mais de um ano de sua implementação**

Com a experiência obtida no CEJUSC Virtual foi possível identificar várias vantagens e potencialidades no que tange a mais esta ferramenta colocada à disposição de todos, com pouco mais de um ano de uso, no Estado de Minas Gerais, abaixo alinhavadas:

### **Aumento dos índices de mediações no TJMG**

Tão logo criado o CEJUSC Virtual um número expressivo de mediado-

res qualificados e experientes se interessou em atuar voluntariamente. Dessa forma, há possibilidade de agendamento de mediações em processos de comarcas que não contam com esse profissional, com qualidade no atendimento.

Foi a Resolução nº. 125/2010, do CNJ, que determinou a todos os Tribunais de Justiça que criassem os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania – NUPEMEC, como órgãos responsáveis pela implementação da Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, além da responsabilidade pelas instalações dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs, sua fiscalização, capacitação dos conciliadores, mediadores e demais atores dos métodos autocompositivos.

No âmbito do TJMG, a Resolução nº. 873/2018 dispôs sobre a estrutura e funcionamento do NUPEMEC, da Superintendência da Gestão da Inovação e do órgão da Secretaria do Tribunal de Justiça vinculado à Terceira Vice-presidência, estabelecendo normas para instalação dos CEJUSCs.

Nota-se que é preocupação, portanto, do TJMG, implementar os CEJUSCs em todas as Comarcas de Minas Gerais. Entretanto, a preocupação não é apenas com a quantidade, mas também com a qualidade do serviço a ser prestado, que será alcançada através da capacitação dos facilitadores, ou seja, das pessoas que recebem as partes naquele Centro, por meio do NUPEMEC.

### **Auxiliar comarcas que não tenham CEJUSC instalado (atualmente 29 Comarcas ainda não contam com o CEJUSC)**

Por conta da Pandemia da COVID-19, várias comarcas tiveram seu acervo processual represado com a impossibilidade de realização de audiências, principalmente aquelas que ainda não contam com um CEJUSC instalado. O CEJUSC Virtual tem o escopo de atender a essa demanda.

### **Auxiliar comarcas que não disponham suficientemente de equipamentos de videoconferência**

A Pandemia do Coronavírus ensejou na paralização de atendimentos presenciais. Rapidamente o TJMG procurou municiar as comarcas com equipamentos de videoconferência, mas foi surpreendido com a falta desses materiais no mercado. Desse modo, o CEJUSC Virtual pode atender às comarcas que não tinham equipamentos para acatar sua própria demanda de audiências de conciliação/mediação.

### **Auxiliar em projetos específicos, como mutirões de conciliação/mediação**

Rotineiramente várias partes, com grande volume de ações em tramita-

ção em diversas varas pelo Estado, desejam a realização de mutirões ou pautas concentradas de audiência, no intuito de encerrar os feitos por meio da conciliação. O CEJUSC Virtual pode auxiliar na realização destas propostas, principalmente em comarcas que não contam com CEJUSC instalado.

### **Atender solicitação de partes e/ou advogados que solicitem audiência de conciliação/mediação pré-processuais**

O CEJUSC Virtual proporciona o atendimento de demandas pré-processuais em comarcas que não contam com CEJUSC ou, embora tenham um Centro instalado, estejam com atendimentos suspensos, em razão da falta de equipamentos de videoconferência.

### **Oportunidade de realização do estágio supervisionado para os alunos dos cursos de conciliação/mediação ofertados pelo TJMG/EJEF**

Com o crescimento dos métodos adequados de solução de conflitos nos últimos anos, acompanhado das mudanças legislativas, um grande número de pessoas manifesta interesse nos cursos de conciliação e mediação ofertados pelo TJMG/EJEF.

Assim, tais cursos são ofertados pelo TJMG, por meio do NUPEMEC e da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, a partir de temáticas ditas pelo Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de padronizar as políticas autocompositivas em todo o país.

Para a conclusão do curso é exigida a realização de um estágio supervisionado de 60h, a ser realizado nos CEJUSCs ou em Juizados Especiais. No entanto, vários alunos não conseguiam concluir o estágio, em razão da insuficiência de casos nas comarcas onde mora, realidade essa agravada pela pandemia da COVID.

Nesse sentido, o CEJUSC Virtual pode proporcionar a realização do estágio remoto para esses alunos que encontram dificuldades para conclusão dos cursos.

### **Possibilidade de supervisão efetiva de alunos dos cursos de conciliação/mediação**

As videoconferências no CEJUSC Virtual possibilitam que os tutores dos cursos de conciliação ou mediação acompanhem remotamente a atuação de seus alunos, ensejando em uma supervisão efetiva, com feedbacks e avaliações, com base no atendimento prático, eis que a parte teórica foi realizada e para conclusão do curso é necessário a parte prática.

## **Possibilidade de realizar audiências cujas partes estejam em localizações diversas**

O modelo de audiências virtuais trouxe a possibilidade de comparecimento nas sessões de partes que estão fora da comarca, até mesmo em outros países, o que influencia diretamente no sucesso das audiências e também uma maior rapidez nas tentativas de negociações diretamente entre as partes.

## **Nascimento do CEJUSC empresarial como consequência do advento do CEJUSC virtual**

Também foi implementado em Minas Gerais o CEJUSC empresarial, permitindo que questões envolvendo a empresa, o empresário e demais atores envolvidos possam solucionar os conflitos, antes da quebra da empresa.

Assim é que as negociações no CEJUSC empresarial ocorrem tanto no setor pré-processual, bem como no processual. No pré-processual não há necessidade de ajuizamento de uma ação. Basta trazer o acordo para homologação ou pedir, então, uma audiência para tentativa de composição, antes da judicialização da demanda.

E, para que o setor pré-processual atenda a contento a todos foi criado o PAPRE Empresarial – Posto de atendimento pré-processual, com a possibilidade de assinatura de convênios com os parceiros interessados, a exemplo da FEDERAMINAS - Federação das Associações Comerciais e Empresariais de Minas Gerais e da FIEMG- Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais.

Os PAPRES serão vinculados ao CEJUSC das Comarcas e funcionarão da seguinte maneira: a) o TJMG oferece o suporte gerencial, apoio logístico, gerência compartilhada à distância e capacitação, além de homologar os acordos firmados no âmbito do PAPRE. Os acordos serão encaminhados por um sistema de informática pré-processual disponibilizado pelo próprio TJMG e homologados pelo Juiz Coordenador do CEJUSC local; b) o parceiro custeia e disponibiliza toda a infraestrutura e mão-de-obra necessária para a realização das sessões de mediação ou conciliação.

Trata-se de um projeto piloto e, portanto, implementando, inicialmente, nas Comarcas de Belo Horizonte e Contagem. E, como existem as Câmara Privadas de Mediação e Conciliação, supervisionada pelo TJMG, é possível que a FIEMG- Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais e as Associações Comerciais façam convênios com essas aludidas Câmaras, evitando gastos de mão-de-obra e também preocupação com infraestrutura.

E, por se tratar de um assunto especializado, teremos também a participação da EJEJF – Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes que, juntamente com a 3ª Vice-Presidência do TJMG, formatou curso específico para mediadores e conciliadores, que atuarão nos PAPREs. Para que o curso fosse bem prático e considerasse as peculiaridades das demandas empresariais, para

elaborá-lo contamos com a participação direta dos juízes das Varas Empresariais de Belo Horizonte e Contagem e serão envidados esforços para que os magistrados das Varas empresariais se capacitem em mediação e conciliação.

Uma vez consolidado o projeto na Comarca de Belo Horizonte e Contagem e com a correção de possíveis equívocos, que somente a prática mostrará, será o CEJUSC empresarial expandido por todo o Estado de Minas Gerais.

A preocupação com resolução das demandas, o mais rapidamente possível, via CEJUSC, principalmente com relação às questões empresariais, vai ao encontro da realidade mencionada pelos doutrinadores, Lia Regina Castaldi Sampaio e Eduardo Tabacow Hidal (2019), ou seja, em razão do número de pessoas que dependem de uma empresa e, por conseguinte, a repercussão social danosa que é a perpetuação do conflito:

As organizações constituem-se em uma enorme e complexa rede de conexões e interações entre as pessoas que dela fazem parte. Geram entre si inúmeras interrelações, algumas delas decorrentes da própria atividade profissional e outras resultantes das afinidades pessoais e ou sociais de cada um de seus membros. Este quadro acaba por transformá-las, seja de micro, pequeno, médio ou até grande porte, em um terreno fértil e privilegiado, onde prosperam diversos conflitos. Conflitos estes relativos às inúmeras e intensas atividades internas decorrentes do cotidiano das organizações.

Portanto, a ênfase do projeto é com a fase pré-processual que, com certeza, diminuirá o número de demandas empresariais e, se porventura ajuizada alguma ação, os mesmos conciliadores e mediadores capacitados para atuar na fase pré-processual atuarão na fase processual.

## **Conclusão**

A implementação das políticas autocompositivas exige superação de paradigma, ou seja, que saíamos de uma política belicosa, que se realiza através do devido processo legal, na qual há contendores e pouco direito de fala das partes, para uma política pacificadora, com a participação direta dos conflitantes, que constroem seus próprios acordos.

O princípio do devido processo legal, não obstante um avanço, principalmente depois de sua previsão na nossa Constituição Republicana de 1988, exige um tempo que não é o mais esperado por essa sociedade multicomplexa e fluída.

E as partes nos autos do processo são representadas e nem sempre seus representantes, os advogados, levam os fatos, como realmente aconteceram, para o debate, em razão das técnicas processuais, da estratégia do causídico ou até mesmo por entender que várias falas não merecem ser acolhidas ou sequer escutadas.

Assim, no devido processo legal prevalece, quase sempre, a técnica sobre diálogo, sobre o real, e a demora em solucionar o caso acaba por gerar injustiça, podendo até mesmo descontentar ambas as partes. Portanto, no devido processo legal há uma crise de legitimação, considerando que as partes ficam distantes e apenas aguardando soluções para os seus casos e acabam, em grande parte, não compreendendo o desfecho de suas demandas, considerando que ficavam distante do debate.

Portanto, o incentivo à utilização aos métodos adequados de soluções de conflitos deve partir, antes de tudo, do sistema de justiça e também dos advogados. O Poder Judiciário de Minas vem fazendo a sua parte, com a criação dos CEJUSCs – virtuais, inclusive empresariais, ou presenciais, bem como incentivando a utilização, nestes Centros da conciliação, da mediação, da justiça restaurativa, do direito sistêmico, de maneira que a porta do litígio, por meio dos autos do processo, seja a última a ser adentrada, dado que mais formal, cara e demorada.

Assim sendo, são ferramentas que não podem ser desprezadas pelo advogado, considerando que os meios adequados de solução de conflito vão ao encontro da justiça pacificadora, almejada por todos. Tanto é que, pessoas com inúmeras ações em varas pelo Estado de Minas Gerais, desejam a realização de mutirões ou pautas concentradas de audiência, no intuito de encerrar os feitos por meio das formas consensuais de solução de conflitos.

Depois, há que se considerar, também, que inúmeras pessoas não tinham acesso ao Poder Judiciário, considerando que ainda hoje nem todas as Comarcas de Minas Gerais tem defensor público e as causas não interessavam aos advogados, considerando que eram de pequeno valor, em termos de contratação de honorários advocatícios. O CEJUSC Virtual auxilia em ações desse tipo, promovendo a cidadania, a partir do efetivo acesso à justiça, permitindo que pessoas adentrem naquele Centro desacompanhada de advogado, para tentativa de negociação e, por meio do CEJUSC empresarial virtual, evita-se a quebra de inúmeras empresas, o que geraria mais pessoas desempregadas neste país.

## Referências

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 27 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf). Acesso em 15 fev. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 97.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; HIDAL, Eduardo Tabacow. *Mediação comercial*

e corporativa. In: LAGRASTA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal (Org.). **Conciliação e Mediação** – Ensino e Construção, 2ª ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrado - IPAM – 2019, p. 647.

# O LEGAL DESIGN COMO ABORDAGEM TRANSDISCIPLINAR DE ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

**Luana Soares Ferreira Cruz**

Graduanda em Direito, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Programa RECAJ - Ensino, Pesquisa e Extensão em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos da Universidade Federal de Minas Gerais.

## **Resumo:**

O presente artigo analisa a viabilidade da ferramenta “Legal Design” para a promoção do acesso à justiça em tempos de Inteligência Artificial. Acredita-se ser necessário que a prática jurídica abarque, dentro dos limites essenciais, novas perspectivas inovadoras que possibilitem a centralização das partes na relação. Para tanto, entende-se o pensamento traçado pelo design como uma abordagem eficiente no Estado Democrático de Direito. Assim, a vertente metodológica adotada foi a jurídico-sociológica, a técnica utilizada foi a chamada pesquisa teórica e quanto à investigação, pertence a classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico - projetivo. Dessa forma, acredita-se que o Legal Design representa uma efetiva aplicação para o acesso à justiça, caracterizando-se como uma abordagem de grandes potenciais que, eventualmente, deverão ser regulados pelo ordenamento jurídico, com vista a promover uma relação harmônica entre a tradicionalidade do direito e a tecnologia.

**Palavras-chave:** Legal design; Acesso à justiça; Inteligência artificial; Litigância estratégica em Direitos Humanos; Estado democrático de direito.

## **1. Considerações iniciais**

O que é capaz de consolidar efetividade às relações jurídicas, visando o alcance do acesso à justiça sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito? A presente pesquisa não poderia se inaugurar a partir de indagação diversa. Isso porque o acesso à justiça deve, seguramente, reproduzir-se durante toda a ótica da litigância, isto é, tanto deve se concretizar na fase processual, como se refletir, efetivamente, no alcance do direito material, garantido pelo ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, infere-se que no tocante ao processo judicial, existem divergências doutrinárias em relação a como o processo

é compreendido pelo ordenamento brasileiro. A título de aprofundamento, cita-se a Teoria do Processo como Relação Jurídica, de Oskar Von Bulow, a Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório, de Elio Fazzalari e a Teoria Neo-Institucionalista, do professor Rosemiro Leal.

Sob tal perspectiva, adota-se a concepção de que o processo judicial, apesar de consideráveis evoluções democráticas em consonância com a aplicação da Constituição Federal de 1988, evidencia ainda, na prática, a adoção da Teoria do Processo como Relação Jurídica, desenvolvida, ainda em 1868, por Oskar von Bulow, pela qual se concretiza uma dispare relação entre o juiz – que ocupa uma relação de superioridade – e as partes envolvidas na relação jurídica em questão. Nesse cenário, o magistrado, representando a excessividade do Estado Social, atua como impositor da solução para o litígio, afastando das partes a possibilidade de efetivamente compreenderem as dimensões do conflito e participarem da sua resolução, através da manutenção de uma linguagem jurídica complexa.

Dessa forma, visualiza-se um cenário de distanciamento entre a comunidade e o efetivo acesso social à justiça, não mais compreendido, hoje, como mero acesso ao Poder Judiciário. Sob tal concepção, não se nega a importância da autonomia dada ao Direito Processual, em razão das percepções desenvolvidas por Bulow. Todavia, infere-se que o atual cenário global, traçado pela inovação e pelos mecanismos tecnológicos, configura-se como um dos ambientes mais legítimos para o desenvolvimento de novos paradigmas de equilíbrio e acessibilidade entre as partes e o juízo de uma relação litigiosa. Posto que a Inteligência Artificial se estrutura como uma realidade moderna capaz de promover uma reestruturação radical da cultura judicial, garantindo, quando estrategicamente elaborada, o reconhecimento social. Para tanto, devem os olhares da literatura jurídica se redirecionarem para uma análise crítica das grandiosidades tecnológicas possíveis na atualidade, com a finalidade de se posicionarem frente às soluções pragmáticas propostas, entre elas, o Legal Design.

O Legal Design compreende, portanto, uma abordagem transdisciplinar de aplicabilidade da ordem jurídica, pela qual a tecnologia, o ordenamento legal e o pensamento de design se entrelaçam, visando concretizar perspectivas empáticas e acessíveis para as eventuais partes de uma relação litigiosa. O termo foi concretizado pela advogada e professora da Universidade de Stanford, Margaret Hagan, por volta dos anos 2000 e, hodiernamente, tem se desenvolvido, especialmente, no *Legal Design Lab*, espaço dirigido pela autora na Universidade de Stranford - Califórnia, Estados Unidos. Visando, assim, centralizar a concepção humanitária do Estado Democrático de Direito dentro do trâmite legal, urge-se considerar a importância do mecanismo do Legal Design para fins de aproximação da sociedade para com a justiça.

Neste enfoque, questiona-se a viabilidade desta ferramenta como mecanismo efetivo para a promoção do acesso à justiça em tempos de Inteligência Artificial. A título de aprofundamento, complementa-se que a presente

pesquisa pertence à metodologia jurídico-sociológica. Optou-se, ainda, pela pesquisa teórica e pelo tipo de investigação jurídico-projetivo, proposto na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010). Sendo assim, busca-se, com a vigente pesquisa, promover a reflexão e propor debates acerca do uso e dos limites do Legal Design e de seus desdobramentos. Visualizando-o como abordagem transdisciplinar, capaz de efetivar o acesso à justiça e promover a prática de relações judiciais mais humanitárias, empáticas e participativas, de acordo com a principiologia do Estado Democrático de Direito e em sursatecção à teoria do processo como Relação Jurídica. Para que assim, a fase processual e, conseqüentemente, o direito material sejam alcançados de modo satisfatório.

## **2. O não reconhecimento dos pressupostos democráticos no processo judicial da era tecnológica**

A caracterização do termo “justiça”, durante toda a historicidade humana, revelou-se como ideal perseguido por todos os povos, a partir de expectativas diversas, o que evidencia a sua condição multicultural, em consonância com as compreensões do Estado Democrático de Direito. Todavia, em sentido contrário ao pluriculturalismo - inerente aos anseios de justiça - o ordenamento jurídico brasileiro demonstra se enclausurar no ambiente judicial, a partir do monopólio linguístico e comunicativo mantido pela ciência jurídica, mesmo com evoluções tão significativas no ambiente global quanto ao acesso a informações, proporcionadas pelas céleres atuações da Inteligência Artificial. Isso porque, o país, ao manter como teoria processual a concepção de Relação Jurídica, defendida pelo professor Oskar von Bulow, consolidou o juiz como figura central do processo, destinada a entregar a prestação jurisdicional às partes (SOUSA, GOMES, p. 2.927), por meio de um afastamento dessas da decisão judicial.

Dito isso, compreende-se que a percepção do processo como Relação Jurídica, além da estrutura judicial consolidada, tem feito com que o magistrado, obrigatoriamente, assuma a “condição de civil, que é a pessoa responsável por fixar o destino dos agrupamentos humanos” (LEAL, THIBAU, 2020, p. 328), não a partir do efetivo acesso dos indivíduos à justiça, mas através de uma relação de subordinação imposta, na qual as partes, muitas vezes, se sujeitam a simular a compreensão acerca do desenvolvimento do litígio. Portanto, entende-se que o acesso à justiça necessariamente tem se desenvolvido de forma desigual no direito processual, haja vista que esse não tem abarcado a pluralidade da realidade social, especialmente, no Brasil. Dessa forma, o desenvolvimento tecnológico, enquanto abordagem célere e eventualmente, simplificada, aponta-se como alternativa para a formulação de estratégias de alcance de soluções judiciais cada vez mais justas. Todavia, observa-se que não se produz, na presente pesquisa, a defesa da tecnologia como instrumento impecável, mas como realidade indispensável.

Nesse sentido, infere-se que a não participação e o não reconhecimento adequado das partes, na resolução dos próprios litígios, fixam-se como profundas barreiras para a materialização dos pressupostos democráticos dentro do processo judicial, o que afasta o acesso à justiça, especialmente, em tempos de inteligência artificial. Para tanto, compreende-se que o processo judicial da era tecnológica deve se guiar pelo pressuposto da reciprocidade. Isto é, propondo-se a alcançar, primeiramente, reciprocidade comunicativa, visto que que o atual sistema, muitas vezes, afirma-se como obstáculo para o princípio, reconhecido por Nancy Fraser (2002), como paridade de participação, pelo qual “a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros da sociedade interagir entre si como pares (FRASER, 2002, p. 13). Isso porque, o processo judicial atual não garante o efetivo empoderamento das partes, portanto, não as reconhece como “pares” na relação. Assim, não seria a ferramenta do Legal Design um novo arranjo social tecnológico capaz de permitir que as partes interajam como pares, tanto no ambiente social como no ambiente judicial?

Dessa forma, justifica-se a análise dos vigentes e futuros mecanismos tecnológicos como abordagens em busca de reciprocidade, isto é, em nome da referida paridade de participação - elementar do Estado Democrático de Direito. Essa perspectiva se mostra, portanto, pertinente na medida em que visa “adequar a realidade vislumbrada na era pós-moderna, utilizando-se de ferramentas que possam não só acelerar a prestação jurisdicional, como qualificá-la” (SOARES, MEDINA, 2020, p. 281), visto que a inteligência artificial, apesar de traçar complexos preceitos no tocante ao acesso equitativo, evidencia-se como condição indubitável de simplificação, especialmente, linguística. Por essas razões, defende-se a adoção, no sistema judicial, de ferramentas capazes de superar o presente falso reconhecimento, que segundo Nancy Fraser (2002) “é uma relação social de subordinação transmitida através de padrões institucionalizados de valor cultural” (FRASER, 2002, p. 16).

Logo, a busca por um sistema processual jurídico multidisciplinar exerce, atualmente, papel notório. Isso porque a garantia de representatividade no ambiente judicial é preceito substancial para a concretização de um dos fundamentos constitucionais do Estado brasileiro, isto é, a cidadania. Nesses termos, entende-se que o satisfatório acesso à justiça pressupõe a figura do cidadão, isto é, aquele “identificado como o portador de direitos subjetivos protegidos pelo estado, os quais garantem um âmbito de atuação livre de coação externa injustificada (MARONA, 2013, p. 32) Assim, é preciso reconhecer que a era da inteligência artificial exige o reconhecimento de novos direitos, como por exemplo, o acesso à internet e a mecanismos digitais. A ressalva, contudo, pontua-se, essencialmente, em relação à aplicação de abordagens decorrentes do trabalho da Inteligência Artificial, haja vista que cabe ao Poder Judicial garantir que a introdução de ferramentas inovadores, no ambiente jurídico, não se tornem novas barreiras de acesso à justiça.

Por fim, cabe ressaltar que a adoção do Legal Design, criado por Mar-

garet Hagan, não é diretamente uma abordagem defendida pelos teóricos processualistas. Contudo, o ambiente processual, no Estado Democrático de Direito, exibe uma alternativa para o prosseguimento de novas experiências, visto sua relevância para a garantia de acesso à justiça. Nessa direção, justifica-se a análise da referida abordagem transdisciplinar, com vista a se efetivar a Teoria Neoinstitucionalista do processo, na medida em que essa concepção busca produzir legitimidade para as partes e, eventualmente, promover o fundamento republicano da cidadania. Isso porque, o Legal Design também visa centralizar o papel das partes no litígio, através do reconhecimento social, especialmente, direcionado a garantir a participação e a compreensão concreta da solução do caso. Assim, compreende-se a direta relação possível em tempos de Inteligência Artificial, haja vista que “o processo, nessa concepção, não é espaço restrito aos especialistas e aos detentores de uma linguagem discursiva exclusiva para acessar os espaços públicos de deliberação” (BIANCHINI, CAMPOS, 2019, p. 63).

### **3. O legal design como abordagem de acesso à justiça no estado democrático de direito: limites e projeções**

A compreensão acerca da abordagem do Legal Design exige, inicialmente, o domínio cognitivo sobre a expressão “design” que, não raras vezes, é confundido com a ideia de aperfeiçoamento da aparência do objeto em questão. Todavia, ressalta-se que o design é, na verdade, uma perspectiva mais ampla, que visa promover a resolução de impasses em qualquer ambiente a que seja introduzido. Nesse sentido, Margaret Hagan (2020, p. 4) explica que o Legal Design

“is a nascent movement to make the legal system work better for people. It has been developed out of work in human-centered and visual-design, civic technology, and participatory policy-making [...] So both the lawyerly focus and designerly focus share a core similarity: to strategically improve people’s outcomes in a system, to solve complex programs, to be in service”<sup>1</sup>.

Percebe-se, assim, que a alternativa promove o repensar do conhecimento jurídico, visando formular princípios, padrões e condições exclusivas para tornar o acesso à justiça mais acessível e autônomo.

Parte-se da perspectiva de que a Inteligência Artificial, enquanto condição factual, deve ser utilizada pelo ordenamento jurídico, para fins de inovação, desde que respeitadas os limites, essencialmente, pragmáticos e cons-

---

1 O Legal Design é um movimento nascente que visa melhorar o funcionamento do sistema legal para as pessoas – partes. Tem sido desenvolvido como um trabalho centrado no ser humano, no design visual, na tecnologia cívica e para a elaboração de políticas participativas. Por isso, tanto o enfoque jurídico como o enfoque projetual partilham uma semelhança fundamental, isto é, melhorar estrategicamente os resultados das partes em um sistema, resolver problemas complexos e estar em serviço.

titucionais. Nesse sentido, complementa-se, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 347, de 13 de outubro de 2020, inseriu como diretriz geral, o estímulo à inovação, entendendo tal termo como correspondente à “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos, que resulte em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho” (CNJ, 2020, p. 21). Portanto, a introdução do Legal Design pode se evidenciar como técnica de aperfeiçoamento do ambiente jurídico, haja vista que se busca através desse o uso da tríade Direito, Design e Tecnologia como solução para obstáculos de acesso, satisfatório, à justiça no Estado Democrático de Direito.

Traça-se a compreensão de que a aplicação do direito, essencialmente, conectada à resolução estratégica de litígios é capaz de consolidar confiança à justiça processual. Isso porque, a justiça processual, ao abraçar a ideia pragmática do Legal Design e da prototipagem, torna-se mais usual, melhorando, conseqüentemente, a sensação de respeito e dignidade do cidadão para com o judiciário (HAGAN, 2020, p. 12). Sendo assim, entende-se o Legal Design como uma abordagem transdisciplinar de inovação, que visa reestruturar os métodos tradicionais aplicados no sistema legal. Sabe-se, todavia, que muitos dos obstáculos identificados nos últimos anos, em relação ao acesso à justiça, ainda não foram superados, porém, a introdução e a liquidez dos meios tecnológicos são pontos significativos para a evolução da perspectiva desse acesso. Visualiza-se, desse modo, a exigência de consolidação da inteligência artificial como nova categoria de direito, reconhecida em âmbito integral, o que caracteriza a perspectiva da possibilidade de participação de eventuais litigantes na configuração do próprio direito, como determina a ideia do acesso à justiça pela via dos direitos (ORSINI, 2020, p. 16).

Sob tal cenário, demonstra o Legal Design ocupar um posicionamento promissor no acesso à justiça, ao centralizar o usuário e fortalecer a interação e a reinvenção judicial, a partir da garantia de novos direitos e da prototipagem real e empática. Nancy Fraser, assim, ao tratar sobre a justiça na era da globalização, traça importantes reflexões, analogicamente, aplicáveis à justiça social na era da inteligência artificial, visto que a autora evidencia o fato de que tal direito, hoje, não envolve apenas questões de distribuição, mas, também, questões de representação, identidade e diferença (FRASER, 2002, p. 9). Nessa ótica, defende-se que se exige da justiça processual e, conseqüentemente, material, a identificação factual dos envolvidos em cada relação legal, o que justifica a análise acerca da viabilidade, ou não, da incorporação da tríade Direito, Design e Tecnologia como método de promoção da dignidade humana e do desenvolvimento nacional.

Logo, identifica-se que a análise acerca da acessibilidade e da consequente seguridade dos meios digitais são essenciais para o debate em pauta. Isso porque a superação de uma estrutura, tradicionalmente consolidada, traça um cenário incerto, composto por possibilidades e, eventualmente, desvantagens. Todavia, a construção de relações futurísticas tem demonstrado a solidifica-

ção da inteligência artificial. Já por outro lado, a infraestrutura social é marcada, também, pela desproporcionalidade entre a qualidade de acesso à internet e as condições de capacitação para o uso efetivo dos recursos tecnológicos, de acordo com as camadas sociais. Dessa forma, entende-se que a viabilidade de alteração da perspectiva jurídica, em consonância com a abordagem do Legal Design, pressupõe a não reprodução das costumeiras barreiras de acesso à justiça, mas sim a formulação de estratégias para a efetivação dos direitos humanos-fundamentais.

#### 4. Conclusão

Conclui-se, portanto, que a garantia da resolução efetiva de um litígio exige a concretização dos direitos humanos-fundamentais, tanto na fase processual, como na fase material de eventual relação legal. Para tanto, aponta-se para a análise do conflito doutrinário acerca de qual teoria é abraçada pelo Código de Processo Civil brasileiro. Isso porque, apesar do não consenso na literatura jurídica, a presente pesquisa se compreende diante a adoção da teoria da Relação Jurídica, de Oskar Von Bulow. Sob tal perspectiva, visualiza-se o conflito jurídico sob uma ótica de subordinação das partes em relação aos magistrados, haja vista que, em diversas condições, a estrutura consolidada pelo tradicionalismo jurídico obriga que o juiz atue como impositor de soluções, afastando das partes a possibilidade de participarem, verdadeiramente, da própria resolução de seus conflitos. Tal cenário demonstra, à vista disso, afastar-se da busca pelo concreto e justo, acesso à justiça.

Diante o exposto, entende-se que a abordagem do Legal Design se consolida como uma possível alternativa, possuindo perspectivas capazes de auxiliar o acesso à justiça em tempos de inteligência artificial, dada a proximidade decorrente do reconhecimento efetivo das partes como integrantes da resolução de seus próprios litígios. Isso pois, o tradicionalismo jurídico, reconhecido sua força, demonstra ser alvo inevitável perante a liquidez das inovações tecnológicas. Nesse sentido, defende-se que a alteração de uma estrutura consolidada, como é o ambiente legal, exige regulamentações e limitações ao uso da tríade Direito, Tecnologia e Design, sustentada pela abordagem do Legal Design, para que essa ferramenta não se arquitecte como uma nova barreira de acesso à justiça. Assim sendo, cabe à literatura jurídica reconhecer a sua possibilidade e promover entendimentos acerca da viabilidade do Legal Design.

Por fim, ressalta-se que a introdução de perspectivas e mecanismos relacionados ao uso da inteligência artificial evidenciam um cenário incerto, mas, eventualmente, promissor, dada as grandes possibilidades de inovação. Para tanto, visualiza-se o Legal Design como uma abordagem considerável para a estruturação de um ambiente judicial pautado na litigância estratégica, no reconhecimento social das partes do processo, e em consonância com o ideal de empatia. Todavia, assinala-se a necessidade de tal abordagem ser alvo de profunda análise. Isso dado, em razão da lógica de que o acesso à justiça é

direito essencial para a consolidação do Estado Democrático de Direito, visado pelo ordenamento constitucional brasileiro. Sob tal cenário, defende-se o Legal Design como abordagem transdisciplinar de acesso à justiça em tempos de inteligência artificial.

## Referências

BIANCHINI, Marcos Paulo Andrade; CAMPOS, Felipe de Almeida. **A Hermenêutica Isomêmica e a Teoria Neoinstitucionalista do Processo: conjecturas para legitimidade na construção de provimentos no paradigma do Estado Democrático de Direito.** Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica. Goiânia, v. 5, n. 1, p. 55-75, 2019.

CONSELHO Nacional de Justiça. Resolução nº 347, de 13 de outubro de 2020. **Dispõe sobre a Política de Governança das Contratações Públicas no Poder Judiciário.** Disponível em: Resolucao+CNJ+347-2020+-+Contratações+no+PJ.pdf. Acesso em: 18 set. 2021.

FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação.** Revista Crítica de Ciências Sociais, 63, outubro. 2002: 7-20.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HAGAN, Margaret. **Legal Design as a Thing: A Theory of Change and a Set of Methods to Craft a Human-Centered Legal System.** Massachusetts: Institute of Technology. V. 36, Number 3, 2020.

LEAL, André Cordeiro, Vinícius Lott THIBAU. **Pandemia e as Matrizes Publicísticas do Processo Civil.** Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte, n.42, p. 327-340, 2020.

MARONA, Marjorie. **Acesso à qual justiça? A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal.** Orientador: Leonardo Alviriter. Universidade Federal de Minas Gerais, 2013.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. **Acesso à Justiça: das ondas renovatórias ao contexto da pós-pandemia da Covid-19.** Publicação Oficial da Associação Juizes para a Democracia/ Ano 20-n.85º, 2020.

SOARES Marcelo Negri, Valéria Julião Silva MEDINA. **A inteligência artificial como instrumento de acesso à justiça e seus impactos no direito da personalidade do jurisdicionado.** Revista de Direito Brasileira, Florianópolis - SC. V. 26, p. 277-291, 2020.

SOUSA Isabella Saldanha de; GOMES Magno Federici. **A efetividade do processo e a celeridade do procedimento em detrimento dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia: o mito da urgencialidade.** Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/isabella\\_saldanha\\_de\\_sousa.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/isabella_saldanha_de_sousa.pdf) Acesso em: 15 set. 2021.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho.** Madrid: Civitas, 1985.

# ARMAS DE DESTRUIÇÃO MATEMÁTICA EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O ACESSO À JUSTIÇA PELA COMUNIDADE NEGRA

**Gabriella Miraíra Abreu Bettio**

Graduanda em Direito, modalidade Integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Extensionista do Programa de Ensino, Pesquisa e Extensão em Crimes contra a Mulher da Universidade Federal de Minas Gerais

**Natália Carolina Vitoriano Oliveira**

Graduanda em Direito, modalidade Integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Extensionista voluntária do Programa RECAJ-UFMG: Acesso à Justiça e Solução de Conflitos

## **Resumo:**

A presente pesquisa busca investigar o processo de inserção das “armas de destruição matemática”, conceito desenvolvido pela doutora em Matemática Catherine Helen O’Neil, a fim de que, mediante essa investigação, seja possível discorrer sobre as consequências do *big data* para a população negra, com enfoque no acesso à justiça e na efetiva universalização do direito à saúde por referido grupo. Objetivou-se, no artigo, a compreensão do contexto social e dos entraves culturais que mantêm estruturas opressivas, além de investigar o processo de construção da era digital, a fim de constatar o impacto e consequências da tecnologia no modo como a sociedade se rege, para se verificar os casos em que algoritmos matemáticos foram utilizados como ferramentas segregacionistas e, por fim, respaldar recursos auxiliares na efetivação do acesso à justiça e ao direito à saúde pela população preta.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça e à saúde; Armas de destruição matemáticas; *Big Data*; População negra.

## **Considerações iniciais**

A presente pesquisa tem início no tema que aborda a questão da análise proposta pela doutora em matemática pela Universidade Harvard, Cathy O’Neil, sobre como os algoritmos matemáticos podem auxiliar na segregação

social, e, por conseguinte, racial. Perpassa-se, no decorrer desta, o modo que isso influi no acesso à justiça, afetando o princípio da universalização do direito à saúde. A premissa da autora ao constituir a teoria das chamadas armas de destruição matemática, é a de que, devido a elas “os privilegiados serão analisados por pessoas; as massas por máquinas”. Intencionou-se, pois, ao longo deste artigo, explicitar o porquê de essa teoria ser denominada como uma “arma de destruição” e como isso se relaciona com o direito.

Primordialmente, urge destacar que há uma crescente inserção da tecnologia nas nações contemporâneas. Tal fenômeno é decorrente da tecnologização, que foi iniciada a partir da terceira revolução industrial, em 1950, com a entrada da computação no cenário social, e expandido, a partir dos anos 2000, com a quarta revolução industrial e os sistemas ciber-físicos. Entende-se que esse fenômeno é hoje a base fundamental que rege o modo como as sociedades se portam. Contudo, se por um lado a tecnologia atua como uma grande aliada do progresso e facilitadora de serviços, por outro, esta agrava cenários já preocupantes de racismo, machismo e desigualdades sociais.

Ainda sob esse contexto, a inteligência artificial surge, nesse cenário tecnológico, como mais uma ferramenta de auxílio à sociedade. Entretanto, devido ao fato de seres projetadas por seres humanos, compreende-se que, como toda produção humana, elas são passíveis de erro. Destarte, é imprescindível discorrer acerca da forma com que os algoritmos matemáticos podem aumentar as desigualdades sociais em contexto global e de forma ampla. Sob esse prisma, objetivou-se nessa pesquisa, discorrer sobre o modo com que as inteligências artificiais afetam a sociedade e podem gerar impactos capazes de agravar crises estruturais das nações atuais.

Destaca-se, que o aparte teórico utilizado nesta pesquisa, diz respeito à obra “Algoritmos de destruição em massa: como o *Big Data* aumenta a desigualdade e ameaça à democracia” de Catherine ‘Cathy’ O’Neil. Intenciona-se, com base nisso, indagar de que modo os avanços tecnológicos influenciam nos direitos dos indivíduos e, além disso, discorrer sobre como é possível haver regulamentação desses avanços, visando garantir a segurança e o acesso à justiça pela via dos direitos.

Por fim, cabe salientar que, a pesquisa que se propõe, na classificação de Gustin, Dias e Nicário (2020), pertence à vertente jurídica jurídico social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico projetivo. O raciocínio desenvolvido foi predominantemente dialético e quanto ao gênero de pesquisa foi adotado a pesquisa teórica.

## **Inteligências artificiais como auxiliadoras na construção do *big data* como arma matemática**

A priori, com o intuito de auxiliar uma discussão sobre como inteligências artificiais podem auxiliar a construção do *big data* como uma arma de destruição matemática, é necessário compreender o que configura uma Inteligên-

cia Artificial (IA). Sendo assim, entende-se que “uma solução de IA envolve o agrupamento de várias tecnologias, como redes neurais artificiais, sistemas de aprendizado, entre outros que conseguem simular capacidades humanas de inteligência” (TOTVS, 2019). Exemplos de capacidades humanas simuladas são, por exemplo, o raciocínio, a percepção de ambiente e a análise para que decisões sejam tomadas.

Abordado o conceito de IA, pode-se discorrer sobre o modo como essa inteligência efetiva a construção do *big data* como uma arma matemática. Para isso, é válido recorrer a uma análise feita por Cathy O’Neil ao se constatar que as sociedades contemporâneas são regidas pela tecnologia que as cercar, sendo que a partir disso é possível compreender o papel cada vez mais incisivo e requisitado das IAs. A autora disse que:

Vivemos na era dos algoritmos. Cada vez mais, as decisões que afetam as nossas vidas -como qual escola estudar, se podemos ou não fazer um empréstimo, quanto pagamos por um seguro de saúde - não são tomadas por humanos, e sim por matemáticos (O’NEIL, 2016).

Constata-se que ainda que seja esperado de uma inteligência artificial a tomada de decisões de maneira lógica, e inteligente, nem sempre esse resultado é alcançado. Supõe-se, que pelo fato de a matemática se apresentar como uma ciência exata, algoritmos desenvolvidos por intermédio dela se caracterizam por imparcialidade que é, aos humanos, impossível de ser alcançada. Contudo, seguindo ainda o pensamento da doutora em matemática citada anteriormente, a ideia de igualdade nas decisões tomadas por algoritmos não ultrapassa o limite da utopia. O motivo disso está no fato de que não houve a extinção dos preceitos discriminatórios, logo, não há como as decisões serem tomadas como se esses preceitos não existissem. Pode-se concluir, pois, que as fórmulas algorítmicas, somente espelham os preconceitos humanos.

Há ainda, a iminente necessidade de conceituar o *Big Data*, e a forma com que ele contribui para o aumento da problemática analisada. Este se refere a enormes conjuntos de dados, gerados devido ao desenvolvimento e amplo acesso tecnológico, de modo a ter como componente primário, o modelo dos três Vs, que se refere ao volume, variedade e velocidade, sendo que algumas análises incluem o fator veracidade (CASTROUNIS, 2018). Esse campo atua no agrupamento de grandes quantidades de informação, captando as atividades dos usuários de internet de um modo geral. O primeiro intuito disso era facilitar e gerar progressos para a vida social, entretanto sua ampla atuação acarreta inúmeros problemas.

Esses problemas são gerados devido de que as aplicações matemáticas que fomentam a economia de dados são baseadas em escolhas feitas por seres humanos falíveis, mesmo quando eles têm as melhores intenções. Muitas das fórmulas algorítmicas programam preconceitos, equívocos e vieses humanos, e são, em sua maioria opacas, tendo seus mecanismos matemáticos sob do-

mínio de cientistas da computação e matemáticos. Sob tal cenário, destaca-se que por se inserirem em contextos preconceituosos, essas fórmulas tendem a punir uma parcela já oprimida da sociedade (O' NEIL, 2020), sendo que, os oprimidos pela tecnologia “não têm conhecimento de programação, estando, portanto, impossibilitados de exercer sua livre autodefesa virtual” (LARA, 2019).

## **Racismo estrutural em confronto com a ideia de progresso social**

Ao se discutir racismo estrutural, é fundamental compreender, inicialmente, as raízes desse. Para isso, urge a necessidade de se investigar, em um âmbito global, o que sustenta e prolifera tal discriminação racial. Inicialmente, como pano de fundo para a discussão, cabe destacar, como sustenta Foucault (1979), que as relações de poder, em sua multiplicidade, atuam como a base da legitimidade de um ser no contexto no qual se insere. São essas relações de poder que influenciam e exercem força, de modo a, por exemplo, moldar uma sociedade, ainda que de modo implícito.

O poder, ainda sob a ótica de Foucault, não pode ser visto como uma entidade ou algo palpável, devido ao fato de se tratar de um meio. Entende-se que o poder é uma relação que, funcionando em rede, trabalha em uma mecânica capilar onde perpassa e domina os indivíduos, de modo a atingir seus corpos, comparecer em seus comportamentos, sensações e modos de pensar e ser. Esse poder sustenta, então, a ideia de que há um padrão moral na sociedade, algo que se destaca e define o que se configura como o mais benéfico a todos, que se porta como o natural em uma relação.

O poder, no cenário racial, pode ser exemplificado, pois, pela sustentação de uma supremacia racial branca. Sob a ótica desta ideologia, entende-se que há uma superioridade natural do homem branco em comparação ao homem preto. Há, pois, a legitimação de posturas racistas, que inserem o negro em uma posição de subalternidade. Historicamente, observa-se a inserção prática desse pensamento em grupos extremistas, como a Ku Klux Klan, organização terrorista que foi criada depois da Guerra Civil Americana com o objetivo de perseguir e assassinar pessoas pretas.

Se, como sustenta Foucault, o poder é capaz de moldar o modo de pensar e ser de um indivíduo entende-se, pois, que a construção desse poder, sob uma ótica racista e segregacionista, gera o desenvolvimento de uma sociedade pautada em preceitos racistas. Agregada a isso, a escravidão agrava o cenário de opressão da comunidade negra, pois a inferioriza, de modo a compreender o corpo negro como um objeto e não como parte que compõe um ser humano.

No Brasil, o racismo pode ser visto em ações do cotidiano, mediante algo estrutural e institucional que pouco se discute, pois há como cenário de fundo uma falsa sustentação do mito da democracia racial. Kabengele Munanga indaga, a fim de fundamentar a presença do racismo estrutural,

Quantas vezes os cidadãos de um país deixaram de votar num candidato ou numa candidata com boa proposta política, pelo simples fato de ele ou ela pertencer a uma classe operária, ao sexo feminino, à “raça” negra? (MUNANGA, 2010).

Muitas vezes, o racismo passará despercebido, pois atitudes racistas encontram-se internalizadas, uma vez que a cultura brasileira é racista por natureza, estando presente não apenas no imaginário dos cidadãos, mas também em suas atitudes e nas atitudes de instituições. Em 2005, foi implementado, no Brasil, o Programa de Combate ao Racismo Institucional (PCRI). Segundo o programa, “o racismo institucional diz respeito ao fracasso das instituições e organizações em prover um serviço profissional e adequado às pessoas em virtude de sua cor, cultura, origem racial ou étnica” (CRI, 2006).

Questiona-se, mediante a exposição do que se configura como racismo institucional e de que modo o racismo estrutural se insere na sociedade, de que modo se pode falar em progresso social, se até o presente momento, questões estruturais de uma sociedade, neste caso o racismo, não foram resolvidas.

Por progresso social, é possível entender que é a:

Capacidade de uma sociedade de atender às necessidades humanas básicas de seus cidadãos, estabelecer os componentes básicos que permitam aos cidadãos melhorar sua qualidade de vida e criar as condições para as pessoas e as comunidades atingirem seu pleno potencial (DELOITTE).

Explicitado isso, cabe a compreensão de que não há como se falar em uma efetivação no atendimento às necessidades básicas dos cidadãos de um país, sem antes haver a resolução de entraves para esse atendimento. Não há melhora na qualidade de vida de um indivíduo preto, se sua cor de pele e simples existência já atuam como obstáculos para o desenvolvimento profissional e acadêmico deste.

O racismo estrutural confronta a ideia de progresso social, pois não há como atingir o pleno potencial de uma comunidade enquanto pessoas negras não tiverem acesso às mesmas coisas e oportunidades que pessoas brancas possuem. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), dos 209,2 milhões de habitantes do país, 19,2 milhões se assumem como pretos, enquanto 89,7 milhões se declaram pardos, totalizando 56,10% da população total. Contudo, ainda que se apresentem como a maioria brasileira, negros ocupam apenas 0,7% dos cargos de direção nas empresas, segundo pesquisa feita pela Vagas.com.

Como se falar em progresso social se, segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) (POPULAÇÃO..., 2020), em 2017 a população negra ainda correspondia a 32% das pessoas com ensino superior completo e,

ao se considerar a população com 25 anos ou mais, apenas 9,3% dos negros tinham ensino superior completo, enquanto na população branca havia chegado a 22,9%? Não há progresso social, enquanto não houver uma resolução dos impactos provenientes de um passado escravagista que privou e segue privando a comunidade preta de acessar direitos básicos, como o direito à educação.

## **Armas matemáticas como coadjuvantes em um cenário de segregação racial e inacessibilidade à justiça pela via dos direitos gerando consequências no direito à saúde**

O entendimento acerca da inacessibilidade do Acesso à Justiça pela Via dos Direitos é de primordial importância para a compreensão do modo com que as armas de destruição matemáticas atuam como impulsionados à segregação racial e geral consequências no Direito à Saúde. O acesso à justiça pela via dos direitos deve ser compreendido de uma maneira mais ampla, que sobrepassa a igualdade de acesso ao sistema judicial, sendo estendidas a duas dimensões. De modo que a primeira se refere à:

Garantia de efetividade dos direitos, que envolve três pressupostos: i) informação acerca destes, ii) conhecimento que permita o recurso a uma instância ou entidade capaz de resolver eventuais conflitos, iii) efetiva reparação de injustiça ou desigualdade ocasionada pela violação de um direito (ORSINI, 2020).

Já a segunda dimensão, é relacionada ao pleno acesso à justiça pela via dos direitos, de uma forma que a população afetada possa atuar como impulsionadora da confirmação do próprio direito. Isso gera o reconhecimento de identidades, sejam elas individuais ou coletivas, o que consequentemente implica na criação de novos direitos a seres resguardados pelo Judiciário (AVRITEZ, MARONA, GOMES, 2014). Percebe-se que, em relação a discriminação algorítmica, não houve o alcance de nenhuma das dimensões supracitadas, o que permite uma análise acerca das faltas impulsionadas por isso relacionado ao racismo e as consequências disso no direito à saúde.

É válido retornar a dois tipos de manifestação do racismo, que estão diretamente relacionados ao impasse, sendo eles o estrutural e institucional. De modo que, o racismo como forma estruturante da sociedade, está presente em todos os lugares e nas mais diversas formas de relação. Isso abre pauta para a discussão sobre o racismo institucional, que ocorre quando instituições tanto públicas quanto privadas praticam discriminação, fator que dificulta ou limita o acesso à saúde. (CERQUETANI, 2021). O racismo institucional age por meio de barreiras geográficas, pela seletividade médica, e pela sua naturalização, todavia, na atual circunstância ele age também por meio das Armas de Destruição Matemáticas.

Por meio de um estudo da Universidade de Chicago, foi constatado o

preconceito racial em um algoritmo que visava identificar os pacientes que mais precisavam de ajuda extra com os seus problemas de saúde, ele foi utilizado e desenvolvido por uma empresa de grande prestígio nos serviços de saúde, a Optum. No entanto, foi descoberto que a fórmula algorítmica que usava previsões de custo para medir as necessidades de saúde, estava de modo constante dando preferência a pacientes brancos, no lugar de pessoas de outras etnias que tinham problemas mais severos (OLIVEIRA, 2021).

Foi contatado que o que o algoritmo fez, com o intuito de prever os custos financeiros dos pacientes, foi replicar a realidade desigual no acesso à assistência médica nos Estados Unidos. A Inteligência Artificial foi programada com o intuito de prever os custos futuros de saúde dos pacientes de acordo com as suas necessidades, selecionando assim pacientes que provavelmente teriam maiores custos no futuro, entretanto, a base de análise não foi a sua saúde real. Analisando o contexto estadunidense nota-se que as pessoas com renda mais baixa costumam arcar com menos custos de saúde devido a fatores como a baixa chance de terem cobertura de seguros (REDAÇÃO ÉPOCA NEGÓCIOS, 2019). Nessa situação houve o acometimento do racismo estrutural como impulsionados direto do racismo institucional por uma arma de destruição matemática.

Essa pode parecer uma realidade distante da brasileira, entretanto, inúmeras são as semelhanças. O racismo no Brasil também é estrutural, de modo que ele foi romanceado como manifestação da democracia racial, o que teve como consequência a sua romantização, sendo que ele está em todos os lugares e prejudica toda a construção social, de forma que algumas pessoas sofrem as suas consequências e não tem sequer a consciências de que são negras (VEIGA, 2020). Há também o fenômeno da tecnologização da saúde, que já está presente nos planos de saúde e vem sendo implantado no Sistema Único de Saúde (SUS).

Esse fator gera inúmeros riscos já que, mesmo sem a atuação algorítmica, casos de racismo institucional são frequentes, de modo que pesquisas mostram que 11,9% dos já se sentiram discriminados em um serviço da saúde, sendo que há a precocidade das mortes em negros devidos as doenças mais frequentes e aos altos índices de violência obstétrica e mortalidade materna e infantil. (CERQUETANI, 2020). Para que a inclusão das tecnologias não utilize como pressupostos esses dados, de modo a acarretar uma segregação racial no contexto da saúde é primordial que haja o acesso à justiça pela via dos direitos.

Para que isso ocorra a primeira necessidade é de que seja atingida a primeira dimensão dessa forma de acesso à justiça, sendo ela relacionada a questão do conhecimento. Já a segunda dimensão a confirmação desses direitos por meio das pessoas afetadas, e a conquista de novos direitos pelos seus atos e visando suas necessidades. Há uma íntima relação disso com o pensamento de Paulo Freire, que diz que:

Somente quando os oprimidos descobrem, nitidamente, o opressor, e se engajam na luta organizada por sua libertação, começam a crer em si mesmos, superando, assim, sua “convivência” com o regime opressor. Se esta descoberta não pode ser feita em nível puramente intelectual, mas da ação, o que nos parece fundamental é que esta não se cinja a mero ativismo, mas esteja associada a sério empenho de reflexão, para que seja práxis. O diálogo crítico e libertador, por isto mesmo que supõe a ação, tem de ser feito com os oprimidos, qualquer que seja o grau em que esteja a luta por sua libertação (FREIRE, 1987, p. 29).

A forma mais efetiva de não haver a intervenção de armas de destruição matemática no direito a saúde é por meio do acesso à justiça tendo como via os direitos, de modo que, por ela as massas terão o conhecimento de seus direitos e de quando eles estão sendo lesados, podendo agir como impulsionadoras dos próprios direitos. Destarte, haverá a ampliação do direito de justiça para que sejam incluídos distribuição e reconhecimento como duas dimensões irreduzíveis, de modo que serão notados os momentos em que devem ser exigidos o reconhecimento das particularidades e que deverão ser submetidas as reivindicações por reconhecimento ao padrão de justificação da paridade participativa (FRASER, 2007). Isso fará com que a opacidade e a prevalência de preconceitos por meio das armas de destruição matemática não afetem permanentemente a efetividade de direitos fundamentais.

## **Considerações finais**

Com base no pesquisado, tem-se a concretização da ideia dos algoritmos de destruição em massa proposta por Cathy O’Neil. A explicação para isso se dá, pois os modelos algorítmicos, reproduzem questões sociais de cunho discriminatório. Destarte, foi possível concluir que a opacidade algorítmica acarreta inúmeros prejuízos sociojurídicos. Para isso é necessário entender as relações de poder que norteiam a sociedade contemporânea, a fim de que, mediante essa análise, seja possível se pensar em soluções para os problemas segregacionistas estruturais e perceba-se que uma das soluções mais efetivas é por meio do acesso à justiça pela via dos direitos.

O poder é capaz de moldar o modo de pensar e ser de um indivíduo. Numa sociedade cuja hierarquia social se baseia em premissas que posicionam o homem branco como principal, as minorias se veem à margem, marcadas por violências e opressões constantes. A destruição matemática se porta como uma extensão dessas relações de poder e hierarquia social. Para que soluções possam ser desenvolvidas, é necessário que seja ensinado e incentivado a igualdade e inclusão, pois mediante a educação, é possível desconstruir premissas discriminatórias que possam vir a influenciar o modo pelo qual os algoritmos são desenvolvidos.

O acesso à justiça pela via dos direitos é uma solução para o problema explicitado já que ele enquadra uma questão mais ampla, que vai além

do simples acesso ao sistema judiciário. Essa vertente é compreendida em uma primeira dimensão, que propõe a garantia e efetividade dos direitos e na segunda dimensão, que se refere ao fato de a população afetada agir com o propósito de impulsionar e confirmar o próprio direito. Destarte, para que a tecnologia da saúde não ocorra de modo prejudicial a uma parcela social, acirrando preconceitos estruturais, é necessário o alcance das duas dimensões supracitadas, que terá como consequência o conhecimento e confirmação dos próprios direitos pelas massas sociais.

O processo para que tais soluções tenham êxito é lento. Entretanto, o intuito desta pesquisa é incentivar a discussão acerca das armas de destruição matemática, para que mediante esse incentivo, novas resoluções passem a ser discutidas e, por fim, inseridas na sociedade. Busca-se, para que o cenário em que “os privilegiados são analisados por pessoas e as massas por máquinas” não seja perpetuado.

## Referências

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian. **Cartografia da Justiça no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Saraiva, 2014.

BARRETO, Jorge Muniz. **Inteligência artificial no limiar do século XXI**. Florianópolis: Ed. J. M. Barreto, 2000.

CASTROUNIS, Alex. **Ciência de Dados e Big Data explicados para os cientistas sem dados**. Big Data Week São Paulo. 24 set. 2018. Disponível em: <http://sao-paulo.bigdataweek.com/2018/09/24/ciencia-de-dados-e-big-data-explicados-para-o-cientista-sem-dados/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CERQUETANI, Samantha. **Vidas negras importam? Racismo institucional afeta a saúde e diminui expectativa de vida dos negros ao dificultar acesso a tratamentos**. Viva Bem Uol. 18, fev. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/reportagens-especiais/saude-da-populacao-negra/>. Acesso em: 22, ago. 2021.

CRI. **Programa de Combate ao Racismo Institucional no Brasil**. 01 de janeiro de 2006.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética?** Lua Nova. São Paulo. 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5ª. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

Instituto Brasileiro Geografia e Estatística. Tabela 6403 - População, por cor ou raça- Brasil 2019. In Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua trimestral. **Censo Demográfico 2019**. Acesso em 20 de agosto de 2021.

LARA, Caio Augusto Souza. **O acesso tecnológico à justiça: por um uso contra-hegemônico do big data e dos algoritmos**. Tese (doutorado) – Orientação:

Adriana Goulart de Sena Orsini. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2019.

MUNANGA, Kabengele. **Teoria Social e relações raciais no Brasil contemporâneo**. Cadernos Penesb, Niterói, n.12, p. 169-203, 2010.

OLIVEIRA, Ingrid. **Racismo algorítmico pode prejudicar pacientes negros e pobres, revela estudo**. Gizmodo, Brasil. 23, jun. 2021. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/racismo-algoritmico-pode-prejudicar-pacientes-negros-e-pobres-revela-estudo>. Acesso em: 26, jul. 2021.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. 1ª edição. Santo André. São Paulo. 2020.

O'NEIL, Cathy. **Como fórmulas matemáticas fomentam desigualdade e discriminação, segundo ex-analista de dados de Wall Street**. Portal BBC. 14 de novembro de 2016. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37842711> Acesso em 10 de agosto de 2021.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. **Acesso à justiça: das ondas renovatórias ao contexto pós pandemia da COVID-19**. Juízes para a Democracia. Jornal 85. Jun, 2020. Disponível em: [https://www.ajd.org.br/images/Jornais/Jornal\\_AJD\\_ed22\\_v7.pdf](https://www.ajd.org.br/images/Jornais/Jornal_AJD_ed22_v7.pdf). Acesso em: 21 ago, 2021.

POPULAÇÃO negra conquista espaço no ensino superior. **IPEA Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. 26 de junho de 2020. Disponível em [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35896](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35896) Acesso em 22 de agosto de 2021.

REDAÇÃO ÉPOCA NEGÓCIOS. **Algoritmo usado em hospitais no EUA para selecionar pacientes reforça a discriminação racial, diz estudo**. 31, out. 2019. Disponível em: <https://ceert.org.br/noticias/saude/25917/algoritmo-usado-em-hospitais-nos-eua-para-selecionar-pacientes-reforca-discriminacao-racial-diz-estudo>. Acesso em: 26 jul. 2021.

VEIGA, Edilson. **“O racismo estrutura a sociedade brasileira e está em todo lugar”, diz Djamil Ribeiro**. Deutsche Welle (DW). 25, nov. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/o-racismo-estrutura-a-sociedade-brasileira-est%C3%A1-em-todo-lugar-diz-djamil-ribeiro/a-55719876>. Acesso em: 22 ago, 2021.

TOTVS. **O que é Inteligência Artificial? Como funciona, exemplos e aplicações**. 12, jun. 2019. Disponível em: <https://www.totvs.com/blog/inovacoes/o-que-e-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 20, ago. 2021.

# REDUÇÃO DE DESIGUALDADES, GOVERNANÇA JUDICIAL E JUSTIÇA 4.0 NO BRASIL

**Andréa Abrahão Costa**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná/Universidade Paris X. Professora Adjunta da Universidade Federal de Goiás. Professora do Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás

## Resumo:

No contexto da agenda 2030 da ONU, o objetivo da presente pesquisa é investigar a política judiciária de inovação tecnológica do poder judiciário brasileiro e sua compatibilidade com o ODS 10 e com a meta 10.3. Os desafios do desempenho do sistema de justiça cresceram com a criação do Conselho Nacional de Justiça e com a Justiça 4.0. A hipótese inicial é a de que o salto tecnológico pretendido não promove ações capazes de efetivar uma tutela jurisdicional efetiva ao conjunto da sociedade nos termos do ODS 10. O aperfeiçoamento da governança judicial diante de inovações protagonizadas pelo Estado requer uma análise acurada. O cumprimento ou não da citada meta é analisado a partir da edição da resolução CNJ 333/2020, que instituiu o dever de os tribunais publicarem em seus portais o campo “estatística”, com processos indexados aos ODS. Trata-se de uma pesquisa descritiva, documental e bibliográfica, que levanta dados quantitativos.

**Palavras-chave:** ODS; Redução das desigualdades; Governança judicial; Justiça 4.0.

## Introdução

A preocupação com um modelo diferenciado na atuação do Poder Judiciário brasileiro ganhou velocidade com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2004. Controle das atividades do Judiciário e transparência administrativa e processual podem ser sintetizados como os dois objetivos traçados para a sua atuação, em conformidade com o que consta no próprio sítio do órgão na rede mundial de computadores. O objetivo do órgão é “desenvolver políticas públicas judiciárias que promovam a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social”<sup>1</sup>, almejando “ser reconhecido como órgão de excelência em planeja-

<sup>1</sup> Disponível em: <[www.cnj.br](http://www.cnj.br)>. Acesso em: 12 nov. 2021.

mento estratégico, governança e gestão judiciária, a impulsionar a efetividade da Justiça brasileira.”<sup>22</sup>

Recentemente, no XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário realizado em novembro de 2019, fortaleceu-se a mobilização dos tribunais brasileiros para a integração da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU). No encontro foi aprovada a Meta 9, uma das 12 diretrizes definidas na ocasião e cujo foco é a realização de ações de prevenção de litígios voltadas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030.

Nesse contexto também foi celebrado com a ONU e com o Conselho Nacional do Ministério Público um pacto pela implementação dos ODS da Agenda 2030 no Poder Judiciário, tendo-se como ação primordial a identificação das demandas mais judicializadas em relação a cada um dos 17 objetivos traçados. No âmbito do CNJ, uma das preocupações externadas é a importância de se analisar, qualitativamente, as demandas da sociedade ao examinar as ações que chegam aos tribunais, criando caminhos para respondê-las com agilidade e envolvimento de todos do sistema de justiça.

Em setembro de 2020, importante ato normativo foi expedido, a resolução 333, por meio da qual todos os tribunais brasileiros devem instituir em seus portais o campo “estatística”, disponibilizando os dados sobre o volume e a natureza de processos que tramitam no Judiciário, indexados aos ODS.

O objeto deste artigo é a análise desta nova política judiciária, inserta no campo mais amplo das inovações tecnológicas, testando a hipótese segundo a qual o salto tecnológico pretendido não promove ações capazes de efetivar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva ao conjunto da sociedade nos termos do ODS 10. Destaca-se, assim, que o aperfeiçoamento da governança judicial diante de inovações que contaram com o protagonismo do Estado, tais como o uso da inteligência artificial, de julgamentos virtuais e videoconferência, requer um exame mais acurado e empírico.

De fato, as barreiras de acesso à internet no Brasil são grandes. Conforme dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no ano de 2021, 40 milhões de brasileiros não possuíam acesso à internet no curso de 2019. O índice é mais excludente se comparado às áreas urbanas quando se fala em populações que vivem em áreas rurais, isto é 44%, sendo a região nordeste a que apresenta maior número de domicílios sem acesso à internet.

Na região nordeste, o percentual dos domicílios que não são atendidos pelos serviços de internet chega a 17,3%. Isso pode parecer pequeno, mas é importante a diferença de renda entre as famílias com e sem acesso aos serviços de internet.

Outra pesquisa feita pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC) no ano de 2021 concluiu que, a despeito do número de pessoas com acesso à internet ter sofrido aumento,

---

2 Ibid.

não há falar em igualdade, pois tal fato relaciona-se às classes mais altas e escolarizadas. Isto quer dizer que 45% das famílias brasileiras com renda de até um salário-mínimo não possuem acesso à internet e nas residências das classes D e E, apenas em 14% existe um computador. A conclusão é que durante a pandemia da covid-19 houve o agravamento da desigualdade social e da exclusão digital.

Obviamente tais desafios não são exclusivos do Brasil. Falta de acesso à internet ou acesso precário, assim como o chamado analfabetismo digital, são desafios permanentes, que tornam bem mais difícil pensar na transformação digital com ampliação do acesso à justiça. Desta forma, seria possível até mesmo afirmar que não basta o lema de uma “Justiça Formal 4.0” que nega maior proteção aos vulneráveis, os quais aguardam por anos a solução dos seus conflitos. Igualdade informacional também é significativa para a discussão sobre transformações tecnológicas no âmbito do sistema de justiça.

Parece até mesmo controvertido o quanto preconizado pelo Conselho Nacional de Justiça diante dessa realidade, até porque o que se almeja com o desenvolvimento da Justiça 4.0 é justamente a ampliação do acesso à justiça para se alcançar aqueles e aquelas que não conseguem ter acesso às instalações físicas dos fóruns e tribunais. Certamente, não é possível concordar com o desejo de digitalizar a justiça com a promoção de mais exclusão e com a não garantia de direitos fundamentais.

Como se verá nos tópicos seguintes, falar de uma nova governança, democrática e menos hierarquizada, é perceber que nem tudo pode ser reduzido à lógica produtivista que vem marcando, ao longo dos anos, a atuação do Conselho Nacional de Justiça.

Muito pertinente sobre esta radiografia também é o levantamento conduzido para mostrar a realidade das Defensorias Públicas brasileiras. A Fundação Getúlio Vargas e o seu Núcleo de Estudos da Burocracia demonstraram que no ano de 2020 houve grande impacto no campo do acesso à justiça prestado aos menos favorecidos. 47% dos profissionais das Defensorias afirmaram que não conseguiram atender o público satisfatoriamente e 19,2% dos profissionais não possuíam ou não recebiam equipamentos necessários para o trabalho remoto. Os motivos por detrás dessas constatações foram que a população não possui acesso a celulares e computadores e têm dificuldade de se comunicar por conta do analfabetismo digital.

Nesse sentido, destaca-se a conclusão final a que chegou o grupo de pesquisadores da FGV (2020, p. 11):

Com base nos dados, o que mais uma vez observamos é que a pandemia trouxe um impacto direto nas dinâmicas de trabalho e, por conseguinte, no acesso à justiça da população atendida pelas Defensorias Públicas. Identificamos também que ainda há limites no suporte institucional das Defensorias a estes profissionais.

E, ainda, como mapeou Luque (2021, p. 2):

No contexto internacional, o Global Access to Justice Project, em investigação preliminar denominada *Impacts of Covid-19 on Justice Systems*, publicada em abril de 2020, coletou dados de 51 países, incluindo o Brasil, com o objeto de avaliar o impacto da pandemia sobre os sistemas de justiça e de assistência jurídica. Nessa investigação, constatou-se uma série de violações aos direitos humanos cometidas sob o pretexto de redução da ameaça do Covid-19 e, no contexto do acesso à justiça propriamente dito, verificou-se que diversas cortes adotaram o uso de tecnologia para evitar o contato pessoal, o que, somados aos recursos limitados e às soluções improvisadas, acabaram por impedir a manutenção de níveis normais de acesso à justiça. Dos países participantes, 71% declararam a existência de concentração de poder sob a justificativa de restringir a disseminação da Covid-19 e 61% declararam a ocorrência de violações aos direitos humanos sob o mesmo fundamento. Para mitigar o impacto da pandemia nos sistemas judiciais, 92% dos países declararam a adoção de medidas excepcionais, em especial, trabalho remoto (73%), suspensão temporária de audiências judiciais (69%) e suspensão temporária de atendimento presencial (71%). Porém, 78% não adotaram medidas para evitar o acúmulo de casos com longo tempo de espera após a pandemia e 51% declararam não possuir capacidade para manter níveis normais de acesso aos sistemas de justiça e de assistência jurídica.

Na primeira parte do artigo procura-se refletir sobre a edição desta nova normativa à luz do marco teórico da governança judicial, traçando as diferenças entre governabilidade e governança. Na segunda parte, por meio do levantamento das informações trazidas no sítio do Tribunal de Justiça de Goiás, demonstra-se que a iniciativa ali implementada ainda é incipiente para que seja possível afirmar os desejados avanços na redução de desigualdades no que toca ao acesso à justiça e à igualdade de oportunidades na prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

### **Política judiciária de inovação tecnológica e governança judicial: o papel do CNJ e a resolução 333/2020**

O termo governança é plurívoco, ora servindo como instrumento analítico no campo de investigação da administração pública, ora revelando as mudanças e reformas levadas a efeito no setor público de diferentes países ocidentais no final do século XX. Neste último aspecto, o termo tem uma essência calcada em aspectos financeiros, administrativos e técnicos visando reformas gerenciais, para uma melhora na formulação e implementação de políticas públicas. Trata-se, assim, de servir à descrição de um novo modelo regulatório de Estado e sociedade, sendo útil para pensar uma nova articulação entre o Estado e suas instituições, por um lado, e as organizações privadas e os atores da sociedade civil, por outro.

Nesse sentido, a governança pública pode ser definida como um con-

junto de regras, processos e práticas que orientam as relações formais de poder de uma organização com seus públicos, qualificando a maneira de se utilizar da autoridade política, e envolve o sistema de intermediação de interesses, principalmente quanto às formas de participação de grupos da sociedade civil (MELO, 1995, 1996; COELHO; DINIZ, 1995).

É sob este recorte teórico que a categoria da governança interessa ao presente artigo e à análise da conformação de uma política pública judiciária voltada às inovações tecnológicas e aproximação com a sociedade civil, para os fins de cumprimento das metas dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

Como se pode verificar, a governança traz uma nova perspectiva para a burocracia, mas não a elimina por completo, impondo um novo componente à noção de capacidade operacional da estrutura racional-legal, isto é, o envolvimento e a participação social. Na síntese de Azevedo (2000, p. 6):

[...] a maior ou menor capacidade de governança depende, por um lado, da possibilidade de criação de canais eficientes de mobilização e envolvimento da comunidade na elaboração e implementação de políticas, e, por outro, da capacidade operacional da burocracia governamental, seja nas atividades de atuação direta, seja na capacidade efetiva de regulação.

No entanto, a contribuição da ciência política revela como a plurivocidade do termo se intensifica diante da intercambialidade entre governabilidade e governança, de modo que uma, a governança, não existe sem a plenitude da outra, a governabilidade. Esta é derivada da relação de legitimidade do Estado com a sociedade e deve ser apreendida como a capacidade política de agregar interesses dispersos; a governança tem como fonte os próprios servidores do Estado que representam a sua face diante da sociedade civil e do mercado, no setor de prestação de serviços diretos ao público (ARAÚJO, 2002, p. 6-7).

No campo dos estudos voltados à Administração Pública, como apontam Peci, Pieranti e Rodrigues (2008) há o uso do conceito de governança de forma acrítica e descontextualizada, sendo necessário afirmar forte proximidade entre ele e o conceito de *New Public Government*, a nova gestão pública. As noções inerentes à proposta são: (i) transformar o modelo burocrático, centrado em regras e procedimentos, em um modelo de gestão baseado em resultados (*performance-based accountability*); (ii) incentivar a criatividade e a capacidade de iniciativa do administrador; e (iii) aproximar os serviços públicos dos cidadãos, vistos da perspectiva de “clientes”. Nesse contexto, pode-se dizer que algumas dicotomias importantes aparecem. São elas: administração e política, cidadão e cliente, autonomia e dependência, transparência e eficiência.

O fato é que, no Brasil da década de 1990, todo este aparato teórico e o repertório sugerido no pós-Consenso de Washington às economias latino-americanas, não ofereceram bases favoráveis aos cidadãos, mesmo com os no-

vos contornos dados às fronteiras existentes entre estes e os órgãos públicos (KISSLER; HEIDEMANN, 2006).

O esforço é contínuo para que, agora no século XXI, tenhamos instituições mais abertas às partes interessadas, mais *accountables*, mais responsivas, capazes de produzir resultados socialmente desejados em contextos de consolidação das regras formais da democracia (DINIZ, 2003).

No caso do Poder Judiciário e sua governança vista na aderência aos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU, imbricada que está à categoria da *accountability*, coloca-se em destaque a necessidade da construção de mecanismos ou arranjos institucionais que se ligam à ideia de participação, envolvimento, deliberação e transparência. E torná-lo mais responsivo para os jurisdicionados, tendo como foco a resolução 333/2020 do CNJ, é examinar os reais avanços que possam ser obtidos pelos novos mecanismos de transparência trazidos pela normativa, visando à redução das desigualdades no acesso à justiça e promoção de igualdade de oportunidades, tal como preconiza a meta 10.3, do ODS 10 da ONU. É o que se pretende apresentar a seguir a partir do levantamento de informações disponibilizada no sítio do Tribunal de Justiça de Goiás por força da implementação da citada resolução 333/2020 do CNJ.

### **Agenda 2030 da ONU e a redução de desigualdades na prestação da tutela jurisdicional pelo Tribunal de Justiça de Goiás**

A resolução 333 do CNJ, datada de 21 de setembro de 2020, determina a inclusão de campo/espço denominado “estatística” na página principal dos sítios eletrônicos dos órgãos do Poder Judiciário indicados nos incisos I-A a IV, VI e VII do art. 92 da Constituição Federal. Como afirmado linhas atrás, foi editada no bojo da tentativa de institucionalização da Agenda 2030 no Planejamento Estratégico do Poder Judiciário. Tamanha a importância da pauta de valorização dos direitos humanos e de desenvolvimento sustentável, lançou o Poder Judiciário a iniciativa de identificar, tribunal por tribunal, quais são as demandas mais judicializadas, em relação a cada um dos 17 ODS.

A estratégia vai ao encontro da efetivação do princípio da responsividade no âmbito jurisdicional, preza pela transparência e facilitação para a pesquisa de dados e indicadores, mas apresenta alguns aspectos importantes quando o que se pretende é analisar a redução de desigualdades no acesso à justiça e obtenção de resultados efetivos na prestação da tutela jurisdicional no contexto de uma Justiça 4.0.

Neste ponto, o artigo é fruto de um recorte analítico, feito a partir de dados disponibilizados no sítio do Tribunal de Justiça de Goiás a partir da edição da citada resolução. As breves considerações a seguir apresentadas são iniciais e, por isso mesmo, apontam para uma renovação a partir do que ao longo do tempo a Corte possa publicizar ao alimentar o espaço destinado às “estatísticas”.

Até o momento, os dados apresentados pela Corte goiana referem-se aos anos de 2020 e 2021 e são apresentados sob a grande nomenclatura “Painel Covid 2019”. É possível pesquisá-los a partir da data de recebimento, data de arquivamento e classe do processo, ou seja, optando-se por determinado filtro, é possível saber se está ligado ao processo de conhecimento, execução, recursos ou tutelas provisórias. Quanto às classes, o sítio apresenta um infográfico pré-formatado com o número absoluto de processos por classe, se cíveis, criminais, das varas de infância e juventude ou de varas da justiça trabalhista.

Tendo como referência a coluna relativa ao assunto tratado nas ações ajuizadas nos anos de 2020 e 2021, a pesquisa se torna interessante para os fins traçados neste artigo. Explica-se.

Na coluna “total por assunto”, o Tribunal intitula as informações disponibilizadas como sendo “questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão”. Dentre estas, optou-se pela pesquisa das ações que possuem os vulneráveis num de seus polos, justificando-se tal decisão pelo próprio objeto e hipótese lançada relativa à redução das desigualdades. E, assim, com este recorte, as ações que se pautam pelas relações de consumo foram as escolhidas para a análise.

Dentre as ações que versam sobre os temas de direito consumerista os seguintes assuntos estão listados: (i) conflitos com estabelecimentos de ensino; (ii) revisões de contrato; (iii) responsabilidade civil do fornecedor e direito de danos; (iv) empréstimos consignados; (v) contratos bancários; (vi) consórcios; (vii) prestação de serviços de energia elétrica; (viii) contratos de transporte aéreo e cancelamento de vôos, (viii) financiamentos; (ix) serviços hospitalares; (x) telefonia. Respectivamente a quantidade de ações ajuizadas são: 18, 15, 19, 7, 6, 4, 4, 4, 1 e 3.

O total de ações apresentado na aba “estatísticas” do Tribunal de Justiça de Goiás, sob o nome de “Painéis de Business Intelligence sobre COVID-19 (Casos Novos e Baixados)”, é de 1.304, sendo que 699 foram arquivadas. A informação é fundamental para a presente análise, já que o que se busca é saber como a iniciativa do CNJ é capaz de atender à meta 10.3, do ODS 10 da ONU. Sob essa perspectiva, promover igualdade de oportunidades e reduzir desigualdades quanto ao acesso à justiça e prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, certamente, tem a ver com o conhecimento sobre a entrega do direito pretendido nas ações ajuizadas, ainda mais quando se está diante de uma parte no processo que é vulnerável e hipossuficiente. E tal informação, contudo, não é possível de ser obtida em consulta ao sítio do Tribunal. E mais: se o quanto pretendido pela iniciativa do CNJ é permitir o acesso ao volume e natureza de processos que tramitam no Judiciário indexados aos ODS, tal intenção não se encontra totalmente atendida pela publicização até aqui feita. Não está claro no sítio do Tribunal de Justiça de Goiás a quais ODS os processos se referem e, por isso, constata-se que a indexação é uma formalidade que ainda não se traduziu de maneira eficiente à sociedade e ao mercado.

Enfim, da análise empreendida e impressões iniciais colhidas, remanesce a questão de se saber quais foram os processos arquivados e se dentre eles constam as ações ajuizadas pelos mais vulneráveis da sociedade brasileira e que entabulam negócios regidos pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, é imprescindível ser possível identificar não apenas o total de processos arquivados, mas também filtrá-los por assunto, o que redundará na confirmação da hipótese inicial lançada nesta pesquisa.

## Considerações finais

A tecnologia não apenas é uma realidade nas sociedades em geral, como também vem sendo traduzida sob o nome de “Justiça 4.0” nos estudos e pesquisas que se dedicam a apontar os seus efeitos no âmbito do Judiciário.

É recente a preocupação do Judiciário com o tema da governança e com a adoção de estratégias que possam produzir resultados socialmente desejados.

Neste artigo procurou-se problematizar o tema da Justiça 4.0 com a implementação dos objetivos do desenvolvimento sustentável trazidos na Agenda 2030 da ONU no âmbito do Poder Judiciário. Articulando as categorias da governança judicial e da *accountability*, inicialmente foram apresentadas as balizas que norteiam as iniciativas normatizadas pela resolução 333/2020 do Conselho Nacional de Justiça. Nesta, é clara a preocupação do sistema formal de justiça com a transparência e com sua responsividade.

No entanto, da análise da implementação da citada normativa pelo Tribunal de Justiça de Goiás, foi possível perceber que a iniciativa ainda não é capaz de fornecer subsídios para o cruzamento de informações da população mais vulnerável quanto a um verdadeiro acesso à justiça que entregue o direito pretendido. Afirma-se, assim, que o salto tecnológico pretendido ainda não promove ações capazes de efetivar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva ao conjunto da sociedade mais desfavorecida nos termos do ODS 10.

Por fim, deve-se reiterar que o trabalho de pesquisa sobre o tema proposto merece ser contínuo para o fim de monitoramento da política judiciária pensada pelo Conselho Nacional de Justiça e para que o quanto planejado não seja uma iniciativa meramente formal, que se traduza na perpetuação de um modelo de governança burocrático e pouco democrático.

## Referências

AZEVEDO, Sérgio de. Políticas públicas e governança em Belo Horizonte. **CADERNOS MetrÓpole**. São Paulo: EDUC, n. 3, 2000. Disponível em: <<http://cadernos-metropole.net/artigo/9>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

ARAÚJO, Vinícius de Carvalho. A conceituação de governabilidade e governança, da sua relação entre si e com o conjunto da reforma do Estado e do seu aparelho. **Texto para discussão, 45**. Brasília: ENAP, 2002, 27 p.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 333 de 21/09/2020**. Dispo-

nível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3488>> Acesso em: 10 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário do Estado de Goiás. **Estatísticas**. Disponível em: <<https://www.tjgo.jus.br/index.php/coronavirus-estatisticas>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

COELHO, Magda; DINIZ, Eli. **Governabilidade, Governança Local e Pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro, IUPERJ, 1995.

DINIZ, Eli. Reforma do Estado e Governança Democrática: Em direção à democracia sustentada? In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE DEMOCRACIA, GOBERNANZA Y BIENESTAR EN LAS SOCIEDADES GLOBALES, 2003, Barcelona. Disponível em: <[http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/elidiniz\\_reforma\\_do\\_estado.pdf](http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/elidiniz_reforma_do_estado.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

KISSELER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança Pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **RAP**, Rio de Janeiro, v. 40, p. 479-499, mai-jun 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n3/31252.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

LOTTA, Gabriela. *et al.* A pandemia de COVID-19 e os(as) profissionais das Defensorias Públicas. **Nota técnica**. NEB FGV EAESP, 2020. Disponível em: <<https://neburocracia.wordpress.com/>> Acesso em: 29 nov. 2021.

LUQUE, Daniella Carioni de S. **A Justiça 4.0 no Brasil 1.0: análise do paradoxo entre transformação digital e promoção do acesso à justiça**. Relatório Disponível em: <<https://juristas.com.br/2021/10/21/a-justica-4-0-no-brasil-1-0-analise-do-paradoxo-entre-transformacao-digital-e-promocao-do-acesso-a-justica/>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

MELO, Marcus André. Ingovernabilidade: Desagregando o Argumento. In: VAL-LADARES, Lícia do Prado (Org). **Governabilidade e Pobreza**. Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1995.

\_\_\_\_\_. Governance e reforma do Estado: o paradigma agente X principal. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ano 47, v. 120, n. 1, jan-abr. 1996.

PECI, A.; PIERANTI, O. P.; RODRIGUES, S. Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro. **Organizações & Sociedade**, v. 15, n. 46, art. 2, p. 39-55, 2008.

# A JUSTIÇA 4.0: UMA ANÁLISE DO ACESSO À JUSTIÇA NO JUÍZO 100% DIGITAL

**Luísa Carolyna de Sousa Silva**

Graduanda em Direito, na modalidade Integral, na Escola Superior Dom Helder Câmara.

**Yuri da Silva de Ávila Matos**

Graduando em Direito, na modalidade Integral, na Escola Superior Dom Helder Câmara.

## **Resumo:**

A presente pesquisa aborda o projeto Juízo 100% digital, promovido pelo CNJ, que visa resolver o alto nível de judicialização nos tribunais brasileiros e a crescente necessidade de se pensar em processos mais céleres, juntamente com o acesso universal à justiça. O objetivo geral do trabalho é analisar a maneira como o Juízo 100% digital pode ajudar a promover um efetivo acesso à justiça. Sendo possível concluir que esta ferramenta é promissora quanto a promoção ao acesso à justiça, por romper as barreiras da distância entre os entes sociais, que necessitam da assistência judiciária, bem como dos polos que promovem a justiça formal, como os locais de exercício do Poder Judiciário; contudo, também conclui-se que as barreiras da desigualdade é um fator de extrema importância e apenas a observação de fatores técnicos processuais não contribuiria de forma efetiva para a consolidação do acesso à justiça tendo em vista o grande número de litígios no judiciário.

**Palavras-chave:** Juízo eletrônico; Acesso à justiça; Tecnologia; Direitos Humanos.

## **1. Introdução**

A presente pesquisa apresenta como tema o acesso à Justiça 4.0, com foco principal no projeto “Juízo 100% Digital”, que tem como objetivo promover o acesso à justiça, por meio de novas tecnologias e inteligência artificial. Diante disso, a problemática consiste em analisar as barreiras econômicas e sociais que impendem a efetivação do acesso à justiça no Brasil, tendo em vista a crescente desigualdade social presente no país. Além de comentar sobre a morosidade do Poder Judiciário no Brasil, considerada um dos maiores

problemas do judiciário brasileiro.

A informática no Poder Judiciário, veio para agilizar os procedimentos e diminuir de forma progressiva o uso de papeis. Segundo Dantas (2012), o processo eletrônico mostra-se como fato social que demanda e gera mudanças e atualizações no ordenamento jurídico, além de explicar o aparecimento de soluções jurídicas para novas questões procedimentais. Nesse sentido:

O Direito e suas estruturas tradicionais têm diante de si um contexto complexo e dinâmico que exige constantes aportes inovadores, inclusive porque o ambiente tecnológico tem a mesma característica de evolução rápida. Tem-se uma clara interligação entre os riscos de novas tecnologias, os direitos em sentido amplo e as dificuldades de ser encaminhar soluções adequadas (BERGWIG; ENGELMANN, WEYERMULLER, 2019).

Nesse contexto, se faz necessária a discussão acerca do conceito de acesso à justiça, atrelado a crise do judiciário e a reformas judiciais. Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988), conduziram a obra “Florence Project”, traduzida para o português como “Acesso à justiça”, considerada um dos mais importantes estudos sobre acesso à justiça. Na obra são apontadas algumas barreiras no acesso à justiça, bem como o surgimento das “ondas de acesso à justiça”, que buscam solucionar os referidos obstáculos. Outro importante autor no debate acerca do acesso à justiça é Boaventura de Souza Santos, que pontua a existência de um vínculo entre a reforma judicial e o Estado como estrutura administrativa.

A pesquisa que se propõe, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), pertence à vertente metodológica jurídico-social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa foi predominantemente dialético e quanto ao gênero de pesquisa, foi adotada a pesquisa teórica.

## **2. O acesso à justiça para Mauro Cappelletti, Bryant Garth e Boaventura de Souza Santos**

O conceito de acesso à justiça é amplo e dotado de prolixia e denominações. Na maioria das vezes está relacionado com o acesso ao Poder Judiciário e possui como sinônimos “acesso ao Judiciário” ou “direito de ação” (URQUIZA; CORREIA, 2018).

Diversos autores trabalham com a ideia de que promover o acesso à justiça é promover consequentemente, reformas judiciais. Boaventura de Souza Santos, se contrapondo a essa ideia majoritária, diz que o acesso à justiça é na verdade “um método de pensamentos e mudanças na concepção, incorporando espectros democráticos e participativos” (VITOVSKY, 2017).

Boaventura (2007, p. 8, apud URQUIZA; CORREIA, 2018) defende uma “análise extensiva, crítica e criativa dos principais vetores de refundação

democrática do papel do direito e da justiça”. A partir daí, o jurista propõe uma revolução democrática da Justiça, baseada em três pressupostos. São eles: a revolução democrática do Estado, a revolução da sociedade e a revolução da própria justiça.

Antônio Hilário Aquilera Urquiza e Adelson Luiz Correia, sob influência do livro de Boaventura, apontam que:

Para o direito ser democraticamente exercido, a cultura na qual se insere também deve ser democrática, o que nem sempre acontece; [...] levando a um descrédito do papel do direito na construção da democracia, o que, por sua vez, tende a aumentar o crescimento das desigualdades sociais e a acentuar a consciência social de sua injustiça. Contudo, se por um lado as desigualdades sociais têm aumentado; por outro, progressivamente as classes populares têm tomado consciência dessas desigualdades e das violações de seus direitos; e não têm ficado inertes. Elas se organizam individual ou coletivamente para reclamar seus direitos (CORREA; URQUIZA, 2018).

Para Boaventura de Souza Santos (2007, p. 24), os principais vetores para a transformação são: 1) profundas reformas processuais; 2) novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; 3) o velho e o novo pluralismo jurídico; 4) nova organização e gestão judiciárias; 5) revolução na formação profissional: da faculdade à formação permanente; 6) novas concepções de independência judicial; 7) relação do poder judicial mais transparente com o poder público e a mídia; 8) cultura jurídica democrática e não corporativa.

O jurista reconhece que as transformações são necessárias para alterar o cenário jurídico e judiciário, no entanto, o sistema judicial sozinho, não é capaz de solucionar todas as injustiças sociais. Para Boaventura, “não haverá justiça mais próxima dos cidadãos se os cidadãos não se sentirem mais próximos da justiça” (SANTOS, 2007, apud. VITOVSKY, 2017).

Sob outra perspectiva, Cappelletti e Garth (1988), concordam que o conceito de acesso à justiça está relacionado “com a acessibilidade de todos a um sistema pelo qual “podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” e a produção de “resultados que sejam individual e socialmente justos”, ou seja, o direito de acesso à justiça precede outros direitos, é o mais básico dos direitos humanos (CAPPELLETTI; GARTH, apud. CORREIA; URQUIZA, 2018).

Os autores apresentam algumas barreiras que impedem a consolidação e a efetividade do acesso à justiça. São elas: a barreira econômica, que explica, principalmente, a respeito dos custos judiciais e honorários advocatícios; a barreira organizacional, que lida com diferentes interesses sobre diferentes assuntos, o que dificulta a organização das demandas; e por fim as barreiras processuais, relacionadas à morosidade do Poder Judiciário, à sobrecarga do

sistema judicial, e à excessivos procedimentos burocráticos (CORREIA; URQUIZA, 2018).

Na tentativa de superar essas barreiras, Cappelletti e Garth, apontam o surgimento de três ondas reformistas do acesso à justiça. A primeira onda, discorre sobre uma assistência judiciária voltada aos mais carentes. A desigualdade social, excluiu a participação de parte da sociedade, na área jurídica. Com os altos custos do processo e os honorários advocatícios, as pessoas que fazem parte das classes menos favorecidas, muitas vezes, não reivindicam seus direitos.

Na tentativa de proporcionar uma assistência, igualitária aos pobres, alguns países ocidentais, adotaram o sistema *judicare*, que consistia na utilização de advogados particulares pagos pelo Estado - se assemelha aos advogados dativos no Brasil – No entanto, o sistema apresentava algumas falhas. “Os advogados defendiam apenas os direitos individuais de cada indivíduo e a população ainda ficava ignorante sobre seus direitos e inerte para as ações coletivas em favor dos pobres” (RODRIGUES, 2019).

A segunda onda, buscando resolver o problema da barreira organizacional, e a falha da primeira onda, promoveu reformas no processo, priorizando os interesses coletivos da população, mas sem deixar de lado os interesses individuais.

A terceira onda, também chamada de “o novo enfoque de acesso à justiça”, se propôs a solucionar os problemas trazidos pelo obstáculo processual. Cappelletti e Garth, sugerem reformas que vão além da primeira e da segunda onda.

Incluem os procedimentos, a estrutura dos tribunais, a criação de novos tribunais, a atuação de pessoas leigas ou para profissionais, modificação do direito substantivo para evitar litígios ou facilitar sua solução, utilização de mecanismos privados ou informais para solucionar litígios, adequação do processo civil ao tipo de litígio (CORREIA, URQUIZA, 2008).

A terceira onda, busca ainda, desenvolver métodos processuais mais simplificados (por exemplo, a Lei nº 9099/95, dos Juizados Especiais), e retomar os institutos da mediação, da arbitragem e da conciliação. De modo geral, ela procura simplificar e tornar mais efetiva, a aplicação do Direito.

### **3. Evolução vivida pelo poder judiciário no séc. XXI em razão do uso da informática**

A partir da Segunda Guerra Mundial surgiram as principais descobertas tecnológicas eletrônicas; desde então a tecnologia tem vivenciado inúmeros avanços, principalmente no que diz respeito a informática. Essa revolução tecnológica se deu pela necessidade de respostas rápidas e soluções mais ágeis para as adversidades encontradas na evolução da sociedade.

Hoje, a informática é indispensável ao cotidiano moderno. Os aparelhos eletrônicos são encontrados em quase todas as residências brasileiras. Hospitais, lojas, as relações sociais, tudo foi tomado pelo uso da informática, e com o Poder Judiciário não poderia ser diferente, é notória sua revolução nos últimos anos em decorrência do uso da tecnologia. (DANTAS, 2012).

Antes de falarmos sobre as alterações sofridas pelo Poder Judiciário, com o uso da informática, é preciso pontuar a crise do processo judicial em papel, que se deu principalmente com o uso excessivo de procedimentos administrativos burocráticos e ultrapassados que contribuíram para a morosidade do Poder Judiciário.

Para Rui Barbosa, a morosidade do Poder Judiciário representa, uma evidente injustiça, e é sem dúvidas o maior problema do judiciário brasileiro. Dantas (2012), pontua também que:

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta diversos problemas, que vão desde o reduzido número de magistrados e servidores à falta de estrutura das respectivas unidades, passando pela ultrapassada legislação processual civil. No Brasil, o número de juízes é insuficiente para a quantidade de processos em tramitação (DANTAS, 2012).

Algumas alterações legislativas como as Leis nº 8.952/94, 9.800/99 e 10.259/2001, tentaram introduzir práticas menos burocráticas ao processo civil brasileiro ao autorizarem a prática dos atos ordinários, transmissão de petições via fax (no entanto essa lei apenas facilitou o trabalho do advogado) e a permissão do uso do meio eletrônico para recepção de petições e atos processuais nos tribunais.

Outra mudança significativa, foi a sanção da Lei nº 11.419/2006, que dispõem sobre a informatização do processo judicial e altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. Ao autorizar em seu Art. 1º, § 2, o armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais, de modo totalmente digital e sem uso de papel, a Lei nº 11.419/2006 inaugura a era do processo judicial eletrônico brasileiro.

Pode-se afirmar que a informática deixou de ser apenas uma auxiliar na tramitação de processos judiciais físicos, e passou a ser o meio de formalizar o processo judicial. Em 2008, o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com sede no Estado da Paraíba, implantou a primeira vara 100% eletrônica do Poder Judiciário brasileiro, quebrando paradigmas jurídicos e sociais a respeito do processo judicial eletrônico (DANTAS, 2012).

Ademais, é sabido que o Brasil encara desafios para a gestão e administração da justiça, buscando soluções criativas e de baixo custo para o Judiciário. O uso da tecnologia já se fazia presente no combate a esses desafios, no entanto, no ano de 2020, com a pandemia do Corona Vírus, a implementação da tecnologia nos processos judiciais se tornou ainda mais efetiva. As providências emergenciais do Conselho Nacional de Justiça (CJN), criaram um

regime de trabalho diferente para os servidores, magistrados e advogados, em razão da COVID-19 (BARROS; TAUKE, 2021).

Apresentando resultados positivos, algumas destas alterações foram definitivamente incorporadas ao sistema judicial brasileiro. O CJN, apresentou no plano nacional de gestão 2020-2022, como um de seus eixos principais, o desenvolvimento da “Justiça 4.0” e a promoção do “acesso à justiça 100% digital”, ou seja, a possibilidade de se realizar todos os atos processuais, exclusivamente no meio eletrônico, dando ao cidadão a possibilidade de valer-se da tecnologia para ter acesso à justiça sem precisar sair de casa. As audiências e sessões de julgamento, ocorrerão unicamente por videoconferência.

A cartilha apresentada pelo CJN, afirma que o Juízo 100% Digital, irá proporcionar “maior celeridade por meio do uso da tecnologia, evitando-se os atrasos decorrentes da prática de atos físicos ou que exijam a presença das partes nos Fóruns” (Juízo 100% Digital: TUDO O QUE VOCÊ PRECISA SABER, 2020).

#### **4. O acesso à justiça no juízo 100% digital e sua efetivação no corpo social brasileiro frente ao acesso à justiça**

É sabido que o acesso à justiça é fundamento essencial para a manutenção da democracia de um país e seu desempenho quanto ao atendimento aos jurisdicionados é fator determinante quanto a confiabilidade da sociedade na justiça, como apresenta Boaventura de Sousa Santos (2014) em sua obra, para uma Revolução Democrática da Justiça, no qual diz “A frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar a desistência da crença no papel do direito na construção da democracia”.

Assim, ao longo da história, o judiciário se viu obrigado a realizar em sua estrutura reformas para se adequar aos anseios sociais de diferentes épocas. Essas evoluções podem ser observadas na obra Acesso à Justiça, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002), na qual analisam e dividem em três os principais movimentos renovadores da justiça ao longo da história. As ondas observadas por Cappelletti e Garth em seus estudos sociojurídicos, demonstram que a promoção de mecanismos que viabilizem o acesso dos mais pobres à justiça, o desenvolvimento dos direitos coletivos e difusos e a expansão da concepção de resolução de litígios são os meios essenciais para a efetivação do direito ao acesso à justiça, elevando-os assim ao patamar de um direito humano.

Com a Constituição Federal de 1988, o Brasil materializou o acesso à justiça no artigo 5º, inciso XXXV, no qual preconiza que diante sua importância, o Código de Processo Civil de 2015, em sua Parte Geral, na qual trata das Normas Processuais Cíveis e das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais, também fez referência expressa a este artigo da constituição, no art. 3º, caput trazendo para o entendimento prático processual o direito de acesso à justiça, como explica Marcus Vinicius Furtado Coêlho

que foi membro comissão responsável pela elaboração do Código Processual Civil de 2015:

O art. 3º, em seu caput, revela o princípio da inafastabilidade da jurisdição - direito de acesso à justiça - ao cominar, em redação similar ao do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão ao direito”. Essa é a garantia do cidadão de poder provocar uma resposta poder judiciário em no caso de percebida lesão a algum direito (COELHO, 2019).

Entretanto, mesmo diante deste cenário de consolidação e ampliação do acesso à justiça, a morosidade passa a ser um empecilho para a consolidação desse direito. De acordo com a pesquisa, Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro publicada em 2019, existe entre a população brasileira, diversos motivos que levam os jurisdicionados a não recorrerem a justiça do Brasil para a resolução de seus conflitos, porém o fator que mais desestimula as pessoas quanto à busca por serviços judiciários é a “justiça ser muito lenta e burocrática”.

Em consonância a este fato, segundo o projeto Brasil em Números, projeto anual feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em uma análise do sistema judiciário brasileiro, se avaliou que existia em 2019 um acervo de quase 78,1 milhões de processos pendentes, no qual fazendo uma projeção hipotética concluiu-se que “sem que houvesse a entrada de novos processos e com a manutenção do fluxo de baixa na ordem de 35,2 milhões de casos resolvidos ao ano, seriam necessários pelo menos dois anos e dois meses para liquidar o estoque processual existente”. Dessa forma conclui-se que o Brasil é um país altamente litigioso, ocasionando assim o abarrotamento do sistema judiciário que nos leva a morosidade, sendo assim uma barreira a ser superada com o intuito de efetivação do acesso à justiça.

Contudo, antes de se instaurar ferramentas de combate à lentidão processual, é necessário entender onde se localiza esta morosidade no sistema judiciário. Boaventura de Sousa Santos (2014), classifica de duas formas a lentidão processual, como sendo morosidade sistêmica e morosidade ativa. A morosidade sistêmica como diz Boaventura “é aquela que decorre da sobrecarga de trabalho, do excesso de burocracia, positivismo e legalismo” já a morosidade ativa segundo o autor se consiste “na interposição, por parte não só de operadores concretos do sistema judicial [...], mas também de algumas das partes e terceiros envolvidos no processo, de obstáculos para impedir o que a sequência normal dos procedimentos”. Limitando assim, a presente pesquisa ao trato de questões relativas apenas a questões quanto à morosidade sistêmica.

Tendo em vista este fato, como visto na seção anterior, o Juízo 100% Digital é uma medida implementada no judiciário brasileiro pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) que visa a promoção da celeridade processual, através do combate da morosidade sistêmica por meio da virtualização de atos

processuais, extinguindo assim, as barreiras físicas entre os jurisdicionados e a jurisdição que exijam a presença das partes nos Fóruns ou a prática de atos físicos. Tal medida pode ser observada logo no art. 1<sup>a</sup> §1<sup>o</sup> da Resolução n. 378 de 09/03/2021, na qual sua inteligência diz que “No âmbito do “Juízo 100% Digital”, todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores.”.

A extinção de barreiras físicas entre os jurisdicionados e jurisdição pode ser visto como uma clara referência a primeira onda do acesso à justiça. CAPPELLETTI e GARTH (2002, p. 18), demonstram em sua obra que o dispêndio financeiro é um dos principais impeditivos quanto ao acesso à justiça, no entanto, na obra, os autores focam como sendo os honorários advocatícios o principal gasto financeiro advindo da proposição de uma ação. Todavia tal realidade no Brasil em uma interpretação extensiva é gravemente aprofundada tendo em vista a desigualdade social existente no país, sendo necessário assim, a expansão da compreensão do que são às custas em torno da proposição de uma ação judicial, posto isso, para um melhor entendimento das barreiras que dificultam o acesso à justiça no Brasil, é necessário a considerarmos desde o gasto de locomoção ao fórum até o pagamento das custas processuais. Em consequência a isso, o projeto Juízo 100% Digital pode ser entendido como uma ferramenta que vai além do desenvolvimento da celeridade processual, mas como também um instrumento que promove um maior acesso a jurisdição pelos jurisdicionados, por eliminar as barreiras físicas e consequentemente atos que necessitariam de um dispêndio financeiro das partes, como locomoção.

É inegável, como apontado acima, que o juízo 100% digital é uma promissora ferramenta de promoção ao acesso a justiça, focando em uma maior celeridade processual e a redução de custas processuais. Entretanto, tais meio de efetivação de acesso a jurisdição, que removem a barreira da morosidade processual e das custas processuais, podem ser vistos em outros institutos. A Assistência Judiciária Gratuita, que é regida pela Seção IV do Código de Processo Civil de 2015, veio como uma forma de resguardar pessoas naturais ou jurídicas, brasileiras ou estrangeiras, com insuficiência de recursos, de não pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, limitando assim a barreira econômica. Já a celeridade, pode ser vista na reforma promovida com a implementação do PJe (Processo Judicial Eletrônico), pela resolução n<sup>o</sup> 185 de 18/12/2013 do CNJ. Tornando assim, o Juízo 100% Digital, uma ferramenta redundante quanto a aplicação de direitos.

Tendo em vista tal realidade, Caio Augusto Souza Lara em sua tese de mestrado, discute as recorrentes reformas judiciais desde a redemocratização do Brasil, que priorizam a celeridade técnico processual e não a aproximação do cidadão de seus direitos. Assim, levando em conta o alto nível de litigância do Estado brasileiro, completa:

Ora, o que se concretiza, no entanto, é o investimento em uma in-

fraestrutura milionária que tenta, a passos lentos, se tornar sua administração judiciária mais qualificada para solucionar um cenário de litigância excessiva e que realmente deve fazer isso. [...] não ganha legitimidade e nem efetividade se o jurisdicionado-cidadão não puder identificar quais são seus direitos, como eles são violados e ter autonomia para entender como e quais são os espaços para solução dos seus próprios conflitos (LARA, 2019).

Corroborando com esta ideia, Boaventura explicita que para uma revolução democrática é necessário a criação de uma cultura de consulta jurídica e de assistência e patrocínio ao jurisdicionados, tendo como exemplo dessa política pública que promove o acesso à justiça como também demonstra ao titular do direito seus direitos, temos a Defensoria Pública, que foi instituída oficialmente no Estado brasileiro como órgão essencial para a promoção do acesso à justiça pela Constituição da República de 1998, mais precisamente em seu art. 134, caput, tendo como uma de suas principais funções “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos” (BRASIL, 1998).

Neste sentido conclui-se que o Juízo 100% Digital é uma promissora ferramenta para complementar e desenvolver direitos já consolidados com a diminuição da morosidade processual e das custas processuais. Contudo, tal entendimento não pode girar apenas em entorno de um aspecto meramente técnico processual que coloca o judiciário como a única porta de resolução de conflitos pois este entendimento se torna utópico quando se observa o nível de litigância no país, impedindo assim o teor revolucionário do Juízo 100% Digital, uma vez que ele apenas transfere as limitações existentes no mundo físico para o mundo digital.

## **5. Considerações finais**

Diante de todo o exposto, fica claro a importância dos movimentos de promoção à justiça para a consolidação democráticas de um país. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002) ao traçarem as ondas renovadoras de acesso à justiça, produziram um paradigma na qual estabelece os meios necessário para a efetivação de direitos e solidificação do sistema de justiça. Contudo, em consonância com essa consolidação de direitos ao longo da história no qual promoveu um acesso mais amplo a jurisdição, o judiciário se deparou com um grande volume de litígios na qual esperam uma prestação jurisdicional do Estado, resultando assim em um novo problema que vai contra o acesso à justiça que é a morosidade.

Diante deste cenário, ao longo da evolução tecnológica no último século, o judiciário com o intuito de acompanhar as mudanças advindas com as novas tecnologias, e resolver as questões advindas da morosidade sistêmica, passou a implementar medidas técnicas processuais com auxílio tecnológico para mitigar os efeitos da morosidade. Tendo como uma das principais fer-

ramentas que consolidou essas mudanças a implementação do PJe (Processo Judicial Eletrônico), no qual resolveu problemas advindos do processo físico e a Justiça 100% Digital uma das mais novas inovações técnico processuais na qual visa a promoção de acesso à justiça e celeridade processual.

Dessa forma, resta claro que as inovações tecnológicas técnico processuais são de extrema importância para a evolução do sistema judiciário e que o juízo 100% digital como um novo instrumento de aplicação jurisdicional é um meio promissor de desenvolvimento de novas formas de efetivação de direitos, porém, como apresentado com os pensamentos de Caio Augusto Souza Lara e Boaventura de Sousa Santos, a simples implementação de medidas técnicas mais novas no curso do processo não viabiliza em si a efetivação do dispositivo quanto ao desenvolvimento de um acesso mais amplo a justiça, vê-se necessário aproximar o jurisdicionados de seu direito e criar no ente social o entendimento que o Poder Judiciário não é a única porta de resolução de litígios.

## Referências

BARROS, Márcia Nunes de; TAUKE, Caroline Somesom. **O uso da tecnologia nos litígios de propriedade intelectual no Brasil**. In: Instituto de Investigações Jurídicas. Perspectiva de los administradores de justicia en Propiedad Intelectual en América Latina. Paraguaí, 2021 p. 137-152. *E-book*.

BERWIG, J. A.; ENGELMANN, W.; WEYERMULLER, A. R. **Direito ambiental e**

**nanotecnologias: desafios aos novos riscos da inovação**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 16, n. 36, p. 217-246, set./dez. 2019. Disponível em:

<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1553/24848>. Acesso em: 20 nov. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Artigos 2º e 3º do CPC - Inércia e inafastabilidade da jurisdição**. Migalhas. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/297500/artigos-2---e-3---do-cpc---inercia-e-inafastabilidade-da-jurisdicao>. Acessado em: 17 out. 2021.

DANTAS, Adriano Mesquita. **Evolução do Processo Brasileiro: História e perspectiva do processo judicial eletrônico**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, Escola Judicial, v. 12, dez. 2012 (versão eletrônica), p. 177-192. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/BASESJURIDICAS/PUBLICACOES/REVISTAS/Revista2012>. Acesso em: 15 nov. 2021.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Brasil em números** - Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?id=72&view=detalhes>. Acessado em: 15 out. 2021.

**Juízo 100% Digital: TUDO O QUE VOCÊ PRECISA SABER**. (2020). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>

wp-content/uploads/2020/10/WEB\_cartilha\_Juizo\_100porcento\_digital\_v3.pdf.  
Acessado em: 16 nov. 2021.

LARA, Caio Augusto Souza. **O acesso tecnológico à justiça: Por um uso contra-hegemônico do big data e dos algoritmos.** 2019. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2019.

RODRIGUES, Ana Carolina Pereira. **As três “ondas” do Acesso à Justiça.** Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://anacarol7.jusbrasil.com.br/artigos/701835586/as-tres-ondas-do-acesso-a-justica>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça.* São Paulo: Cortez, 2007, 120 p.

URQUIZA, Antônio Hilário Aquilera; CORREIA, Adelson Luiz. **Acesso à justiça em Cappelletti/Garth e Boaventura de Souza Santos.** Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 20, n. 8, p. 305-319, ago. 2018.

VITOVSKY, Vladimir Santos. **O Acesso à Justiça em Boaventura de Sousa Santos.** Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 177-196, ago. 2017. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/68>. Acesso em: 16 nov. 2021.

# OS DILEMAS DO *VISUAL LAW* E O ACESSO À JUSTIÇA FRENTE À DESIGUALDADE ECONÔMICO-JURÍDICA

**Camilla Rafael Fernandes**

Graduanda em Direito, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara e integrante da Iniciação Científica de Direito e Tecnologia pela mesma instituição.

**Isabella Lúcia Nogueira Silva**

Graduanda em Direito, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara e integrante da Iniciação Científica de Direito e Tecnologia pela mesma instituição.

## **Resumo:**

O ambiente jurídico tem inserido cada vez mais diferentes inovações tecnológicas a fim de se obter novos benefícios e vantagens no intuito de alcançar um maior acesso à justiça. Contudo, por mais que o desenvolvimento tecnológico é algo inerente a realidade em que estamos inseridos é possível perceber que não são todas as situações em que a esfera jurídica possui uma estrutura concreta para acompanhar tal progresso. Em vista disso, a pesquisa toma como objetivo analisar o dilema existente na aplicação do *Visual Law* para o acesso à justiça diante da desigualdade socioeconômico como também judicial. Além disso, coloca em pauta a questão da regionalidade e como essa pode ser um fator determinada de sua aplicabilidade. Logo, há a presença de aspectos vantajosos como extremamente negativos. Assim, o *Visual Law* pode garantir uma maior eficácia da lei e dos direitos ao evitar que se tenha rescisões e revisões ao possibilitar uma menor judicialização. Por conseguinte, o uso de imagens e recursos visuais possibilita uma comunicação mais acessível por todos, concretizando, assim, um avanço. Por outro lado, a introdução completa e ampla dessa ferramenta deixa de ser viável tanto em contexto internacional ou nacional já que implica uma demanda de uso da tecnologia que não é todos os lugares que possuem tal capacidade, haja vista que grande maioria das cidades brasileiras nem processos eletrônicos possuem. Com o exposto compreende-se que o uso do design na área do Direito é um avanço que não pode ser impedido e nem poderá retroagir, mas que deve ser manuseado com cuidado e alerta como também atentar-se ao fato da necessidade de considerar as tecnologias já empregadas em certa região antes de introduzir o *Visual Law*,

sob o risco de afastar o acesso à justiça, afastando-se, conseqüentemente, do seu intuito.

**Palavras-chave:** *Visual law*; Acesso à justiça; Desigualdade econômico-jurídica.

## Considerações iniciais

Ao longo dos anos o Visual Law começou a receber destaque e ser empregado globalmente na formalização jurídica. Contudo, surgiram debates sobre a sua utilização, diante das vantagens e das desvantagens que esse recurso visual pode possibilitar. Por isso, é necessário, a princípio, apresentá-lo.

O Visual Law é a aplicação de recursos do design, visando construir uma mensagem focada nas partes envolvidas em determinada situação do âmbito jurídico. Sendo capaz de facilitar a comunicação, ele permite que as partes tenham maior conhecimento e informação referente ao que as cercam. Por isso, são utilizados variados recursos visuais para atender o seu objetivo. Conforme Margaret Hagan ([201-?], tradução nossa)<sup>1</sup>, “o design legal não está focado tanto em persuadir os usuários a consumir um produto ou uma experiência, ou em sentir uma emoção particular. Em vez disso, trata-se de aumentar a capacidade de uma pessoa de tomar decisões estratégicas para si mesma”.

---

<sup>1</sup> No original: legal design is focused not so much on persuading users to consume a product or an experience, or on feeling a particular emotion. Rather, it is about increasing a person's capacity to make strategic decisions for herself.

## Imagem 1 – O que é o Visual Law?

### O que é Visual Law?

O Visual Law é a aplicação de recursos do design com o intuito de facilitar a comunicação, através da centralização da mensagem no humano.

**Ou seja...**

Para centralizar a mensagem no humano, é preciso desenvolver um texto pensando na pessoa que vive a situação jurídica.

### Exemplos de recursos visuais:

Gráficos Ciclos explicativos Imagens Vídeos QRcodes links **WWW.COM**

### Consequentemente...

- Empregar recursos que não tenham qualquer relação com a mensagem **não** é Visual Law
- Utilizar recursos visuais para tornar o texto esteticamente belo **não** é Visual Law.
- Utilizar o design para convencer ou estabelecer qualquer propaganda (como usar slogan) **não** é Visual Law.

Fonte: Elaborada pelo autor (2021)

A partir do exposto, apresenta-se o tema da presente pesquisa: os dilemas do Visual Law e o acesso à justiça, frente à desigualdade econômico-jurídica. O problema objeto da investigação é analisar esse dilema, ou seja, as vantagens e as desvantagens de tal ferramenta, sobretudo, em regiões de desigualdade econômico-jurídica. Assim, a pertinência do tema se justifica pela necessidade de se compreender qual é a real contribuição do Visual Law para o acesso à justiça.

Para finalizar essa introdução, a metodologia empregada nesta análise, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), pertence à vertente metodológica jurídico-social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido foi predominantemente dialético e quanto ao gênero de pesquisa, foi adotada a pesquisa teórica.

## Os benefícios do Visual Law para se obter acesso material e formal à justiça

A explicação das vantagens do Visual Law para se ter acesso à justiça é interligada aos níveis desse acesso: material e formal. O nível formal pode ser compreendido como o mínimo de formalização para se obter a possibili-

lidade de ter os direitos materiais reconhecidos. Conforme o autor Boaventura de Sousa Santos e Maria Manuel Leitão (1996), faz parte desse nível o acesso à representação por um advogado ou, quando não for possível essa representação, o acesso por outro meio, desde que os tribunais sejam provocados e apontem uma resolução para o litígio. No Brasil, esse outro meio é a Defensoria Pública ou, até mesmo, os juizados especiais ou os próprios tribunais, para as situações em que não há exigência dessa representação. Por outro lado, o nível material é a possibilidade de ter os direitos materiais, que já foram reconhecidos no nível formal, dessa vez, garantidos. Para Santos e Leitão (1996), o acesso material é um nível mais amplo, abrangendo a esfera da efetividade dos direitos.

A partir dessa introdução, infere-se: qual a relação entre o acesso à justiça e o Visual Law? A resposta está no livro digital *Law by Design*, escrito por Margaret Hagan, uma das maiores preceptoras do estudo dessa temática. Conforme a autora (HAGAN, [201-?]), o Visual Law e o Acesso à Justiça são subáreas do Legal Design, juntamente com o Processo de Legal Design e a Educação e Prática Jurídica. Entretanto, para compreender a relação entre as subáreas, é preciso, anteriormente, saber o que é a área que as abrange. Nas palavras de Hagan ([201-?], tradução nossa)<sup>2</sup>, “O Legal Design é a aplicação do design centrado no ser humano ao mundo do direito, para tornar os sistemas e serviços legais mais centrados no ser humano, utilizáveis e satisfatórios”. Trata-se, portanto, de uma área que busca a promoção do acesso à justiça, por meio, sobretudo, da facilitação da comunicação, para que as partes compreendam o processo e o seus reais direitos materiais. Há a identificação do protagonismo das partes, considerando que são elas que vivenciam a situação jurídica e, por isso, devem saber o que as cerca. Assim, o design é proposto como um simplificador da rebuscada linguagem do Direito e do próprio ordenamento em si.

Diante do exposto, é possível inferir a primeira vantagem a ser apresentada nessa seção: o Visual Law, como aplicação do design, permite que a mensagem jurídica não seja, apenas, transmitida, mas, também, compreendida, ou seja, ele facilita a comunicação. Sob essa perspectiva, para além da mensagem, o contexto do ordenamento jurídico que uma pessoa está inserida também se torna mais simples. Desenvolver um texto capaz de cumprir o seu papel específico do Direito e fazer com que a pessoa, por trás daquela situação prática, o entenda é centralizar o humano no ordenamento e, mais do que isso, é exercer democracia ao possibilitar a informação.

Segundo um estudo da Rhodes University (MEDICINE.,, 2005), os pictogramas podem auxiliar a compreensão de uma informação. Nesse estudo, 87 pessoas foram divididas em dois grupos, sendo que 41 pessoas (grupo controle) receberam bulas de medicamentos com, somente, textos e 46 pessoas (grupo experimental) receberam a bula com textos e com pictogramas.

2 No original: Legal design is the application of human-centered design to the world of law, to make legal systems and services more human-centered, usable, and satisfying.

Para que o nível de escolaridade dos participantes não influenciasse a análise, todos eles tinham, no máximo, 10 anos de escolaridade formal (MEDICINE., 2005). A conclusão foi que “Foi encontrada alta adesão de mais de 90% para 54% do grupo experimental, em comparação com apenas 2% do grupo controle. Os percentuais médios para compreensão nos grupos de controle e experimentais foram de 70 e 95%, respectivamente” (MEDICINE., 2005, tradução nossa)<sup>3</sup>.

A centralização no humano, que por si configura outra vantagem, é representada na criação de um vínculo de informação entre o processo burocrático e a pessoa que vive a situação geradora desse processo. A exemplo, explicita-se o processo de contratação e a pessoa que está contratando algum serviço. Nesse caso, comumente, essa pessoa não compreende o que está disposto em eventual contrato escrito, seja por causa de jargões jurídicos, seja pela forma de organização do texto, seja pela falta de coesão textual... Desse modo, o emprego de Visual Law pode auxiliar ao elucidar termos complexos, contribuindo com o acesso material da justiça ao garantir direitos, como o direito à informação, ao conhecimento. Por consequência, se há acesso à informação, a garantia de demais direitos é simplificada, afinal, o mínimo que um cidadão precisa para pleiteá-los é saber que os seus direitos existem.

No atual cenário de intenso desenvolvimento tecnológico, cotidianamente as inovações digitais adentram mais do que nas casas, adentram nas vidas dos indivíduos. Com um “click” em uma tela, é possível comprar variados produtos, em qualquer lugar do mundo. É possível obter a prestação de serviços de streaming, uma conta em alguma rede social e até uma conta bancária. A relação entre a tecnologia e as atividades rotineiras trouxe conforto e solucionou problemas ligados ao tempo e ao deslocamento, por exemplo. Refere-se a uma relação que cresce em grandes proporções. Durante a pandemia por Coronavírus, segundo a empresa de dados e evidências Kantar (BARÔMETRO COVID-19..., 2021), sua pesquisa Barômetro COVID-19, que entrevistou mais de 11.000 pessoas em 21 países, indicou que as compras online aumentaram 30% no Brasil, sendo 24% na América Latina e 27%, como média, nos demais continentes.

Esse contexto, seja durante a pandemia por Coronavírus ou não, propicia a associação entre milhares de pessoas e a necessidade de contratação, ou seja, propicia contratos em massa. No primeiro trimestre de 2021 (LUCRO DA AMAZON..., 2021), somente a empresa Amazon conseguiu um lucro líquido de US\$8,11 bilhões com a venda online dos seus produtos e dos seus serviços, sendo que o tempo gasto com o seu serviço de streaming, pelos assinantes, aumentou 70%. Dentro dessa perspectiva, precisa-se de modelos contratuais capazes de atender tamanha demanda e é, nesse momento, que os contratos em massa se sobressaem. Não há uma elaboração das cláusulas para

3 No original: A high adherence of greater than 90% was found for 54% of the experimental group, compared with only 2% of the control group. Average percentages for understanding in the control and experimental groups were 70 and 95%, respectively

cada relação jurídica individualmente e nem o desenvolvimento de um contrato a partir de diálogos entre as partes. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) aborda essa questão como contrato de adesão: “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Por se utilizar modelos, é necessário que a parte que não elaborou o texto contratual compreenda o que está assinando. Por isso, o emprego do Visual Law para tornar a comunicação acessível pode ser uma solução, sobretudo, quando a escrita não for suficiente para elucidar a intenção da parte que formula o texto. A seguir, uma imagem que ilustra como uma mensagem pode ser compreendida de forma mais clara com o auxílio do design. Trata-se de um recorte de um contrato de aluguel, feito pela multinacional M3storage, a qual, buscou destacar informações importantes da formalização através de uma organização textual relacionada a imagens.

Imagem 2 – Visual Law em um termo de uso

**M3STORAGE BRASIL SELF STORAGE LOCAÇÕES DE ESPAÇOS INDIVIDUAIS LTDA,**  
CNPJ/MF sob n. 32.415.890/0001-99  
Avenida Brigadeiro Faria Lima, 4221, 1º andar, CEP: 054538-133,  
São Paulo / SP

**1. OBJETIVO**  
Locação de espaço-box privativo na modalidade de self-storage para armazenagem de itens móveis (ex: caixas, equipamentos, papéis).

**3. VIGÊNCIA E RESCISÃO**  
O contrato de locação é mensal, mas terá o prazo de duração ajustado pelas partes, se iniciando com a concordância do Locatário.  
O contrato é automaticamente renovado pelo período sucessivo de mais um mês, caso nenhuma das partes manifeste a intenção de terminá-lo.  
Para rescindir o contrato basta as partes avisarem a outra por escrito com no mínimo 3 dias úteis antes da expiração do termo ou qualquer uma de suas extensões

**5. DISCUSSÃO**  
Qualquer problema decorrente deste contrato será resolvido perante o Poder Judiciário.  
Fica desde já eleito a Cidade de São Paulo com a exclusão de qualquer outra cidade.

**2. VALOR DO ALUGUEL**  
O Locatário pagará para a M3storage o valor do aluguel do espaço-box mensalmente, nos primeiros 5 dias de cada mês.  
O valor pode ser pago por boleto ou cartão de crédito.

**4. FALTA OU ATRASO NO PAGAMENTO**  
O atraso ou falta de pagamento do aluguel implicará em multa no valor equivalente a 10% do Aluguel, mais juros de 1% ao mês.  
O atraso também permite que a M3storage suspenda o acesso ao espaço-box e, se superior a 30 dias, rescindir o contrato.  
Caso o Locatário atrase duas mensalidades, o Locador poderá:  
a) Rescindir o Contrato e terminar com a cobertura do seguro;  
b) Convocar o Locatário para retirar os itens depositados, no prazo máximo de 48 horas, sob pena de serem considerados abandonados, sendo removidos e descartados.

Fonte: (SOUZA, 2019)

Ademais, outro exemplo é a própria imagem utilizada na introdução deste artigo. Como se trata de um termo específico em inglês, que, por si só, indica o uso de algo visual no âmbito jurídico, pode-se haver confusão quanto ao real conceito de Visual Law. Afinal, mais do que o emprego do design, há o objetivo de tornar a informação acessível. Por isso, optou-se pela criação de uma imagem capaz de transmitir a informação de o que é o Visual Law, por meio de exemplos. Salienta-se que, além da imagem, o texto escrito complementou a informação, porém, a figura foi capaz de mostrar aquilo que o texto descrevia.

Buscando analisar o Legal Design, Margaret Hagan ([201-?], tradução nossa)<sup>4</sup> aponta outro benefício do Visual Law: “Novos caminhos para o trabalho jurídico e a prestação de serviços à justiça”. Para a autora (HAGAN, [201-?]), quando o design se insere no ambiente do Direito, surgem novas possibilidades profissionais, decorrentes das habilidades necessárias para a construção do Visual Law. A criação desse recuso exige a competência de saber, por exemplo, qual será o meio mais adequado para transmitir a comunicação: uma imagem exemplificativa, um gráfico, um vídeo, um fluxograma, uma palavra-chave destacada, entre outros. Ademais, normalmente é preciso utilizar plataformas digitais, que, por sua vez, pressupõem uma competência técnica diferente. Portanto, como o objetivo é mais amplo do que tornar a informação esteticamente bela, adotar o Visual Law é um diferencial para o mercado de trabalho e, segundo Hagan ([201-?], tradução nossa)<sup>5</sup>, uma possibilidade para “especialmente aqueles que veem que as formas tradicionais de serem estudantes de direito e advogados não lhes permitem fazer as mudanças positivas na sociedade, as quais, originalmente, os levaram à advocacia”.

A criação dessa possibilidade para o mercado de trabalho não somente é compatível com as futuras gerações de juristas, como também representa uma nova área voltada para o acesso à justiça pela via da informação. A geração da era digital, que, quando possível, pôde, inclusive, aprender informática nas escolas, crescer com um computador ou um celular dentro da sua casa e ter contato com aplicativos de trabalho desde a juventude, encontra essa nova oportunidade para exercer a profissão jurídica.

Em um momento de morosidade, no qual o tempo médio de tramitação de processos no Brasil, é de 5 anos e 2 meses de acervo, 3 anos e 6 meses até a baixa do processo e 2 anos e 2 meses até a sentença (BRASIL, 2020, p. 203), elaborou-se mecanismos capazes de acelerar a resolução do mérito, sem visar a qualidade, mas sim a quantidade. Por isso, ter esta área relacionada ao design também é fundamental para reforçar a condição de um acesso à justiça com qualidade.

Além desse diferencial, a utilização do Visual Law, se empregado de

4 No original: New Paths for Legal Work & Serving Justice.

5 No original: especially those who see that traditional ways of being law students and lawyers do not enable them to make the positive changes in society that originally drove them into law.

forma correta, pode estar atrelada a uma redução da morosidade. Conforme Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 41), tais formas podem ser: “informalização da justiça; reapetrechamento dos tribunais com recursos humanos e infraestruturas; automatização; novas tecnologias de comunicação e informação; criação de tribunais especiais para a pequena litigação de massa, reformas processuais, entre outras”. Considerando que o Visual Law é a aplicação de novas tecnologias de comunicação e informação para tornar a linguagem do Direito acessível, infere-se que esse recurso tecnológico se encaixa em uma das formas, apontadas pelo autor, para se controlar essa morosidade (SILVA, 2021).

Entretanto, como o controle da morosidade poderia se relacionar com o acesso à justiça dentro da perspectiva do Visual Law? A resposta está no objetivo desta ferramenta: centralização no humano. A partir do momento em que se constrói um documento jurídico, considerando as partes envolvidas, ou seja, visando a compreensão destas, torna-se mais provável que uma pessoa não se arrependa ou, até mesmo, não tenha algum direito lesionado. Um exemplo seria a utilização do Visual Law pela empresa MRV, “que simplificou os seus contratos para um modelo mais humanizado e, assim, diminuiu a judicialização dos conflitos contratuais” (CAIXETA; DOTTO; SANTANA, 2021, p. 33).

Assim, essa ferramenta, ao possibilitar maior comunicação, é capaz de diminuir eventuais rescisões e revisões contratuais (SILVA, 2021). Além do acesso à justiça pela via material, há, portanto, um acesso formal, porque a diminuição de judicialização possibilita uma menor sobrecarga dos processos no judiciário, permitindo que outros litígios possam ser resolvidos de forma mais rápida. É, portanto, a diminuição da morosidade sistêmica, isto é, “aquela que decorre da sobrecarga de trabalho, do excesso de burocracia, positivismo e legalismo” (SOUSA, 2011, p. 43).

Contudo, apesar do design centrado no humano, da diminuição da morosidade, da facilitação da linguagem jurídica, da possibilidade de as partes entenderem o contexto que se inserem, do diferencial para o mercado de trabalho, além de outros benefícios que, por não se interligarem diretamente com o acesso à justiça, não foram citados, o Visual Law também apresenta desvantagens. Como o objetivo da presente investigação é compreender os dilemas do Visual Law, a próxima subdivisão abordará os seus pontos negativos.

## **A complexidade do emprego prático do Visual Law: as desvantagens desse recurso**

O Visual Law, com a sua proposta de unir o Direito e o design, se encaixa em uma das inúmeras formas de tecnologia que vêm sendo aplicadas diariamente e que, por mais modernas que sejam, ainda suscitam todo o tipo de dúvida. Contudo, o que é tecnologia? “O que chamam de tecnologia ou de formas mais moderna de inovação disruptiva, é simplesmente um termo que

aponta os avanços tecnológicos dos produtos e/ou serviços que permeiam a internet.” (DIAS, p. 147, 2019). Assim, esse rompimento não ocorre exclusivamente por meio de uma evolução constante e contínua ao longo do tempo, mas também pela interrupção da atual tecnologia usada, dando espaço e prioridade para outras formas existentes (DIAS, 2019). Pode-se dizer que é a quebra de um processo pré-existente, iniciando outro, com uma distinta configuração.

Portanto, trata-se de uma inovação jurídica no campo da digitalização, tornando todo o processo jurídico mais compreensível e objetivo. Contudo, por mais revolucionário que essa nova perspectiva seja, ainda há muitos pareceres que devem ser levados em conta e analisados. Por isso, o primeiro diz a respeito a uma interpelação entre o User Experience e o Design Thinking, possuindo como meta principal efetuar serviços como produtos que sejam construídos sob o viés do próprio usuário e dando importância às necessidades do cliente (SALMONI, 2021). Segundo esse raciocínio nos deparamos como um dos principais entraves na aplicação prática do Visual Law: ele exige um conhecimento específico de uma área fora do Direito: o design.

Como o Direito em si é uma área do conhecimento antiga, há uma constância da presença de agentes de diversas gerações diferentes. A partir desse ponto, possuir um conhecimento, mesmo que superficial, das tecnologias digitais é algo notório, do qual os juristas que nasceram na era digital possuem uma grande vantagem dentro desse aspecto, delimitando uma divisória clara entre quem conseguiria utilizar e compreender o Visual Law e quem teria uma maior dificuldade. Por um lado, há a criação de uma nova área para o mercado de trabalho, por outro lado, é preciso destacar que esse recurso não pode ser exigido para todos os juristas, sendo, apenas, uma habilidade diferencial. Nesse sentido, é importante trazer em exposição que as pessoas mais velhas teriam mais empecilhos para aprender a usar tal ferramenta, sobretudo, em um período de tempo curto, enquanto a Geração Z estaria um passo à frente, seja por ter aprendido sobre a tecnologia desde a infância, seja por ser mais fácil o aprendizado para um cérebro mais jovem, devido a uma maior neuroplasticidade.

Outro ponto fundamental na discussão é a pauta sobre a elitização e como nem todos possuem os meios para conseguir acessar recursos visuais que permitam o Visual Law. Por ser algo novo e que exige uma habilidade específica, é provável que o jurista que optasse por utilizá-lo aumentaria consideravelmente o preço ao seu cliente. Essa diferença econômica pode ocorrer também em detrimento da própria justiça em si, uma vez que as regiões economicamente desfavorecidas, normalmente, não possuem processos eletrônicos. Ou seja, o Visual depende, além de habilidades do design, de um sistema jurídico capaz de suportá-lo.

Conforme Salete Boff e Luiz Otávio afirmam “Vale referir que, desde os primórdios da humanidade, o uso da tecnologia apresenta-se como um diferencial entre os povos dominantes e os dominados” (BOFF, PIMENTAL,

p. 162, 2007). Logo, encontramos outra incoerência prática desse novo dispositivo. Considerando que um dos princípios do Visual Law é facilitar a comunicação dentro do ambiente jurídico, pode-se inferir que as pessoas que mais precisam dele são que menos entendem os seus direitos.

Por mais que a comunicação sempre foi um fator essencial ao ser humano, foi um processo longo até deixar de ser uma ferramenta extremamente limitada. A sociedade da informação tentou com afimco democratizar a informação e, conseqüentemente, o conhecimento, ainda mais ao passar com um corpo social o qual estava cada vez mais consumista e massificada (NETO, 2018). Com a difusão da tecnologia e da comunicação como aliadas, percebe-se que foi gradualmente dando destaque à informação fazendo com que cada vez mais essa passa a ter uma posição de poder: quem possuía acesso de maneira fácil estava um passo á frente de que não tinha tal vantagem. E quando se analisa a questão por uma ótima mais ampla percebe-se que a questão abarca não apenas aspectos sociais como econômicos também.

Porém, um ponto importante é que grande parte dessas pessoas que não compreendem os seus direitos são pessoas de renda baixa, implicando mais uma vez na dificuldade de acesso, do pagamento, do Visual Law. Ou seja, quem mais precisa desse recurso é quem menos tem a possibilidade de obtê-lo. Além do mais, como diversas cidades possuem recursos financeiros escassos, além de não possuírem processos eletrônicos, essas também não poderiam imprimir processos com imagens e cores diferentes, por não ser viável financeiramente.

Ademais, “Nos países em desenvolvimento, principalmente nos menos desenvolvidos, a penetração da banda larga ainda é baixa. Mesmo aqueles que têm acesso à banda larga tendem a experimentar velocidades baixas de download e upload, o que limita as atividades na internet.” (DIAS, p. 149, 2019). Conforme uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2020, cerca de 25% dos brasileiros não possuíam acesso à internet e que, nem números totais, tal percentagem pode ser representada em 46 milhões de pessoas. Em áreas rurais, o índice de pessoas sem acesso é ainda maior do que nas cidades, sendo em 53%. Nesse sentido, a proposta inicial do Visual Law passa a apresentar pontos incoerentes uma vez que, se a intenção é facilitar o acesso à justiça àqueles que mais precisam, deve-se considerar uma questão fundamental para o seu funcionamento prático: é preciso, no mínimo, que os envolvidos na situação jurídica tenham acesso à internet.

Aprofundando nessa impraticabilidade, há ainda questões quanto ao emprego desse recurso no âmbito público. Isso ocorre já que tais dificuldades supracitadas corroboram para que haja uma maior propensão da morosidade uma vez que se o juiz tivesse, por exemplo, que redigir uma sentença com recursos visuais gráficos haveria uma demora ainda maior. É uma análise simples: se sem tais recursos os processos ocorrem de forma morosa e sem efetividade, caso fosse necessário utilizá-los, o atraso seria ainda maior (MACIEL, 2020).

O Poder Público, dentro desse viés, teria a necessidade de disponibilizar cursos e meios para que os profissionais que atuassem dentro desse setor aprendessem de forma satisfatória a fim de que usassem os recursos liberados. Dessa forma, novos gastos seriam computados ao orçamento público. Assim, “a situação atual implica discutir a reconfiguração do que é Direito em nossa sociedade, pois com ela se modificam as condições de produção normativa e as formas sociais de governo dos viventes humanos” (CAMPO, KOERNER, p. 261, 2020). Em vista disso, por mais que novas tecnologias possam ser benéficas, as suas aplicações podem ser complexas.

Outra desvantagem a se salientar relaciona-se com um fator que deve ser evitado: a surpresa. Dessa maneira, por mais que a possibilidade de uso do Visual Law é aceita, ele não pode ser utilizado como um recurso surpresa em um processo, sob a pena de, conforme o caso, infringir direitos e princípios fundamentais do processo jurídico democrático. Não se pode utilizar o Visual Law, por exemplo, para apresentar alguma prova surpresa em um processo. “O uso intensificado de tecnologias digitais faz parte de táticas e ações que fragilizam, esvaziam ou afrontam abertamente princípios de Direitos Humanos, os procedimentos políticos e eleitorais, e as formas jurídicas de democracia constitucional.” (CAMPO, KOERNER, p. 255, 2020).

Outro empecilho que o Visual Law traz consigo que é a possibilidade de influência direta sobre o juiz. Segundo uma pesquisa realizada na Universidade de Minnesota, em 1986, os documentos, as apresentações, que possuíam recursos visuais eram até 43% mais persuasivas, sobretudo, aquelas que possuíam cores, sendo que a capacidade de atenção, compreensão e retenção do destinatário ainda era aprimorada (SOUZA, 2019). Consequentemente, uma petição com imagens poderia ser mais convincente, surgindo um problema de desigualdade: as pessoas que tiverem recursos financeiros para contratar um advogado capaz de empregar Visual Law poderiam obter vantagem sob as pessoas que não tivessem esse recurso.

Levando em consideração o exposto percebe-se que o juiz, diante de tantos detalhes chamativos, poderia ser influenciado e, dessa forma, acabaria sendo parcial na hora de tomar a decisão dentro do processo judicial. Isso, além de não ser ético, também infringe a garantia de um devido processo legal com respeito ao princípio da imparcialidade do juiz. Em suma, percebe-se, com os diversos empecilhos supracitados, que a aplicação prática do Visual Law deve levar em conta os pontos expostos sob pena de gerar um efeito contrário, ou seja, não levar acesso à justiça, mas sim a violação de direitos e garantias.

## **Considerações finais**

Sob esse prisma, as técnicas e novos entendimentos tecnológicos abrem inovadoras esferas de uso ativo e amplo da informática. Dessa maneira, as atuais tecnologias representam uma nova fronteira de mudanças, sejam essas

sociais, sejam políticas ou sejam econômicas, pois inferem, por exemplo, alterações no plano de produção de informações e novos requisitos para a capacidade de empregabilidade dessas mudanças (CAMPO, KOERNER, 2020).

Entretanto, apesar de vários pontos positivos apresentados, há a parte que não traz tantos benefícios de forma concreta. Dentro desse contexto, é possível delimitar alguns aspectos importantes de serem considerados sobre o Visual Law.

O Visual Law não deve ser compreendido e empregado por si só. Deve-se considerar que ele faz parte de um âmbito maior: o Legal Design. Ou seja, não basta empregar o Visual Law, é preciso considerar, para que a efetividade da comunicação seja atingida, as demais esferas do legal Design: Acesso à justiça, Processo de Legal Design e a Educação e Prática Jurídica. Além disso, os recursos visuais não devem ser compreendidos como ferramentas a favor do embelezamento, pois o objetivo de tornar uma informação esteticamente bela não é Visual Law. É mister colocar em pauta que o Visual Law não deve ser concebido dessa maneira, já que o seu objetivo originário é centralizar a mensagem na perspectiva humana do processo.

Por conseguinte, o Visual Law se encaixa e atua de forma mais satisfatória na área privada do que na área pública do Direito, sobretudo, por ser um recurso extremamente viável para os contratos (negócio jurídico), mas não tão viável para documentos de um processo jurídico, como a sentença. Afinal, trata-se de um recurso complexo, não sendo todos os juristas que possuem a capacidade, habilidade, de lidar com os instrumentos necessários para elaborá-lo. Tal aspecto aumenta não apenas a dificuldade de emprego prático do Visual Law de forma ampla como também encarece o preço cobrado do agente que opta por utilizá-lo em seu espaço de trabalho. Não deve ser, portanto, exigido na área pública por dar espaço para que a morosidade domine os processos, devendo ser tomado como um diferencial e não como uma obrigação em si.

Em suma, coloca-se em evidência a principal questão de como o Visual Law pode garantir direitos frente à desigualdade socioeconômica e, dessa forma, judicial também. A sua real contribuição em vista desse aspecto necessita de ponderação: sim, em certos aspectos o Visual Law pode trazer benefícios, mas é inegável que os seus malefícios também existem, devendo ser usado analisando a situação. É um recurso que deve ser empregado quando necessário e não padronizado de forma exigente, devendo ser posto em prática de forma cautelosa e casuística

## Referências

BARÔMETRO COVID-19 mostra novos hábitos de consumo na América Latina após um ano de pandemia: Brasileiros são os líderes no crescimento das compras online e na higiene do lar. **Kantar**. 16 jul. 2021. Disponível em: <https://www.kantar.com/brazil/inspiration/marcas/2021barometro-covid19-mostra-novos-habitos-de-consumo-em-latam>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. **Justiça em números 2021: ano base 2020**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 12 nov. 2021.

BOFF, Salete Oro, PIMENTEL, Luiz Otavio. **Propriedade do conhecimento científico e tecnológico**. Revista Direitos Culturais, Rio Grande do Sul, vol. 1, nº 2, p. 161-180, junho, 2007.

CAIXETA, Ana Manuela Gomes; DOTTO, Anna Regina Tonetto; SANTANA, Bethânia Silva. Visual Law: ferramenta de acesso à justiça nos contratos cíveis. Visual Law: Como os elementos visuais podem transformar o Direito [livro físico], organização: SOUZA, Bernardo de Azevedo; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. ISBN: 978-65-5614-436-8. 1 Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CAMPO, Eduardo Andrés Perafán Del Campo, KOERNER, Andrei. **Direito Social e Tecnologias Digitais**. Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi, Bogotá, Colômbia: Universidade Santo Tomás, e-ISSN: 1909-0528, vol. 15, nº 2, julho/desembro, p. 251-278, 2020.

DIAS, Lacier. **A evolução tecnológica dos caminhos da internet**. Governança e regulação da Internet na América Latina: análise sobre infraestruturas, privacidade, cibersegurança e evoluções tecnológicas em homenagem aos dez anos de South School on Internet Governance. Tradução: União Internacional de Telecomunicações. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 147-154, 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 5a. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HAGAN, Margaret. **Law by desing**. [S. l.: s. n.], [201-?]. Livro *online*. Disponível em: <https://lawbydesign.co>. Acesso em: 10 nov. 2021.

LUCRO DA AMAZON sobe 220% no 1º trimestre, para US\$ 8,11 bilhões: Resultado veio acima das estimativas da empresa, que esperava algo entre US\$ 3 bilhões e US\$ 6,5 bilhões. **Portal G1**. 29 abr. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/04/29/lucro-da-amazon-sobe-220-no-1o-trimestre-para-us-811-bilhoes.ghtml>. Acesso em: 11 nov. 2021.

MACIEL, Rui. 25% dos brasileiros não têm acesso à internet, aponta pesquisa. Canaltech: 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/25-dos-brasileiros-nao-tem-acesso-a-internet-aponta-pesquisa-164107/>. Acesso em: 04 de novembro de 2021.

NETO, Célio Pereira Oliveira. A sociedade da Informação. LTr: São Paulo, ed. 1.ª, vol. 1, p. 43-62, outubro de 2018.

SALMONI, Fabio. Transformando o Direito: uma introdução ao Legal Design. BatistaLuz: 2021. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/espacostartup/legal-design/>. Acesso em: 28 de out. de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa; LEITÃO, Maria Manuel. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o Caso Português**. Ed. 2. Porto: Editora Afrontamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. Ed. São Paulo: Editora Cortez, 2011.

SILVA, Isabella Lúcia Nogueira. **Uma imagem vale mais que mil palavras: O Visual Law como uma das ferramentas de controle da morosidade**. Os Direitos Humanos na Era Tecnológica - III [Recurso eletrônico on-line], organização: Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial: Skema Business School. ISBN: 978-65-5648-270-5. Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://conpedi.org.br/wp-content/uploads/2021/07/Livro-5-Os-Direitos-Humanos-na-Era-Tecnologica-III-1.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **4 motivos para usar Visual Law em petições**. Bernardo de Azevedo e Souza: Direito, Inovação e Novas Tecnologias. 12 dez. 2019. Disponível em: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/4-motivos-para-usar-visual-law-em-peticoes/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

# VOTO IMPRESSO NAS ELEIÇÕES BRASILEIRAS E POSSÍVEIS PREJUÍZOS AO ACESSO MATERIAL À JUSTIÇA

**Tales Sarmento Lacerda**

Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Hélder Câmara. Engenheiro electricista pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Administração pela Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)

**Raphael Moreira Maia**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC. Doutorando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. (Belo Horizonte/Brasil)

## **Resumo:**

A cantilena de que há fraudes no sistema de urnas eletrônicas é um dos argumentos utilizados para justificar a alteração da forma de contagem de votos adotada nas eleições brasileiras, apresentando como alternativa o “voto impresso”, medida que poderia implicar em uma judicialização excessiva do processo eleitoral, tornando-o permissivo à recontagens e tentativas de impugnação. Assim, esta pesquisa busca investigar se a adoção do voto impresso nas eleições brasileiras configuraria um prejuízo ao acesso material à justiça, compreendido em um sentido mais amplo que o simples acesso ao Poder Judiciário. A hipótese apresentada é de que o voto não é impresso pela urna eletrônica devido ao princípio constitucional de sigilo do voto e às vulnerabilidades associadas à manipulação de papel. Assim, a adoção do voto impresso nas eleições brasileiras fere princípios e normas fundamentais, revelando-se dificultador do acesso à justiça e, portanto, um retrocesso no Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; Democracia; Voto impresso; Urna eletrônica.

## **1 - Introdução**

As novas tecnologias propiciam formas alternativas de exercício dos direitos dos cidadãos, ampliando inclusive a possibilidade de participação direta e mais ativa nas discussões políticas. Inovação interessante no contexto polí-

tico brasileiro foi a implementação do voto eletrônico, utilizado atualmente tanto para pleitos não oficiais quanto para as eleições municipais e as gerais.

O Direito e suas estruturas tradicionais têm diante de si um contexto complexo e dinâmico que exige constantes inovações, principalmente porque as questões que envolvem tecnologia tem como uma de suas principais características a rápida evolução. Assim, é possível encontrar uma forte relação entre os direitos em sentido amplo, as dificuldades de se encaminhar soluções adequadas e os riscos de novas tecnologias.

Tal fato ganha ainda mais relevância no contexto em que, como parte de uma tendência transacional, nos últimos anos, muitas democracias encontram-se ameaçadas pelo rápido crescimento de movimentos extremistas e antissistêmicos.

No Brasil, tal movimento se deu com a eleição do Presidente Jair Messias Bolsonaro que, como forma de enfraquecer o sistema instituído, adotou como prática comum a deslegitimação do sistema eleitoral.

Com efeito, a cantilena de que há fraudes nas eleições com as urnas eletrônicas compõe o repertório de diversionismos de conspiracionistas, incluído aí o atual presidente da República Federativa do Brasil. Resultado é que tramitou uma PEC 135/2019, rejeitada em agosto de 2021, que previa a impressão do voto após sua efetivação na urna eletrônica – mas o assunto não está encerrado e há parlamentares permanentemente dispostos a voltar a discutir esta questão.

Nesse sentido, esta pesquisa apresenta o seguinte problema: a adoção do voto impresso nas eleições brasileiras configuraria um prejuízo ao acesso material à justiça? Com efeito, o acesso à justiça deve ser compreendido como o acesso que se percebe a partir dos meios consensuais de solução de conflitos, bem como pela via jurisdicional, de forma tempestiva, adequada e eficiente, realizando uma ordem de valores fundamentais e essenciais que interessem a toda e qualquer pessoa.

O sentido e alcance do acesso à justiça e, conseqüentemente, do princípio do acesso à justiça tem que ser mais amplo do que o simples acesso ao Poder Judiciário (RUIZ, 2017). Dessa forma, a pesquisa possui relevância, uma vez que, conforme dito anteriormente, a mudança legislativa proposta poderá impactar todo o processo eleitoral brasileiro, que, por sua vez, é um dos mais céleres do mundo. O objetivo principal é investigar os impactos da impressão do voto sob a perspectiva do acesso à justiça.

Para tanto, o item 2, com o intuito de contextualizar o problema, abordou o de forma superficial a ideia de erosão democrática no contexto da crise da democracia liberal. No item 3, foi apresentado um breve histórico da utilização das urnas eletrônicas no Brasil. O item 4, por sua vez, tratou das principais ideias que envolvem o conceito de acesso material à justiça. Por fim, concluiu-se que a adoção do voto impresso nas eleições brasileiras fere princípios e normas fundamentais, se revelando um dificultador do acesso à justiça e, portanto, um retrocesso no Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto complexo e dinâmico, Berwig, Engelmann e Weyermüller (2019) notam uma clara interligação entre os riscos da adoção de novas tecnologias (novas não no sentido de modernas, mas quanto ao marco temporal, pela adição de novas regras, ainda que ultrapassadas), os direitos em sentido amplo e as dificuldades de se desenvolver soluções adequadas. Assim, a.

A pesquisa pertence, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), à vertente metodológica jurídico-social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo.

## 2 - Constitucionalismo iliberal e erosão da democracia

Há, nos últimos anos, um grande movimento global, no qual muitas democracias se encontram ameaçadas pelo rápido crescimento de movimentos extremistas e antissistêmicos. Justamente na década em que a forma da democracia liberal e representativa parecia ter adquirido o ápice de difusão e consolidação, como norma jurídica global, ela se encontra mais vulnerável e diante de maiores desafios há muitas décadas (THORNHILL, 2021).

O crescimento da extrema direita e movimentos de inspiração autoritária em democracias “maduras”, por outro lado, e a estabilização de regimes híbridos classificados em diferentes categorias como “autoritarismo competitivo”, “democracia híbrida” (THORNHILL, 2021) ou democracia “iliberal” (ROSANVALLON, 2019, p. 27), marcaram o cenário das democracias contemporâneas, consolidadas ou em vias de consolidação, na segunda metade da década de 2010, inclusive com uma grande variedade de formas e níveis de autoritarismo entre regimes “iliberais” quando estabelecidos, se comparados às variações dos movimentos políticos de inspiração populistas (ROSANVALLON, 2019, p. 87).

Os riscos atuais, todavia, são diferentes das ameaças conhecidas do passado, principalmente marcado por assaltos violentos ao poder de golpes militares e repressões diretas. As ameaças atuais assumem formas bastante variadas e muitas vezes ambíguas, inclusive em sua semântica, na medida em que as categorias políticas tradicionais têm dificuldade de classificar e compreender os novos movimentos e regimes políticos (TRAVERSO, 2020, p. 4).

Nesse sentido, uma bibliografia considerável tem se dedicado a compreender essas manifestações recentes, com uma grande variedade de termos e classificações. Muitos têm associado a fragilização da democracia ao crescimento de “novos populismos”, por diversos elementos, mas principalmente pelo recurso a uma pretensa legitimidade popular polarizada e antissistêmica em contraposição às instituições estabelecidas.

Um elemento que parece comum, todavia, é a utilização de meios e instrumentos da própria democracia para destruí-la por dentro, em processos incrementais de erosão que se realizam ao longo do tempo (GINZBURG; HUQ, 2018), por meio, principalmente, da mudança constitucional formal,

mas também por meios legais e até infralegais (decretos executivos), dependendo das circunstâncias de apoio político. Os elementos autoritários, nesse processo, vão pouco a pouco se estabelecendo e convivem durante períodos variáveis com as instituições e o funcionamento regular das democracias (SOUZA NETO, 2020, p. 20).

Aos poucos os elementos centrais da democracia constitucional são enfraquecidos indiretamente, sem, todavia, perderem de todo a sua forma regular. As eleições continuam a se realizar, mas perdem seu caráter competitivo com a inabilitação dos principais candidatos da oposição (SOUZA NETO, 2020, p. 20); o sistema de freios e contrapesos é enfraquecido ou desmantelado ao longo do tempo, tendo como alvo preferencial a organização e o funcionamento do Poder Judiciário e dos Tribunais Constitucionais, em particular; autoridades independentes de controle e fiscalização ou proteção de direitos fundamentais são capturadas, principalmente as comissões de controle eleitoral, da mídia de comunicação social e da sociedade civil associadas aos direitos de liberdade de expressão, manifestação e oposição.

De uma perspectiva constitucional, nesse sentido, Landau (2018) associa o populismo a um projeto de mudança constitucional em larga escala. O autor afirma que o populismo considerado como uma ideologia crítica, simplificadora e maniqueísta, que divide o mundo entre o “povo puro”, representado pela liderança populista e a “elite corrupta”, que eles combatem, torna provável que a mudança constitucional seja utilizada até o nível de uma efetiva refundação da ordem política e social como forma de mudança de regime (LANDAU, 2018, p. 522).

Nesse sentido, para o autor, a mudança constitucional sob o populismo detêm três funções nucleares que estão presentes em quase todos os projetos populistas atuais: desconstrução do regime político vigente; prometendo superar falhas de inclusão da ordem constitucional anterior; e consolidar o poder nas mãos da liderança populista, com base nessa inclusão (LANDAU, 2018, p. 522).

É nesse contexto de fragilização das estruturas democráticas que se encontra a crítica da adoção da urna eletrônica no Brasil e a ideia de retorno do modelo que utilizava o voto impresso e a chamada “contagem pública dos votos”.

### **3 - Breve histórico: a urna eletrônica e o retrocesso da impressão do voto**

As urnas eletrônicas foram introduzidas no cenário político brasileiro nas eleições municipais de 1996. Em 1998, os municípios com mais de 40 mil eleitores puderam contar com a votação eletrônica, o que significou um total de 57 milhões de eleitores no País. a adoção do novo sistema de votação significou uma grande mudança no cenário da confiabilidade do voto no Brasil, uma vez que as eleições brasileiras, principalmente nos rincões mais interiora-

nos, sempre foram cercadas de denúncias de fraudes.

Entre os objetivos iniciais para implantação do voto eletrônico está a intenção de eliminar fraudes durante o processo eleitoral, em especial influência na escolha do eleitor, violação do sigilo e manipulação na contagem dos votos. Tais fatos comprometem a vontade livre e consciente do cidadão para escolher seus candidatos e exercer seus direitos políticos. Segundo o Instituto de Liberdade e Cidadania:

A modernização tecnológica se valeu de um longo histórico de fraudes nas eleições baseadas no voto de papel, atravessando todas as fases de exercício do poder no Brasil. A redemocratização nos anos 1980 diminuiu, mas não anulou as denúncias de fraudes, nem da continuidade de práticas como o voto de cabresto e o abuso do poder econômico. Com as urnas eletrônicas, e a contagem digitalizada dos votos, o processo eleitoral ganhou confiabilidade na transparência do ato democrático, e rapidez na apuração dos eleitos – virtualmente eliminando a possibilidade de fraudes. (INSTITUTO DE LIBERDADE E CIDADANIA, 2021).

O sistema eletrônico de votação brasileiro trouxe benefícios à democracia, principalmente se forem consideradas as dimensões continentais e os cerca de 150 milhões de eleitores. Confere-se celeridade tanto na votação quanto na apuração dos resultados, configurando também prática sustentável.

Além disso, DE PAULA (2021) aponta que afora a suspeição, sem nenhuma prova, da segurança técnica da urna eletrônica, os resultados de implementação do voto impresso comprometeriam financeiramente o orçamento público. Estima-se que seriam necessários 2 bilhões de reais para a aquisição dos novos equipamentos. Em um contexto de pandemia, os custos podem ser ainda maiores.

Com efeito, é essencial que todo o processo eletrônico garanta direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, notadamente o sigilo do voto, sufrágio universal, transparência do processo eleitoral, liberdade ao eleitor para escolha dos seus candidatos, partidos ou para votar em branco ou nulo, inviolabilidade, valor igual do seu voto a todos os demais e que seja o próprio eleitor quem efetivamente exerce o direito-dever.

Na utilização das urnas eletrônicas procura-se garantir o acesso universal, sendo viável, por exemplo, a utilização pelos eleitores analfabetos, pessoas com deficiência visual e idosos, pois além do teclado semelhante aos de aparelhos telefônicos, ao se digitar o voto, aparece na tela a foto dos candidatos. Para pessoas com deficiência auditiva, a Justiça Eleitoral tem disponibilizado fones de ouvido por local de votação, pois é instalado sistema de áudio nas urnas.

Para o TSE, a impressão de registro do voto após a votação na urna eletrônica introduziria a intervenção do homem nas fases mais críticas do processo, agregando os riscos inerentes à necessidade de transporte, arma-

zenamento e custódia dos votos impressos, que assombraram a sociedade e democracia brasileiras antes da implantação da urna eletrônica.

#### 4 - O acesso material à justiça

O homem é titular de direitos, frutos estes de árdua e longa evolução. Porém, segundo Tiggemann (2015), não basta positivar garantias em favor do indivíduo se não houver mecanismos passíveis de concretização – e isso só é possível se este puder ter acesso à Justiça – que não deve ser confundido com acesso ao Poder Judiciário.

A doutrina tradicional considera o acesso à Justiça como direito de ingressar no sistema jurisdicional e ao processo. Entretanto, para Souza (2013), este é o conceito de acesso à justiça sob uma perspectiva interna do processo, um sinônimo de acesso ao Poder Judiciário. Há, assim, várias outras definições, frequentemente mais abrangentes, como:

O acesso à Justiça, nada mais é que uma questão de cidadania significa a garantia de acesso a um processo justo, a uma justiça imparcial; que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos considerados as diferentes posições sociais e as específicas situações do direito substancial. Acesso à Justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos (MARINONI, 1999, p. 27).

Portanto, de acordo com esse novo conceito de acesso à justiça, é necessário que haja o acesso a uma ordem jurídica justa, aquela em que se permite a realização do ideal de justiça social, que pressupõe, dentre outros fundamentos, a participação democrática e tutela jurisdicional efetiva. Tal aspecto do direito de acesso à justiça reflete os ideais de uma constituição de caráter democrático que busca efetivar os direitos fundamentais e, nesse contexto, “o direito de acesso à justiça caracteriza-se como direito fundamental de segunda geração, pois, comprovou-se a necessidade de o Estado proporcionar meios para que os outros direitos, fundamentais ou não, se concretizem.”(SOUZA, 2013).

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) incorporou de maneira extensiva um rol de direitos fundamentais ao cidadão. Esta positivação normativa caracteriza a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais. Porém, estes direitos não se limitam aos listados neste rol e, portanto, não se deve observar critérios meramente estruturais, mas, principalmente o conteúdo desses direitos. Assim, Canotilho (2003) distingue a fundamentalidade formal da fundamentalidade material:

A ideia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Prima facie, a fundamentalidade mate-

rial poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à idéia de fundamentalidade formal [...] (CANOTILHO, 2003).

Para Ruiz (2017), o sentido e alcance de acesso à justiça e, consequentemente, do princípio do acesso à justiça tem que ser mais amplo do que o simples acesso ao Poder Judiciário, ou seja, o direito e a garantia do acesso à justiça não se esgotam ao mero acesso ao Poder Judiciário e, também, com a simples entrega da prestação jurisdicional, sem a preocupação da realização da ordem jurídica justa.

O acesso à Justiça deve ser compreendido, assim, como o acesso obtido, alcançado, tanto por intermédio dos meios alternativos de solução de conflitos de interesses, quanto pela via jurisdicional e das políticas públicas, de forma tempestiva, adequada e eficiente, realizando uma ordem de valores fundamentais e essenciais que interessam a toda e qualquer pessoa. É a pacificação social com a realização do escopo da justiça. Assim, compreende-se que o direito à participação democrática confiável, transparente e justa é uma forma de acesso material à Justiça estando, portanto, dentre os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos brasileiros.

## **5 - Considerações finais**

Os avanços tecnológicos têm auxiliado a manifestação da vontade do povo, destacando-se, em particular, a implantação do voto eletrônico nas eleições oficiais do Brasil. Como regra geral, a estrutura garante a realização dos direitos constitucionais como o sufrágio universal, a igualdade de participação, o sigilo do voto e o devido processo legal.

Não se desconhece a existência de críticas ao sistema, em especial aquelas fundamentadas na violação de princípios constitucionais pétreos, como o sigilo e a inviolabilidade do voto. São referidas supostas violações ao sistema sem que alterações na votação dos candidatos fossem identificadas pela Justiça Eleitoral.

Contudo, o sistema eletrônico de votação brasileiro possui uma série de mecanismos e etapas que garantem a integridade do processo eleitoral e dão a certeza de que o voto digitado é o voto computado. A possibilidade de fiscalização por entidades envolvidas no pleito, a assinatura digital dos softwares (não apenas por pessoas ligadas diretamente à Justiça Eleitoral, podendo ser realizada por OAB, Ministério Público e os próprios partidos políticos), o registro digital do voto (RDV), a criptografia, a zerosima, os boletins de urna, a verificação de autoria e autenticidade dos dados, são apenas alguns exemplos que dão essa credibilidade.

Ademais, aspectos como a celeridade na apuração, transmissão e totalização dos dados igualmente auxiliam para fortalecer a segurança do sistema e dificultar o ataque de pessoas mal intencionadas e que utilizam programas

espões.

Verifica-se, portanto, que o sistema eletrônico de votação garante o regular exercício da democracia, assegurando direitos constitucionais e a livre participação do eleitor.

Assim, não se vislumbra necessário uma volta ao tempo em que se utilizava o papel, elemento que além de comprometer o sigilo das votações e abrir espaços para fraudes, foi justamente substituído para evitar estas últimas.

O que deve evoluir são os mecanismos de auditoria e de abertura para um maior contingente das informações relativas aos programas. Essa evolução irá cada vez mais confirmar a confiabilidade e aumentar a transparência do sistema utilizado no Brasil.

## Referências

BERWIG, J. A.; ENGELMANN, W.; WEYERMULLER, A. R. **Direito ambiental e nanotecnologias**: desafios aos novos riscos da inovação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 36, p. 217-246, set./dez. 2019. Disponível em: <http://revista.domholder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1553/24848>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DE PAULA, Carolina. **O voto impresso e o incansável ataque às instituições democráticas**. IREE - Instituto para Reforma das Relações entre Estado e Empresas. São Paulo, 4 de junho de 2021. Disponível em <https://iree.org.br/o-voto-impresso-e-o-incansavel-ataque-as-instituicoes-democraticas/>. Acesso em 18 jul. 2021.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How To Save Constitutional Democracy**. Chicago; London: University of Chicago Press, 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5ª. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

INSTITUTO LIBERDADE E CIDADANIA. **Voto impresso e eletrônico**: história do voto e da fraude. Disponível em: [https://www.flc.org.br/estudos\\_e\\_debates/voto-impresso-e-eletronico/](https://www.flc.org.br/estudos_e_debates/voto-impresso-e-eletronico/) . Acesso em 22 nov. 2021.

LANDAU, David. **Populist Constitutions**. *The university of Chicago Law Review*, [85:521], 2018. Disponível em: *Populist Constitutions by David Landau :: SSRN*. Acesso em 16 nov. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROSANVALLON, Pierre. **El Siglo del Populismo**: *história, teoria, crítica*. Buenos Aires: Manatíal, 2019.

RUIZ, Ivan Aparecido. **Princípio do acesso justiça**. Enciclopédia jurídica da PU-

C-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica>. Acesso em 21 jun. 2021.

SENA, Adriano Alves de. **Proteção ao sigilo do voto**. Revista Eletrônica da Escola Judiciária Eleitoral (EJE), n.5, ano 4. Disponível em <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-5-ano-4/protecao-ao-sigilo-do-voto>. Acesso em 18 jul. 2021.

SOUZA, Vera Leilane Mota Alves de. **Breves considerações sobre o acesso à justiça**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3578, 18 abr. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24200>. Acesso em 18 jul. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em Crise no Brasil**: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Contracorrente; Eduerj, 2020.

THORNHILL, Chris. **Crise Democrática e Direito Constitucional Global**. São Paulo: Contracorrente, 2021.

TIGGEMANN, Ana Paula. **A concretização material do acesso à Justiça**. Revista Campo Jurídico, v. 3, n. 1. São Paulo: Campo Jurídico, 2015, p. 281-298. Disponível em <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/78>. Acesso em 25 jun. 2021.

TRAVERSO, Enzo. **The New Faces of Fascism**: Populism and the Far Right. London; New York: Verso. 2019.

# A INCLUSÃO DIGITAL E O ACESSO À JUSTIÇA NAS FAVELAS BRASILEIRAS

**Arthur Bernardo Cunha e Silva**

Graduando em Direito, na modalidade integral, pela Escola Superior Dom Hélder Câmara

**Brenda Almeida Castagnel**

Graduanda em Direito, na modalidade integral, pela Escola Superior Dom Hélder Câmara

## **Resumo:**

A presente pesquisa desenvolve o tema, acesso à justiça pela via dos direitos dos moradores de comunidade através da inclusão digital. O problema que essa pesquisa procura responder é, como a inclusão digital pode auxiliar os moradores de comunidade acessar à justiça pela via dos direitos. O objetivo geral é analisar a inclusão digital como meio de acesso à justiça. Os objetivos específicos se dividem da seguinte forma: i) examinar as dificuldades da inclusão digital nessas áreas; ii) averiguar o que afasta as comunidades da justiça; iii) investigar como a inclusão digital pode auxiliar no acesso à justiça pela via dos direitos. Destaca-se que a metodologia empregada nesta análise, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), pertence à vertente metodológica jurídico-social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido foi predominantemente dialético e quanto ao gênero de pesquisa, foi adotada a pesquisa teórica.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; Favela; Inclusão digital; Tecnologia.

## **Introdução**

A presente pesquisa tem seu nascedouro no tema tocante à inclusão digital, acerca de seu conceito, importância e como ela é um elemento integrante da inserção social das pessoas residentes nas favelas, considerando que ter acesso ao ambiente digital tornou-se uma necessidade nos dias atuais, devido a digitalização de inúmeros processos da vida cotidiana, abordando-a “como um direito deve se questionar desde a utilização do conceito de inclusão digital e sua relevância acadêmica até como inserir a inclusão digital dentro do mundo jurídico”.(HUGO, 2002, p. 7).

A problemática do assunto refere-se às desigualdades digitais, visto que muitos domicílios nas favelas carecem de internet, que é um recurso insuficiente para atender os moradores de periferias, corroborando para um processo cada vez mais comum denominado de *aphartheid digital*. Com o desenvolvimento das tecnologias de informação, tem-se ao mesmo tempo um avanço em termos de novas ferramentas e instrumentos de atuação, mas que é seguido por novas barreiras no que concerne ao acesso de quem está distante dos centros urbanos.

Dessa forma, a inclusão digital é de suma importância no tocante ao âmbito jurídico, tanto na resolução de conflitos, como tornar-se visível determinada problemática. É notório que o direito a estar conectado é decorrente da própria dignidade da pessoa humana, segundo Kant *apud* Ingo Sarlet(2011, p. 41):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

Por fim, conclui-se preliminarmente que, a inclusão digital é de extrema importância, pois versa sobre um caráter de universalidade, tanto de pessoas como de culturas, visto que “está ligada profundamente com a igualdade e a liberdade (HUGO, 2002, p. 79). A inclusão digital não pode mais ser posposta pelo Direito, sendo tal proposição indiscutível ao ponto que na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, firmada há 73 anos atrás, já aludia em seu art. XXVII sobre o direito ao progresso científico, dispondo que: “todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios”.

A pesquisa que se propõe, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), pertence à vertente metodológica jurídico-social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido no trabalho é predominantemente dialético e quanto ao gênero de pesquisa, foi adotada a pesquisa teórica. Portanto, propõe-se a analisar a inclusão digital como principal via para a população residente nas favelas possuírem acesso seguro e eficaz à justiça.

## **Do acesso à justiça via direitos**

Não é de assustar quando colocam o Direito brasileiro com caráter elitista, pelo qual há remotas possibilidades de diálogos entre as sociedades plu-

rais que, na maioria das vezes, não tem o sistema estatal como o mais importante instrumento normativo que incide no cotidiano da grande maioria de seus indivíduos. Dentre o significativo número de sociedades que compõem o todo brasileiro, há muitas marginalizadas e sem voz que travam lutas diárias para serem escutadas, reconhecidas e, grande parte das vezes, não buscam a condecoração de direitos negados e violados por desconhecê-los.

A pesquisa “Lei, Justiça e Cidadania” feita entre moradores da região metropolitana do Rio de Janeiro, aponta que a população não conhece muito bem seus direitos e tem dificuldades de elencá-los (PANDOLFI *apud* DA SILVA, 2017,). Já em 2011, um levantamento feito no Programa Mediação de Conflitos na comunidade da Pedreira Padre Lopes mostra que a procura dos moradores de favela à justiça gira em torno de questões familiares, penais, conflitos entre moradores, mas não há registro específico sobre questões trabalhistas, de consumo ou qualquer indício de manifestação contra a situação precária e sub-humana dos morros (LEANDRO, 2012, p. 114).

Os dados supracitados validam a ideia do caráter elitista do direito que, de acordo com Santos (2010, p. 113), reproduz uma prática hegemônica e um papel de dominação de classes, de diferenciação, hierarquização e exclusão social. Nesse sentido, far-se-á duas conclusões: muitos indivíduos realmente não conhecem seus direitos, até os mais elementares e a segunda é o desconhecimento dos mecanismos de justiça e de acesso. Conseqüentemente, formula-se dois problemas: como fornecer à população conscientização sobre seus direitos e a reprodução das informações de acesso às instâncias formais de justiça, inclusive as alternativas, como forma de efetivá-los.

A resposta à esses problemas é a capacitação jurídica do cidadão, pelo qual “o direito converte-se a uma ferramenta contra-hegemônica apropriada de baixo para cima como estratégia de luta” (SANTOS, 2010, p. 69). O caminho para esse fim deve ser feito através do acesso à justiça pela via dos direitos que se refere ao acesso à “informação acerca dos direitos; conhecimento que permita recurso a uma instância ou entidade capaz de resolver eventuais conflitos” (DA SILVA, 2017, p. 28 ) e na participação do indivíduo na configuração do próprio direito, nesse ponto é importante o reconhecimento de novas categorias e a valorização de um pluralismo jurídico intercultural para dar voz às sociedades marginalizadas.

O acesso à justiça pela via dos direitos é construído com o objetivo de adequar o direito às realidades e expectativas das diferentes sociedades através da troca entre o material e a situações vivenciadas. Dessarte, molda-se a interpretação de forma a desconstruir o caráter elitista, unilateral e formalista e caminhar para a democratização.

Não há dúvidas de que hoje o Poder Judiciário não consegue atingir algumas camadas sociais que “precisam de direitos efetivados e de participação na construção de novos objetivos e acepções para o direito” (DA SILVA, 2017, p. 32), ou seja, sociedades que sofrem com acesso à justiça via direitos, como exemplo, as comunidades. Diante dessa dificuldade, é importante bus-

car meios alternativos, como a mediação e conciliação. Os dados do Programa de Mediação de Conflitos, apresentados no início do tópico, apontam a importância de um meio alternativo diante do problema apresentado.

Entretanto, esses instrumentos não são suficientes para resolução dos nossos problemas, é preciso fazer com que as informações cheguem de forma precisa, simples e clara para os indivíduos e aqui entra o papel dos profissionais do Direito. Em primeiro momento, vamos analisar a advocacia popular, essa inovação institucional trata da aproximação de advogados com a população através de uma relação horizontal e não hierárquica com a valorização do intercâmbio de saberes (SANTOS, 2010, p. 66). Ainda de acordo com o autor, é possível ponderar três conteúdos epistêmicos da instituição, “O primeiro vetor é o compromisso com as causas populares [...] o segundo vetor é a necessidade frequente de formação política, aliada aos objetivos e aos pressupostos das lutas populares que lhe subjazem. O terceiro vetor é a solidariedade” (SANTOS, 2017, p. 66). Logo, esse caminho é uma saída para efetivação do acesso à justiça pela via dos direitos, uma vez que, trata de uma permuta de aprendizagem em que a mobilização do direito com a mobilização social afeta diretamente os pressupostos do direito, estabelece-se, assim, a construção de um pluralismo jurídico que vai de encontro com o devido Estado democrático de Direito. Ademais, é importante colocar que essa aproximação dos profissionais com o povo de certa forma também coloca o judiciário próximo das realidades existentes.

Apesar de apresentar uma saída satisfatória, a advocacia popular ainda não é suficiente. Primeiro porque os muitos moradores de comunidade perderam a esperança no sistema e não acreditam que a busca pela justiça irá resolver seus problemas, isso pode ser justificado pela herança do direito brasileiro do início do século XX que se enraizou na nossa cultura e tratam os moradores de favela como inimigos do Estado. Em segundo lugar, a dificuldade da compreensão e entendimento da linguagem jurídica. E por fim, a impossibilidade ou a inviabilidade do acesso a instâncias formais de proteção e resolução de conflitos.

É válido dizer, portanto, que essas pessoas podem não procurar conhecimento e por mais que o acesso a ele seja facilitado, há fatores que distanciam essa procura. Assim, é preciso achar um caminho que leve ao indivíduo essa conscientização, que resgate a esperança e o leve para um novo patamar onde possa discutir a sua realidade, participar ativamente na configuração de direitos e acessar as instituições de justiça.

Parece inimaginável uma saída, mas ela existe. Através das inovações tecnológicas, da inclusão digital, das redes sociais poderemos alcançar esse público. É certo que hoje as redes sociais têm sido instrumento de alienação e compartilhamento de falsas notícias e informações, mas esse cenário pode ser revertido com o uso correto dessas ferramentas que proporcionam dinamismo às relações.

A fim de elucidar praticidade, vamos trazer um exemplo concreto: há

uma página no Tiktok, @seusdireitos, administrada pelo advogado Fernando Chagas, que tem como finalidade trazer conteúdos de informação sobre o direito do consumidor e dicas úteis para as relações do cotidiano. É possível perceber nos comentários de seus vídeos a quantidade de pessoas que são diretamente afetadas, como o caso do @vinnypereiradesigner que comentou no vídeo sobre ser obrigado a desbloquear o celular para o policial, “se seu conteúdo fosse matéria na escola o Brasil seria ouuuutro Brasil”. Esse comentário é um entre milhares, para se ter noção da dimensão desse trabalho, a página de Chagas já passa dos 1 milhão e 400 mil seguidores e continua crescendo.

Mesmo seguindo a recomendação de Santos (2010, p. 112) de se utilizar de “meios de comunicação social [...] como entretenimento segundo uma linguagem direta e acessível às grandes massas” para o compartilhamento de conhecimentos jurídicos, ainda não há a satisfação da proposição de um local para a construção de um direito. Para isso propõe-se que esses conteúdos compartilhados em rede social tome um papel não só de informar, mas também de levar esses indivíduos a portais de justiça onde poderão colocar seus problemas e cultura em discussão com o direito e conseguir acessar mecanismos resolutivos de litígios. Dessa forma, cria-se um ambiente não somente expositivo, mas dialético, efetivando o acesso à justiça via direitos.

## **Da inclusão digital como saída**

Inclusão digital é conceituado como um processo de democratização ao acesso à internet, buscando deixá-la acessível para o maior número de pessoas possível, em outras palavras, é uma extensão natural que é trazido para o ambiente digital, de algo que é gerado pela eloquente diferença social e cultural existente na sociedade (SERIQUE, 2019). O meio cibernético tem cada vez mais se tornado fonte do Direito, justamente por se constituir como um canal de comunicação global, onde constrói-se um espaço simultâneo de interação e de expressão para os grupos sociais considerados marginalizados que possuem pouco acesso às mídias tradicionais. (PEREIRA; MORIGI, 2015).

As redes criaram novas formas de interação social, fenômeno conhecido como cibercultura, que é “a cultura contemporânea marcada pelas tecnologias digitais” (Lemos, 2003, p. 11), demonstrando o quanto a internet está adentrando em todas as esferas da vida, inclusive no Direito. Nessa perspectiva, deve-se analisar não somente o sentido de propiciar um acesso à tecnologia de modo a gerar inclusão social, como também a maneira na qual os indivíduos se relacionam, apropriam e fazem parte dessa rede, necessitando de uma cultura que gere “uma apropriação diferenciada, pautada na criticidade, na criatividade e na autoria” (Teixeira, 2005, p. 30).

No viés da cibercultura, surgem os fóruns de discussão, conhecidos também como “comunidade” ou “*board*”, são sites que permitem a interação entre usuários, que possuem como objetivo a promoção de debates, seja por meio de perguntas e respostas ou mensagens publicadas por um usuário. Nes-

te segmento, existem também os fóruns de discussões jurídicas, tal ferramenta serve tanto para os operadores de direito quanto para os leigos no assunto, dando a possibilidade de qualquer indivíduo compartilhar ou até mesmo tirar dúvidas sobre os mais diversos assuntos relacionados ao âmbito jurídico. Outra fonte que tem se tornado cada vez mais ordinária são as redes sociais, onde estudantes de direito e advogados, por meio de postagens interativas, difundem cada vez mais informações jurídicas, sendo esse um meio de extrema importância, visto que a linguagem é acessível como também possui alta visibilidade.

Portanto, percebe-se que a inclusão digital é o principal instrumento para que possa haver, de fato, um acesso democrático de forma a propiciar segurança jurídica a todos os cidadãos e garantir não só um acesso à rede, como também à cidadania. É de extrema importância que as pessoas residentes nas favelas possuam acesso aos conteúdos promovidos pelo meio digital, pois são de fácil entendimento e acesso. O conhecimento jurídico está disponível, e a forma mais eficaz de ser levado aos aglomerados subnormais é através da inclusão digital, visto que ela é a saída para via dos direitos e corrobora “para a formação de sujeitos críticos e reflexivos que através da apropriação tecnológica serão capazes de intervir em suas comunidades provocando crescimento social através de mudanças comportamentais perante a tecnologia e a aquisição de conhecimento”. (SCHWARZELMULLER, 2005, p. 14).

## **Do acesso à internet nas favelas brasileiras**

Com a pandemia, o uso da internet que já era essencial passou a ser considerado não somente uma exigência, como também um direito universal e previsto pela ONU desde 2011, visto que proporciona o exercício da cidadania e é um instrumento de suma importância ao meio legal, já que é “o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10-11). Mediante ao exposto, pode-se de forma preliminar concluir que, as populações das favelas no Brasil vivem em um profundo e constante estado de vulnerabilidade, principalmente no tocante ao acesso à educação, ao trabalho e à justiça por não estarem conectados ao ambiente cibernético.

Atualmente, segundo os dados do IBGE obtidos no ano de 2021, aproximadamente 16 milhões de pessoas residem em aglomerados subnormais (IBGE, 2021), sendo que dentre esses, menos de 13% dos moradores possuem acesso à internet, e 30% deste número são abrangidos com uma conexão ruim. (VALOR ECONÔMICO, 2021). Dessa forma, considerando que dentro dos centros urbanos 86,7% da população encontra-se conectada (IBGE, 2019), tem-se chamado o apartheid digital, termo utilizado para designar a eloquente desigualdade social existente entre quem vive à margem da sociedade e não possui acesso à internet e em contrapartida, os que são usu-

fruidores deste recurso.

Noutro giro, o apartheid digital apenas evidencia a antítese de classes presente no Brasil que corrobora para a desigualdade social vigente. Segundo Demo (2005), as pessoas marginalizadas podem estar inseridas dentro do sistema, mas sempre à margem dele. Dentro das favelas, os indivíduos estão expostos cada vez mais a violência policial, invasão de domicílio, descriminalização e segregação social, dentre outros fatores que são preponderantes para sua exclusão, seja ela dos meios digitais ou sociais. A inclusão digital é um instrumento importante para acesso ao reconhecimento de direitos, mas que “precisa ampliar seu escopo, com ações que desenvolvam competências necessárias à apropriação de informação e à capacidade de comunicação, de forma contextualizada à realidade de cada grupo social” (PEREIRA; MORIGI, 2015, p. 5).

O Brasil é o nono país mais desigual do mundo (IBGE, 2018). Em contrapeso, a Constituição vigente no país possui um caráter garantista com uma notoriedade de normas programáticas, que são aquelas que dependem de plano de governo para que o Estado alcance determinados fins sociais. Boaventura Santos a caracteriza como um símbolo da redemocratização brasileira, responsável por ampliar direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, em suma, os direitos de terceira geração. (SANTOS, 2008). O artigo 5º da Constituição traz um rol de direitos e garantias que são concernidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, dentre eles estando a igualdade, que torna-se uma mera utopia, já que o Brasil carece de políticas públicas que visem à justiça social, incluindo acesso à internet, que é um direito mínimo para garantir dignidade da pessoa humana, no que tange a igualdade e a justiça, fazendo-se dele essencial para cumprir um dos preceitos presentes no Art. 3º, inciso III: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

No mais, o direito de estar conectado é indescutível e decorrente da própria dignidade da pessoa humana, para que seja estabelecido direitos meramente básicos, sendo então, inalienável e imprescritível. Para que o exercício da cidadania seja pleno e eficaz, faz-se necessário a participação dentro da própria esfera pública, tão somente uma igualdade de acessos, que se encontra de forma expressiva nos meios digitais. Quando a população residente nos aglomerados subnormais tomarem consciência da negligência de seus direitos e o estado de vulnerabilidade social a que lhe é exposto, “a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de recurso aos tribunais” (SANTOS, 2008, p. 18).

## **Diálogo com os desafios**

A ideia da conexão como forma de efetivar o acesso à justiça via direitos dos moradores de comunidade é, em sua essência, uma saída perfeita e inquestionável para os desafios judiciais enfrentados dentro desse círculo

social. Tão perfeita que chega a ser platônica. No tópico anterior foi possível constatar que grande parte das favelas está off-line e há uma enorme dificuldade de conectá-los. Os problemas estruturais impedem que um projeto de conexão em massa seja a resolução para deixar esse público online, pois essas dificuldades estão muito além desse acesso. As condições sub-humanas, o preconceito, a carência financeira e educacional, o medo, o crime, a fome e a estrutura social, que afeta principalmente as mulheres, são alguns exemplos do que assombra as favelas todos os dias.

Em primeira análise, a fonte desses problemas está nos anos de 1500 com a chegada dos portugueses e o início da escravidão no Brasil. Tal atividade perdurou legalmente por mais de 300 anos, até que em 1888 a Princesa Isabel assinou a Lei Áurea, que de fato foi algo revolucionário, mas também era o nascedouro de outros problemas. Essa lei não trazia qualquer tipo de assistência aos ex-escravos que agora não tinham um teto para morar, não tinham dinheiro, não sabiam fazer qualquer outra atividade além daquelas que exerciam dentro das grandes fazendas e enfrentavam preconceito da sociedade justamente por sua condição. Assim, esses indivíduos se juntavam e se aglomeravam em morros nos subúrbios das grandes cidades. Além dessas condições de abandono que estavam submetidos, os recém-libertos começaram a ser vistos como inimigos do Estado devido a aproximação do Direito brasileiro com o direito do autor do italiano Cesare Lombroso. Esse autor buscava definir o criminoso com base em suas características fisiológicas, ou seja, era possível reconhecer um marginal através das condições relacionadas a sua pessoa - tamanho do crânio por exemplo – mesmo que esse não tenha cometido nenhum ato ilícito. A teoria do italiano era próxima do direito do brasileiro que tinha como primeira característica para rotular o propenso criminoso era ser negro, ex-escravo (REIS, 2016, p. 46).

Essa posição tomada pelo direito, além de fortalecer a ideia da sociedade em geral de que essas pessoas eram inferiores, também fez crescer o sentimento de repressão contra elas por estarem sendo tratadas como criminosas. Portanto, os indivíduos que compunham os aglomerados não conseguiam se inserir no meio social, isto é, não tinham acesso à educação, à justiça, não conseguiam empregos, viviam em condições insalubres e eram vítimas constantes da violência policial. Essas condições fizeram fome bater na porta e criaram um berço para o crime que cada vez mais se tornou violento.

Observa-se que os problemas citados perduram-se até hoje, mesmo com o direito se afastando da corrente lombrosiana e se aproximando de algo mais humano, as adversidades dentro das comunidades só cresceram, pois se trata de algo estrutural. Os fatos apresentados justificam o motivo de termos poucos moradores de favelas online e mostra que há vários desafios mais urgentes à serem enfrentados. Entretanto, essas adversidades mais graves não são excludentes da necessidade de conectar as pessoas, uma vez que esse meio se mostra eficiente quando tratamos da efetivação do acesso à justiça via direitos.

A melhor saída para tanto é tratar dos problemas de forma conjunta, aplicando a cada comunidade, a cada grupo de pessoas carentes o tratamento devido. Dessa forma, aqui se mostra a importância do levantamento histórico tratado nessa pesquisa, a compreensão de que lidamos com algo estrutural que vai para além de dentro das favelas traz uma visão diferente, mostra a necessidade da análise das raízes das instituições brasileiras, de uma análise de como a sociedade geral vê e trata esses indivíduos.

A todo momento é necessário observar os princípios consagrados na Constituição de 1988 e estar sempre atento a ordem democrática que o Brasil está inserido. Ou seja, é importante que seja dada voz a esse povo e também é valioso compreender que há indivíduos de dentro das próprias favelas que tem preconceito contra si mesmo, ou seja, aceitam sua condição e corroboram para que ela seja mantida.

Portanto, essa pesquisa compreende que o problema do acesso à justiça via direitos nas comunidades e a sua efetivação através da conexão enfrenta grandes problemas, batendo de frente com os mais estruturais. Porém, ela também entende que não se deve deixar de lado essa solução, pelo contrário, deve ser tratada juntamente com os outros desafios.

## **Considerações finais**

A partir do exposto, verificou-se que, o acesso à internet pode ser um meio de efetivar o acesso à justiça via direitos, a utilização de redes sociais pode ser uma grande aliada nessa causa, uma vez que ela permite um contato fácil com o público e há formas de levar esse conteúdo como forma de entretenimento. Outrossim, também foi possível observar que a resposta apresentada pode parecer uma ideia platônica devido a tantos outros problemas enfrentados, que impedem um real e efetivo programa de conexão em massa das favelas brasileiras.

Não obstante, o levantamento histórico feito serve como base para compreensão estrutural dessa sociedade brasileira e acredita-se que a partir do conhecimento das raízes dos desafios será possível propor planos que os resolverão de forma mais efetiva. Dentre as adversidades, está o acesso à justiça, o foco dessa pesquisa, que pode encontrar uma forma ágil de sua efetivação através da inclusão digital. É fato que a maioria não pode estar conectada, mas o fato de uma pessoa na casa está online já faz com que todas as famílias tenham esse acesso de forma simultânea, por isso há grande importância em pensar maneiras de cada vez mais deixar a comunidade em contato com a internet.

Portanto, o problema desenvolvido nesse artigo mostra que a inclusão digital é uma forma de avançar em passos largos rumo a efetivação do acesso à justiça via direitos, e demonstra também que os outros graves problemas enfrentados pelas comunidades não excluem a possibilidade de cada vez mais conectar as pessoas. Assim, constata-se que, cada vez mais é preciso pensar

nas favelas brasileiras, onde os problemas estão entrelaçados, preso em um sistema estrutural histórico, em que a resolução de um desafio baterá em outro.

## Referências

BITENCOURT, Rafael. **Sem internet, favela vive ‘Estado mínimo’ profundo na pandemia, aponta Instituto Locomotiva**. Valor econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/05/04/sem-internet-favela-vive-estado-minimo-profundo-na-pandemia-aponta-instituto-locomotiva.ghtml>. Acesso em: 11 nov. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988

DA SILVA, Nathane Fernandes. **O DIÁLOGO DOS EXCLUÍDOS: a mediação social informativa como instrumento de ampliação do acesso à justiça pela via dos direitos no Brasil**. Minas Gerais: Universidade Federal de Minas Gerais, programa de pós-graduação em Direito, 2017.

DEMO, Pedro. **Inclusão digital – cada vez mais no centro da inclusão social**. Brasília, 2005.

HUGO, Victor. **Inclusão digital como direito fundamental**. São Paulo, 2012.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNAD 2018**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNAD 2019/2021**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2021.

LEANDRO, Ariane Gontijo Lopes. **Caminhos e Obstáculos para o acesso à justiça: “o caso do Programa de Mediação de Conflitos em Minas Gerais”**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

LEMONS, André; Cunha, Paulo (orgs). **Olhares sobre a Cibercultura**. Sulina, Porto Alegre, 2003.

PEREIRA, P; MORIGI, V. **“Inclusão” digital, relações comunitárias e vigilância**. Rio de Janeiro: P2P & inov, 2015.

REISS, Michel Wencland. **A Relação do Direito Penal com o Negro: Da proteção contra o negro à proteção ao negro. Efetividade dos crimes de racismo como política de reconhecimento dos negros no Brasil**. Santa Catarina: CONPEDI, 2016.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2014.

SCHWARZELMÜLLER Anna F. **Inclusão digital: uma abordagem alternativa**. Texto apresentado no VI Cinform: Encontro Nacional de Ciência da Informação. Salvador, 14 - 17 jun. 2005.

SERIQUE, Raissa. **Inclusão digital: o que é e como funciona o processo de democratização das tecnologias digitais**. Rockcontent, 2019. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/inclusao-digital/>. Acesso em 19 nov. 2021.

TEIXEIRA, A. C. **Formação Docente e Inclusão Digital**: a análise do processo de emersão tecnológica de professores. Tese (Doutorado em Informática na Educação) – Programa de Pós Graduação em Informática na Educação da Universidade de Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2005.

# ACESSO À JUSTIÇA: AS TECNOLOGIAS ADOTADAS PELO PODER JUDICIÁRIO NA REVOLUÇÃO 4.0 EM UM CONTEXTO DE DESIGUALDADE SOCIAL

**Manoel Ferreira Ramos**

Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA, sob a orientação do Professor Doutor Cassius Guimarães Chai. Analista Judiciário do TJMA. Membro do Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da UFMA.

## **Resumo:**

É cediço que o acesso à justiça se mostra como um dos temas mais protagonizados na atualidade, propiciando debates entre diversos setores, bem como nos Poderes Públicos, sobretudo, na perspectiva de ações concretas para solucionar o que convencionou chamar de “Crise do Judiciário”, enfrentada há décadas e intensificada no início de 2020, por ocasião da pandemia do Covid-19, imprimindo a necessidade de estratégias com alcance ao jurisdicionado em suas várias realidades sociais e, para tanto, as tecnológicas mostraram-se importantes ferramentas a serviço da prestação jurisdicional. Nesse contexto, mudanças previstas para ocorrerem em 10 ou mais anos foram implementadas para o andamento da pauta forense, em regra, afastadas da preocupação em equalizar as desigualdades presentes na sociedade. Desse modo, analisem-se as ações do Tribunal de Justiça do Maranhão previstas em seu Plano de Ação voltadas à resolução efetiva de conflitos com vistas ao acesso à justiça de modo mitigado.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; Direitos; Poder judiciário; Tecnologia; Inclusão social.

## **1 Introdução**

O acesso à justiça é um importante meio de democratização dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, a Constituição Federal Brasileira prevê no artigo 5º, inciso XXXV, sobre o direito fundamental de inafastabilidade da jurisdição. Além, da inserção da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos, instituída pela Resolução n. 125, de 29/11/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015) e a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), com vistas à esti-

mulação dos meios adequados de solução de conflitos. No entanto, o cenário atual do Judiciário demonstra que a concretização do direito de ação passou por diversas mudanças relacionadas à implementação de novas tecnologias, alargando as possibilidades de ingresso na via litigiosa e consensual.

Desta forma, o objetivo desta proposta é verificar a acessibilidade das pessoas à justiça por meio dos recursos tecnológicos, bem como as repercussões nas realidades dos indivíduos afetados, estudando como esse aparato tecnológico pode promover uma devolutiva satisfatória ao jurisdicionado, na perspectiva do acesso à justiça pela via dos direitos e as novas tecnologias, de acordo com o Simpósio 95.

Como objeto, pretende-se analisar o acesso à justiça fomentado pelo uso de tecnologias em um cenário de desigualdade social. Justifica-se a relevância do presente trabalho, a partir das adequações necessárias desenvolvidas pelo Judiciário para adequar-se às mudanças suscitadas e aceleradas pelo cenário pandêmico da Covid-19, frente a uma população cuja prática com tecnologias voltadas ao modelo remoto de acesso ao ambiente forense, ainda é bastante desigual.

De maneira geral, objetiva-se analisar se as tecnologias adotadas na revolução tecnológica 4.0 da justiça brasileira promovente de fato ao acesso à justiça e de forma específica avaliar as estratégias utilizadas pelo Judiciário maranhense para dar continuidade à pauta forense promovendo a prestação jurisdicional satisfatória, analisar as audiências virtuais na perspectiva de efetivo acesso à justiça, verificando um cenário em que seja possível vislumbrar a utilização de tecnologias agregas às audiências virtuais para melhoria da prestação jurisdicional.

Na construção do artigo será utilizada a abordagem qualitativa, sendo realizados procedimentos de revisão bibliográfica e documental. Vislumbrando-se como hipóteses iniciais que a revolução 4.0 não chegou a todas as camadas e dificilmente chegará, uma vez que está inserida em um cenário de largas diferenças sociais, não somente com relação à falta de internet ou a utilização de uma internet de má qualidade, mas a própria ausência de um trato mínimo com as novas tecnologias por parte, principalmente, de pessoas com pouca escolaridade e idosos que compõem uma grande parcela do jurisdicionado.

Soma-se ao fato de total ausência da participação da população na implementação dessa revolução. Como resultados, o trabalho em comento visa à melhoria da prestação jurisdicional indicando caminhos na melhoria do Judiciário como instituição que promove o acesso à justiça para todas as camadas sociais por mais vulneráveis que sejam.

## **2 A “crise do judiciário” no contexto da pandemia do covid-19**

A cultura do litígio é uma realidade nas mais remotas sociedades, posto que seja uma característica inerente à vida em sociedade, acompanhada no

mesmo ritmo pelas tentativas de solução dos conflitos ditadas pelas normas culturais de cada povo como aquelas que direcionam qual o meio mais eficaz para “atingir a finalidade de pacificar conflitos, permitindo uma melhor convivência em sociedade” (ROCHA; SALOMÃO, 2015, p. 103). No Brasil, o acesso à justiça e com ele, um maior número de demandas protocolizadas nos fóruns, ganhou espaço de modo significativo com o advento da Constituição Federal de 1988, pela gama de direitos disponíveis ao cidadão, o que contribuiu para a formalização de processos judiciais, visto que não bastava apenas o reconhecimento dos direitos individuais básicos, mas também se buscava os direitos sociais e coletivos.

E, antes mesmo da “Constituição Cidadã”<sup>1</sup> havia previsão na Carta de 1824, quando do início da atividade legislativa a partir da independência do país em 1822, incentivando prioritariamente a solução de litígio por outro meio que não a decisão judicial (LAGRASTA, 2020). Dentre as alternativas encontrava-se a figura do juiz de paz que fora mantido nas constituições vindouras, no entanto, teve sua atuação limitada à habilitação e celebração de casamentos, ficando popularmente conhecido como juiz de casamento (SILVA, 1996). Posteriormente, deu-se criação dos Juizados de Pequenas Causas por meio da Lei n. 7.244/84, que ampliou o acesso à justiça proporcionando segundo Watanabe (1985) a “litigiosidade contida”<sup>2</sup>, tendo anos mais tarde com o advento da Lei n. 9.099/1995, sua abrangência para seara criminal mudando para a nomenclatura Juizados Especiais.

Com isso, o acesso ao Poder Judiciário passou a ser sinônimo do exercício da cidadania, representando não só um anseio da população, mas também a efetivação e participação no mundo jurídico. O que popularizou a acessibilidade ao processo, não significando, necessariamente, acesso à justiça, tornando-se via ampla para o jurisdicionado ingressar com os mais diversos pedidos em busca da contraprestação judicial em atendê-lo satisfatoriamente. Somado a uma sociedade plural que vivencia ocorrências em uma relação acelerada, buscando incessantemente a satisfação das demandas direcionada ao imediatismo. De modo que, a justiça, como ensina Nietzsche (2000) toma contornos de vingança, enveredando por um caminho de insatisfação com grandes chances de retorno ao Judiciário das partes que conseguem por fim ao processo judicial, contudo, em grande parte, não resolvem o conflito satisfatoriamente.

Insta crer que as pessoas perderam a capacidade de resolver suas contendas e optam por deixar o ônus da decisão a cargo de um terceiro alheio a real motivação do litígio para dizer o direito e de que forma deve ser cumprida a determinação. Ainda que a decisão judicial, em regra, acabe por frustrar

---

1 Expressão criada por Ulysses Guimarães, em referência à participação popular na sua elaboração da Constituição Federal de 1988 e ao objetivo nela presente de plena realização da cidadania, conforme Silva (1996, p. 91).

2 A expressão “litigiosidade contida” criada por Kazuo Watanabe (1985) é usada para designar os inúmeros conflitos não solucionados através de mecanismos sociais de solução de disputas e também não direcionados ao Poder Judiciário pela sua pouca expressão econômica ou extrema dificuldade de acesso da população.

as expectativas dos envolvidos, não satisfazendo à pretensão resistida e, com isso, as estantes do Judiciário ganham novos volumes processuais a cada dia. Segundo o Justiça em Números<sup>3</sup>, o Brasil recebeu 25,8 milhões de novos processos em 2020. Além de um estoque pendente de 75,4 milhões de processos. De modo que, os magistrados são insuficientes para julgar tais demandas em tempo hábil, como apontado pelo Banco Mundial que publicou o Relatório n. 32.789-BR, intitulado “Brasil - Fazendo com que a Justiça Conte”, menciona que o quantitativo de ações distribuídas aos juízes do Brasil é desproporcional ao adotado no cenário internacional.

Conforme esse documento existem, em média, 1.357 ações para cada juiz federal, trabalhista ou estadual do país (BANCO MUNDIAL, 2004). Enquanto que, o quantitativo para os magistrados argentinos são distribuídas 875 ações e para os venezuelanos, 377. Soma-se que um a cada cinco cargos de juiz no Brasil está vago, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça. De acordo com o órgão, em 2018 havia cerca de 18 mil magistrados em atividade e cerca de 4.400 postos desocupados. A maioria (69%) com lotação na Justiça estadual, ramo que tem 22% de vacância. Na Justiça Federal, que reúne pouco mais de 1.900 juízes, o índice é de 24%. O que aponta a falta de magistrados com fator significativo para a implementação de garantias constitucionais. Em 20% das comarcas, há apenas um magistrado trabalhando. (BRASIL, 2020).

Nesta subseção discute-se acerca da metodologia empregada pelo Judiciário, para solucionar os conflitos pré-processuais e processuais, metodologia esta que intensificou o uso de tecnologias, especialmente a partir do ano de 2020 que ficou marcado pela pandemia do novo Corona vírus (SARS-CoV-2) o qual dizimou milhares de vidas no planeta e modificou as relações em todas as esferas e campos de atuação.

Assim como os demais atores alcançados pela nova realidade, o Judiciário que teve que buscar estratégias para melhor encontrar soluções para as lides, via Código de Processo Civil 2015, Resolução 125/2010 do CNJ e Lei n. 13.140 (Lei de Mediação), especialmente em seu estabelecimento acerca da condução do mediador, ao longo do procedimento de comunicação entre as partes, como anteriormente pontuado, tendo como premissa o entendimento e o consenso, enquanto facilitadores, para a resolução do conflito (Lei n. 13.140/2015, artigo 4º, §1º).

Com isso, foram adotadas medidas de restrição social (quarentena), o que fez com que diversos setores da sociedade buscassem formas de se ajustarem. Assim, na procura, pois, de exercer suas funções, em um contexto pandêmico que avançou de forma avassaladora e que fez com que os tribunais

---

3 Principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, o Relatório Justiça em Números é produzido pelo CNJ desde 2005 e apresenta um raio-X completo de todos os tribunais brasileiros – com exceção do STF –, por segmento de Justiça e por porte. De acordo com a edição deste ano, são 17.988 magistrados e magistradas em cargos providos em todos os ramos de Justiça e 267.613 servidores e servidoras, além de 147.974 pessoas entre terceirizados, estagiários, juízes leigos, conciliadores e voluntários. (BANDEIRA, 2020).

deixassem, de atender presencialmente, fazendo com que as partes ficassem em seus lares, como forma de preservação e meio para reduzir a contaminação pelo Corona vírus (SARS-CoV-2).

Destarte, o Judiciário passou a adotar estratégias para melhoria do atendimento, a fim de se evitar o cancelamento e adiamento maciço de audiências, constituindo-se assim, as alternativas virtuais, mediadas pela tecnologia, enquanto meios para resolução dos conflitos e cumprimento da prestação jurisdicional (SOUZA NETTO; FOGAÇA, 2020). Esses autores supramencionados postulam acerca da Resolução Alternativa de Litígios (ADR), onde se insere a mediação, que podem ocorrer on-line. Destacam-se assim, como metodologia, para a mediação, alguns instrumentos, tais como a plataforma web conferência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA), o Processo Judicial Eletrônico (PJe) e o aplicativo WhatsApp.

### **3 A justiça 4.0 no Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA)**

Em razão das mudanças acarretadas a todos ante as transformações pelas quais passam a sociedade, principalmente com o advento da pandemia do Covid-19, em que as instituições dos sistemas de justiça, sobretudo, o Judiciário, buscaram alinhar-se ao contexto tecnológico adotado por diversos países, principalmente com a implementação da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), definiu os cinco eixos prioritários de trabalho, divulgados pelo então presidente do órgão, Ministro Luiz Fux, durante a 318ª Sessão Ordinária do Conselho, elegendo direitos humanos e do meio ambiente, garantia da segurança jurídica, combate à corrupção e ao crime organizado, incentivo ao acesso à justiça digital, e a uniformização e melhor capacitação dos magistrados e servidores a serem trabalhados como via de desenvolvimento da justiça no país.

Dentre os eixos, destaca-se o “Justiça 4.0 e Promoção do Acesso à Justiça Digital”<sup>4</sup>, em que prevê criação do juízo 100 % digital; ampliação da audiência telepresencial; Projeto Cumprimento Eletrônico de Ordem Judicial (Extinção da Carta Precatória); implementação do domicílio digital (intimação digital PF e PJ); Sistema Nacional de Penhora on-line (cartórios RGI); incentivo à política de mediação digital extrajudicial e extraprocessual (On-line Dispute Resolution – ODR); interposição de recursos especiais e extraordinários em plataforma digital única, instalada em nuvem, integrada aos sistemas judiciários locais, com coleta e gestão eficiente de dados e de metadados (MJE); implementação do Portal Único do Advogado (aplicativo de consulta processual para desktop e smartphone no âmbito do STF e do Poder Judiciário); Projeto Otimização dos Sistemas de TIC; Projeto Nova Plataforma Digital do Poder Judiciário – PDPJ; Projeto Equipe de Trabalho Remota; projeto sobre

4 O eixo 4. JUSTIÇA 4.0 E PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA DIGITAL trabalha o diálogo entre o real e o digital para o incremento da governança, da transparência e da eficiência do Poder Judiciário, com efetiva aproximação com o cidadão e redução de despesas. (BRASIL, 2020).

uso de videoconferência e de aplicativos de mensagens instantâneas; e Projeto Centro de Inteligência do Poder Judiciário. (BRASIL, 2020).

Todas essas inovações fazem parte do Programa Justiça 4.0, desenvolvido pelo CNJ cuja nomenclatura faz alusão à chamada 4ª Revolução Industrial, transcrevendo conceitos como conectividade, integração e interação homem-tecnologia ao serviço jurisdicional, com vistas ao emprego de metodologia pelas Cortes para a inserção no conceito de Justiça 4.0, questão que envolve o investimento e o desenvolvimento técnico necessários para a transformação digital ampla e profunda das atividades do Poder Judiciário para a melhoria da prestação jurisdicional. Objetiva, sobretudo, um diálogo efetivo entre o real e o virtual para melhor gerir a relação entre o Judiciário e o cidadão, dando visibilidade, transparência e eficiência às ações voltadas para redução de gastos e custas processuais.

Inserindo-se nesse contexto de inovações, o TJMA lança em setembro de 2020 seu Plano de Ação Estratégica atrelado ao pacto da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), tendo como vetor principal o desenvolvimento de ações voltadas a estimular a sociedade a buscar meios adequados de solução de conflitos evitando a judicialização. Tendo, na ocasião, o então presidente da Corte estadual, desembargador Lourival Serejo, afirmando em seu discurso de posse que “não há dúvidas que o incentivo às novas tecnologias é o melhor caminho para a garantia dos avanços no Judiciário” (2020). Reforçando que a opção do futuro é a inteligência artificial e o TJMA não podia ficar para trás nesse desenvolvimento em que constantemente surgem aplicativos e novos sistemas mais sofisticados. “Estaremos sempre atentos para a aquisição dessas novas ferramentas, para mantermos esse prestígio já alcançado pelo nosso Tribunal a nível nacional”. (2020).

Nesse espeque, as ações contidas no Plano de Ação do TJMA buscam utilizar as tecnologias disponíveis com o fim a possibilitar o jurisdicionado acesso aos serviços e, conseqüentemente, à justiça e para isso reforça o manuseio de plataformas digitais para resolução de prévia de conflitos para o fomento da inclusão digital, além do ampla emprego das audiências de conciliação por meio virtual através da Plataforma Web Conferência, agregada ao Processo Judicial Eletrônico (PJe) e aplicativo WhatsApp, no âmbito dos Centros de Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSCs)<sup>5</sup>. Sendo que a plataforma surgiu na segunda metade de 2018, quando a Tecnologia de Informática (TI) do TJMA, a partir de informações disponibilizadas pelo setor de Tecnologia de Informática do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), desenvolveu a ferramenta como tecnologia de fácil acesso e baixo custo, para otimizar e difundir a aplicabilidade das audiências realizadas por vídeo.

Nessa ferramenta, as partes acessam a sala virtual, por meio de um link

---

5 Os Cejuscus são unidades do Poder Judiciário às quais compete, preferencialmente, a realização das sessões e audiências de conciliação e de mediação a cargo de conciliadores(as) e mediadores(as), bem como o atendimento e a orientação às pessoas que possuem dúvidas e questões jurídicas (artigo 8º da Resolução CNJ n. 125/2010).

enviado por meio de certidão e/ou notificação, juntadas nos autos do PJe ou por mensagem via WhatsApp. Os procedimentos de acesso à sala virtual também são dados a conhecer, aos usuários, que comporão a sessão ou audiência. Há assim, um conjunto de métodos e técnicas empregadas tanto na consecução de um trabalho científico, quanto aqueles utilizados ao longo de um percurso metodológico, na execução de um trabalho, como pontuam autores como Gil (2009).

Nesse ritmo, o TJMA, no final de 2019, desenhou um modelo de adaptação do Sistema PJe para ser utilizado pelos CEJUSCs do estado, posto que até então, esses órgãos utilizavam um sistema próprio, o Attende, desenvolvido pela Tecnologia de Informática (TI) do Judiciário maranhense. Tendo o PJe, até aquele momento, uso exclusivo no trâmite de demandas processuais. O PJe é usado para quantificar o número de audiências, bem como número de acordos e presença ou ausência das partes, constituindo-se assim, importante instrumento, para quantificar dados.

No tocante ao WhatsApp este, que vem sendo utilizado maciçamente pelos usuários, para comunicarem-se em tempo real e com feedback imediato, facilitando, sobremaneira, a comunicação em rede. O WhatsApp junta-se ao apanhado tecnológico como ferramenta gratuita, necessitando, para sua utilização, de uma internet de baixa ou média qualidade; o aplicativo serve como meio para o usuário receber o link de acesso. O uso amplo do aplicativo faz com que seu uso seja considerado de fácil acesso, pelos usuários.

Todavia, tais estratégias deixam de fora do processo o personagem principal, quer seja, o jurisdicionado que é formado por cidadãos das mais diversas faixas etárias e das mais distintas classes sociais, cujos níveis de escolaridade e trato com equipamentos tecnológicos diferem a cada caso. Conforme os números do último censo do IBGE, o Brasil possui 11,5 milhões de analfabetos funcionais, ou seja, assinam o nome, mas não possuem instrução para básica para ler e escrever, sendo que existem 170 milhões de brasileiros sem acesso à internet. Esse grupo comporta pessoas que desconhecem o que significa wi-fi, bem com indivíduos que não possuem e-mail ou não entendam as funcionalidades de um smartphone. (BORGES, 2020).

O Maranhão, de acordo com o IBGE, possui 851 mil analfabetos, o que representa 16.7% de taxa, perdendo apenas para o estado de Alagoas em percentual estadual de analfabetos no Brasil. Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad) de 2017 e em comparação com os dados nacionais, a taxa maranhense é maior que o dobro do país, que é de 7% de analfabetos. Soma-se que a faixa etária que se destaca é partir dos 60 anos de idade, representando 396.000 pessoas, quer dizer, quase metade dos maranhenses analfabetos, com 47,9%. (CARDOSO, 2018).

Desse modo, é salutar refletir da ausência de participação dessa população nessas construções e transformações pelas quais passam a justiça em que, embora sejam positivas para uma parcela considerável da população, os números mostram que essa camada não é a maioria. Com isso, o acesso à jus-

tiça, ou à ordem jurídica justa como assevera Watanabe (2019) não é somente disponibilizar o aparato tecnológico ao cidadão e impor-lhe a adaptação a um contexto ao qual não lhe é dada oportunidade de inserção participativa. É mais que criar estratégias com vistas a reduzir custos, tempo em contraposição ao método judicante, possibilidade de reestabelecimento das relações e um nível de satisfação maior para aqueles que se encontra em situação de contenda. Perquire-se à justiça 4.0 e aos idealizadores do projeto qual o real resultado pretendido no que se refere aos protagonistas, posto que as desigualdades existam de maneira clara e verdadeira, destoando o equilíbrio necessário à inserção da população como um todo ao acesso à justiça planejado pela justiça digital.

## **Considerações finais**

Conclui-se que a instrumentalização das estratégias para implementar e fortalecer o acesso à justiça em um contexto de desigualdade social e, sobretudo, digital, urge das instituições dos sistemas de justiça um olhar voltado para as categorias vulneráveis, ainda que a pretensão seja inserir a população como um todo na revolução 4.0 com o juízo 100% digital, dentre outras inovações, é salutar lembrar que há uma grande parte de cidadãos que não conseguem espaço de fala com o magistrado presencialmente, assim como não possui qualquer intimidade com o smartphone ou aplicativo WhatsApp ou qualquer outra linguagem tecnológica ou de informática.

Percebe-se que o acesso à justiça de faz presente nas ações do Judiciário, por meio, sobretudo, dos Centros de Conciliação (CEJUSCs), tendo como principal público as pessoas que moram em comunidades periféricas, posto seja um serviço gratuito e facilitado tanto para o atendimento presencial quanto por videoconferência. Além de possibilitar ao jurisdicionado a participação direta na decisão formalizada, a faculdade de tratar de todos os pedidos relacionados ao objeto principal independentemente ao que fora pleiteado inicialmente, haja vista a formalidade mitigada do procedimento, tendo como desfecho a própria formalização da sua resposta como solução para o conflito. Esses órgãos do Judiciário têm com aporte acolher todas as demandas agendadas e distribuídos em um lapso temporal adequado, tendo como conclusão a adoção de medidas emergenciais para desafogar o Judiciário, com a adoção dos meios consensuais de resolução de conflitos, tornando-se grandes aliados na luta contra o congestionamento processual.

Por fim, compreende-se a necessidade do conhecimento dos caminhos tecnológicos galgados pelo Judiciário para compor um espaço dedicado ao cidadão imprimindo-lhe acesso à justiça em todas as suas formas inerentes à matéria jurídica por parte dos seus órgãos e atores a fim de verificar, diante das políticas voltadas para o acolhimento efetivo do seu público tendo como resultado a efetivação da participação e influência nos desfechos das contendas por ocasião da utilização dos meios adequados de solução de conflitos,

permitido pelas estratégias pontuais calcadas em políticas públicas de inserção.

## Referências

BANCO MUNDIAL. **Fazendo com que a justiça conte.** Medindo e aprimorando o desempenho da justiça no Brasil. Relatório n. 32.789-BR do Banco Mundial Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica. 20.12.2004.

BANDEIRA, Regina. **Justiça em Números 2021:** Judiciário manteve serviços com inovação durante a pandemia. 28 de setembro de 2021. Notícias CNJ/Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2021-judiciario-manteve-servicos-com-inovacao-durante-a-pandemia/>. Acesso em 17 nov. 2021.

BORGES, Iara Farias. **Brasil tem 11 milhões de analfabetos, aponta IBGE.** 12/11/2020, atualizado em 12/11/2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2020/11/12/brasil-tem-11-milhoes-de-analfabetos-aponta-ibge>. Acesso em 19 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020:** ano-base 2019. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Impactos-Covid\\_V3\\_19082020.pdf/](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Impactos-Covid_V3_19082020.pdf/). Acesso em 17 Nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Política Judiciária Nacional, NUPE-MECs e CEJUSCs.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupecs-e-cejusc/#:~:text=Os%20cejusc%20s%C3%A3o%20unidades%20do,8%-C2%BA%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CNJ%20n.> Acesso em 17 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Projetos da gestão do Ministro Luiz Fux.** 5 eixos da justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/5-Eixos-da-Justi%C3%A7a-Ministro-Luiz-Fux-22.09.2020.pdf>. Acesso em 18 nov. 2021.

CARDOSO, Rafael. **Maranhão possui mais de 851 mil analfabetos, segundo IBGE.** 18/05/2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/maranhao-possui-mais-de-851-mil-analfabetos-segundo-ibge.ghtml>. Acesso em 15 nov. 2021.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** São Paulo: Atlas, 2009.

LAGRASTA, Valeria Ferioli. **Curso de formação de instrutores negociação, mediação e conciliação.** Ministério da Justiça e Segurança Pública. Escola Nacional de Prevenção e Solução de Conflitos 1. ed. 2020.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Humano, demasiadamente humano:** um livro para os espíritos livres. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

SOUZA NETTO, José Laurindo; FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Métodos consensuais de solução de conflitos no ambiente digital em tempos de pandemia**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. CONPEDI – SKEMA, 2020 Disponível em: <http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/x2c7701f/2gddgklv/LeIKfY1O4YjeZDw1>. Acesso em: 19 out. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. Posse. **Desembargador Lourival Serejo assume Presidência do TJMA**. Portal do Poder Judiciário do Estado do Maranhão, 24 abr. 2020. Disponível em <https://www.tjma.jus.br/midia/tj/noticia/432871>. Acesso em 01 jul. 2021.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: processo coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Dei Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

# ONLINE DISPUTE RESOLUTION E DIREITO DE FAMÍLIA: A BUSCA PELO ACESSO À JUSTIÇA PELA VIA DOS DIREITOS NO BRASIL

**Isadora Beatriz Magalhães Santos**

Doutoranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP

**Daniella Salvador Trigueiro Mendes**

Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP

## **Resumo:**

Os conflitos familiares são caracterizados por questões afetivas, psicológicas e patrimoniais, com o predomínio de sujeitos vulneráveis, cujos efeitos se potencializam diante da morosidade do Judiciário. Nesse contexto, a denominada online dispute resolution ou resolução online de controvérsias, é um meio alternativo de resolução de conflitos que oferece às partes ambientes e procedimentos diferentes dos convencionais na busca por soluções mais práticas e adequadas com o auxílio da denominada quarta parte, consubstanciada na tecnologia. Isto posto, o presente trabalho busca analisar, por meio de pesquisa bibliográfica de caráter exploratório e método de abordagem dedutivo, os novos designs de resolução de conflitos no Direito de Família como meio de efetivação do acesso à justiça, considerando as facilidades que as novas tecnologias proporcionam para solução de demandas que presencialmente podem atrapalhar a autocomposição ou até mesmo gerar desconforto ou novos litígios entre as partes.

**Palavras-chave:** Online dispute resolution; Direito de família; Acesso à justiça pela via dos direitos.

## **Introdução**

O Direito de Família, assim como os demais ramos do Direito, se comunica com preceitos constitucionais de forma a possuir princípios basilares a serem respeitados, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, solidariedade familiar, proteção integral da criança

e do melhor interesse da criança e do adolescente, dentre outros. Tendo em vista a necessidade de efetivação desses princípios, é imperiosa a busca por métodos alternativos de resolução de conflitos que respeitem os direitos do jurisdicionado, principalmente quando se tratar de demandas mais sensíveis como no Direito de Família, especialmente quando estiverem incluídos sujeitos vulneráveis.

A Online Dispute Resolution (ODR), também denominada de resolução online de controvérsias tem sido muito difundida nacionalmente nas demandas consumeristas, com o cuidado de se preocupar com a vulnerabilidade informacional e financeira do consumidor, na tentativa de uma resolução mais adequada, mais rápida, mais eficiente e de forma virtual, antes de se recorrer ao Judiciário. No âmbito do Direito de Família não é diferente, mesmo ainda não havendo muitos estudos ou grande desenvolvimento desse novo método, as ODRs prometem ser uma alternativa à judicialização de demandas, no intuito de inovar e facilitar as resoluções de conflitos, se adequando à necessidade de cada área do Direito.

Com o advento da pandemia de Covid-19, no país e no mundo, o Poder Judiciário teve que se modernizar rapidamente, por este motivo, buscou várias adaptações com audiências online e fases do processo totalmente virtuais, o que já vinha acontecendo de forma gradativa e que pelo fato da obrigatoriedade do isolamento social teve que ser antecipado. No entanto, no Brasil ainda existem grandes avanços a serem feitos em relação ao acesso às tecnologias e à educação digital por grande parte da população, que não conseguiu acompanhar a rapidez das mudanças tecnológicas.

Destaca-se também como ponto de melhoria a predileção que a população brasileira possui em relação a utilização do Judiciário e dos meios tradicionais para a efetivação de seus direitos. Por esse motivo, a construção de novos designs para a solução de conflitos, desde que apresentados como métodos alternativos, objetiva a ampliação das possibilidades de procedimentos na solução de demandas, e está em consonância com a efetivação do acesso à justiça pela via dos direitos. Essa concepção contemporânea de acesso à justiça possui duas dimensões distintas e complementares, a primeira relacionada a efetividade de garantia de direitos e a segunda a respeito da participação na composição de seu próprio direito.

Neste sentido, tendo em vista a concepção contemporânea de acesso à justiça pela via dos direitos, o presente trabalho pretende analisar a utilização de novos designs para a resolução de conflitos no Direito de Família como métodos alternativos na busca de maior participação dos envolvidos na construção do seu direito, visto que uma parte imparcial poderá possibilitar a compreensão dos interessados sobre as questões em conflito a fim de restabelecer a comunicação, mediante o diálogo síncrono e assíncrono, objetivando soluções amigáveis que tragam benefícios mútuos inseridos nos princípios basilares e protetivos atinentes às famílias.

Por tratar de um assunto novo, atual e ainda não muito difundido, a pre-

sente pesquisa tem caráter exploratório, possui método de abordagem dedutivo e método de procedimento eminentemente bibliográfico.

## **Online dispute resolution e acesso à justiça pela via dos direitos**

No Brasil, o modelo de *Online Dispute Resolution* (ODR) começou a se destacar em meados de 2016, logo após a promulgação do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) como uma forma de junção entre os Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCs) e ações de virtualização do Poder Judiciário.

Porém, cumpre esclarecer que as ODRs possuem um conceito dinâmico, vez que, alguns autores as denominam como todo e qualquer uso de tecnologia no processo de resolução de conflitos, que seria um gênero de ADR (*alternative dispute resolution*), mecanismos alternativos de resolução de disputas, ou seja, ODR seria qualquer virtualização de métodos de resolução de conflitos já consagrados, como mediação, arbitragem e conciliação, por exemplo (ARBIX, 2015, p. 71).

Por outro lado, a maioria dos autores restringe esse significado amplo de ODR para quando a tecnologia cria novos procedimentos ou ambientes on-line. De acordo com a literatura majoritária, a ODR deve criar uma nova modalidade de resolução de conflito com o uso dos meios digitais, e nesse sentido, ela cria uma quarta parte, inspirada na terceira parte empregada nas resoluções extrajudiciais como na mediação e conciliação, no entanto, essa quarta parte é especificamente preenchida pela própria plataforma virtual (MARQUES, 2019, p. 03).

A quarta parte, portanto, pode interagir com os disputantes, pode receber informações, pode propor soluções baseadas em aporte de dados sobre conflitos análogos, pode modular a linguagem das partes, e, principalmente, pode influenciar nas interações entre os disputantes em conflito, levando em consideração de que a quarta parte tem uma imunidade dinâmica emocional dos conflitos, por não ser uma pessoa, podendo oferecer sugestões que, se feita por um humano, poderia acarretar na perda de confiança depositada pelas partes (ARBIX, 2015, p. 55).

Deste modo, a *Online Dispute Resolution*, inova ao criar procedimentos diferentes dos habituais para soluções dos conflitos, contando ainda com a denominada quarta parte, que é a característica principal das ODRs, e que traz alternativas para um possível enviesamento cognitivo, muito comuns em processos de Direito de Família em que a disputa geralmente está atrelada ao emocional, com o intuito de resolver os dilemas enfrentados pelas partes de uma maneira imparcial.

A possibilidade de ter as ODRs como alternativa para a solução de demandas em várias áreas do Direito corrobora para a efetivação do direito fundamental ao Acesso à Justiça, cujo conceito sempre foi difícil de delimitar. Renomados autores de Direito Processual, como Mauro Cappelletti e Brya-

nt Garth (1988), começaram a estudar possíveis soluções práticas na doutrina para esses problemas com as denominadas ondas renovatórias, contudo, atualmente o conceito que recai ao Acesso à Justiça é de que todo o jurisdicionado deve ter o direito de ser atendido pelo Sistema de Justiça.

O conceito de Acesso à Justiça atual, portanto, é um acesso à uma ordem jurídica justa, ampla e que não depende somente do Poder Judiciário, pois, é sabido que somente demandas judicializadas não garantem o efetivo acesso à justiça, vez que, o conhecimento processual é técnico e a maioria dos cidadãos, ainda que com grau universitário, não conhecem seu funcionamento. Pode-se dizer, portanto, que o sistema judicial é bastante desconhecido pela população, o que dificulta o Acesso à Justiça.

Nesse sentido, os meios alternativos de solução de conflitos se destacam dentro do Sistema de Justiça, vez que, de acordo com Kazuo Watanabe (1998, p. 128), essa questão não pode ser somente abordada dentro dos órgãos judiciais já existentes. O Acesso à Justiça, desse modo, não se trata de um acesso somente ao órgão estatal, mas sim à uma ordem jurídica justa, que pode ser alcançada também por meios extrajudiciais.

Nessa toada, temos o conceito de acesso à justiça pela via dos direitos que explica que o verdadeiro acesso à justiça é proveniente de maiores oportunidades de realização de direitos por indivíduos que possam participar do processo de abordagem de seus próprios conflitos, realizando soluções mais adequados ao seu caso, participando ativamente de uma resolução mais simplificada, com maior compartilhamento de informações, com maior acessibilidade, implicando no verdadeiro exercício de cidadania.

O acesso à justiça pela via dos direitos, termo cunhado por Avritzer, Marona e Gomes (2014, p. 20), em raciocínio semelhante ao de Cappelletti e Garth (1988, p. 13) apresenta duas dimensões para seu alcance. A primeira dimensão está relacionada à garantia de efetividade dos direitos, que deve necessariamente percorrer o caminho da informação da parte sobre seus direitos, o conhecimento da existência de entidade que permita a resolução desse certo conflito e enfim a reparação da injustiça ou da desigualdade que foi gerada pela violação de determinado direito.

A segunda dimensão do acesso à justiça pela via dos direitos se substancia na própria participação da parte na efetivação do seu direito, o que implica maior envolvimento e atuação dos disputantes na construção da solução do conflito, coaduna com a autocomposição de forma acessível, e está em conformidade com as ODRs.

Nesse sentido, acredita-se que o Acesso à justiça pela via dos direitos fomenta a abertura de novos ambientes on-line para a participação mais ativa das partes na construção e concretização dos seus direitos. Deste modo, a justiça é alcançada quando sujeitos reconhecerem e realizarem seus próprios direitos participando ativamente da abordagem do seu conflito de interesse e da construção da sua solução, tendo, portanto, mais autonomia e informação para construir, assim, uma solução mais adequada para o seu tipo de con-

frito, desde que válida e legítima, com maiores chances de autocomposição (AVRITZER; MARONA; GOMES, 2014, p. 20).

O acesso à justiça pela via dos direitos, destarte, revela um acesso à justiça desburocratizado, menos formal, mais próximo da população e alternativo às vias judiciais, o que coaduna perfeitamente com as plataformas de *Online Dispute Resolution*, unindo acesso à justiça pela via dos direitos para maior autonomia e participação das partes no conflito com as benesses da tecnologia.

Cumpra ainda ressaltar, que se tratando de pesquisa de caráter exploratório, é importante destacar que tais medidas devem ser cautelosas, com análise minuciosa da demanda, com acesso em ambos os lados de informação, sempre que possível por meio de um advogado para explicar o procedimento, desde que a parte permaneça com autonomia na solução do seu litígio, ainda que em demandas do Direitos de Família.

## **Direito de família e online dispute resolution no Brasil**

O Direito de Família apresenta uma dicotomia de natureza público e privada em sua regulamentação, mormente pautada na intervenção estatal sobre a relação entre sujeitos privados, visto que os temas que o circundam abrangem simultaneamente, em sua maioria, direitos disponíveis e indisponíveis, tais como questões patrimoniais, alimentos, partilha de bens, herança, guarda e convivência, reconhecimento de paternidade, dentre diversas outras questões.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 trouxe profundas transformações no Direito de Família na medida em que ampliou o reconhecimento de novas configurações familiares, atribuindo maior autonomia privada aos indivíduos, conferindo-lhes autodeterminação em suas relações afetivas e patrimoniais no âmbito familiar para promoção existencial dos seus integrantes, tendo em vista a constitucionalização e repersonalização das relações (LÔBO, 1999), desde que compatíveis com as normas de ordem pública.

Tal alteração paradigmática, por outro lado, refletiu diretamente no aumento da judicialização dos conflitos formados pelas diversas estruturas familiares existentes, cada um com suas características peculiares, inclusive no que concerne às questões de filiação e patrimônio.

Diante de tais questões, é importante fazer uma análise da possibilidade de aplicação da *online dispute resolution* no âmbito familiar em virtude de suas especificidades para manutenção e proteção dos preceitos fundamentais de seus participantes, contrastando com o exercício de sua autonomia privada para autocomposição de seu direito como efetivação ao acesso à justiça.

Para adentrarmos na aplicação das ODRs no Direito de Família, devem ser observado os métodos de resolução de conflitos atualmente utilizados pelo Poder Judiciário para auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, tais como a conciliação e a mediação previstas no artigo 165 do Código de Processo Civil.

É possível distingui-las, visto que a conciliação é normalmente utilizada para os casos em que não há um vínculo prévio entre as partes, caso em que o conciliador pode sugerir soluções para o litígio. Em contrapartida, a mediação é preferencialmente utilizada quando há um vínculo entre as partes, por exemplo, no âmbito familiar, com o intuito de auxiliá-las na compreensão das “questões e os interesses em conflito, de modo que possam, pelo reestabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”, conforme previsto no parágrafo §3º do referido artigo (BRASIL, 2015).

A mediação, portanto, trata da tentativa de retomada do diálogo e compreensão entre as partes para eventos futuros, cujos desgastes emocionais anteriores interferem no momento de tomada de decisão ou consenso sobre determinado assunto, o que geraria o conflito interpessoal. Desse modo, grande parte da doutrina apoia a mediação como ferramenta compatível como resolução adequada dos conflitos familiares, visto que abrange os conflitos não tutelados juridicamente, bem como analisa os aspectos não descritos nas petições (FERRAZ; SILVEIRA, 2019, p. 123).

Como mais uma porta de Acesso à Justiça propõe-se, portanto, a utilização das plataformas digitais e da tecnologia por meio das ODRs para distinguir os tipos de conflitos propostos pelos participantes e dar mais autonomia às partes, visto que as demandas essencialmente patrimoniais, por exemplo, podem ser intermediadas por uma quarta parte, que é a tecnologia, com competências direcionadas às especificidades do caso, tais como direito empresarial, direito imobiliário, sucessórios etc.

Ademais, as demandas essencialmente patrimoniais possibilitam a potencialização da autodeterminação das partes na composição de seus direitos, mitigando a intervenção estatal, ressalvadas as hipóteses de obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Desse modo, as ODRs, além de possibilitar a construção de um acordo por meio da participação das partes transforma um contexto de confronto em contexto colaborativo (BREITMAN; PORTO, 2001, p. 46), permitem o acesso à informação pelas partes para construção de seu próprio direito. Nesse seguimento,

Esses sistemas empregam inteligência artificial para identificar normas e linhas de argumentação aplicáveis ao conflito, refinar interesses, objetivos e preferências das partes, sugerir soluções consensuais e apontar o resultado mais provável do litígio em um processo judicial (SELA, 2018, p. 100). Em razão de tais propriedades, diz-se que os *softwares* principais são capazes de tomar a decisão resolutória da controvérsia. (MOULIN, 2021, p. 4).

Sob outra perspectiva, há preocupação em relação aos acordos envolvendo questões existenciais e direitos fundamentais dos indivíduos presumi-

damente vulneráveis ou não, em razão de desequilíbrios financeiros, intelectuais ou de assessoria jurídica entre os disputantes que escolherem a ODR como procedimento alternativo. Incluem-se aqui os conflitos mais complexos que abarcam questões patrimoniais e afetivas, principalmente os que envolvem crianças e adolescentes. Ademais, há notória restrição de acesso à internet por grande parte da população brasileira, o que limita a difusão de tal instrumento.

Por esse e outros motivos, a utilização das ODRs na seara do Direito de família é vista como um método excepcional, experimental, atual, mas que ainda merece cautela. Contudo, a *Online Dispute Resolution*, ao lado da mediação e da conciliação, que foram métodos alternativos que auxiliaram em muitos conflitos nessa área do Direito, também pode se adaptar às peculiaridades do Direito de Família e trazer mais autonomia e participação ativa das partes envolvidas no conflito de interesse, se tornando mais uma porta no Sistema de Justiça brasileiro e corroborando para o acesso à Justiça pela via dos Direitos no país.

## Conclusão

No presente artigo, buscou-se refletir sobre as novas abordagens digitais na resolução de demandas dentro do Direito de Família, principalmente por meio da denominada *Online Dispute Resolution*, que é caracterizada por criar novos procedimentos ou novos ambientes on-line para solucionar conflitos, geralmente extrajudiciais, utilizando-se da quarta parte como instrumento tecnológico de intermediação entre os disputantes. Atualmente, a ODR possui uma boa aceitação e um futuro promissor dentro do Direito do Consumidor, e também vislumbra alcançar as demais áreas do Direito no Brasil.

Os conflitos no Direito de Família são caracterizados pelo grande envolvimento cognitivo, pois são demandas que muitas vezes envolvem dissolução de famílias, divisão patrimonial e conflitos com pessoas próximas, envolvendo emoções e sentimentos que muitas vezes são obstáculos para resoluções consensuais presenciais.

Nesse sentido, com o intuito de obter soluções mais ágeis, mais adequadas e com maior participação das partes na construção da resolução de seu próprio conflito, procurou-se analisar as possibilidades e as cautelas necessárias para o emprego das ODRs no Direito de Família no Brasil, para a efetivação do Acesso à Justiça pela via dos direitos.

Diante das análises verificadas, observou-se que com a utilização das ODRs como método alternativo e extrajudicial de resolução de conflitos, há a possibilidade da capacitação das partes para a construção de seu direito, devido à sua maior autonomia e acessibilidade, vez que a resolução da disputa ocorre de forma on-line.

Deste modo, por meio da disponibilização de maior informação sobre o conflito, no intuito de formar um apoio à decisão, os sujeitos participan-

tes mantêm a autonomia quanto às suas escolhas e participam ativamente da construção da solução. A ODR, por meio da quarta parte, se torna uma ferramenta para os disputantes, que é desvinculada de critérios subjetivos, com o escopo de afastar a carga emocional prejudicial, uma característica das demandas familiares.

No entanto, cumpre salientar que a escolha do método alternativo não leva à vinculação obrigatória às assertivas apresentadas pela plataforma, pois de maneira residual poderá ainda se discutir por meio da judicialização da contenda.

Nesse sentido, observou-se também dificuldades para a implementação de ODR na seara do Direito de família no Brasil em virtude dos diferentes graus de complexidade dos conflitos, e da preocupação em relação aos acordos envolvendo direitos fundamentais de disputantes presumidamente vulneráveis, principalmente os que envolvem crianças e adolescentes, e ainda em possíveis desequilíbrios que podem ocorrer por meio da quarta parte e sua tecnologia, que causem desequilíbrios financeiros, intelectuais ou de assessoria jurídica entre os sujeitos que elegerem a ODR como procedimento.

Contudo, pela característica de ser um método alternativo e extrajudicial deve-se investir nas ODRs, principalmente na criação de novos designs de resolução de conflitos online, para possibilitar o acesso à justiça pela via dos direitos de forma que a parte possa participar mais ativamente da construção do seu direito e diversificar as formas de promover essa solução por um desenho mais adequado à uma demanda específica.

Conclui-se, portanto, que a denominada *Online Dispute Resolution* deve ser explorada também no direito de Família, nas soluções de conflitos que especificamente possam ser equilibradas, observando as devidas cautelas à vulnerabilidade de determinado grupos de sujeitos, desde que como método alternativo e extrajudicial, pois somente desta forma amplia-se o acesso à justiça pela via dos direitos no país. De forma residual, para eventuais problemas e desequilíbrios encontrados nesse tipo de resolução dentro das ODRs, o Poder Judiciário sempre estará atento e aberto para dirimir e corrigir eventuais falhas, que podem ocorrer em qualquer método de resolução de conflito.

## Referências

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 514-539, maio/ago. 2017. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5397/pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução online de controvérsia**. 1.ed. São Paulo: Intelecto Editora, 2017.

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resoluções online de controvérsias: tecnologias e jurisdições**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: doi:10.11606/T.2.2016.

tde-01092016-154830. Acesso em: 10 abr. 2021.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; CARNEIRO, Vanderson. **Cartografia de acesso à justiça pela via dos direitos no Brasil**. In: AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian (orgs.). *Cartografia da Justiça no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Saraiva, 2014, p. 29-125.

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**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 07 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 de jun. de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 2 de jul. de 2021.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça** (Tradução Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1988.

CNJ, **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 23 de jul. 2021.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo** 11 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ, Deise Brião; SILVEIRA, Simone de Biazzini Avila Batista da. Online Dispute Resolution (ORD) como ferramenta de acesso à justiça na gestão de conflitos no Brasil através da mediação on-line. Acesso à Justiça, Carreiras Jurídicas e Administração do Sistema de Justiça. **Revista de Direito Público**. Porto Alegre, v. 16, n. 88, 2019, 119-143, jul-ago, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3450>. Acesso em 18 out. 2021.

FREITAS, Tainá. Como o Mercado Livre atingiu 98,9% de ‘desjudicialização’ na resolução de conflitos. **Startse**, 24 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/nova-economia/mercado-livre-odr-resolucao-conflito>. Acesso em: 13 abr. 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. p. 99-114. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/50802>. Acesso em: 3 de jul. de 2021.

KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice: technology and the internet of disputes**. Oxford University Press: Nova York, 2017.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: 34, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de informação legislativa. v. 36, n. 36, n. 14, p. 99-109, jan./mar. 1999, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>. Acesso em 21 jul. 2020.

MAIA, Andrea; FERRARI, Isabela. **Sistema de resolução de conflitos on-line** – mais uma porta de acesso à justiça. Justiça e Cidadania, 20 fev. 2018.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. **A resolução de disputas online (ODR): Do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça**, in Revista de Direito e as Novas Tecnologias, 2019. Disponível em: <https://url.gratis/JqHTU>. Acesso em: 29 abr. 2021.

MODRIA, **Resolução de conflitos online**: Possibilitando que cidadãos e empresas solucionem conflitos via internet a qualquer hora e qualquer lugar. 2019. Acesso em: <https://www.camesbrasil.com.br/wp-content/uploads/2019/06/Portuguese-Brochure-Modria-.pdf>. Acesso em: 13 de jun. 2020.

MOULIN, Carolina Stange Azevedo. Métodos de resolução digital de controvérsias: estado da arte de suas aplicações e desafios. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 17. n. 1, jan./abr. 2021, e2018. ISSN 2317-6172. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202108>. Acesso em 11 nov. 2021.

NAVARRO, Erick; BECKER, Daniel. **Entre gritos e sussurros**: a solução automatizada de conflitos, o TJRJ e a 4ª onda de acesso à justiça. Jota, 28 mar. 2018.

PELLEGRINI, Ada Grinover. **Ensaio sobre a processualidade**; Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

RULE, Colin. **Online Dispute Resolution for Business**: B2B, E-commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts. São Francisco: Jossey-Bass, 2002.

SADEK, Maria Tereza Aina, org. **O sistema de justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. E-book. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/59fv5/pdf/sadek-9788579820397.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2021.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça**: um direito e seus obstáculos. Revista USP nº 101. Março/Abril/Maio 2014, p. 55-66.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**, 2007. Disponível em: <https://docs.google.com/a/fcarp.edu.br/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZmNhcnauZWR1LmJyYmIyG51cGVkaXxneDoyZmZjZmM5OTVhO-TjYmIy>. Acesso em: 10 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. rev. e atual., Porto Alegre:

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Acesso à Justiça e cidadania**. In: Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 150- 165.

- SUSSKIND, Richard. **Tomorrow's Lawyers**: an introduction to your future. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. **The Future of the Professions**. Oxford: Oxford University Press: 2015.
- TOMÉ, Bruna Borghi. **A ODR como protagonista da resolução de conflitos na sociedade 5.0**. 2020. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.
- WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 128-135.
- WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 65-73, 2019.
- WOLKART, Erick Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

# MUITO PRODUTIVO, MAS NADA DELIBERATIVO: O DILEMA DO PLENÁRIO VIRTUAL DO SUPREMO BRASILEIRO

**Priscila Leal Seifert Viana**

Pós-doutoranda do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Professora de Processo Civil. Advogada da União

**Marcella Barbosa de Castro**

Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica da Minas Gerais. Advogada da União

## **Resumo:**

O plenário virtual, plataforma assíncrona e opaca de julgamento não-presencial por meio da qual os julgadores vão “postando” os seus respectivos votos, tem mantido a produção da justiça brasileira nas alturas, a despeito da paralisia social causada pela Covid-19. Por conta das particularidades dessa nova forma de julgar, pretende-se problematizar os “supremos” julgamentos virtuais, a partir da perspectiva do garantismo processual dogmático. Para tanto, através da revisão bibliográfica sobre o tema, o presente artigo foi dividido em três partes: na primeira, foram expostas as premissas da doutrina garantista; em seguida, cuidou-se da forma pela qual o plenário virtual se tornou “o” método de julgamento do Supremo Brasileiro, e, por fim, problematizou-se algumas questões relacionadas ao direito fundamental ao devido processo legal. Parte-se da hipótese de que uma vez que o ambiente virtual não é propício ao debate de teses jurídicas, há um empobrecimento qualitativo das decisões judiciais proferidas pelo Supremo, o que pode comprometer a sua legitimidade quanto tribunal constitucional.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; Plenário virtual; Garantismo processual; Devido processo legal.

## **Introdução**

O plenário virtual, plataforma assíncrona e opaca de julgamento não-presencial por meio da qual os julgadores vão “postando” os seus respectivos votos, tem mantido a produção da justiça brasileira nas alturas, a despeito

da paralisia social causada pela Covid-19. Vale registrar que, segundo os dados divulgados no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF), somente em 2020, a mais alta corte da justiça brasileira julgou, por meio do plenário virtual, 5.530 processos.

Não obstante a elevada produtividade, o uso do plenário virtual de maneira indiscriminada pelo STF tem causado perplexidades. Ações inéditas e com questões de alta relevância social, como a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 779, por meio da qual o Supremo julgou inconstitucional a tese da legítima defesa da honra em caso de feminicídio, têm sido discretamente julgadas pela Corte, sem debates, sem participação democrática, sem a transmissão ao vivo pela TV Justiça. Por conta das particularidades dessa nova forma de julgar, pretende-se problematizar os “supremos” julgamentos virtuais, a partir da perspectiva do garantismo processual dogmático.

Para tanto, através da revisão bibliográfica sobre o tema, o presente artigo foi dividido em três partes: na primeira, foram expostas as premissas da doutrina garantista; em seguida, cuidou-se da forma pela qual o plenário virtual, antes restrito a aferição de repercussão geral dos recursos extraordinários, se tornou “o” método de julgamento do Supremo Brasileiro, e, por fim, problematiza-se algumas questões relacionadas ao direito fundamental ao devido processo legal.

Parte-se da hipótese de que uma vez que o ambiente virtual não é propício ao debate de teses jurídicas, há um empobrecimento qualitativo das decisões judiciais proferidas pelo Supremo, o que pode comprometer a sua legitimidade quanto tribunal constitucional. Acredita-se que, nesse período de crise, caracterizado pela alta produtividade na prestação jurisdicional, estimulada pelo uso indiscriminado da tecnologia, é salutar defender o respeito ao direito fundamental ao devido processo legal. O tema é novo, importante, mas ainda muito pouco estudado no ambiente acadêmico.

## **A virtualização da justiça e o garantismo processual dogmático**

A previsão do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório no artigo 5º, da Constituição Federal, em seus incisos LIV e LV, indica que o processo foi alçado à categoria de direito fundamental.

Confundido muitas vezes com procedimento, no âmbito do Estado de Direito, o processo deve ser percebido como garantia de liberdade do cidadão, frente ao poder jurisdicional. É o que defende a doutrina do garantismo processual dogmático.

Eduardo José da Fonseca Costa observa que o “*o dado invariável da historicidade constitucional é a limitação jurídica do poder*”<sup>1</sup>, e ainda, que “*no plano horizon-*

---

1 COSTA, Eduardo José da Fonseca. ABDPRO #40 - NOTAS PARA UMA GARANTÍSTICA. 04/07/2018. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica>>. Acesso em: 30.09.2021.

tal, a limitação do poder se faz fracionando-o. (...) Já no plano vertical, a limitação do poder se faz outorgando-se garantias aos cidadãos.<sup>2</sup>”

Se as garantias constitucionais limitam o poder estatal, o processo limita, especialmente, o poder jurisdicional do Estado, a fim de prevenir excessos e arbitrariedades, na aplicação do direito subjetivo. Aliás, em nome da satisfação do direito subjetivo, ou sob o temor de sua insatisfação, é que o publicismo processual visualiza o processo como um instrumento do Estado-juiz<sup>3</sup>.

Ocorre que o processo também é direito subjetivo, de primeira dimensão, e às partes deve ser garantido um “*debate pautado na autonomia para manejar fatos, fundamentos jurídicos, argumentos, provas e pedidos, sem a interferência do juiz, (...)*”<sup>4</sup>.

Sendo assim, em oposição à doutrina publicista, que entende o processo como instrumento da jurisdição e os direitos fundamentais como princípios objetivos<sup>5</sup>, a *garantística*<sup>6</sup> devolve a sua perspectiva enquanto direito de liberdade e autonomia em face da intervenção estatal.

Face à tendência publicista ou cientificista de *transformar o processo em instrumento de ingerência desmedida do Estado no âmbito dos conflitos levados aos tribunais*<sup>7</sup>, os adeptos aos garantismo processual dogmático defendem a *retomada do devido processo legal desenvolvido no bojo das revoluções liberais, e posto, junto com outros direitos, a serviço do indivíduo*<sup>8</sup>. Para eles, o fundamento desse modo de pensar o processo se encontra na Constituição da República.

É importante a retomada dessas premissas em um contexto de crescimento exponencial das demandas judiciais, em um ambiente de gerencialismo de Estado, com busca de celeridade e resultados, que tem ocasionado uma série de mudanças no Sistema de Justiça.

O termo gerencialismo nos remete ao atingimento de resultados com o mínimo de tempo e de custos. Na década de 1980, com a ascensão do neoliberalismo, os conceitos de eficiência na gestão foram trazidos para o âmbito do Estado e suas atividades.

Essa ideia de eficientismo e governança pública atingiu a população bra-

2 COSTA, idem.

3 ANCHIETA, Natascha. RAATZ, Igor. GARANTISMO E PUBLICISMO PROCESSUAL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/106-garantismo-e-publicismo-processual-na-perspectiva-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 30.09.2021.

4 COSTA, Eduardo José da Fonseca. GARANTIA: DOIS SENTIDOS, DUAS TEORIAS. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/44-garantia-dois-sentidos-duas-teorias>>. Acesso em: 30.09.2021.

5 ANCHIETA, Natascha. RAATZ, Igor. Id.

6 COSTA, Eduardo José da Fonseca. ABDPRO #40 - NOTAS PARA UMA GARANTÍSTICA. 04/07/2018. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica>>. Acesso em: 30.09.2021.

7 ANCHIETA, Natascha. Garantismo Processual e Teoria Unitária do Processo: breves reflexões. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/22-garantismo-processual-e-teoria-unitaria-do-processo-breves-reflexoes>>. Acesso em: 30.09.2021.

8 Id.

sileira no final da década de 1990<sup>9</sup>. A Emenda Constitucional 19/98 deu *status* constitucional ao princípio da eficiência, incluído no *caput* do artigo 37, que trata dos princípios da Administração Pública.

O Poder Judiciário não ficou imune a essas mudanças. Com a EC 45/2004, houve, por exemplo, a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle e que tem objetivo pesquisa e criação de dados sobre a produção da Justiça brasileira.

Eduardo José da Fonseca Costa observa o nascimento de um “*gerencialismo processual*”, no qual “*o processo é trabalhado como “micro-empresa gerenciável pela macro-empresa judiciária”*”<sup>10</sup>.

Haveria espaço para a busca de eficiência no âmbito das atividades de Estado que não admitem discricionariedade, como na prestação jurisdicional?<sup>11</sup> Há quem duvide.

O certo é que esse foi ambiente em que se desenvolveram uma série de mudanças no sistema de justiça, dentre elas, a sua *virtualização*.

O Justiça em Números 2021<sup>12</sup> revela que, no ano de 2020, apenas 3,1% do total de processos novos ingressaram fisicamente, e foram recebidos 21,8 milhões de casos novos eletrônicos. Mas as inovações não param nesse aspecto.

Muito mais do que simplesmente digitalizar os processos, o Sistema de Justiça faz o uso da inteligência artificial e realiza audiências e sessões por meio de uma plataforma digital.

Esse entrelaçamento entre direito e tecnologia pode impactar a prestação jurisdicional de maneira profunda, provocando mudanças que vão desde a configuração dos institutos processuais até o dimensionamento de uma nova cultura jurídica. Mas é necessário que essa construção se dê de forma democrática, com o respeito aos direitos e as garantias constitucionais processuais.

## **O método de julgamento virtual: da exceção à regra**

Em meados de março de 2020, com as portas fechadas por conta da pandemia causada pela COVID-19, o pleno do Supremo Tribunal Federal editou a Emenda Regimental n° 53/2020, que ampliou as hipóteses de julgamento em ambiente eletrônico (plenário virtual) para todos os processos de sua competência por tempo indeterminado.

Logo depois, em 26 de março de 2020, em sessão administrativa, foi aprovada a Resolução n° 672/2020, que prevê a realização das sessões do Ple-

9 Aula da professora. Como citar?

10 DELFINO, Lúcio. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Persiste a situação de desdém legislativo dos assessores judiciais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-12/persiste-situacao-desdem-legislativo-assessores-judiciais>>. Acesso em: 30.09.2021.

11 Aula.

12 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>

nário e das Turmas por videoconferência, assim como a participação virtual dos Ministros nas sessões presenciais.

Desde então, há duas espécies de julgamentos não-presenciais no Supremo: o plenário virtual e a videoconferência.

O julgamento por videoconferência é síncrono, uma vez que é realizado por meio de uma plataforma de reuniões, na qual participam todos os ministros e os eventuais interessados. Essa plataforma mantém, de certo modo, a dinâmica e a transparência próprias da sessão de julgamento realizada fisicamente. Embora não presencial, a videoconferência, por ter uma dinâmica mais parecida com a dinâmica adotada nos julgamentos presenciais, tem sido pouco problematizada pelos estudiosos do direito. Não obstante, ela não tem sido muito utilizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Diferente da videoconferência, o julgamento no plenário virtual é assíncrono e opaco. Cuida-se, em apertada síntese, de uma plataforma de julgamento digital, na qual os votos são eletrônicos. Nesse julgamento, os ministros não estão simultaneamente presentes, de modo que não presenciam a sustentação oral, nem o voto dos demais ministros no momento em que são realizados. Dessa forma, há menor interação entre os julgadores. O julgamento é iniciado a partir da inclusão de um processo em lista, com a respectiva abertura da pauta virtual para que cada ministro inclua seu voto por escrito. O relator lança no sistema a ementa, o relatório e o voto. Inicialmente, apenas a parte dispositiva do voto era pública. Recentemente, o sistema foi atualizado para permitir que o relatório e os votos dos ministros sejam disponibilizados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal durante a sessão de julgamento<sup>13</sup>.

É importante ressaltar que o uso do plenário virtual pela nossa Corte Suprema não é algo inusitado, ou seja, não surgiu durante a pandemia. O plenário virtual existe desde 2007<sup>14</sup>. Inicialmente, a plataforma era restrita à aferição da repercussão geral nos recursos extraordinários<sup>15</sup>, mas, com o avançar dos anos, teve seu uso ampliado e a sua dinâmica sofisticada.

Em 2010, por conta do teor da Emenda Regimental n° 42, o julgamento de mérito de questões constitucionais com repercussão geral também passou a ser realizado por meio eletrônico, desde que os ministros entendessem que se tratava de caso de reafirmação de jurisprudência dominante do próprio Tribunal (Rocha e Vaughn, 2020:133). Posteriormente, a possibilidade foi ampliada aos agravos internos e aos embargos de declaração<sup>16</sup>. A sofisticação,

13 Alteração estabelecida pela Resolução 675, assinada em 22 de abril de 2020, para atualizar a Resolução 642, que disciplina a realização de julgamentos em ambiente virtual.

14 O julgamento virtual foi introduzido pela Emenda Regimental n° 27, de 30.04.2007.

15 De maneira geral, pode-se afirmar que a repercussão geral é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. São necessários, pelo menos, oito votos para inadmitir um recurso extraordinário por ausência de repercussão geral (ou seja, dois terços da composição total do Supremo Tribunal Federal, com 11 ministros). Se esse número não for alcançado, o recurso extraordinário será admitido e julgado pela Corte.

16 A ampliação se deu em 29 de julho de 2016 por meio da Resolução n° 587.

tanto do uso como da dinâmica de julgamento, veio mais adiante, em 2019, por meio da Resolução nº 642.

A partir da Resolução nº 642 a possibilidade de julgamento foi bastante ampliada. Tornou-se possível ao ministro relator, a seu critério e respeitadas as competências das Turmas e do Plenário, submeter ao julgamento em lista pelo plenário virtual, além dos agravos internos e embargos de declaração, que já eram previstos pela Resolução nº 587, os seguintes recursos: (i) agravos regimentais; (ii) medidas cautelares em ação de controle concentrado de constitucionalidade; (iii) *referendum* de medidas cautelares e de tutelas provisórias; (iv) recursos extraordinários e agravos, inclusive com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal; e (v) demais classes processuais cuja matéria sob discussão tenha jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup>.

Essa mudança, como bem pontuou Cristine Peter (2020), já demonstrava, antes mesmo da pandemia, o quanto o Supremo Tribunal Federal, como instituição, estava disposto a utilizar a plataforma virtual assíncrona como método de julgamento.

Como já fora mencionado, em 18 de março de 2020, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por meio da Emenda Regimental nº 53, foi novamente alterado para permitir que todos os processos de competência do Tribunal, a critério do relator ou do ministro vistor com concordância do relator, sejam submetidos em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico.

A emenda regimental também permite que, nas sessões presenciais, advogados e procuradores realizem sustentação oral por videoconferência com transmissão em telões instalados no Plenário e nas Turmas<sup>18</sup>.

Durante a pandemia, as regras relacionadas ao plenário virtual foram novamente atualizadas pela Resolução nº 675, aprovada em 22 de abril de 2020. Visando conferir maior publicidade aos julgamentos virtuais, a resolução passou a permitir que o relatório e os votos dos ministros sejam disponi-

17 §1º, Art.1º, da Resolução 642 do STF: Art. 1º O ministro relator poderá submeter a julgamento listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico. § 1º A critério do relator, poderão ser submetidos a julgamento em ambiente eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário, os seguintes processos: I – agravos internos, agravos regimentais e embargos de declaração; II – medidas cautelares em ações de controle concentrado; III - referendum de medidas cautelares e de tutelas provisórias; IV - recursos extraordinários e agravos, inclusive com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF; V – demais classes processuais cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF.

18 Art. 2º Acrescente-se o § 5º ao art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 131 .....

§5º Os advogados e procuradores que desejarem realizar sustentação oral por videoconferência, nas sessões presenciais de julgamento do Plenário e das Turmas, deverão inscrever-se, utilizando o formulário eletrônico disponibilizado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal até 48 horas antes do dia da sessão.” (NR)

bilizados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal durante a sessão de julgamento virtual. A Resolução nº 675 permite ainda que os representantes das partes possam realizar, durante a sessão de julgamento, esclarecimentos sobre a matéria de fato, por meio do sistema de peticionamento eletrônico do Supremo Tribunal Federal, que serão automaticamente disponibilizados no sistema de votação dos ministros.

É importante ressaltar que o pedido de esclarecimento sobre a matéria de fato consiste no uso da palavra pelo advogado, que pode interromper o julgamento, em qualquer momento, para esclarecer os fatos ou eventual dúvida surgida durante a sessão (Didier Jr e Cunha, 2020:90).<sup>19</sup>

Em 01 de julho de 2020, a Resolução nº 642 sofreu novas modificações. A Resolução nº 690 passou a dispor que a falta de manifestação dos ministros nos julgamentos virtuais seja computada como abstenção e não como acompanhamento do voto do relator<sup>20</sup>. De acordo com a mencionada resolução, os julgamentos deverão ser suspensos quando não houver quórum de votação ou quando houver empate. O processo então deverá ser incluído na sessão virtual imediatamente subsequente para colher os votos dos ministros ausentes.

Com a ampliação irrestrita do uso do plenário virtual por conta da pandemia causada pela Covid-19, pensou-se inicialmente que a plataforma seria destinada ao julgamento de casos jurídicos considerados “fáceis”, repetidos, não-inéditos, ao passo que a videoconferência resolveria os casos mais “difíceis”, inusitados, de grande repercussão. Não foi isso o que aconteceu.

Os casos que têm tomado as tardes brasileiras de quarta e de quintas-feiras, - dias em que a TV Justiça transmite ao vivo os julgamentos por videoconferência realizados pelo Supremo, - são casos que não demandam grandes debates ou que não comportam polêmicas jurídicas. Enfim, são casos que, na nossa visão, não expõem negativamente o Supremo.

Recentemente, por exemplo, a Corte se valeu de uma tarde inteira para julgar uma lei do Estado do Rio de Janeiro que limita as ligações de *telemarketing*. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5962)<sup>21</sup>. Também foram alvo de

19 Nessa direção é o disposto no art. 7º, X, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil: “Art.7º São direitos do advogado: (...) X- usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas”.

20 “Resolução 690, Art. 2º (...) (...) § 3º O ministro que não se pronunciar no prazo previsto no § 1º terá sua não participação registrada na ata do julgamento. § 4º Não alcançado o quórum de votação previsto nos arts. 143, caput e parágrafo único, e 147 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ou havendo empate na votação, o julgamento será suspenso e incluído na sessão virtual imediatamente subsequente, a fim de que sejam colhidos os votos dos ministros ausentes. § 5º O disposto no § 4º aplica-se à hipótese prevista no art. 173, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º No julgamento de habeas corpus ou de recurso de habeas corpus, proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais 2 favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

21 Disponível em <conjur.com.br/2021-fev-25/stf-valida-lei-proibe-telemarketing-quem-

juízo por videoconferência, o Inquérito nº 4.781, que confirmou a prisão do deputado Daniel Silveira<sup>22</sup>; e o Recurso Extraordinário nº 1.010.606<sup>23</sup>, por meio do qual foi decidido que não existe direito de esquecimento na área cível, tema de amplo interesse da mídia.

De outro lado, casos considerados sensíveis que deveriam ter sido amplamente debatidos pela sociedade, foram julgados por meio do plenário virtual e tiveram a publicidade bastante reduzida, como por exemplo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779<sup>24</sup>, que questionava a constitucionalidade da tese jurídica da “legítima defesa da honra”, em caso de feminicídio; a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 5.581 que, dentre outros tópicos relacionados, discutia a possibilidade de realização do aborto em caso de gestante infectada pelo zika vírus; a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 635 que questionava a política de segurança pública adotada pelo governo do Estado do Rio de Janeiro; as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5537, 5580 e 6038 e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 461, 465 e 600, que proibiam a possibilidade do ensino de gênero e de sexualidade nas escolas públicas do Estado de Alagoas.

Esse dado é bastante intrigante. O Supremo Tribunal Federal tem se valido do plenário virtual (mais opaco e assíncrono, e, assim, mais problemático que o uso da videoconferência) como método preferencial de julgamento não presencial, independente da natureza da ação, se inédita ou não; se sensível ou não. A seguir, no próximo tópico, será visto por que isso tem ocorrido.

## **O dilema do plenário virtual frente ao devido processo legal**

De acordo com o VIII Relatório Supremo em Números, pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, Direito- Rio, entre 1988 a 2018, apenas 1% dos processos submetidos ao Supremo foram julgados de forma presencial e com o debate real entre os julgadores. O restante foi julgado em plenário virtual ou por meio de inclusão de listas de processos. Esses dados evidenciam a predominância do plenário virtual como método de julgamento da Corte antes mesmo de sua ampliação irrestrita em 2020. Diante desse contexto, considerando os fins propostos no presente artigo, é preciso pensar quais seriam os efeitos colaterais da utilização dessa metodologia em relação ao devido processo legal.

Presente no art.5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o devido proces-

---

nao-receber>. Último acesso em 02 maio de 2021.

22 Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/340447/stf-decide-hoje-se-mantem-prisao-do-deputado-daniel-silveira>>. Último acesso em 02 de maio de 2021.

23 Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460320&ori=1>>. Último acesso em 02 de maio de 2021.

24 Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/13/stf-proibe-por-unanimidade-uso-do-argumento-da-legitima-defesa-da-honra-por-reus-por-feminicidio.ghtml>>. Último acesso em 02 de maio de 2021.

so legal pode ser considerado o coração da democracia brasileira, pois contém, entre outras, a promessa de uma sociedade livre e igualitária.

Basicamente, o devido processo legal significa que todos são livres e iguais perante a lei, e, assim, ninguém poderá perder seus bens e direitos sem o devido processo. Por mais simples que essa afirmação possa parecer, é uma ideia revolucionária: significa que os cidadãos brasileiros, livres e com igual proteção perante a lei, tem no processo a garantia de que não perderão os seus bens arbitrariamente.

Nessa direção, o devido processo legal não é um instrumento da jurisdição, mas uma garantia do jurisdicionado (Costa, 2021:137). Assim, sob essa perspectiva, indaga-se: os julgamentos não-presenciais, em especial, o realizado pelo plenário virtual, estão de acordo com o devido processo legal?

Depreende-se do exame dos artigos da Constituição que disciplinam a organização do poder judiciário brasileiro, que, ao abordar o tema, o constituinte previu um sistema bastante hierarquizado. O Supremo se encontra no topo dessa hierarquia, em seguida estão os Tribunais Superiores, os Tribunais Regionais Federais e do Trabalho e os Tribunais de Justiça e os Militares. Na base da pirâmide estão os juízes singulares.

De acordo com essa organização, os Tribunais brasileiros, sem exceção, são órgãos colegiados de revisão. Assim, num primeiro momento, as decisões dos tribunais são decisões colegiadas, pois é necessário um “colégio” para reformar a decisão proferida por um juízo singular. Daí o significado de acórdão<sup>25</sup> e a previsão de cabimento do agravo interno para garantir a manifestação do corpo de julgadores depois das decisões monocráticas dos relatores<sup>26</sup>.

Tem mais. O fundamento da colegialidade, buscado na *collegialità* italiana, não remonta necessariamente à ideia de corrigir equívocos do julgador de primeira instância porque a pluralidade produziria uma hierarquia ou porque diminuiria o grau de falibilidade próprio do ser humano, mas à ideia de oralidade, ou seja, da possibilidade de discussão oral sobre o mérito da causa, seguida pela deliberação. (Santos, 2017)

Apesar de a discussão oral do mérito, no Brasil, ser mitigada (*idem*), estão inseridas na sua dinâmica: as sustentações orais, os esclarecimentos de fato, as interpelações de um magistrado a outro, os debates entre os membros do colegiado e participação do membro do ministério público nesses debates. A participação das partes, nesse aspecto, é de extrema importância porque permite, inclusive, chamar a atenção para determinados pontos, quando há a percepção de que o relator exerce influência sobre o corpo de julgadores (*ibidem*). Assim, não é demais concluir que a decisão colegiada é fruto do debate

25 “Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”. (CPC/2015)

26 “(...) apesar da inequívoca ampliação dos poderes concedidos ao relator pelo artigo 932 do novo Código de Processo Civil, todas as suas decisões se submetem ao controle do órgão natural, que tem competência para o julgamento do recurso, em perfeita sintonia com o aludido princípio da colegialidade.” Cruz e Tucci, José Rogério, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-06/paradoxo-corte-ojulgamento-agravo-interno-principio-colegialidade>>. Acesso em: 18.11.2020.

oral.

Ocorre que, na dinâmica do plenário virtual, o julgamento é inaugurado pelo voto de relator e segue direto para a fase de deliberação, ou votação, na qual os julgadores apresentam seus votos escritos ou aderem ao voto do relator. Não há debates orais. Logo, não é possível que os advogados, através das respectivas sustentações orais gravadas, influenciem o voto do relator, simplesmente porque ele já foi produzido e é praticamente impossível que o relator volte atrás por conta do teor de uma gravação.

Registra-se ainda que, de acordo com o art. 97 da Constituição, é preciso o voto da maioria absoluta dos membros dos respectivos órgãos especiais dos Tribunais para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Essa exigência é conhecida como a “cláusula de reserva de plenário”, que tradicionalmente, exige o consenso para a declaração de inconstitucionalidade, que por sua vez pressupõe a realização de debates, discussões, e não de um simples somatório de votos, como ocorre quando a ação é submetida a julgamento pelo plenário virtual.

Não é só. Como consectário direto do devido processo legal, o direito fundamental ao contraditório também tem sido bastante maltratado pelos supremos julgamentos virtuais.

De acordo com o art.5º, LV, da Constituição, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Assim, é possível afirmar que a Constituição não garante apenas a possibilidade de manifestação das partes, mas o efetivo diálogo entre elas e entre elas e os julgadores. Nessa direção, para que a garantia se concretize é necessário que as partes tenham participado do processo de formação da decisão.

É possível afirmar ainda que os julgamentos virtuais realizados pelo plenário virtual também estão em desacordo com as garantias do contraditório e da ampla defesa, pois a despeito de preverem a possibilidade do envio de sustentações orais gravadas e da petição de esclarecimento de fato, não há nada que garanta que elas foram vistas ou lidas pelos julgadores.

Ademais, a sistemática de julgamento pelo plenário virtual concentra muito poder nas mãos do ministro-relator. É dele a decisão de submeter o caso ao plenário, independente da vontade das partes e da natureza da ação. Ele também decidirá quando o caso será julgado e se ele será divulgado na pauta de julgamentos previamente ou não. Por fim, é o ministro relator quem profere o voto condutor, normalmente, seguido pelos demais<sup>27</sup>. Nesse contexto, as partes até podem pedir que a ação seja retirada do plenário virtual (pedido de destaque), mas a decisão será sempre do julgador.

No julgamento da ADPF nº 779, por exemplo, em 04.03.2021, a Associação das Defensoras e Defensores Públicos do Distrito Federal – ADEP-

27 Não obstante, é importante deixar claro que, uma vez submetido ao plenário, qualquer ministro pode pedir “destaque” no julgamento. Esse pedido retira a causa do plenário virtual e a submete ao julgamento pelo plenário físico.

DF pediu para que ação não fosse submetida ao plenário virtual<sup>28</sup>. No entanto, o pedido sequer fora apreciado, segundo registros do andamento processual no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Interessante observar que o trâmite do processo no “Juízo 100% Digital”, conforme dispõe o art.3º, da Resolução nº 345 do CNJ, de 09.10.2020, prevê a adesão voluntária das partes no momento da propositura da ação, com a possibilidade de retratação. A Resolução prevê ainda que as audiências e sessões no “Juízo 100% Digital” ocorrerão exclusivamente por videoconferência (art. 5º)<sup>29</sup>, excluindo, dessa forma, a possibilidade de julgamento pelo plenário virtual.

## Conclusão

Os julgamentos por videoconferência, pensados como solução temporária para o fechamento dos Tribunais durante o período de pandemia, trouxeram benesses relacionadas ao amplo acesso dos diversos atores processuais à dinâmica de julgamento, posto que puderam participar das sessões de onde quer que estivessem, bem como o amplo acesso do público em geral às discussões que permeiam os julgamentos colegiados, garantindo, assim, publicidade e transparência às decisões do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

O entrave ao acesso à justiça, nesses casos, fica por conta da exclusão digital, que ainda é uma realidade em nosso País para diversos cidadãos que não têm amplo acesso a recursos de informática e tecnologia.

Por outro lado, em relação aos julgamentos virtuais, método de julgamento preexistente no âmbito do Supremo e que consiste em uma plataforma de julgamento digital, na qual os votos eletrônicos são postados de forma assíncrona e desconectada, sem prévio debate oral, é possível enxergar problemas bem maiores relacionados às garantias constitucionais do processo.

O primeiro problema encontrado é a violação à regra da colegialidade, que, por proporcionar o debate oral acerca do mérito da questão posta em juízo, facilita a garantia de publicidade e contraditório durante o julgamento.

Acredita-se que a supressão da oralidade nos julgamentos virtuais pode gerar precedentes sem fundamentação clara, diante de votos e argumentos desconectados e que não são fruto de prévio debate. Não é só: há incerteza de que os julgadores assistem às sustentações orais enviadas ou leem os esclarecimentos de fato, postados no ambiente eletrônico.

Em nome do princípio da celeridade processual, benesse trazida pelo método de julgamento virtual, não se pode comprometer os princípios e ga-

28 Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6081690>> Consultado em 07 out de 2021.

29 Art. 5º As audiências e sessões no “Juízo 100% Digital” ocorrerão exclusivamente por videoconferência. Parágrafo único. As partes poderão requerer ao juízo a participação na audiência por videoconferência em sala disponibilizada pelo Poder Judiciário.

rantias processuais, sob pena de ocasionar o comprometimento da qualidade das decisões judiciais.

Assim, tem-se que a virtualização da justiça, por si só, não pode ser considerada um problema. Ao contrário, tem-se mostrado uma alternativa satisfatória e econômica para a prestação da Justiça nesse período de crise. Mas é preciso atentar para os termos nos quais essa virtualização está sendo realizada. Enfim, é preciso olhar com atenção para o processo de virtualização, não para rejeitá-lo, mas para adaptá-lo às regras constitucionais e à realidade brasileira.

## Referências

\_\_\_\_\_. Júlio Cesar e Evie Nogueira. *ABDPRO # 129. As recentes mudanças nos julgamentos virtuais perante o STF não podem restringir direitos*. Artigo. Coluna Garantismo Processual. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-129-as-recentes-mudancas-nos-julgamentos-virtuais-perante-o-stf-nao-podem-restringir-direitos> Acesso em 24.08.2020.

BASTOS, Ana Carolina Andrada Arrais Caputo. *As inconstitucionalidades dos julgamentos virtuais no STF. Antes, durante e depois da pandemia*. Opinião e Análise. Publicado em 12.07.2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-inconstitucionalidades-dos-julgamentos-virtuais-no-stf-12072020>. Acesso em 25.08.2020.

BECKER e FEIGELSON, Daniel e Bruno. Acesso à justiça para além de Cappelletti e Garth: a resolução de disputas na era digital e o papel dos métodos online de resolução de conflitos (ODR) na mitigação da crise de justiça no Brasil. **Direito, processo e tecnologia**. Coord. Erick Navarro Wolkart, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 fls.205-220.

BECKER e FERRARI, Isabela e Daniel. Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório. **Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual**. Coord. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, fls. 199-226.

CABRAL, Antônio do Passo. Processo e Tecnologia: novas tendências. **Direito, processo e tecnologia**. Coord. Erick Navarro Wolkart, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 fls.83-110.

CAMARINHA, ESPERATO, MARTINS, Sylvia Moreira, Vivian, Thiago. *Visual Law: a nova forma de transmissão da informação no mundo jurídico*. Regulação e Novas Tecnologias. Jota. Artigo publica em 21.12.2019. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/visual-law-a-nova-forma-de-transmissao-da-informacao-no-mundo-juridico-21122019>. Acesso em 25.08.2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução Sergio Arenhart, Gustavo Osná.

São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **O julgamento do agravo interno e o princípio da colegialidade**. 6 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-06/paradoxo-corte-ojulgamento-agravo-interno-principio-colegialidade>>. Acesso em: 18.11.2020.

DIDIER JR e CUNHA, Fredie e Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FERRARI, Isabela. **Justiça Digital**. Instituto New Law e Isabela Ferrari, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERRAZ, Diogo. STF, **Julgamentos virtuais e a Matrix – parte 1**. Opinião e Análise. Artigo publicado em 03.07.2020, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-julgamentos-virtuais-e-a-matrix-parte-i-03072020>. Acesso em 25.08.2020.

LEITE, Rafael. Tecnologia e corte: Panorama brasileiro I. **Justiça Digital**. Instituto New Law e Isabela Ferrari, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO NETO, João Pereira. Mediação virtual e produção da prova oral por videoconferência. **Direito, processo e tecnologia**. Coord. Erick Navarro Wolkart, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. fs.420-437.

NUNES e DUARTE, Dierle e Fernanda Amaral. Jurimetria, Tecnologia e Direito Processual. **Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual**. Coord. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, fs.381-422.

NUNES e RODRIGUES, Dierle e Larissa Holanda Andrade. O contraditório e sua implementação pelo design: design thinking, legal design e visual law como abordagens de implementação efetiva de influência. **Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual**. Coord. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, fs. 227-260.

NUNES, Dierle. Virada Tecnológica no Direito Processual (Da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? **Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual**. Coord. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, fs. 15-40.

PETER, Christine. **Supremo Tribunal Virtual aproxima presente do Futuro**. Opinião. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-04/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-virtual-aproxima-presente-futuro>. Acesso em 21.08.2020.

ROCHA e VAUGHN, Caio Cesar e Gustavo Favero. Panorama geral sobre o julga-

mento virtual no STF, no STJ, no CNJ e no TST. **Direito, processo e tecnologia.** Coord. Erick Navarro Wolkart, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. fls. 127-145.

ROSA e GUASQUE, Alexandre de Moraes da e Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. **Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual.** Coord. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, fls. 65-82.

ROSSI e MALAFAIA, Júlio Cesar e Evie Nogueira. **#29 Julgamentos virtuais: de como a excepcionalidade tornou-se regra e essa ganhou viés arbitrário.** Artigo. Coluna Garantismo Processual. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/29-julgamentos-virtuais-de-como-a-excepcionalidade-tornou-se-regra-e-essa-ganhou-vies-arbitrario>. Acesso em 24.08.2020.

SANTOS, Carlos Vitor Nascimento dos. **A Colegialidade nos Tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio.** JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 1 (2017) 476 Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, 1, 2017.

SEIFERT (2020). Priscila. **A justiça no banco dos réus: uma análise da relação entre imprensa e judiciário através da cobertura jornalística do caso “mensalão”.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SILVA, ALMEIDA e FONSECA NETO, Larissa Clare Pochmann da, Marcelo Pereira de e Ubirajara da. **ABDPRO #142-A pandemia do COVID-19 e os julgamentos por videoconferência: a realidade brasileira e a galinha do vizinho.** Coluna ABDPRO. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-142-a-pandemia-do-covid-19-e-os-julgamentos-por-videoconferencia-a-realidade-brasileira-e-a-galinha-do-vizinho>. Acesso em 26.08.2020.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil** / Michele Taruffo, tr. Lorenzo Córdova Vianello. - México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: Ensaios.** Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero – São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. **Princípio da Colegialidade: fundamento constitucional e necessidade de sua observância nos processos judiciais e administrativos. Legitimidade/ilegitimidade de exceções.** Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, v.8, n°8 (2011), Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20390/15098>. Acesso em 15.11.2020.

WOLKART, Erick Navarro (2019). **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

YARSHELL e GOMES, Flávio Luiz e Adriano Camargo. Internet e Limites da Jurisdição: uma Breve Análise à Luz do Direito Processual Civil. **Direito, processo e tecnologia.** Coord. Erick Navarro Wolkart, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, fls.19-58.

# A AURORA PARITÁRIA CHILENA E A ASCENSÃO DE ALGORITMOS QUE NÃO NOS VEEM<sup>1</sup>

**Luana Mathias Souto**

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, bolsista PROEX Capes/Taxa. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6961-0187>

## **Resumo:**

Ao mesmo tempo em que se busca avançar por uma verdadeira construção democrática em que as mulheres tenham não apenas no papel, mas também em efetividade o reconhecimento de seus direitos por meio da representação feminina nos espaços de decisão, de outra ponta adentra a vida em sociedade um conjunto de novas tecnologias que simplesmente não enxergam as diferenças, a multiculturalidade e tampouco a prospecção feminina na política. Diante desse cenário, utilizando-se da ocorrência da atual Assembleia Constituinte chilena que se pretende paritária sob a perspectiva de gênero lança-se o debate (distópico) sobre a ascensão de um “poder constituinte” algorítmico, que concebido por meio de *bias* discriminatórios pode tornar inócuo os recentes avanços obtidos em prol da efetiva representação feminina na política, bem como toda a pretensão por igualdade de gênero que a nova Constituição chilena propõe para o cenário latino-americano.

**Palavras-chave:** Direitos políticos; Representação feminina; Era digital; Poder constituinte; Constituinte chilena.

## **Introdução**

Sob a guarda de textos constitucionais, países autodenominados como democráticos afirmam que todos são iguais perante a lei. Entretanto, norma e realidade se desconectam, especialmente, quando avaliada a igualdade de gênero. Salários mais baixos, ausência de apoio estatal à maternidade, acúmulo de funções domésticas e profissionais e baixa representação na política fazem parte da realidade de mulheres pelo mundo todo. Desafios já histórica e culturalmente conhecidos e/ou reconhecidos tornam-se ainda mais sensíveis em um contexto de novas tecnologias construídas com o propósito de perpe-

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

tuação do *status quo*, ainda que avanços significativos em prol da igualdade de gênero tenham sido realizados nas últimas décadas.

Diante desse cenário tem-se, por exemplo, que enquanto a República de Chile avança pela construção de uma Constituição paritária sob a perspectiva de gênero, um novo “poder constituinte” emerge das franjas binárias de códigos, inteligências artificiais, *machine learning* e *bias* (RUEDIGER, 2017; SILVEIRA, 2018; DA EMPOLI, 2019). Visando debater os efeitos de uma nova era tecnológica em colisão aos recentes avanços obtidos em prol da efetiva representação feminina na política, o presente trabalho irá realizar breve apresentação histórico-descritiva dos direitos políticos das mulheres latino-americanas desde o movimento sufragista, as primeiras conquistas eleitorais (IPU, 2020; SOUTO; MORAIS, 2018) até o ápice da boa nova de uma Constituição latino-americana que se pretende paritária.

Utilizando do método analítico-crítico, abordagens sobre os desafios vivenciados pelas mulheres na busca pela efetividade de seus direitos políticos serão entrelaçados à narrativa cronológica que se pretende realizar, incluindo nesse bojo também os efeitos provocados pela era digital.

A partir dessa construção, pretende-se demonstrar que, sob a lente de uma visão distópica de mundo (SOUTO, 2020), apesar dos avanços vivenciados nos últimos anos em prol dos direitos das mulheres e que se corporificam no potencial texto constitucional paritário chileno que está em construção, a ascensão tecnológica já estabelece seu próprio “poder constituinte”, que concebido por meio de *bias* discriminatórios serão capazes de tornar inócua qualquer pretensão paritária que a bem-vinda Constituição chilena busca propor (O’NEIL, 2016; ZOU; SCHIEBINGER, 2018; MELLO, 2020). Por fim, soluções à problemática posta serão teorizadas com a finalidade de enriquecer o debate.

## **Direitos políticos das mulheres: entre (in)efetividades e desigualdades**

O movimento sufragista tem seu início na Europa do século XVIII, mas países como o Brasil apenas experimentaram a concessão de direitos políticos às mulheres no século XX. A divisão social que delegou às mulheres o confinamento à vida privada é o que justifica a condição histórica de desigualdade de gênero no acesso aos espaços públicos.

Atualmente, as mulheres representam apenas 25% dos assentos parlamentares pelo mundo e esse número aumentou de forma gradual desde a IV Conferência Mundial da Mulher realizada em Beijing em 1995, quando a maioria dos países estabeleceram legislações pró-igualdade de gênero na política, como, por exemplo, as políticas de cotas (IPU, 2020). Na América Latina, países como Bolívia, Cuba e México estão nas primeiras cinco posições de países com maior número de mulheres parlamentares (IPU, 2020).

Apesar disso, a região vivencia severa dificuldade em reduzir as desi-

gualdades e (in)efetividades dos direitos políticos das mulheres. No Brasil, as candidaturas *fantasmas* representam o desrespeito às leis de cotas instituídas em 1995 e 1997(SOUTO; MORAIS, 2018; WYLIE; SANTOS; MARCELINO, 2018.). Além disso, o aumento da violência política de gênero por toda a América Latina demonstra a brutalidade pela qual se deseja manter o *status quo*. Oprimidas nos espaços de poder, as mulheres que atuam no campo político sofrem desde redução de incentivos financeiros dos partidos políticos, a ataques verbais, ameaças e até agressões físicas e assassinato.

A imagem de Patricia Arce Guzmán, Prefeita da cidade de Vinto, na Bolívia que, em 2019 “teve o cabelo cortado, foi pintada de rosa e obrigada a andar descalça por vários quarteirões em meios aos gritos de ‘assassina! assassina! [...]’” (FOLHA DE S. PAULO, 2019), é um lembrete de que o ataque à mulher na política é misógino e sexista.

Com a introdução das mídias digitais, essa violência ganhou novo espaço, em que “muitas vezes usam-se sistemas automatizados, os robôs ou bots, ou então pessoas contratadas, os trolls, para forjar maior engajamento em certos conteúdos e dar visibilidade a certo tema, simulando uma popularidade que ele não tem.” (MELLO, 2020). Os antigos ataques político-partidários realizados em panfletos entregues de mão em mão, agora, ao seu turno, adentram aos fóruns públicos de debate existentes nas redes sociais com arranque disseminador muito mais fluido e globalizado, onde o anonimato se torna possível e a impunidade é certa. De *fake news*, a e-mails ofensivos e memes com edições que ridicularizam a figura feminina em ascensão política, as mulheres a cada dia são lembradas que ocupam um lugar onde não deveriam estar.

À luz de todos esses obstáculos, o movimento chileno que em 2019-2020 foi até as ruas e exigiu nova Constituição com a finalidade de romper com o paradigma neoliberal do governo ditatorial de Augusto Pinochet ainda presente no atual texto constitucional vigente, surge para a América Latina como a esperança de uma boa nova. O processo revolucionário que contestou tarifas do transporte público também apresentou pautas sociais importantes e a intervenção “*Un violador en tu camino*”, realizada pelo coletivo *Las Tesis* expôs as violências sexuais sofridas por mulheres que participavam dos protestos no país e tornou-se símbolo da luta feminista contra estatal, evidenciando que o Estado também é um violador (GERALDO, 2019).

A partir disso, torna-se claro o desejo por uma Constituição que não apenas atenda às demandas sociais chilenas, mas que também estabeleça um novo paradigma em que a igualdade de gênero está incluída.

O resultado dos movimentos revolucionários culminou, por fim, no *Acuerdo por la paz, Social y nueva Constitución* assinado pelo Presidente Sebastian Piñera e representantes dos partidos políticos chilenos. Dentre suas diretrizes estabeleceu-se a eleição de 155 membros para a Convenção Constitucional, dos quais 81 mulheres foram eleitas. A nova Constituição chilena será, portanto, a primeira a ser escrita com igualdade de gênero, pretendendo-se assim

romper com a tradição hegemônica opressora (DE MELLO, 2021).

## **Gênero na Era Digital: como *Bias* algoritmos interferem na igualdade de gênero**

Estudo realizado pela FGV/DAPP aponta que as últimas eleições presidenciais ocorridas no Brasil foram marcadas pelo aumento de interações postadas em redes sociais cuja operação é realizada por meio de sistemas automatizados, robôs e combinações binárias, cujo propósito é manipular a opinião pública. “Comumente, por exemplo, eles promovem hashtags que ganham destaque com a massificação de postagens automatizadas de forma a sufocar algum debate espontâneo sobre algum tema.” (RUEDIGER, 2017, p 05).

Forjados a partir de réplicas de um mundo que já existe, algoritmos e IA são construídos pelo perfil do homem branco, heterossexual e elitizado, já que são a maioria a compor a área de tecnologias, alocando para o espaço pseudo-neutro seus valores e formas de ver o mundo (O’NEIL, 2016; FRY, 2018).

Dados compilados por Catherine D’Ignazio e Lauren Klein (2020) indicam que nos EUA mulheres representam apenas 26% dos profissionais das áreas de computação e matemática e deste percentual apenas 12% são latinas e negras. Dentre os profissionais responsáveis pelo setor de Inteligência Artificial do *Facebook* apenas 15% são mulheres, enquanto que no *Google* o número cai para 10%. Ainda que inicialmente, os cursos de informática tenham sido majoritariamente ocupados por mulheres por terem características associadas à função de secretária (SILVEIRA, 2018), no comparado, hoje, a situação tem apenas piorado, já que à medida que a análise de dados se profissionalizou para ciências de dados, as mulheres tem sido pretéritas para que homens possam assumir as posições mais bem qualificadas neste setor (D’IGNAZIO; KLEIN, 2020; SILVEIRA, 2018).

Esse alijamento feminino dos espaços de criação tecnológica faz com que dentre algoritmos, inteligências artificiais e *machine learning* emergjam bias, critérios discriminatórios que inseridos nesses aparatos perpetuam invisibilidades, segregando aqueles que já se encontram “na vida real” apartados dos locais decisórios e a partir disso criam uma nova ordem de direitos e definição de quem sejam seus destinatários (O’NEIL, 2016; FRY, 2018).

O fato de o *Google tradutor* optar por traduzir textos do espanhol para o inglês, indicando sempre o gênero masculino quando há referência a alguma mulher, não é apenas um “erro de sistema”, mas sim, a preferência algorítmica pelo gênero masculino (o mesmo gênero de seus criadores) (ZOU; SCHIEBINGER, 2018). Até mesmo a *Wikipedia*, cuja inserção de informações é “livre e aberta” possui preferências masculinas, quando “menos de 18% das entradas biográficas do site são sobre mulheres. Os artigos sobre mulheres têm links para artigos sobre homens com mais frequência do que o contrário, o que torna os homens mais visíveis para os mecanismos de pes-

quisa<sup>2</sup>.” (ZOU; SCHIEBINGER, 2018, p. 325, tradução nossa).

Apesar do recorte proposto neste trabalho, torna-se importante asseverar que as novas tecnologias não apenas impõem desafios ao reconhecimento da vida feminina, como também de todas as parcelas da sociedade que se encontram fora do perfil branco, heterossexual e elitista. O documentário *Coded Bias*, da Netflix, por exemplo, demonstra como tecnologias de reconhecimento facial não detectam rostos negros, sendo necessária a utilização de uma máscara branca para que a máquina realize a identificação.

Dessa forma, não se pode afirmar que os dados pelos quais essas plataformas são alimentadas sejam neutros, de forma que acreditar que essas máquinas poderiam indicar direções mais justas é não compreender como as relações de poder operam, inclusive nesses “novos” espaços. O pior desse cenário de reproduções binárias de informações e dados reside na constatação de que esses mecanismos além reproduzir *bias* são altamente capazes de induzir comportamentos. O que se vende nesses espaços é a “antecipação do que as pessoas podem querer [...] estão vendendo nossos futuros *eus*. Pior, os processos algorítmicos estão geralmente sendo usados para perpetuar discriminações de gênero e raça, e podem ser manipulados para lucro ou ganhos políticos<sup>3</sup>.” (MAZZUCATO, tradução nossa).

Da Empoli (2019) denomina aqueles que possuem o comando dessas operações indutoras de comportamentos de “engenheiros do caos”, pessoas com habilidades de alterar rumos eleitorais e criar estratégias a “atingir milhões de eleitores indecisos, de **cuja existência os adversários sequer supunham**, e dirigir a eles exatamente as mensagens que precisavam receber, no momento certo” (DA EMPOLI, 2019, grifos nossos).

Tratam-se, portanto, de combinações matemáticas que não enxergam as diferenças, pois foram desenhadas por grupo homogêneo de cientistas, pesquisadores e programadores, cuja diversidade de pensamento, experiências culturais e de gênero não se aplica, ainda mais quando considerado o histórico alijamento das mulheres desses espaços. Infelizmente, tratados como instrumentos neutros de decisão, a partir da perspectiva de que são “apenas” máquinas, os novos aparatos digitais são capazes de elevar as discriminações da vida real ao nível algorítmico, diante do qual há pouco preparo dos instrumentos legislativos em refreá-las.

## **Poder constituinte chileno *versus* poder constituinte algorítmico: tecnofeudalismo**

Jakob Linnaa Jensen (2019) descreve o atual momento de domínio algo-

---

2 “Fewer than 18% of the site’s biographical entries are on women. Articles about women link to articles about men more often than vice versa, which makes men more visible to search engines. They also include more mentions of romantic partners and family.”

3 “Anticipation of what people might want, they already know what we will want, and are selling our future selves. Worse, the algorithmic processes being used often perpetuate gender and racial biases, and can be manipulated for profit or political gain.”

rítmico sobre as vidas humanas como tecnofeudalismo ou neofeudalismo, diagnosticando que a interação entre as grandes empresas de tecnologia e os Estados-nação que utilizam dos aparatos daquelas para controle e vigilância dos cidadãos seria extremamente semelhante ao processo vivenciado no período medieval feudalista.

Segundo a perspectiva adotada pelo autor, os fenômenos sociais provenientes do domínio das tecnologias compartilham da mesma lógica de controle, vigilância e poder a viger no passado e que inclusive, sob essa perspectiva, os Estados e as grandes empresas competem e cooperam no modelo atual da mesma forma que Estados e Igreja faziam na Idade Média (JENSEN, 2019).

Na Idade Média, apenas as classes privilegiadas sabiam ler e escrever e, portanto, eram capazes de controlar as informações e exercer o poder. Hoje, os governos lutam pelo mesmo tipo de controle por meio da censura no Irã e pontuação social na China. As democracias ocidentais estão se movendo na mesma direção que os Big Data são usados para prever crimes e monitorar os cidadãos, como por exemplo no Reino Unido (Hintz, Dencik & Wahl-Jørgensen (2018). Ao mesmo tempo, os “cinco grandes”, Microsoft, Apple, Google, Facebook e Amazon se empenham em estabelecer silos informacionais, mantendo os usuários em seu próprio ambiente de informação<sup>4</sup> (JENSEN, 2019, tradução nossa).

Assim, as mesmas relações de poder e submissão vigentes na Idade das Trevas teriam se adaptado à Era digital. Com certa licença teórica em face dos estudos de Jakob Linnaa Jensen (2019), poder-se-á ir além e concluir, considerando os diversos *bias* presentes no desenvolvimento das novas tecnologias e também sob a lente de uma visão distópica de mundo (SOUTO, 2020), que apesar dos avanços vivenciados nos últimos anos em prol dos direitos das mulheres que se corporificam, como no exemplo chileno, em um potencial texto constitucional paritário, a ascensão tecnológica já estaria consolidando as bases de um poder constituinte algorítmico, que não enxerga as diferenças, manipula opiniões e sentimentos, falseia informações, restringe acesso aos espaços de poder, decisão e informação.

Nesse plano de atuação, todos estariam à mercê de alguns poucos senhores feudais com poderes suficientes para construir “novos” direitos e privilégios às classes a que pertencem e de forma que todos os vassalos sequer saberiam ou perceberiam suas condições de submissão e violação de direitos, já que toda a realidade posta torna-se um constructo de vontades, sentimen-

4 “In Middle Ages only the privileged classes could read and write and thereby were able to control information and exercise power. Today, governments battle for the same kind of control through censorship in Iran and social scoring in China. Western democracies are moving along the same road as big data are used for crime prediction and monitoring the citizens, as for instance in United Kingdom (Hintz, Dencik & Wahl-Jørgensen (2018). At the same time, the “big five”, Microsoft, Apple, Google, Facebook and Amazon, strive for establishing informational silos, keeping the users within their own information environment.”

tos, ideias, opiniões e percepções moldadas e manipuladas por algoritmos.

Dentro desse cenário, discussões tais como as empreendidas na Assembleia Constituinte Chilena em prol da concessão “de indulto aos detidos no âmbito das revoltas sociais de outubro de 2019 e aos ‘presos políticos mapuche’ desde 2001, presos no contexto do conflito por terras na região da Araucanía” (MONTES, 2021) ou, ainda, pautas como desprivatização dos recursos naturais, práticas de exploração mineral e reconhecimento dos direitos dos povos originários (DE MELLO, 2021) teriam seu prazo de validade próximo de expirar se os donos do poder decidirem por meio de manobras algorítmicas tornar o debate à luz da Constituição informal inócuo. Pois, enquanto pleiteia a líder mapuche Elisa Loncón, que preside a Assembleia Constituinte a tipificação da conduta “negacionismo a abusos de direitos humanos” (COLOMBO, 2021), já há entraves às suas pretensões pelas críticas que recebe sobre quem considera seu projeto como cerceador da liberdade de expressão.

E é importante lembrar que o ambiente virtual se retroalimenta de opiniões e dança sem medo nos limites daquilo que é considerado mera liberdade de expressão e daquilo que é crime. Nesse momento, as lições de Jakob Linna Jensen (2019) voltam à análise, pois ele elenca três ferramentas a nível micro do poder neo-medieval, que se assemelham a estratégias do passado:

**a) Desinformação:** disseminada sistematicamente e usada para manipular o susto ou o controle, semelhante à superstição e às reivindicações religiosas da Idade Média, com o objetivo de assegurar e fortalecer a ordem social existente;

**b) Pelourinhos virtuais:** nas cidades medievais, era o local destinado à vergonha e ao controle social. Onde você ninguém gostaria de estar. As redes sociais são os pelourinhos modernos, onde as pessoas são julgadas pelo “tribunal das redes sociais”. As consequências são reais: as empresas vivem e morrem com base nas avaliações da opinião pública e, pior ainda, adolescentes cometem suicídio em decorrência de *bullying* sofridos na esfera online;

**c) Vigilância participativa:** é a vigilância mútua, que se institucionaliza com o tempo por meio de uma disciplina (moral ou não) que modela os comportamentos. Na era digital, ela é potencializada por meio das redes sociais (JENSEN, 2019).

Por óbvio, dentro desse espectro de relações sociais, a tipificação de uma conduta de “negacionismo a abusos de direitos humanos”, em que se tipifica “toda ação ou omissão que justifique, minimize ou negue as atrocidades e o genocídio cultural de que foram vítimas os povos originários e o afrodescendente, durante a colonização europeia e a partir da constituição do Estado do Chile.” (COLOMBO, 2021) não seria algo a ser aceito facilmente no novo texto constitucional.

## Conclusão

Ciente da emergência de um poder constituinte algorítmico, este trabalho pretendeu lançar alerta aos diversos perigos para os direitos e garantias fundamentais, especialmente, das mulheres, mas também de todos os grupos sociais vulnerabilizados que as novas tecnologias estão a trazer e manter na vida em sociedade.

A partir disso, acredita-se que, utilizando-se do exemplo da Constituinte Chilena que está em andamento e em vias construir um texto constitucional verdadeiramente revolucionário, seria o momento de que temáticas afeitas a ascensão de algorítmicos e dos controles que estes exercem na vida em sociedade tornam-se pautas prioritárias, de forma que novas diretrizes constitucionais pudessem ser construídas com a finalidade de impedir a ascensão do poder constituinte algorítmico, que se escamoteia em todos os passos das vidas modernas e que traz imbricado nele toda uma gama de vieses discriminatórios que ameaçam os direitos e garantias fundamentais.

Por óbvio os debates do momento no fórum constituinte chileno buscam reparar as iniquidades vivenciadas na América Latina há séculos, entretanto, seria tempo de prever dispositivos constitucionais lançados a impedir tais problemas que, infelizmente, não são mais frutos de uma realidade que ainda está por vir.

Assim, o legado chileno não apenas criaria um novo paradigma para a América Latina como também inverteria as lógicas de poder até então vigentes e que se pretendem perdurar através dos trabalhos dos denominados “engenheiros do caos”.

## Referências

COLOMBO, Sylvia. Constituinte do Chile chega a poucos acordos após cem dias. **Folha de São Paulo**, 11 out. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/10/constituente-do-chile-chega-a-poucos-acordos-apos-cem-dias.shtml>. Acesso em: 05 nov. 2021.

DA EMPOLI, Giuliano. **Os engenheiros do caos**. Tradução Arnaldo Bloch. 1ª ed. São Paulo: Vestígio, 2019. [e-book].

DE MELLO, Michele. Após o plebiscito, como será escrita a nova constituição do Chile? **Brasil de Fato**, 27 out. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/10/27/apos-o-plebiscito-como-sera-escrita-a-nova-constituicao-do-chile>. Acesso em: 04 nov. 2021.

DE MELLO, Michele. Convenção Constitucional do Chile completa um mês com debates sensíveis e oposição. **Brasil de Fato**, 04 ago. 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/08/04/convencao-constitucional-do-chile-completa-um-mes-com-debates-sensiveis-e-oposicao>. Acesso em: 13 out. 2021.

D'IGNAZIO, Catherine; KLEIN, Lauren. Data feminism. **MIT Press**, 2020. Acesso em: <https://data-feminism.mitpress.mit.edu/pub/vi8obxh7/release/4>. Acesso em: 05 ago. 2021.

FOLHA DE S. PAULO. Opositores de Evo cortam cabelo e pintam de rosa prefeita na Bolívia. 07 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/11/opositores-de-evo-cortam-cabelo-e-pintam-de-rosa-prefeita-na-bolivia.shtml#erramos>. Acesso em: 28 nov. 2020.

GERALDO, Nathália. “O estuprador é você”: feministas chilenas viralizam com protesto nas ruas. **Universa**, 28 nov. 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/11/28/o-estuprador-e-voce-feministas-chilenas-viralizam-com-protesto-nas-ruas.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

INTER-PARLIAMENTARY UNION (IPU). **Women in parliament: 1995-2020 – 25 years in review**. Disponível em: <https://www.ipu.org/resources/publications/reports/2020-03/women=-in-parliament1995-2020-25--years-in-review#:~:text=The%20overall%20percentage%20of%20women,11.3%20per%20cent%20in%201995.&text=The%20IPU%20has%20tracked%20women's,historical%20trends%2C%20progress%20and%20setbacks>. Acesso em: 19 Jul. 2020.

JENSEN, Jakob Linaa. The return of medieval society-control, surveillance and neo-feudalism in the age of the internet. **AoIR Selected Papers of Internet Research**, 2019. Disponível em: <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/spir/article/view/10986>. Acesso em: 16 nov. 2021.

MAZZUCATO, Mariana. Preventing digital feudalism. **Project Syndicate**, 2019. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/platform-economy-digital-feudalism-by-mariana-mazzucato-2019-10>. Acesso em: 06 out. 2021.

MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio**: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. [recurso eletrônico].

MONTES, Rocío. A primeira semana da Constituinte chilena, marcada por tentativa e erro. **El País**, 13 jul. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-07-13/a-primeira-semana-da-constituente-chilena-marcada-por-tentativa-e-erro.html>. Acesso em: 07 nov. 2021.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction**: how big data increases inequality and threatens democracy. New York: New York Times Book Review, 2016. [e-book].

RUEDIGER, Marco Aurélio. Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia. Rio de Janeiro: FGV/DAPP, 2017. Disponível em <http://dapp.fgv.br/wp-content/uploads/2017/08/Robos-redessociais-politica-fgv-dapp.pdf>. Acesso em 02.04.2021.

SILVEIRA, Evanildo da. Como as mulheres passaram de maioria a raridade nos cursos de informática. **BBC Brasil**, 13 abr. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-43592581>. Acesso em: 04 jan. 2021.

SOUTO, Luana Mathias. Life-narratives and human rights: reflection about women's rights and state of exception. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. Porto Alegre, v. 6, n. 1, 2020, p. 151-175. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/608/pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

SOUTO, Luana Mathias; MORAIS, Clarice Paiva. Feminismos e diversidade: representatividade feminina na política nacional. In: STORINI, Cláudia; SANTIN, Janaína Rigo (Coord.). **Diversidades étnicas e culturais e gênero**. Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 257-276. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/5d6x83my/ie58p7ia/wWX1Mrn4g2DEK13c.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

WYLIE, Kristin; SANTOS, Pedro dos; MARCELINO, Daniel. Extreme non-viable candidates and quota maneuvering in Brazilian legislative elections. **Opinião Pública**, Campinas, v. 25, n. 1, jan-abr, 2019, P. 1-28. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762019000100001](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762019000100001). Acesso em: 04 set. 2020.

ZOU, James; SCHIEBINGER, Londa. AI can be sexist and racist — it's time to make it fair. **Nature**, 559, p. 324-326, 18 jul. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/d41586-018-05707-8>. Acesso em: 24 abr. 2021.

# O CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA PODERÁ SE TORNAR UM ALIADO DOS SETORES PÚBLICOS NO DESENVOLVIMENTO DE SERVIÇOS SOCIAIS?

**Gabrielle Cristina Menezes Ferreira Bonfim**

Mestranda em Constitucionalismo Democrático pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada em Ciências Criminais pela Faculdade Arnaldo Janssen de Belo Horizonte e em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

## **Resumo:**

A implementação dos valores públicos e o bem comum nos projetos tecnológico e socioeconômico das sociedades digitais é um desafio que se apresenta. Nos últimos anos, as grandes empresas de tecnologia como o Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft, denominadas as Cinco Grandes do Vale do Silício, têm preferido ignorar os processos institucionais através dos quais as sociedades são organizadas ao preço de se tornarem as principais plataformas de infraestrutura. Elas atuam como guardiãs de todo o tráfego social online e atividades econômicas, exercendo o poder de definição das regras, o que tem ocasionado o enfraquecimento dos valores públicos da tolerância, democracia e transparência. Está se formando um sistema sem limites e fronteiras, que se ramificam em todos os setores sociais, criando dependência sistêmica. Mesmo que existam limitações legais à algumas de suas práticas, estas não se mostram aptas a conter o seu poder de expansão já iniciados. Esse sistema não se fortalece com base à ilegalidade, pelo contrário, ele se fortalece sob a influência de um paradigma histórico de pensamento que centrou a eficiência como uma meta e tratou a supremacia do mercado e inovação como bens inquestionáveis, angariando inclusive, o interesse governamental. Diante disso, o presente trabalho tem por objetivo analisar se os setores públicos poderão ceder espaço ao capitalismo de vigilância exercido pelas empresas de plataforma para a execução de funções de órgãos públicos e estatais.

**Palavras-chave:** Capitalismo de vigilância; Proteção de dados; Regulamentação; Tecnologia da informação.

## **I – Introdução**

Há alguns anos podemos compreender melhor a influência que as pla-

taformas tecnológicas exercem sobre a sociedade. Detentoras do fluxo de dados global, elas se insurgem contra procedimentos democráticos e intencionalmente ocupam tarefas de órgãos públicos no gerenciamento de serviços sociais como educação e saúde.

Por isso, uma regulamentação que refreie esse poder de manipulação em massa já começa a ser executado por governos democráticos, como a União Europeia, que possui hoje, o pacote de refreamento às práticas abusivas desses oligopólios tecnológicos mais promissor.

Esse contexto, considerações e conclusões são o objeto central do presente estudo, sistematizado em duas etapas.

Num primeiro momento, serão realizadas considerações acerca do surgimento e fortalecimento das plataformas digitais, abordando aspectos conceituais e históricos, para se chegar ao segundo momento, onde serão analisadas as formas regulamentadoras que vêm sendo desenvolvidas pela União Europeia, no uso de serviços já desenvolvidos pelas plataformas tecnológicas, como a gestão de dados virtuais e sua reutilização para serviços sociais.

A intenção com o pacote de medidas da União Europeia não é desprezar as facilidades advindas da tecnologia, mas utilizá-las de forma consciente e para o bem social. O refreamento das práticas abusivas das Big Techs deve acontecer através de leis e penalidades, caso elas sejam descumpridas. Mas, por que não utilizar sua base de dados para serviços de crivo estatal?

Será abordado ainda, como em outros países a exemplo da Espanha, Holanda e Brasil, vem sendo empregados serviços públicos advindos da utilização dos serviços de tecnologia para implantação de serviços sociais.

Por fim, a relação entre as partes anteriores integra o raciocínio, para demonstrar que é possível que o capitalismo de vigilância se torne um aliado na execução de serviços públicos com as bases legais estabelecidas.

## **II – Surgimento e fortalecimento das plataformas digitais**

No final da década de 1960, surge um movimento revolucionário, no qual os cidadãos comuns começam a usar a tecnologia para produzir e transmitir os próprios programas televisivos em uma tentativa de documentar injustiças e contestar os poderes constituídos. Esse movimento foi iniciado por um grupo de vídeoativistas estadunidenses, inspirados pelas obras de Marshall McLuhan e Buckminster Fuller, que criam, de uma forma que hoje podemos denominar de utópica, que a aldeia global pós-capitalista estava prestes a ser alcançada. Essa utopia nunca se realizou, e o que se vê é a existência de um domínio feudal, nitidamente partilhado entre as empresas de tecnologia e os serviços de inteligência. (MOROZOV, 2018, p. 13-15)

Após essa tentativa fracassada, vimos o surgimento de uma rede mundial de computadores, a internet, que teve suas origens como sistema de apoio a uma eventual reação militar em caso de ataque soviético ao território americano e posteriormente, passou a interessar o mercado comercial e de

negócios, para se chegar ao momento atual, a Era da Informação, difundida e palpável à toda a sociedade global, possibilitando obtenção ágil da informação e de alcance à todas as classes sociais. (JAMIL e NEVES, 2000, p. 44-46)

Esse novo modelo, que inicialmente foi visto com bons olhos, ao proporcionar à sociedade o alcance inesgotável de informações que antes eram restringidas pelas fontes de poder dominante, tornou-a dependente às ingerências das plataformas de informação. O enraizamento da falsa noção de liberdade cegou os usuários para a realidade, qual seja a cessão de dados pessoais em troca do acesso desmonetizado aos canais desenvolvidos. Isso gerou um robustecimento dos bancos de dados dessas empresas, que em troca de renderização financeira os cedeu para empresas de marketing político, incomodando governos e suscitando a preocupação da sociedade em geral, que após os escândalos de 2018 envolvendo o Facebook e a Cambridge Analytica, percebeu que os cliques virtuais significavam algo além de um simples modelo de negócio.

As plataformas que hoje exercem mais influência nesse sistema são: Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft, consideradas as Cinco Grandes. E exercem esse domínio através da criação de algoritmos preditivos cada vez mais avançados, que monitoram os passos virtuais dos usuários e conseguem desenvolver um padrão de comportamento que será utilizado para a formação e manipulação de conteúdo. Além de possuírem um alto padrão de ramificação social. Os setores públicos estão sendo rapidamente desconsiderados por esse conglomerado americano, correndo sério risco de serem transformados em commodities privatizadas na visão de José van Dijck (2019, p. 2).

Assim, as empresas de plataforma inadvertidamente assumem funções vitais de órgãos públicos e estatais, uma vez que se tornam os principais guardiões na circulação dos fluxos de dados educacionais e de saúde, bem como nos ciclos de notícias e informações<sup>1</sup> (JOSÉ VAN DIJCK, 2019, p. 2, tradução nossa). Contudo, esse enraizamento social adveio de uma abertura de mercado viabilizada por uma governabilidade mundial que a via esse modelo como benéfico à economia e aliado do poder, mas pelas mudanças sociais que vem sendo empreendidas nos últimos anos, e a observação de uma usurpação dos serviços de gerencia estatal, percebeu-se que o poder das Big Techs devem ser contidos. Governos, principalmente o norte-americano, pavimentaram o seu crescimento através de leis permissivas e abrangentes, como a Lei de patentes e de contratos, que amparados pelas condições liberais da Primeira Emenda, pavimentou a formação dos grandes oligopólios do Vale do Silício, que hoje dominam o mercado tecnológico, devorando esferas democráticas e a livre competição comercial em todo o mundo.

1 “Platform companies inadvertently take over vital functions from state and public bodies once they become major gatekeepers in the circulation of health and educational data flows as well as in news and information cycles.” (JOSÉ VAN DIJCK, 2019, p. 2, tradução nossa)

O poder de gerência sobre todas as esferas da sociedade – educação, cultura, comércio etc. – conseguido através dos vários nichos de mercado, tornou as empresas tecnológicas poderosas o suficiente para definição de regras sociais, comerciais e de influência governamental. Refrear o gigante se que permitiu crescer através de políticas permissivas de influência na Escola de Chicago, se torna um desafio mundial. José van Dijck (2019, p. 2, tradução nossa), demonstra que dentre os poderes que as Cinco Grandes exercem na sociedade estão os efeitos de rede, que são obtidos por meio do potencial de integração horizontal, vertical e “diagonal” de fluxos de dados, criando bloqueios de usuário e dependência de caminho, além de serem mecanismos não transparentes para usuários e governos, que acabam por gerar problemas com os fluxos de dados que são direcionados entre os setores dos serviços que fornecem<sup>2</sup>. Hoje, qualquer provedor de serviços, e até mesmo os provedores de conteúdo, correm o risco de se tornarem reféns do operador da plataforma, que, ao agregar todas essas atividades periféricas e facilitar a experiência do usuário, passa da periferia para o centro. (MOROZOV, 2018, p. 59). Essas empresas, portanto, promovem o controle sobre os fluxos de dados e governança algorítmica, operando algumas das principais plataformas de infraestrutura e estendendo esses poderes a muitos setores.

Benzo (2020, p. 5), da mesma forma que Morozov, identifica que o modo de operação desse nicho assemelha-se às antigas relações coloniais, envolvendo o poder de influência que as empresas globais possuem ao pautar as políticas governamentais, agendando os seus próprios interesses, apenas para maximizar os lucros corporativos das gigantes tecnológicas em detrimento dos direitos dos cidadãos. Por esses motivos, a regulamentação de suas práticas se tornou a retórica dos governos democráticos do mundo, que tentam hoje conter o poder dessas gigantes através da criação de barreiras legais.

A regulamentação não tem o arcabouço apenas de restringir as práticas abusivas e intromissivas já citadas, mas tem o condão de aproveitar os serviços já criados para fins públicos. Os dados como recurso central na era dos algoritmos, não pode ser suprimido, mas reutilizado limpidamente. Nessa empreitada a União Europeia desponta como um exemplo a ser seguido, ao criar em 2018 a Regulação Geral de Proteção de Dados (GPDR) e, ainda, o projeto de lei de Governança de Dados (2020/0340) aviado em 2020 pelo Parlamento europeu e do Conselho sobre a Governança europeia de dados, que visa promover a disponibilidade de dados para reutilização, aumentando a confiança nos intermediários de dados e reforçando os mecanismos de partilha de dados em toda a UE, que será demonstrado a seguir.

---

2 “Unprecedented network effects across the global online ecosystem are thus gained through the potential of horizontal, vertical, and ‘diagonal’ integration of data flows, creating user lock-ins and path-dependency. The platform mechanisms underpinning the ecosystem are largely opaque and out of sight for users and governments”. (JOSÉ VAN DIJCK, 2019, p. 2, tradução nossa)

### III– Utilização das plataformas tecnológicas para fins governamentais

#### 3.1 *Data Governance Act* – União Europeia

O Parlamento europeu e o Conselho da União Europeia, apresentaram em 25 de novembro de 2020, uma proposta de lei que visa facilitar a partilha voluntária de dados em toda a UE, nomeada de *Data Governance Act*. Esse tratado prevê o estabelecimento de um mercado interno e a instituição de um sistema que garanta que a concorrência no mercado interno não seja falseada. O estabelecimento de regras e práticas comuns nos Estados-Membros relativas ao desenvolvimento de um quadro para a governança dos dados deverá contribuir para a realização desses objetivos. (UNIÃO EUROPEIA, 2020)

No memorando explanatório foi observado tudo o que já se mencionou até o momento, “que nos últimos anos, as tecnologias digitais transformaram a economia e a sociedade, afetando todos os setores de atividade e o quotidiano. Os dados estão no centro desta transformação: a inovação baseada em dados trará enormes benefícios para os cidadãos, por exemplo, através da melhoria da medicina personalizada, da nova mobilidade e da sua contribuição para o Acordo Verde Europeu”. Foi suscitada ainda, a preocupação com a existência de um fluxo livre e seguro de dados dentro da UE e entre outros países no trato internacional, que abrangeria diversos serviços de execução estatal, mas com a utilização dos bancos de dados geridos pelas plataformas tecnológicas. Asseverou-se uma vez mais a necessidade de melhorias nas condições de partilha de dados no mercado interno, criando um quadro harmonizado para o seu intercâmbio.

Como contexto da proposta, foi mencionado a intenção de promover a disponibilidade de dados para utilização, aumentando a confiança nos intermediários de dados e reforçando os mecanismos de partilha em toda a UE, abordando as seguintes situações:

- i) Disponibilizar dados do setor público para reutilização, nas situações em que tais dados estejam sujeitos a direitos de terceiros;
- ii) Compartilhamento de dados entre empresas, mediante remuneração sob qualquer forma;
- iii) Permitir que dados pessoais sejam usados com a ajuda de um ‘intermediário de compartilhamento de dados pessoais’, projetado para ajudar os indivíduos a exercerem seus direitos nos termos do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR);
- iv) Permitir o uso de dados em bases altruístas. (UNIÃO EUROPEIA, 2020)

A intenção com o pacote de medidas não é restringir a disputa de mercado, mas facilitar a fluidez na partilha de dados entre os Estados-Membros da UE, desenvolvendo produtos e serviços com a riqueza e a diversidade que permitam a detecção de padrões de Big Data ou a aprendizagem automática.

“Um mercado único de dados deve garantir que os dados do setor público, das empresas e dos cidadãos possam ser acessados e usados de maneira mais eficaz e responsável possível, enquanto empresas e os cidadãos controlam os dados que geram e os investimentos feitos na sua coleta são protegidas”.

O pacote de medidas não afrontaria direitos fundamentais como observado no resultado de avaliação de impacto realizado, uma vez que a proteção de dados já é observada por alguns elementos do regulamento; aumenta o controle que as pessoas singulares têm sobre os dados que geram; respeitam os direitos de propriedade de certos dados, que são comercialmente confidenciais ou protegidos por direitos de propriedade intelectual; e, exigem dos prestadores de serviços de partilha de dados o cumprimento das regras de proteção de dados aplicáveis.

A proposta conta oito capítulos, sendo: *i*) definição do objeto do regulamento e apresentação das definições utilizadas em todo o instrumento; *ii*) criação de um mecanismo para a reutilização de certas categorias de dados protegidos do setor público, que depende do respeito pelos direitos de terceiros, sem prejuízo da legislação setorial da UE sobre acesso e a reutilização destes dados; *iii*) aborda a questão da confiança no compartilhamento de dados pessoais e não pessoais e redução dos custos de transação vinculados ao compartilhamento de certos dados, criando um regime de notificação para provedores de compartilhamento de dados; *iv*) dispõe sobre a possibilidade de as organizações que praticam altruísmo de dados se registrarem como organizações reconhecidas na UE, para finalidade de aumentar a confiança em suas operações; *v*) estabelece os requisitos para o funcionamento das autoridades competentes designadas para monitorar e implementar o quadro de notificação para prestadores de serviços de partilha de dados e entidades envolvidas no altruísmo de dados, bem como regula o direito à reclamação quanto às decisões desses órgãos e sobre as vias de recurso judicial; *vi*) abaliza a criação de um grupo formal de peritos que facilitará o surgimento de melhores práticas pelas autoridades dos Estados-Membros; e, *vii*) permite que a Comissão adote atos de execução relativos ao formulário de consentimento para o altruísmo de dados europeu. (UNIÃO EUROPEIA, 2020)

Todo o regulamento volta-se para o fortalecimento da posição dos indivíduos no ambiente virtual, ao lhe serem concedidos suporte informativo suficiente a ensejar escolhas responsáveis de consentimento com o uso de seus dados. Isso cria um senso de responsabilidade das “cooperativas de informação”, que sabedoras das sanções que estão sujeitas a receber, lidam com a partilha de dados de forma responsável, de acordo com as condições impostas pelos detentores de dados a nível da União. “Tanto em situações em que o compartilhamento de dados ocorre em um contexto *business-to-business* e quando ocorre em um contexto *business-to-consumer*, os provedores de compartilhamento de dados devem oferecer uma nova forma “europeia” de governança de dados, fornecendo uma separação na economia de dados entre o fornecimento, intermediação e uso de dados”.

Outro fator promissor tentado pelo regulamento é o alcance da neutralidade dos provedores de serviços de compartilhamento de dados trocados entre detentores e usuários. A cessão desses dados não deve ultrapassar os limites negociais estabelecidos. “Isso também exigirá a separação estrutural entre o serviço de compartilhamento de dados e quaisquer outros serviços prestados, de modo a evitar questões de conflito de interesses. Isso significa que o serviço de compartilhamento de dados deve ser prestado por meio de uma pessoa jurídica separada das demais atividades desse provedor de compartilhamento de dados”. E para a segurança dos usuários, esses prestadores devem ter um local de estabelecimento na União ou, obrigatoriamente terem um representante que lá reside.

É necessária a designação de um representante, uma vez que esses prestadores de serviços de partilha de dados tratam tanto dados pessoais como comercialmente confidenciais, o que exige um acompanhamento atento do cumprimento por esses prestadores de serviços das condições estabelecidas no presente regulamento. A fim de determinar se esse provedor de serviços de compartilhamento de dados está oferecendo serviços dentro da União, há que verificar se é evidente que o prestador de serviços de partilha de dados tenciona oferecer serviços a pessoas num ou mais Estados-Membros. (UNIÃO EUROPEIA, 2020)

Outro fator de influi na seguridade que esse pacote pretende implantar é a designação de autoridades competentes que irão monitorar todo o serviço de partilha de dados segundo as disposições do regulamento. Sua escolha deve se pautar em capacidade e experiência em matéria de partilha de dados horizontal ou setorial. Além de manterem-se independentes, transparentes e imparciais na execução de suas funções.

Assim, em 25 de novembro de 2021, o Conselho da União Europeia adotou a proposta de regulamento relativo ao *Data Governance Act* (DGA), que se tornou o primeiro de um conjunto de medidas anunciado pela Comissão na Estratégia Europeia de Dados para 2022. A reutilização de dados se tornou um novo modelo de negócios. Tudo isso como uma tentativa de diminuir as ingerências das Big Techs e regulamentar seus serviços, além de trazer benefício social ao proporcionar um ambiente virtual seguro para empresas ou indivíduos no compartilhamento de dados.

### **3.2 DECODE – Espanha e Amsterdã**

O projeto DECODE (ecossistemas de dados de propriedade do cidadão descentralizados) é um projeto financiado pela União Europeia para criar ferramentas que colocam as pessoas no controle de manter suas informações pessoais privadas ou compartilhá-las para o bem público (ZIKKEN, 2017). Inicialmente foi testado em Amsterdã e Barcelona, entre 2017 e 2019. Em Amsterdã, os pilotos se concentraram na Internet das Coisas e na economia

compartilhada. Em Barcelona, os pilotos se concentraram na democracia aberta e na Internet das Coisas ([decodeproject.eu](http://decodeproject.eu))

A intenção do DECODE foi a de proporcionar à sociedade a recuperação do controle sobre seus dados, através da conscientização e desenvolvimento alternativo de práticas de governança de dados. O projeto desenvolve tecnologias descentralizadas como, por exemplo *blockchain* e criptografia baseada em atributos. Nesse sistema as pessoas detêm um melhor controle sobre seus dados, estabelecendo regras sobre quem pode acessá-los, com qual finalidade e em que condições. Possibilita a criação de “dados comuns” ou *data commons* a partir de dados produzidos por pessoas, sensores e dispositivos (ZIKKEN, 2017).

A forma utilizada pelo projeto visa a restrição das plataformas de tecnologia por meio de ações públicas envolvendo governos e sociedade, que extirpam os malversados padrões das Big Techs no trato de dados privados.

### 3.2.1 Barcelona: democracia digital e *Data Commons*

De acordo com os dados divulgados pelos criadores do projeto piloto, em Barcelona a Câmara Municipal e o software de democracia digital da cidade, Decidim.org, integraram um módulo do DECODE que permitia a assinatura de petições anonimamente, mas ainda de acordo com os requisitos de autenticação, como o local de residência (PILOTS, 2020).

Esse projeto foi tido em alta estirpe, uma vez que os dados são considerados como uma infraestrutura pública, ao lado dos serviços básicos como água e eletricidade. Por isso, a sociedade barcelonesa não a enxerga como um simples produto da era tecnológica. Os dados devem ser tratados com responsabilidade e sua utilização deve ser empreendida apenas pelos usuários, detentores da informação.

O que é interessante na criação dessa plataforma é que ela pretendeu a criação de um serviço desassociado dos antigos moldes da velha política, como visto no caso da Cambridge Analytica. A intenção era criar um ambiente totalmente envolto da participação popular os assuntos da política local, distante de manipulação, que concedesse à população, espaço para expor livremente suas escolhas.

Outro projeto instaurado naquele país, foi o *Citizen Science Data Governance*, que pretendeu a utilização de sensores ambientais para medição de níveis de ruído e poluição, foi realizado em colaboração com as organizações comunitárias de Barcelona, *Ideas for Change* e *FabLab* Barcelona. A tecnologia DECODE permitiu que eles compartilhassem esses dados criptografados anonimamente com suas comunidades, em seus próprios termos.

### 3.2.2 Amsterdã: *Amsterdam Digital Register e GebiedOnline*

Já em Amsterdã, considerada uma das cidades mais inteligentes do mundo, foi implantado um serviço de acesso aos dados pessoais armazenados na

base de dados municipal, permitindo os cidadãos partilhar esses dados num contexto diferente, online ou offline. Foi usada credenciais baseadas em atributos, considerado um mecanismo de autenticação que minimiza dados, exigido apenas a informação quanto à idade do participante, para atestar se eram maiores de 16 e 18 anos.

Outro piloto foi o GebiedOnline (Bairro Online), que nada mais é que uma rede social de bairro local em Amsterdã. O acesso ao GebiedOnline foi testado em uma rede social local que preserva mais a privacidade do que a plataforma usual, o Facebook. O conselho e a comunidade Gebiedonline desejam que sua plataforma seja de código aberto, inclusiva e que permita que seus usuários tenham controle granular sobre os dados que compartilham com a plataforma e com outros usuários na comunidade (PILOTS, 2020).

### 3.3 *Smart City*

Esse é o modelo de cidade inteligente empregado em diversos países, dentre eles se destacam: Estados Unidos (Nova Iorque e São Francisco), Amsterdã (Holanda), Viena (Áustria), Tokio (Japão), Copenhague (Dinamarca) e Curitiba (Brasil), que se utiliza de plataformas de armazenamento de dados para gerir serviços públicos e é uma realidade há anos. (IMATED, s.d.)

*Smart Cities* são sistemas de pessoas interagindo e usando energia, materiais, serviços e financiamento para catalisar o desenvolvimento econômico e a melhoria da qualidade de vida. Esses fluxos de interação são considerados inteligentes por fazer uso estratégico de infraestrutura e serviços e de informação e comunicação com planejamento e gestão urbana para dar resposta às necessidades sociais e econômicas da sociedade. De acordo com o Cities in Motion Index, do IESE Business School na Espanha, 10 dimensões indicam o nível de inteligência de uma cidade: governança, administração pública, planejamento urbano, tecnologia, o meio-ambiente, conexões internacionais, coesão social, capital humano e a economia. (FGV PROJETOS, “s. d”)

Apesar de há muito conhecida, as Smarts Citys utilizam agora dispositivos inteligentes de IoT (Internet das Coisas), que por meio do uso de sensores, criam dispositivos de coleta e envio de dados para uma rede inteligente de gestão, permitindo que erros e problemas sejam facilmente identificados e corrigidos. Assim, as plataformas de tecnologia podem operar em benefício da gestão pública e da comunidade, viabilizando uma gestão otimizada de facilitação de informações sobre problemas e manter uma comunicação direta com a prefeitura para a sua solução.

### 3.4 *Brasil: Google Classroom*

No Brasil de forma mais tímida é possível visualizar projetos locais que utilizam o ambiente das plataformas digitais em parceria com Governos, para

gerir serviços estatais como a educação. Em 2020 os Governo do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Goiás, Distrito Federal, Bahia, Ceará, Sergipe, Amazonas e Rondônia, realizaram parceria com a plataforma Google *Classroom*, para criar uma estrutura virtual de ensino para as escolas públicas, com replicação das estruturas de u escola física, como divisão de turma; alocação de alunos e professores por disciplinas; recreio; sala de professores, serviço de orientação educacional, coordenação pedagógica e salas exclusivas para capacitação dos educadores (TECNOBLOG, “s. d.”)

Essa parceria teve o condão de minorar os problemas educacionais trazidos pela pandemia da SARS-CoV-2, que impossibilitou o uso das escolas físicas. Esse é mais um dos exemplos de como a utilização da tecnologia existente de empresas privadas pode ser útil para a execução de serviços públicos.

#### 4 Considerações finais

Estamos inseridos em um momento da Era da Informação, que a responsabilidade sobre a gerência de dados pessoais se tornou o ápice dos discursos democráticos mundo afora. A preocupação com a regulamentação das práticas abusivas dos conglomerados de tecnologia passa a ser também, de interesse governamental, uma vez que essas empresas passam a interferir na execução de serviços públicos. O interesse agora, é o refreamento das práticas abusivas que se deixou imperar por anos através da abertura irrestrita de mercado.

A manipulação de dados pessoais já havia levantado um questionamento a respeito da inexistência de leis que conseguissem impedir o robustecimento das Big Techs. Foi por isso que leis foram propostas em diversos países para regular a política de privacidade de dados virtuais. Todavia, mesmo com a edição de leis para esses fins, os bancos de dados não deixaram de existir, e as plataformas não deixaram de renderizar dados e operar seus serviços de enraizamento social. Fato é que por serem as guardiãs da circulação dos fluxos de dados mundial, as Big Techs têm potencial de execução de serviços de gerência pública e estatal, mas essa funcionalidade afronta poderes governamentais constituídos, e por mais esse motivo, devem ser regulamentadas.

A União Europeia se tornou nesse contexto, um exemplo a ser seguido, trazendo há longos anos vedações ao poderio das Cinco Grandes, com aplicações de penalidades; multas vultosas; financiamento de projetos de refrenagem à manipulação de dados; e mais recentemente, e de forma mais incisiva, a criação do *Data Governance Act* (DGA), aprovado em 25 de novembro de 2021, que pretende regular a base de armazenamento e reutilização de dados em toda a União Europeia. O DGA projeta a manutenção da segurança dos dados compartilhados pelos usuários, com a possibilidade de sua reutilização para fins sociais. Além de facilitar a observação de irregularidades e aplicação de penalidades caso essas ocorram.

Além da União Europeia, pôde-se perceber com a presente pesquisa,

que diversos países já utilizam os serviços ofertados pelas plataformas de tecnologia para gerir serviços públicos, seja em parceria ou mesmo por imposição legal. O certo é que a partir de agora, um novo ambiente regulatório começa a ser implantado no mundo. A realidade que se abriu outrora para o crescimento irrestrito das Big Techs se modifica, dando ensejo a uma visão governamental de trato social, que utiliza aquelas bases para o retorno ao seu status de detentor, que as empresas tecnológicas tentaram inverter.

## Referências

BENZO, Aline. **Capitalismo de plataforma: Desafios e alternativas para a gestão pública.** 2020. Debates sobre Inteligência Artificial (d.I.A.). Disponível em: <file:///C:/Users/gcmbf/Downloads/18659-Texto%20do%20artigo-51808-520977-2-20201027.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2021.

FGV Projetos. O que é uma cidade inteligente? “s. d.”. Disponível em: <https://fgvprojetos.fgv.br/noticias/o-que-e-uma-cidade-inteligente>. Acesso em: 26 nov. 2021.

IMATED. Quais são as cidades inteligentes que se destacam pelo mundo? “s. d.”. Disponível em: <https://imated.com.br/?p=1164>. Acesso em 26 nov. 2021.

JAMIL, George Leal; NEVES, Jorge Tadeu de Ramos Neves. **A era da informação: considerações sobre o desenvolvimento das tecnologias da Informação.** 2000. *Perspect. cienc. inf.*, Belo Horizonte, v.5, n.1. Disponível em: [https://brapci.inf.br/\\_repositorio/2010/11/pdf\\_d9bd5b50ed\\_0012703.pdf](https://brapci.inf.br/_repositorio/2010/11/pdf_d9bd5b50ed_0012703.pdf). Acesso em: 26 nov. 2021.

JOSÉ VAN DIJCK. **Governing digital societies: Private platforms, public values.** 2019. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364919303887>. Acesso em: 26 nov. 2021.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: A ascensão dos dados e a morte da política.** São Paulo: UBU, 2018.

PILOTS. DECODE. 2020. Disponível em: <https://decodeproject.eu/pilots.html>. Acesso em: 26 nov. 2021.

TECNOBLOG. Google Classroom e WhatsApp são usados por escolas de todo o Brasil. “s. d.”. Disponível em: <https://tecnoblog.net/333674/google-classroom-e-whatsapp-sao-usados-por-escolas-de-todo-o-brasil/>. Acesso em 26 nov. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento do Parlamento europeu e do Conselho sobre a Governança europeia de dados (Data Governance Act). COM/2020/767 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0767>. Acesso em: 26 nov. 2021.

ZIKKEN, Nancy. Community Manager at Amsterdam Smart City. **DECODE**, abr. 2017. Disponível em: <https://amsterdamsmartcity.com/updates/project/decode>

<https://outraspalavras.net/outrasmidias/barcelona-propoe-a-luta-pela-soberania-digital/>). Acesso em: 26 nov. 2021.

# POR UM DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO NA QUARTA REVOLUÇÃO: PREMISSAS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

**Natália Tenorio Fireman Camelo**

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas e Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

## **Resumo:**

O artigo examina as incertezas trazidas pela disrupção provocada pela automação e inovações tecnológicas na Quarta Revolução Industrial e os desafios para um desenvolvimento inclusivo. Correlaciona-se como a atual margem de participação feminina na inteligência artificial pode acentuar desigualdades em prejuízo ao direito à igualdade de oportunidades, também entendido como direito da personalidade que, portanto, merece ser tutelado pelo Direito Civil. Demonstra-se, ainda, como critérios de admissão discriminatórios inseridos na programação de *softwares* de recrutamento podem ensejar uma responsabilização civil à luz da metodologia da constitucionalização do direito privado, aproveitando-se as contribuições do direito comparado em que já se verifica uma regulação voltada ao desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial. Para tanto, uma investigação jurídico-propositiva foi conduzida em livros, artigos, periódicos, produções acadêmicas, pesquisas internacionais e legislação específica.

**Palavras-chave:** Quarta Revolução Industrial; Desenvolvimento inclusivo; Inteligência Artificial; Discriminações; Responsabilidade civil.

## **1 Introdução**

A disrupção causada pela Quarta Revolução Industrial, que provocará a automação de aproximadamente dois terços das ocupações nos países em desenvolvimento, anuncia um futuro incerto para o trabalho humano. Com a evolução da civilização e o amadurecimento histórico das nações, o direito ao trabalho que ganhou notoriedade como direito social, foi elevado também a direito fundamental, constituindo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil ao lado da dignidade humana e de outros valores. A dignidade e

a liberdade do ser humano são valores almeçados por meio do labor. Portanto, a expectativa de extinção de postos de trabalho sem a adequada reabilitação dos respectivos trabalhadores para desempenharem outras funções tem sido a preocupação corrente nessa era das máquinas inteligentes, da mesma forma que durante os processos de transformação e mecanização anteriores provocaram medo e ansiedade.

Tais fatos despertam inquietação diante dos já existentes abismos entre certos grupos de seres humanos. Negros, pobres, índios, portadores de deficiência e mulheres representam grupos minoritários, ainda que não o sejam efetivamente em quantidade. Mas a falta de representatividade e uma história de muito preconceito sofrido, ainda tem seus reflexos sentidos na atualidade, com uma nova lacuna construída no setor de Inteligência Artificial, mercado ainda incipiente, mas que será bastante valorizado nas próximas décadas em razão do acelerado desenvolvimento do setor tecnológico. A participação feminina apurada é muito reduzida o que implicará em desemprego para as mulheres e demonstra que a maioria das máquinas será criada a partir de um padrão mental, o masculino, em razão dos homens serem maioria nesse mercado.

A pesquisa científica se justificou diante das tantas inquietações que o tema carrega e do interesse jurídico despertado pela expectativa de ofensa a valores fundamentais tão caros à Constituição Federal. Assim, propõe-se um estudo que aborde tais dados a partir de um diálogo com a teoria geral dos direitos fundamentais e por meio da metodologia do Direito Civil Constitucional que visa demonstrar que o direito à igualdade e ao trabalho são também considerados direitos da personalidade e merecem ser objeto de tutela ainda que não haja legislação específica sobre a regulação da Inteligência Artificial, como já presente no direito comparado.

Estruturando-se o artigo em três tópicos, estudou-se a disrupção provocada pela Quarta Revolução Industrial com a automação de ocupações e as inovações tecnológicas em acelerado crescimento e os desafios para um desenvolvimento inclusivo. Associou-se a pesquisa aos resultados das pesquisas promovidas pelos principais organismos internacionais, que correlaciona a atual margem de participação feminina na inteligência artificial com a expectativa de alto desemprego de mulheres e acentua desigualdades em prejuízo ao direito à igualdade de oportunidades, também entendido como direito da personalidade, que, portanto, merece ser tutelado pelo Direito Civil a partir de uma interpretação integrativa em conformidade com a unidade do sistema jurídico. Será demonstrado, ainda, em tópico oportuno, como critérios de admissão discriminatórios já estão sendo inseridos na programação de softwares de recrutamento e os efeitos deletérios da ausência de regulamentação brasileira sobre IA. Ao final, após a análise do Código de Ética da Comissão Europeia, voltada à criação de um método que torne o desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial confiável e racional, propõe-se uma solução mais harmoniosa com a proteção dos direitos fundamentais por meio do estabe-

lecimento de três premissas para uma responsabilização civil, com base no novo desenho dado a responsabilidade na contemporaneidade.

## **2 A Quarta Revolução Industrial e os desafios de um desenvolvimento inclusivo no mercado de trabalho**

A igualdade entre os seres humanos, no sentido atualmente conhecido, é fruto de uma construção histórica milenar, tendo florescido com a evolução das civilizações. Contudo, em que pese ter alcançado previsão legal em muitos sistemas jurídicos, é seguro dizer que esse ideal ainda não se concretizou verdadeiramente, não tendo encontrado, ainda, o ápice de seu desenvolvimento material.

Como uma das prováveis causas, o capitalismo, modelo econômico adotado por quase todas as nações, em maior ou menor medida, responde por um grande número das desigualdades, acentuadas pela busca desmedida por lucro e a conseqüente desproporção entre uma maioria de pessoas em extrema pobreza em relação a uma minoria que acumula e concentra riquezas. Em associação, arquétipos de papéis de gênero ainda se perpetuam em prejuízo da isonomia entre homens e mulheres, e a tendência é que sejam reforçados pela margem reduzida de participação feminina no ramo da inteligência artificial.

No modo de produção capitalista toda essa realidade discrepante se conserva em um ciclo retroalimentado pelo baixo índice de desenvolvimento humano, intensificado por mínima renda, baixa escolaridade, aumento de subempregos e pouca mobilidade social. Guardadas as devidas proporções, essa também era a situação reinante na Revolução Industrial, processo iniciado na Inglaterra do século XVIII, considerada a primeira ruptura nos processos de manufatura. Mesmo afastando-se as figuras de monarcas e camponeses, o fosso entre ricos e miseráveis só aumenta em decorrência da estratificação social injusta, fortalecida pelo próprio modelo econômico, em que pese a inclusão de novas subclasses reconhecidas por estudos censitários.

A exemplo do que aconteceu nas transformações que a antecederam, algumas projeções iniciais feitas para a era das máquinas inteligentes não são nada animadoras. A substituição que antes impôs o fim das técnicas artesanais pelas máquinas, irá mais uma vez gerar automação com a conseqüente extinção de postos de trabalhos, que se tornarão obsoletos diante da tecnologia disponível. E é justamente a análise do impacto da disrupção no mercado de trabalho a primeira preocupação deste artigo, pois, a partir dela, propõe-se avaliar as conseqüências de como tal processo atingirá direitos assegurados pelo sistema jurídico brasileiro, explorando-se mecanismos que protejam os seres humanos de uma existência indigna, ao impor limites e reforçar a necessidade de controle sobre o desenvolvimento tecnológico. Mas, para tanto, três fatores precisarão ser assegurados: garantia de trabalho, igualdade de oportunidades e existência digna. Acredita-se que a atuação dessa tríade de forma orgânica e consequencial, permitirá um desenvolvimento inclusivo na Quarta

Revolução Industrial.

Para a compreensão da importância do trabalho nesse cenário, convém destacar, emprestando os esclarecimentos de Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 39) que, ele é, a um só tempo, considerado direito humano e fundamental. Foi reconhecido internacionalmente como um Direito Humano, sendo previsto no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo teor é: “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Internamente, também é tutelado pelo sistema jurídico brasileiro como um princípio (e valor) estruturante do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, II, III e IV), um direito fundamental social (CF, art. 6º) e como valor fundante da ordem econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da busca do pleno emprego (CF, art. 170, VIII). (LEITE, 2018, p. 39)

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil, sintetiza em seu art. 6º, itens 1 e 2, o conceito de direito ao trabalho como o direito de assegurar a possibilidade das pessoas ganharem a vida a partir de um trabalho livremente escolhido ou aceito que garanta condição de gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais de cada indivíduo. Note-se, por oportuno, que não é todo trabalho que está inferido nesse conceito, mas apenas o trabalho digno que é tido como um direito humano e fundamental. Para sê-lo, o trabalho precisa realmente dignificar a pessoa humana, ser um trabalho decente. Somente assim será considerado um direito como valor fundante de um ordenamento jurídico, político, econômico e social. (LEITE, 2018, p. 39)

Essa diferenciação é necessária porque no princípio da valorização do trabalho humano está presente parte da complexidade inerente à dignidade humana. Por este princípio, não só devem ser respeitados os direitos já assegurados, mas se pretende que todos os trabalhadores possam fruir desses mesmos direitos, de modo que a inclusão da mão de obra informal no mercado formal é uma missão associada ao princípio. (BARCELLOS, 2019, p. 145) O relatório publicado pelo Banco Mundial nomeado “A natureza mutável do trabalho” (2019, p. 31), que mediu o desenvolvimento global, indica que a informalidade continua sendo um grande problema para as economias emergentes e precisa ser abordada em associação com a ausência de proteção social para os trabalhadores.

Pelos dados coletados, o emprego informal representa mais de 70% na África Subsaariana, 60% no sul da Ásia e mais de 50% na América Latina. Estima-se que, além do investimento no capital humano, os governantes poderão também usar a tecnologia para redução da informalidade, pois a regulação por reforço das normas trabalhistas, que cria restrições na interação entre empregadores e empregados, acaba não surtindo efeito se o mercado informal é

a norma e o trabalho está fora do alcance das autoridades. (BANCO, 2019, p. 94-95 e 115)

Para Klaus Schwab (2016, p. 16-17, tradução livre), fundador e CEO do Fórum Econômico Mundial, que cunhou a expressão Quarta Revolução Industrial em seu livro homônimo, a disrupção provocada pelas inovações tecnológicas irão gerar grandes benefícios e desafios também expressivos, sendo uma grande preocupação quantificar quão acentuadas serão as desigualdades que, sem dúvidas, serão recrudescidas por meio desse processo de transformação. O mercado de consumo certamente tem se beneficiado mais, em razão dos novos produtos e serviços que aceleram a eficiência a um baixo custo, quiçá inexistente. Já o de trabalho e produção é o que enfrenta as maiores perdas, sendo que a maioria esmagadora dos países mais desenvolvidos e as economias em acelerado crescimento tem experimentado um declínio no percentual de remuneração dos trabalhadores no Produto Interno Bruto (PIB). Parte dessa queda decorre do próprio progresso e inovação que compele as empresas a substituir a mão-de-obra por capital. (SCHWAB, 2016, p. 16)

Analisar o impacto da tecnologia nas ocupações e empregos foi o objeto inicial do estudo desenvolvido. Observou-se que, se de um lado há perspectiva de extinção de postos de trabalho pela automação, por outro, a tecnologia incentivará uma demanda por novos produtos e serviços. Haverá, pois, um ganho com o consumo. Nada mais justo que haja uma maior responsabilidade no manejo do avanço tecnológico.

### **3 A participação feminina na inteligência artificial e a igualdade de oportunidades como um direito da personalidade**

No Brasil, mitigar desigualdades sociais e promover uma igualdade de oportunidades é um compromisso constitucional inafastável com o ideal de igualdade, sendo deficiente qualquer que seja o argumento dos que preferem se omitir. Para o constitucionalismo moderno ela constitui valor central, “sendo parte integrante da tradição constitucional desde as primeiras declarações de direitos e sua incorporação aos catálogos constitucionais desde o constitucionalismo de matriz liberal-burguesa”. (SARLET, 2018, p. 589)

Para o sistema constitucional global é considerado como um dos princípios estruturantes, já que no conceito de Estado de Direito democrático e social concilia de forma lógica as dimensões liberais, democráticas e sociais. (CANOTILHO e MOREIRA, 2007, p. 336-337) Não à toa, internamente, a Constituição Federal elevou o princípio da igualdade a um só tempo como direito individual – “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (CF, art. 5º, caput) – e como objetivo fundamental da República – “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV). (BARCELLOS, 2019, p. 154).

Convém destacar que a Carta Magna se ocupou da igualdade para além

de uma cláusula geral ou direito geral de igualdade. Reservou-se, por exemplo, especial atenção para mitigar as desigualdades que emudecem minorias e grupos vulneráveis. Destacam-se, dentre as cláusulas especiais de igualdade, por exemplo, da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I e art. 226, § 5º); entre os filhos havidos dentro e fora do casamento (art. 227, § 6º); proibições especiais de discriminação nas relações de trabalho (art. 7º, XX); igualdade de acesso e permanência na escola (art. 206, I); apenas para referir as mais comuns. Da mesma forma, destinou-se normas impositivas de políticas de ações afirmativas, com vistas a compensar desigualdades fáticas. (SARLET, 2018, p. 596)

Note-se, porém, que a importância dada pela constituição vai além de uma mera preocupação em assegurar formalmente a tutela da igualdade. Como assinala Celso Ribeiro Bastos (1995,145) “o exercício dos direitos depende de meios”. Logo, não só o aspecto formal é observado na interpretação de suas normas, a dimensão material também interage com a primeira nesse processo hermenêutico. Seria desejável que a previsão em lei garantisse automaticamente a vontade do legislador, mas, nem sempre tal é possível. Sendo assim, para uma garantia mais assertiva, a Constituição se dirige a situação real em que as pessoas se encontram, concedendo a um determinado grupo particularmente discriminado, por exemplo, alguns benefícios específicos. (BARCELOS, 2019, p. 154). No âmbito de uma concepção positiva, o princípio da igualdade pode operar também como exigência de uma igualdade de oportunidades (ou igualdade de chances), com o intuito de assegurar uma concorrência livre e equilibrada. (SARLET, 2018, p. 64)

Logo, clara é a associação entre esse valor, direito e princípio, e as discussões propostas nesse artigo, sendo a tutela da igualdade de oportunidades um dos fatores que conduzirá a humanidade a um desenvolvimento inclusivo nesta nova Revolução Industrial. Para alcançá-lo, acredita-se que deve haver uma equitativa distribuição de oportunidades a todos os seres humanos com o intuito de alcançar a justiça social, tema tão caro ao Constituinte, elencado no art. 3º da CF, que insita a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais.

A igualdade de oportunidades de emprego, em razão da manutenção do desequilíbrio entre os gêneros no mercado de trabalho, é questão premente, principalmente porque as pesquisas que se debruçam sobre o tema demonstram que não se equalizará tão cedo. Uma delas é o relatório sobre a desigualdade entre os gêneros no mercado de trabalho, que é produzido anualmente pelo Fórum Econômico Mundial desde 2006. Nas conclusões de 2018, a medição foi acrescida de um novo dado, averiguou-se a participação feminina na inteligência artificial (IA) (FÓRUM, 2018, p. viii). Apurou-se que, globalmente, apenas 22% dos profissionais de IA são do sexo feminino, o que representa uma diferença entre os gêneros de 72%. No caso do Brasil essa participação feminina em IA é até mais reduzida, remontando à margem de

14%, enquanto a masculina atingiu 86% dos profissionais. Essa desproporção indica que no mercado brasileiro de Inteligência Artificial, a diferença entre homens e mulheres é de 84%, estando expressivamente acima da média global considerada. (FÓRUM, 2018, p. 29, tradução livre)

O relatório (FÓRUM, 2018, p. viii, tradução livre), portanto, alerta para a necessidade de uma ação urgente, já que as implicações desse achado em habilidades de IA são amplas, pois: *i*) as disparidades entre homens e mulheres podem estimular as desigualdades entre os gêneros na participação econômica e nas oportunidades no futuro; *ii*) essa desigualdade implica que essa tecnologia de uso generalizado está sendo desenvolvida sem diversos talentos, o que acaba por limitar sua capacidade inovadora e inclusiva; e, por fim, *iii*) a baixa integração de mulheres em grupos de talentos de IA, vez que até mesmo em indústrias e regiões onde a base de talentos de Tecnologia da Informação (TI) possui uma composição feminina relativamente alta, há de toda forma uma perda significativa em oportunidades, considerando ser um domínio profissional onde a oferta de mão de obra adequadamente qualificada já é insuficiente.

A era das máquinas inteligentes dificilmente trará uma igualdade de oportunidades se a participação de mulheres no ramo da inteligência artificial permanecer tão reduzida. E a preocupação não é apenas com a desproporção entre a quantidade de ocupações, mas também que essas máquinas reproduzam padrões de inteligência apenas masculinos, já que a maioria dos responsáveis por suas criações serão homens. Isso conduz à conclusão de que há uma tendência traçada, de acordo com a qual haverá não só uma perda de criatividade e talentos, já que pouco se explorará das contribuições femininas pelas profissionais serem minoria atualmente, mas é possível que seja criada uma geração de máquinas e softwares que repliquem apenas um só padrão de inteligência, o que eventualmente pode conduzir a resultados discriminatórios, ainda que não tenham sido alcançados de forma proposital.

E a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem apresentado uma forte tendência em reconhecer dentre as dimensões dos direitos sociais, aquela que revela um direito subjetivo definitivo, gerador de uma obrigação de prestação pelo destinatário, pelo menos no plano do mínimo existencial, que se relaciona com a garantia (fundamental) de acesso a condições materiais mínimas para uma vida com dignidade, com maior incidência nos casos do direito à saúde e à educação. (SARLET, 2018, p. 618)

A contribuição que se almeja é demonstrar que o estudo de um desenvolvimento inclusivo na era das máquinas inteligentes, com o resguardo da igualdade de oportunidades e proteção da participação feminina nesse processo, perpassa pela reflexão sobre a relação existente entre o direito à igualdade, na sua vertente de equidade de oportunidades, e os direitos sociais, notadamente de proteção ao trabalho e à educação.

Ao se debruçar sobre o tema dos direitos da personalidade, Reale (2004) observa que o rol a eles reservado no Código Civil não é taxativo, pois tais

direitos se espalham por todo o ordenamento jurídico, a exemplo do art. 1º da Constituição Federal, que declara como alguns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, dentre outros. Para o autor (REALE, 2004), todo o ser humano é titular dos direitos da personalidade como razão de ser de sua própria existência. Seriam, pois, direitos básicos, aos quais se tem garantia especial, como direito à vida, a liberdade, a igualdade e a segurança, além dos outros que se constituem em faculdades sem as quais a pessoa humana seria inconcebível, contidos nos arts. 5º e 6º da Constituição Federal.

Nesse sentido, Anderson Schreiber (2011, p. 13) reforça que a ciência jurídica contemporânea “vem superando o abismo cavado pelos juristas do passado, entre o direito público e o direito privado para reunificar as duas esferas em torno da unidade constitucional”, fenômeno que recebeu o nome de constitucionalização do Direito Civil.

Essas considerações permitem concluir que, apesar das incertezas quanto ao futuro do trabalho, a despeito de se adotar uma visão pouco ou mais otimista, há apenas uma garantia, com a automação das ocupações em larga escala por causa da disrupção que acompanha a maior revolução tecnológica de todos os tempos, deve-se valorizar o trabalho humano. Para que se alcance um desenvolvimento justo e inclusivo, o direito a igualdade é inafastável, com ênfase na dimensão material da igualdade de oportunidades. Seus titulares precisarão, mais do que nunca, que haja um compromisso que fomente direitos sociais tão arduamente alcançados, como o direito ao trabalho e à educação.

Na era das máquinas inteligentes, os objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira, insculpidos no art. 3º, inciso I, da Carta Magna, que visam construir uma sociedade livre, justa e solidária só serão alcançados se os direitos fundamentais da igualdade, dignidade humana e do valor social do trabalho sejam seriamente tutelados. O pacto social não pode ser afrouxado na iminência das transformações previstas nos estudos e pesquisas desenvolvidos pelos principais Organismos Internacionais. Para um desenvolvimento inclusivo, cumpre o desenhar em compasso com a evolução tecnológica desde o princípio, dando cor e ênfase na diversidade, de forma a atender a sociedade como um todo, oferecendo uma igualdade de chances, que é mais que um valor fundamental, um verdadeiro direito da personalidade. Para tanto, deve-se soerguer a participação feminina dentre os inovadores de tecnologias, nomeadamente na inteligência artificial, de modo que as oportunidades econômicas não avulsem as desigualdades de gênero.

#### **4 O aviltamento da dignidade pelas inovações tecnológicas discriminatórias: premissas para a responsabilidade civil na inteligência artificial**

As linhas antecedentes demonstraram que há um déficit de participação

feminina no setor de Inteligência Artificial (IA) e que precisa ser revertido de forma urgente. Como defendido, as implicações na manutenção dessa disparidade reforçam a já existente desigualdade entre os gêneros no mercado de trabalho com repercussões bastante desanimadoras para um desenvolvimento inclusivo, vez que as máquinas e softwares que serão criados pelos inovadores replicarão um padrão masculino de inteligência, por uma questão de probabilidade lógica em razão da quantidade de homens no mercado de Tecnologia da Comunicação e Informação (TCI) ser superior a de mulheres.

De modo geral, esse agravamento na falta de equidade pode prejudicar não só a igualdade entre os gêneros, mas atrapalhar toda a diversidade, pois discriminações já existentes ligadas à raça, classe social, credo e etnia, dentre outras, poderão ser mantidas ou recrudescidas com o uso da IA.

No ano de 2003, o Agência Nacional de Pesquisas Econômicas dos Estados Unidos da América (EUA) divulgou uma pesquisa de campo que mediu a discriminação racial no mercado de trabalho. O propósito foi averiguar se nomes comuns de pessoas de raça branca eram mais frequentemente escolhidos nos processos de recrutamento do que nomes africanos, mais comuns dentre negros. O estudo manipulou a percepção de raça nos currículos fictícios que continham qualificações similares, enviados para anúncios de recrutamento nos jornais de Boston e Chicago. As conclusões (BERTRAND; MULLAINATHAN, 2003, p. 2) demonstraram que a discriminação é um fator importante e que prejudica os afro-americanos em oportunidades no mercado de trabalho.

Essa pesquisa apurou uma tendência na escolha de candidatos portadores de nomes “brancos”, o que demonstrou a adoção de um critério torpe e discriminatório pelos responsáveis por recrutamento de pessoal. Realizada há mais de 15 anos, quando a utilização de softwares no processo de recrutamento de pessoal ainda não estava em voga, mas seu resultado levanta alguns questionamentos: se antes o perfil do candidato ideal foi definido de forma objetiva e tão discriminatória em prejuízo à dignidade humana, e do direito a igualdade e livre acesso ao mercado de trabalho, o que se esperar dos resultados automatizados oferecidos por programas de recrutamento? É possível confiar cegamente no julgamento dessas máquinas? E o que dizer dos critérios discriminatórios definidos em seus algoritmos? Qual a responsabilidade dos envolvidos no *design* e uso dessa Inteligência Artificial em relação aos riscos e aos danos eventualmente causados? Essas indagações são pertinentes e reais e serão enfrentadas com acuidade nas próximas linhas.

Em 2016, a revista Harvard Business Review alertou que algoritmos para contratação, desenvolvidos para processos de recrutamento, não são neutros, o que reforça a pertinência desta análise. O artigo (MANN; O'NEIL, 2016) explicou que os algoritmos utilizados em softwares representam opiniões humanas em formato de código. Assim, eles podem refletir tendências e preconceitos humanos que podem levar a erros de aprendizado para a máquina e a interpretações erradas. Essas tendências se relacionam com vários

aspectos da vida, incluindo algoritmos utilizados para seguro de carro, classificações de pontuação de crédito etc. Logo, como “os algoritmos imitam a tomada de decisão humana. Eles são tipicamente treinados para aprender com os sucessos do passado, o que pode incorporar o preconceito existente.” (MANN; O’NEIL, 2016)

A análise das repercussões dessas ameaças à diversidade e ao desenvolvimento inclusivo impõem uma reflexão sobre a abrangência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e sua eficácia. Para enriquecer o estudo, propõe-se coadunar essa análise com a metodologia do Direito Civil Constitucional. Anderson Schreiber (2016, p. 9) explica que tal metodologia não maneja apenas uma aplicação indireta da Constituição Federal na interpretação das normas ordinárias de Direito Civil, mas defende uma aplicação direta das normas constitucionais às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. Esse método interpretativo supera a segregação entre a Constituição e o Direito Civil, “remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico.” (SCHREIBER, 2016, p. 9)

As cláusulas especiais de igualdade já estudadas foram adotadas para evitar a mera igualdade perante a lei (igualdade formal), assumindo o direito geral a igualdade um papel complementar. Elas impõem uma redução ainda maior no campo de liberdade do Estado, e também do particular, impedindo que se suscite um motivo que afaste a inconstitucionalidade do tratamento desigual. Exemplo disso é a proibição de distinção salarial com base em diferença de gênero, em que a Constituição Federal não dá margem de liberdade para que se tente justificar um tratamento distinto fundado, por exemplo, em questões biológicas, ou qualquer outro argumento. (SARLET, 2018, p. 602)

Nesse sentido, há vários exemplos de esforços legislativos no âmbito infraconstitucional que visam proteger o mercado de trabalho feminino, e censuram outras formas de práticas discriminatórias. Dentre os quais, releva trazer a lume a Lei 9.029/95, que dentre outras providências, “proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho (...)”. Conforme a redação do seu artigo 1º, o dever estabelecido veda a adoção de critérios discriminatórios de qualquer natureza para admissão de empregados. Como consequências, a aludida legislação prevê, além de multas administrativas e sanções penais, a restrição na concessão de empréstimos em bancos oficiais, prevendo, ainda, o “rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório” facultando ao empregado a possibilidade de reintegração ou indenização dobrada, nos termos do seu art. 4º.

Essa perspectiva do legislador impor consequências a práticas discriminatórias que limitam o acesso ao mercado de trabalho representa, nas palavras de Norberto Bobbio, uma técnica em que “(...) o Estado desenvolve a própria função de condicionar o comportamento alheio para obter certos efeitos desejados ou para impedir certos efeitos indesejados (...)”. (TEPEDINO, 2006,

p. 399)

Assim, a preocupação é encontrar formas e possibilidades de se evitar e reprimir o dano causado à candidata nos processos de admissão que se utilizem de softwares de recrutamento com critérios discriminatórios, conclusão que servirá para qualquer outro potencial empregado que tenha sido discriminado por outro critério constitucionalmente ilegítimo, com ofensa ao direito fundamental ao trabalho e ao direito à igualdade, notadamente em seu viés material da igualdade de chances.

Dentre as transformações, o aviltamento da dignidade humana em razão das práticas discriminatórias na seleção curricular de candidatos a emprego, que já era uma realidade antes mesmo da automação desses processos pela utilização de programas específicos para isso, precisará ser revista diante do incremento da tecnologia.

E as repercussões dessa compreensão vão além, não se detendo somente ao direito individual prejudicado e aos valores fundamentais desrespeitados, mas perpassa pela análise da atribuição de uma responsabilidade direcionada a aqueles que se beneficiam diretamente no desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial. Programadores e tomadores, muito provavelmente tentarão se eximir das consequências e dos possíveis danos provocados pela tecnologia sob o argumento de que as máquinas inteligentes, depois de criadas, tornam-se autônomas, já que os avanços da inteligência neles incutidas são inimagináveis pela capacidade de auto aprendizado.

A conduta socialmente adequada é que detentores e tomadores da tecnologia reforcem o cuidado com os princípios e valores fundamentais tão caros ao Constituinte, cuja titularidade é, ao mesmo tempo, de toda sociedade, e também de cada indivíduo, sendo que seus direitos da personalidade deverão ser assegurados, enquanto não usuários ou sequer beneficiários da tecnologia desenvolvida. Busca-se, portanto, um compromisso com a diminuição do risco e não somente a reparação do dano.

Na ausência de uma regulamentação específica sobre o desenvolvimento e uso de IA no Brasil, convém explorar o direito comparado e compartilhar as diretrizes éticas da Comissão Europeia (HIGH-LEVEL, 2018), desenvolvidas como um método para possibilitar uma cultura de “Inteligência Artificial Confiável para a Europa”, garantindo-se que os benefícios da IA possam ser colhidos por todos com o respeito dos direitos fundamentais, da democracia e do Estado de Direito.

Os requerimentos concretos definidos pela Comissão Europeia para garantir que os princípios da Inteligência Artificial (de respeito a autonomia humana, de prevenção de danos, de equidade e explicabilidade) sejam atendidos são: ação e supervisão humana; robustez e segurança técnica; privacidade e governança de dados; transparência; diversidade; não-discriminação e justiça; bem-estar social e ambiental; e, responsabilidade. (HIGH-LEVEL, 2018, p. 12 e 14)

Para a concretização dos requerimentos, os vários grupos de *stakeholders*

envolvidos no ciclo de desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial têm papel fundamental. Logo, os desenvolvedores (identificados como inovadores/programadores) devem implementar e aplicar os requisitos estabelecidos aos processos de *design* e desenvolvimento da IA; por sua vez, os implantadores (considerados como as empresas tomadoras da tecnologia, que utilizam a Inteligência Artificial em seus processos de negócios e oferecem produtos e serviços para outros) devem assegurar que os sistemas usados e os produtos e serviços oferecidos atendam aos requisitos; e, os usuários finais (aqueles que se envolvem com o sistema IA, direta ou indiretamente) e toda a sociedade devem ser informados sobre a realização dos requerimentos e ser capaz de solicitar que sejam cumpridos. (HIGH-LEVEL, 2018, p. 14)

Note-se que, a Comissão Europeia definiu que quão mais próximo do desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial, maior deverá ser a participação do *stakeholder* para a concreção dos requerimentos que atendam aos princípios da IA, com ênfase em um compromisso preventivo. E tal não poderia ser diferente, pois quem se beneficia da inovação, terá, em contrapartida, responsabilidades com o objeto criado.

Dito isto, na ausência de um imperativo ético e normativo sobre IA no Brasil, o passo necessário é definir as premissas da responsabilidade civil, a fim de aproximar no país a cultura da Inteligência Artificial confiável. Para permitir um desenvolvimento inclusivo e com menos receios e incertezas, a premissa básica é a ideia de que, na atualidade, a responsabilidade civil impõe o dever de cuidado com a humanidade do outro no desenvolvimento e uso das novas tecnologias, como um fim em si mesmo, tal como no imperativo categórico kantiano.

A segunda premissa se funda na ideia de responsabilidade civil por precaução, a partir da qual podem ser importados, como recurso do diálogo com o direito comparado, os princípios e requerimentos propostos pela Comissão Europeia, que impõe deveres aos desenvolvedores e implantadores, sendo fiel à nomenclatura utilizada na Diretrizes Éticas, um conjunto de compromissos para a redução dos riscos da automação desde o *design* da tecnologia.

Por fim, a terceira premissa indica que a responsabilidade civil em Inteligência Artificial independa de culpa, o que aproxima o conceito de responsabilidade civil objetiva utilizado como regra nas relações de consumo, a partir da previsão no art. 927 do Código Civil, pois há na criação e utilização de IA benefícios econômicos e, como tais, atrelam-se aos riscos da atividade em razão do princípio da função social, que norteia toda a ordem econômica. Portanto, essa premissa propõe a utilização de normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como método de integração, diante da lacuna normativa sobre IA.

Essa ideia vinculada de dever de cuidado e precaução se coaduna com a compreensão de responsabilidade civil contemporânea encontrada na doutrina de Nelson Rosenthal (2017, p. 32), para quem, o objeto da responsabilidade será deslocado para o cuidado com o outro, considerado como vulnerável

e frágil, substituindo-se a ideia de reparação pela de precaução. Assim, o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da prudência.

Assim, a novel compreensão da responsabilidade civil é fundada na solidariedade e na precaução, com vistas a reduzir os danos e riscos no uso das novas tecnologias, e como fator limitador da autonomia e liberdade de criação e utilização da Inteligência Artificial, com vistas a possibilitar um desenvolvimento inclusivo, com o resguardo da diversidade e da participação feminina na já inaugurada Quarta Revolução Industrial.

## 5 Conclusão

O estudo buscou revelar os achados de recentes relatórios e pesquisas promovidos por importantes instituições internacionais que se debruçaram sobre a desigualdade de gênero no mercado de trabalho e qual o futuro do trabalho na Quarta Revolução Industrial.

A investigação permitiu concluir que as soluções se direcionam a um mesmo desiderato: valorizar o trabalho humano, que deve orientar toda a ordem econômica sendo um ideal a ser perseguido pelo Estado na reabilitação dos trabalhadores e pela iniciativa privada na criação das inovações tecnológicas. O desenvolvimento inclusivo tem que proteger a diversidade desde o seu *design*, de forma a atender a sociedade como um todo, sendo visível que as inovações tecnológicas já apresentam desvios e criam riscos, desrespeitando direitos fundamentais, a exemplo dos softwares com critério discriminatório para recrutamento de trabalhadores, que inibem a participação dos que foram por ele discriminados em igualdade de oportunidades.

Na ausência de regulamentação voltada a Inteligência Artificial, sugestões de premissas para uma responsabilidade civil voltada a precaução e ao cuidado com o outro foram lançadas. Além de acompanharem a tendência contemporânea que propõe uma ressignificação da responsabilidade civil voltada à solidariedade, dever de precaução e cuidado com o próximo estão em consonância com as diretrizes éticas estipuladas pela Comissão Europeia no desenvolvimento e uso de IA. Entende-se, por fim, que as premissas ventiladas foram construídas a partir de uma interpretação integrativa e conformativa entre os direitos atingidos, à luz da metodologia da constitucionalização do Direito Civil, e representam uma solução possível pois reforça a unidade do sistema jurídico encontrando nele as normas gerais constitucionalmente adequadas aos riscos que podem ser potencialmente causados pela criação e uso desmedido de IA.

## Referências

BANCO Mundial. *The World Development Report (WDR) 2019: The Changing Nature of Work*. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/816281518818814423/pdf/2019-WDR-Report.pdf>. Acesso em 01 jul. 2019

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Ja-

neiro: Forense, 2019

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995

BERTRAND, Marianne. MULLAINATHAN, Sendhil. **Are Emily and Greg More Employable than Lakisha and Jamal? A Field Experiment on Labor Market Discrimination**. The National Bureau of Economic Research: Cambridge, 2003. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w9873.pdf>, Acesso em 07 jul. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Arts. 1º a 107º. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007

FORUM Econômico Mundial. **The Global Gender Gap Report 2017**. Disponível em [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2017.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf) Acesso em 21 set. 2018.

HIGH-LEVEL Expert Group on AI. European Commission. **Ethics Guidelines for Trustworthy AI**. 2018. Disponível em <https://ec.europa.eu/digitalsingle-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence> Acesso em 07 jul. 2019

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MANN, Gideon. O'NEIL, Cathy. **Hiring Algorithms are not neutral**. *Harvard Business Review*. 2016. Disponível em: <https://hbr.org/2016/12/hiring-algorithms-are-not-neutral> Acesso em 07 jul 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, tomo IV – Direitos fundamentais**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: How Big Data increases inequality and threatens democracy**. New York: Crown Publishing, 2016.

REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. 2004. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm> Acesso em 07 jul 2019.

ROSENVALDI, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição in: Direito Civil Constitucional**. Coord. Anderson Schreiber, Carlos Nelson Konder. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Genebra: Fórum Econômico Mundial, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **O novo e o velho direito civil. Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

# A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS/DIGITAIS NA CF/88

**Pollyana Mara Andrade Ferreira**

Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Direito Público. Especialista em Direito Administrativo.

## **Resumo:**

Lamentavelmente vivemos uma era em que os direitos pessoais/digitais do cidadão são violentados diariamente. Embora a Magna Carta preveja em seu art. 5º, XII, o sigilo das comunicações de dados e no inciso LXXII, tenha instituído a figura do habeas data, carece ainda a Constituição Cidadã, de prerrogativas atualizadas acerca do tema, para que por si só, ele se constitua como direito implícito. Partindo-se desse princípio, iremos abordar relevância da Proposta de Emenda a Constituição nº 17, de 2019, que assegura o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais e inclui entre as competências da União legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Adentra-se nesse contexto, então, o que se visa desenvolver com essa pesquisa.

**Palavras-chave:** Proposta de Emenda a Constituição; Proteção de dados pessoais; Era digital; Direitos fundamentais; Direitos Humanos.

## **1 Introdução**

Dentre os bens jurídicos assegurados pelo nosso ordenamento jurídico, encontram-se os direitos fundamentais à intimidade, assegurados o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (Art. 5º, inciso X), o direito ao sigilo das comunicações de dados, da correspondência, das comunicações telefônicas e telegráficas (Art. 5º, inciso VII) e a configuração do habeas data, ação constitucional instituída na ordem jurídica pátria através do inciso LXXII da CF/88.

Na era em que o uso de dados é comercializado pelo mercado mundial, e que nossos comportamentos digitais determinam e direcionam nossas decisões e nossas práticas, muito além do âmbito consumista, tanto como em nossas deliberações políticas e pessoais, é de extrema necessidade a regulamentação e inserção de previsão legal, na CF/88, que imponha limites rígidos

a coleta e divulgação de dados pessoais, em âmbito digital.

Nesse diapasão, foi proposta a Emenda a Constituição 17 de 2019, que assegura o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais e inclui entre as competências da União legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. A PEC prevê a inserção do inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. A proposta, apresentada em plenário em 12 de março de 2019, tramitou a passos lentos durante aquele ano e voltou a se movimentar em 2021.

É importante frisar que inúmeros diplomas legais já dispõem sobre aspectos relevantes da proteção de dados, destacando-se aqui a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) e o assim chamado Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e o respectivo Decreto que o regulamentou (Decreto 8.771/2016), mas especialmente a LGPD (Lei 13.709, de 2018). Mesmo assim, a interpretação e aplicação constitucionalmente adequada do direito fundamental à proteção de dados, necessita ser pautada mediante inserção dos dispositivos legais na CF/88, tendo em vista o avanço tecnológico e das formas de se comunicar no século XXI. Essa intenção consta na PEC de autoria do Senador Eduardo Gomes filiado ao partido Movimento Democrático Brasileiro, de Tocantins-TO.

O objetivo desta pesquisa é abordar a relevância e importância da proposta da PEC para o ordenamento jurídico. Trata-se de uma pesquisa documental, estribando-se na doutrina, legislação, jurisprudência pátria e ensinamentos de profissionais da área.

## **2 A proteção aos dados pessoais/ digitais sobre a perspectiva da Lei Geral de Proteção de Dados**

Em primeiro lugar, é necessário fazer uma análise da privacidade de dados em nosso ordenamento jurídico.

A palavra privacidade teve sua origem nos Estados Unidos, no final do século XIX, através do termo *“right to privacy”*, que significa “direito de estar só” ou, o direito de ser deixado só (*“right to be let alone”*).

Nesse aspecto, embora “bastante vaga, essa primeira concepção de privacidade deve ser interpretada como sendo o “direito de ser deixado só”, que remete a não interferência pelo Estado na vida do indivíduo.” (HIRATA, 2017)

De fato, a concepção inicial de privacidade se relacionava diretamente com a proteção à vida íntima, familiar e pessoal de todo ser humano. Porém, essa concepção começa a se alterar a partir da década de 60, com o desenvolvimento tecnológico e a “consequente multiplicação de mecanismos para recolher, armazenar, processar e utilizar a informação, na esteira da massificação das relações contratuais.” (SCHREIBER, 2019)

Há muito se fala da autodeterminação informativa ou informacional. Hoje, o regime de proteção de dados se autonomizou frente ao direito à intimidade ou dela tornou-se um aspecto muito particular.

A proteção atribuída à privacidade tem escopo na Constituição Federal, em seu Art. 5º, X, que diz o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Conforme aduz SARMENTO:

“a centralidade da pessoa humana, tratada não como meio, mas como fim da ordem jurídica e do Estado, revela-se logo na organização da Carta Maior. Se as Constituições anteriores começavam disciplinando a estrutura estatal e só depois enunciavam os direitos fundamentais, a Carta de 88 faz o oposto, principiando pelos direitos das pessoas. A inversão não foi gratuita. Trata-se de um modelo adotado em várias constituições europeias do 2º pós-guerra, que indica a absoluta prioridade dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico. Tal prioridade, por outro lado, se entrevê também na elevação dos direitos fundamentais á qualidade de cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inciso IV,CF), o que ocorreu pela primeira vez na história em nosso constitucionalismo. Como cláusulas pétreas os direitos são garantidos como “trunfos”, postos ao abrigo da vontade da maioria das pessoas. O sistema de direitos fundamentais é riquíssimo. A ênfase na igualdade não só formal, como material, é marcante, como se evidencia na anunciação dos direitos fundamentais da República (art. 3º, incisos III e IV, CF), na garantia da isonomia, logo no caput do art. 5º. As liberdades públicas e existenciais foram fortalecidas, como liberdades de expressão e religião e o direito a privacidade (art. 5º, incisos, IV, VI, IX e X da CF), o que revela a opção por um modelo não organicista de relação entre indivíduos e comunidade, que protege o primeiro das pressões dos governantes e maiorias sociais”. (SARMENTO, 2016, pgs. 72, 73)

Com relação aos direitos humanos e os direitos fundamentais, vejamos os ensinamentos de SAMPAIO:

Assim, “direitos humanos” seriam os direitos válidos para todos os

povos ou para o ser humano, independente do contexto social em que se achasse imerso, direitos, portanto, que não conhecessem fronteiras nacionais, nem comunidades éticas específicas, porque seriam afirmados - declarados ou constituídos a depender da visão dos autores - em diversas cartas e documentos internacionais como preceitos de *jus cogens* a todas as nações obrigar, tendo por começo exatamente a Declaração Universal de 1948 (dimensão internacionalista dos direitos humanos). Também “humanos” ou “do homem” seriam aqueles direitos definidos não tanto por uma norma positiva de um tal ordenamento jurídico, interno ou mesmo internacional, mas sim pela concepção de “homem” que se adote como fonte ou como valor, pelo seu referencial axiológico que se impõe a toda e qualquer ordem jurídica, imaginada pelos Modernos como “direitos naturais, absolutos e intemporais”, ou como, mais recentemente, “direitos morais” e “sedimentações da consciência e da experiência históricas, axiológicas e jurídicas do homem que hão de fundamentar os sistemas jurídicos concretos (dimensão filosófica dos direitos humanos). Já os “direitos fundamentais” são aqueles juridicamente válidos em um determinado ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no âmbito interno ou constitucional (dimensão nacional dos direitos humanos) (cf.Müller. 1969:41;Canotilho. 1992:529;Höffe.2000:166). (SAMPAIO, 2010)

No Direito Internacional, podemos encontrar referências acerca do assunto, na Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

Segundo DONEDA, durante a década de 70, a *Secretary for health, education and welfare* reuniu uma comissão de especialistas que divulgou, em 1973, um estudo que concluiu pela relação direta entre a privacidade e os tratamentos de dados pessoais, além da necessidade de estabelecer a regra do controle sobre as próprias informações:

A privacidade pessoal de um indivíduo é afetada diretamente pelo tipo de divulgação e utilização que é feita das informações registradas a seu respeito. Um tal registro, contendo informações sobre um indivíduo identificável deve, portanto, ser administrado com procedimentos que permitam a este indivíduo ter o direito de participar na sua decisão sobre qual deve ser o conteúdo deste registro e qual a divulgação e utilização a ser feita das informações pessoais nele contida. Qualquer registro, divulgação e utilização das informações pessoais fora destes procedimentos não devem ser permitidas, por consistirem em uma prática desleal, a não ser que tal registro, utilização ou divulgação sejam autorizados por lei.

Hodiernamente, a situação é mais complexa. Vivemos a era informacional, onde a coleta e distribuição de dados tornou-se um mercado lucrativo para as grandes empresas e muitas vezes prejudiciais aos cidadãos comuns.

A aprovação da Lei Geral de Proteção de dados se fez de forma urgente, a partir de eventos traumáticos. O conhecido escândalo envolvendo a *cambrít analytique* e aconteceu em 2016, basicamente durante as eleições dos EUA. A empresa possuía escritório no Brasil e prestava serviços para partidos políticos, fato que motivou a aprovação da LGPD às pressas na esteira desse escândalo. A LGPD somente entrou em vigor totalmente em 01º de agosto de 2021 com as sanções administrativas.

Vale destacar que a Lei Geral de Proteção de Dados, em seu art. 1º, caput, prevê:

[...] dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Dessa maneira, a LGPD confere a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental à privacidade. Porém, como o próprio nome diz, ela é uma lei geral de proteção de dados e não uma lei de proteção dos titulares dos dados. Possui um caráter objetivo, protege uma determinada espécie de dados, mas não todos.

Vale lembrar que a aprovação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) também foi realizada após eventos traumáticos. A lei, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil foi sancionada em 2014, logo após o escândalo envolvendo Edward Joseph Snowden, que trabalhava para o governo dos EUA e revelou ao mundo a vigilância exercida pela CIA, através de grampos interceptações telefônicas realizadas em governos e autoridades no mundo todo, tendo inclusive envolvido a Presidenta do Brasil. Segundo consta em sua biografia, na ocasião era formado um sistema global de vigilância em massa: “Entre essas pessoas havia cerca de 320 milhões de cidadãos estadunidenses que, na conduta regular de sua vida cotidiana, estavam sendo vigiados em flagrante violação não apenas da Constituição dos Estados Unidos, mas dos valores básicos de qualquer sociedade livre.” (SNOWDEN, 2019).

Viver em sociedade no Séc. XXI exige, muitas vezes, a interconexão do indivíduo com a internet. Todavia, para que haja essa interconexão entre indivíduos e bancos, redes sociais, serviços médicos, correio eletrônico, comércio digital, entre outras infinitudes de prestações de serviços públicos e privados, é necessário que façamos *logins*, cadastros, senhas e etc. “Ou seja, o cadastro de dados é requisito imprescindível para constituição do sujeito digital de cada indivíduo” (BORGES, 2021).

Uma das grandes preocupações da atualidade são as consequências que os vazamentos de dados podem trazer aos cidadãos, o que confirma a tese de que existe uma real necessidade de inserção de dispositivos de proteção a pri-

vacidade de dados pessoais e digitais na Constituição Federal de 1988. Recentemente, foi noticiado em ampla escala, notícias acerca do maior vazamento de dados da história do Brasil, que afetou cerca de 223 milhões de brasileiros. Segundo informações<sup>1</sup>, “incluía, além dos 223 milhões de CPFs, informações sobre escolaridade, benefícios do INSS e programas sociais, renda, entre outras informações”. Ainda segundo o site, “os dados foram publicados por um criminoso em um fórum on-line dedicado a comercialização de bases de dados.”

Os operadores do direito estão constantemente em contato com possíveis violações dos direitos fundamentais que devem ser garantidos pelo Poder Público. De tal forma, devem zelar pela observância de tais direitos. Sendo assim, torna-se relevante e urgente a inserção do direito fundamental a proteção de dados nos meios digitais, conforme se tenciona a PEC 17 de 2019. A este respeito, falaremos no próximo capítulo.

### **3 A PEC 17 de 2019 e sua importância no âmbito jurídico**

Conforme vimos anteriormente, a LGPD é uma lei que possui caráter objetivo. A partir desse pressuposto, começou a existir certa urgência em inserir dispositivos legais que confirmam proteção aos dados pessoais do cidadão na Constituição Federal de 1988.

Fundamentado nessa teoria, nasceu a Proposta de Emenda a Constituição 17 de 2019. Em sua justificativa, além de citar a necessidade de regulamentação da proteção aos dados pessoais, devido ao avanço tecnológico, a PEC cita a LGPD:

“Convictos de que o Brasil necessita muito mais do que uma lei ordinária sobre o assunto, apesar da envergadura jurídica da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD), propomos a presente mudança à Constituição Federal. Nesta Proposta, também buscamos, além de instituir o direito fundamental à proteção de dados pessoais, também disciplinar questão tormentosa: a competência constitucional para legislar sobre o tema. Sabemos que existem diversas propostas de leis estaduais e municipais versando sobre o assunto, inclusive em flagrante réplica da LGPD. Não há racionalização nisso: a fragmentação e pulverização de assunto tão caro à sociedade deve ser evitada. O ideal, tanto quanto se dá com outros direitos fundamentais e temas gerais relevantes, é que a União detenha a competência central legislativa.”

O texto da referida PEC, que foi aprovado pelo Senado Federal em 20 de outubro de 2021 e segue agora para promulgação em sessão no Congresso Nacional, faz com que o texto constitucional passe a ter a seguinte redação:

1 G1 – Economia. Megavazamento de dados de 223 milhões de brasileiros. Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml> > Acesso em 18 de jul. 2021.

Art. 5º XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, **o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;**”

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXX – **proteção e tratamento de dados pessoais.” (grifos nossos)**

Assim, vemos que o legislador entende que a proteção aos dados pessoais “deve ser entendido e previsto no ordenamento jurídico como um verdadeiro consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.” (MELLO, 2021).

A proposta também obteve severas críticas por parte de alguns juristas. A este respeito, adverte Schreiber:

A PEC 17/2019 pode ter nascido das melhores intenções, mas labora em grave equívoco à luz da ciência jurídica. A alteração que pretende promover é desnecessária e perigosa. Em tempos em que o pudor com as instituições jurídicas parece decrescer a cada dia, convém preservar ao máximo o texto constitucional. A Constituição não é um espaço de afirmação de todas as pautas jurídicas do nosso tempo, mas sim um repositório dos valores fundamentais da sociedade brasileira. Alterar o texto constitucional é algo que deve ser feito com extrema cautela, e apenas em caso de real necessidade à luz do panorama doutrinário e jurisprudencial. Não é o caso da proteção dos dados pessoais, especialmente neste momento em que o tema vem de encontrar proteção adequada por meio da legislação ordinária. (SCHREIBER, 2019)

Essa discussão não é nova. Segundo o Instituto de Referência em Internet e Sociedade, o texto não foi aprovado integralmente pela Câmara dos Deputados, justamente pelo que alega o professor Schreiber, citado acima. Segundo o site do Instituto, o texto da PEC remove a “autonomia institucional da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Dessa forma, esse órgão regulador e fiscalizador da disciplina da proteção de dados pessoais no país seguem com a mesma composição institucional que tinha quando foi instituído<sup>2</sup>.”

Em outras palavras, segundo os críticos à época, ANPD não contaria com toda a autonomia desejável para um órgão dessa natureza, o que seria um retrocesso. Mas não foi o que aconteceu. A aprovação da PEC no senado foi comemorada pela ANPD. Segundo consta, a PEC foi aprovada de forma

2 A proteção de dados pessoais rumo à Constituição Federal: PEC 17/2019 aprovada na Câmara. Disponível em : < <https://irisbh.com.br/a-protecao-de-dados-pessoais-rumo-a-constituicao-federal-pec-17-2019-aprovada-na-camara/>> acesso em: 20 out. 2021

unânime pelo Senado, e conforme informações obtidas no site oficial do governo, a “PEC que atribui à União as competências de organizar e fiscalizar o tratamento dos dados pessoais dos indivíduos oferece agora “abrigo constitucional” ao funcionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), prevista na LGPD – Lei 13.709, de 2018.”

#### **4 Conclusão**

O presente texto propôs um estudo acerca da necessidade de inserção de limites rígidos na CF/88 no que tange a proteção dos dados pessoais/digitais do cidadão.

Os avanços no domínio digital estão cada vez mais moldando a vida dos indivíduos e da sociedade. Os dados são os impulsionadores da sociedade da informação. A revolução tecnológica trazida por meio da internet mudou as formas de se comunicar no mundo todo, trazendo consigo os riscos eminentes de violações a privacidade dos indivíduos nos meios digitais.

Esses desenvolvimentos exigem uma governança eficaz para proteger os interesses e necessidades básicas desses atores.

A partir daí, surge a necessidade de se dar maior atenção à matéria da proteção aos dados pessoais, especialmente pelo fato da captura dos nossos rastros digitais estarem sendo monetizados, como forma de direcionar as decisões dos cidadãos, muito além do campo consumerista, como também na política.

Conforme se avançou nas pesquisas, confirmou-se a importância dessa proteção como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico. Embora a LGPD proteja os dados, a sua proteção é limitada na forma objetiva. A divulgação de dados pessoais/digitais necessita obedecer a um caráter ético e normativo, evitando assim ferir o direito à privacidade do cidadão, garantidos pela Constituição Federal de 1988.

O reconhecimento da natureza interdependente dos direitos humanos e da necessidade da incorporação da proteção da privacidade nos sistemas de proteção social é hoje de suma importância.

O fato de existirem leis esparsas e previsão jurisprudencial acerca do tema, não exige o legislador de adequar a normativa constitucional e inserir a proteção de dados no rol dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que a simples menção ao sigilo das comunicações não se mostra suficiente para assegurar que os dados dos cidadãos não sejam extraídos e utilizados à margem da lei, inclusive com interesses escusos, até mesmo no campo da política, o que confirma a tese de justificativa da PEC 17 de 2019.

Assim, a PEC 17 de 2019 se mostra bastante relevante, pois constitucionaliza a proteção dos dados como direito fundamental e traz avanços significativos para seus usuários. Dessa maneira, sendo os direitos fundamentais respeitados, garantimos uma sociedade justa, fraterna e igualitária.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)> Acesso em 20 out. 2021

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Senado Federal aprova Proposta de Emenda à Constituição 17 (PEC 17/2019) que inclui a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais**. Disponível em <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/senado-federal-aprova-proposta-de-emenda-a-constituicao-17-pec-17-2019-que-inclui-a-protecao-de-dados-pessoais-no-rol-de-direitos-e-garantias-fundamentais>> acesso em 21 out. 2021.

BORGES, Sabrina Nunes. **A revolução da internet e os dados pessoais**. In Temas de Estado de Direito e Tecnologia. MORAIS, José Luís Bolzan de; LOBO, Edilene (Orgs.). Porto Alegre, RS. Editora Fi. pág. 173.

**Declaração Universal dos Direitos Humanos**. <[https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf)> Acesso em: 02 de nov. 2021

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Article in Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL] · December 2011. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/277241112>> acesso em 25 out. 2021

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. **Tecnologia Jurídica & Direito Digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. **A proteção de dados pessoais rumo à Constituição Federal: PEC 17/2019 aprovada na Câmara**. Disponível em : < <https://irisbh.com.br/a-protecao-de-dados-pessoais-ru-mo-a-constituicao-federal-pec-17-2019-aprovada-na-camara/>> acesso em: 20 out. 2021

HIRATA, Alessandro. **Direito à privacidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade> acesso em 25 out. 2021.

MELLO, Juliana Leal de. **O direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental**. Julho de 2021. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/91982/o-direito-a-protecao-de-dados-pessoais-como-um-direito-fundamental>> acesso em: 28 out. 2021.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. Pág. 08

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, págs. 72,73.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos de Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013, pág. 135.

SCHREIBER, Anderson. **PEC 17/19: uma análise crítica**. Disponível em: < <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/734618692/pec-17-19-uma-analise-critica> > acesso em: 01 nov. 2021

SNOWDEN, Edward Joseph. **Eterna vigilância**. Tradução de Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: Planeta do Brasil. 2019

# CIBERDEMOCRACIA: UMA ÁGORA DIGITAL?

**Rossana Teresa Curioni Mergulhão**

Doutoranda pela Universidade Nove de Julho – São Paulo-SP. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – Bauru-SP. Pós graduada em Antropologia pela Universidade do Sagrado Coração – Bauru-SP. Magistrada e Docente.

## **Resumo:**

O presente trabalho visa analisar os efeitos que as novas tecnologias provocam na sociedade contemporânea, hiperconectada, frente à quarta revolução industrial; se o ciberespaço é adequado para o exercício pleno de uma democracia. A atualidade revela-se no fato de que a digitalização, a virtualização ocorre não somente nos meios de produção, mas também das relações interpessoais, portanto, no âmbito político, jurídico também haverá impactos, atingindo a promoção ou a violação dos direitos humanos. Busca-se traçar um paralelo entre o conceito de democracia e o exercício do ciberespaço para a promoção dos direitos fundamentais; identificar, em última análise, as influências que a democratização do acesso à informação, à comunicação, e por outro lado, a desinformação, podem influenciar na estabilidade democrática em aspectos eleitorais e de promoção dos direitos humanos. O método de abordagem adotado no desenvolvimento da pesquisa é o indutivo, em uma perspectiva histórica, jurídica, crítica e comparativa. Utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica e documental para delimitar o conceito de democracia e o seu impacto pela utilização do ciberespaço diante de fenômenos como as chamadas fake news, o discurso de ódio e o denominado fosso digital existente em uma sociedade desigual, evidenciada pela pandemia do coronavírus.

**Palavras-chave:** Ciberdemocracia; Democracia; Ciberespaço; Ágora digital.

## **1 Introdução**

A contemporaneidade, marcada por novos hábitos, novas formas de relacionamento, impacta em todos os setores da vida social e também na vida política.

No ano de 2002, Pierre Lévy, filósofo francês, anunciava uma nova possibilidade para a democracia, denominando-a de ciberdemocracia.

É certo que os fatos não se desenvolveram de forma tão harmônica como imaginada, na ocasião. Na atualidade, outros estudiosos analisam o

tema, com vistas ao comportamento social nas redes.

Assim, diante dessa mudança, a partir do ciberespaço, seria possível pensar em uma nova *Ágora*? Seria plausível falar-se em exercício democrático nesse novo ambiente? O debate público virtual contribui para uma participação democrática?

Considerando o limite imposto, pela natureza do presente trabalho, analisam-se as questões, partindo-se do conceito de democracia no sentido clássico e chega-se ao pensamento atual, de forma suscinta, onde se considera a atuação num ciberespaço, para se concluir se é possível considerá-lo como uma nova *Ágora*.

## 2 O conceito de democracia na antiguidade e na modernidade

Para falarmos em ciberdemocracia, é importante delimitar o conceito de democracia, observando-se que esse conceito é um daqueles conceitos que todos sabemos, mas no momento de definir, caímos em alguma armadilha.

O que seria democracia? Pressuporia a necessidade de eleições diretas, acesso a cargos públicos, ter direitos, respeito à vontade da maioria, ter liberdade de imprensa?

Os autores clássicos vão conceituar a democracia como sendo o regime político em que a soberania é exercida pelo povo. Os cidadãos são os detentores do poder e confiam parte desse poder ao Estado, para que possa organizar a sociedade.

Os principais mecanismos da nato democracia eram “Assembleia do Povo” - *Ekklesia* e, o “Conselho dos Quinhentos” - *Boulé* (SANTOS, 2013).

A história nos ensina que o termo democracia tem origem grega, podendo ser etimologicamente dividido da seguinte maneira: *demos* (povo), *kratos* (poder). Em geral, democracia é a prática política de dissolução, de alguma maneira, do poder e das decisões políticas em meio aos cidadãos. A democracia ocidental tem origem em Atenas, sendo que os gregos antigos teriam criado a ideia de cidadania, que se estendia àquele que é considerado cidadão e poderia, portanto, exercer o seu poder de participar da política da cidade (SANTOS, 2013).

O pensamento contemporâneo, a partir de Robert Dahal, cientista político (1915-2014), no clássico livro *Poliarquia*, de 1971, ao investigar as condições necessárias para a democratização, usou este termo, em tradução literal, “governo de muitos”, para se referir ao grau máximo de democratização alcançado pelas nações desenvolvidas do Ocidente, daquele momento (POLITIZE).

Essa escolha se deu porque, em sua concepção, nenhuma das poliárquias conseguia chegar ao ponto de ser chamada de democracia plena. Ele sustenta que não temos um conceito de democracia, mas graus de desenvolvimento democrático. Segundo Dahal, duas condições são necessárias para um país ser uma poliarquia plena: contestação do governo e participação pública.

A primeira delas é a capacidade e a liberdade que grupos de oposição têm para contestar as decisões de quem está no poder e de tentar tomar o seu lugar em eleições justas e regulares. Já a participação se refere ao tamanho da parcela da população que pode se envolver nas decisões políticas, seja por meio do voto ou do trabalho na administração pública. Resumindo em uma frase: é a abertura do sistema político aos seus cidadãos.

Para deixar os conceitos mais claros, Dahl os esquematiza em diagramas (POLITIZE), de forma que seria possível colocar uma sociedade no diagrama de acordo com seus níveis de competição e participação. Quanto maior a competição e a participação, mais próxima ela estaria de ser uma poliarquia. Conforme suas características, as sociedades podem ocupar outros espaços nesse esquema, uma vez que as duas condições não necessariamente se desenvolvem ao mesmo tempo.

Dahl apresenta alguns critérios para analisar os graus de democracia, critérios para aferir um sistema democrático como: eleições livres, justas e regulares; funcionários eleitos representantes pelo povo; sufrágio inclusivo; direito de concorrer a cargos eletivos; liberdade de expressão; fontes de informações variadas, pontos de vistas alternativos, que não sejam hegemônicos; autonomia associativa, capacidade de as pessoas se agruparem.

Robert Dahl então entende que não há uma definição fechada e sim graus até poder-se chegar à democracia plena.

Qual a relação do conceito de democracia com a Ciberdemocracia? Assim, passamos a analisar esse contexto.

### **3 Ciberespaço e ciberdemocracia**

#### **3.1 Ciberespaço**

A democracia é exercida num espaço e a ciberdemocracia, num ciberespaço, noção que vem da quarta revolução industrial (SCHWAB). A primeira nos propiciou a mecanização, com o surgimento da máquina a vapor; a segunda, a eletricidade; a terceira, a automatização, enquanto que a quarta, que vivenciamos, é a fase da internet das coisas, da hiperconectividade, que com a pandemia (COVID-19) foi acelerada, modificando de forma considerável a rotina familiar, social e profissional.

Nessa quarta revolução, surge o mundo digital, onde não há barreiras, não há fronteiras, por isso, navegamos na internet, um mar sem obstáculos. Vivemos numa era de hiperconectividade, era da inteligência artificial, em que os algoritmos, algo difícil de explicar e entender, trabalham com os nossos dados pessoais a todo instante e essa hiperconectividade tem como consequências: a importância dos dados (petróleo do Século XXI), matéria-prima da big techs; a formação de bolhas, desde o jurássico orkut, msn, etc, até os aplicativos mais modernos, feitos para conectar, mas que também nos desconectam.

Vivemos em bolhas, no Brasil, por exemplo, no campo da política partidária, há polarização, fenômeno não só brasileiro, mas mundial (EMPOLI,

2019). Seleccionamos nossos contatos de acordo com as nossas preferências pessoais, se há algo que nos deprima, paramos de seguir ou não seguimos; fechamo-nos em bolhas. Assim é que por meio da inteligência artificial, somos informados somente daquilo que queremos e acreditamos. Nossa sociedade é formada de bolhas. Nosso ambiente cibernético é de bolhas, que não são o mundo. E assim, surge um primeiro problema e viver em bolhas, os algoritmos (BARROS, 2017) trazem o que queremos, somos conduzidos.

Fala-se em política quântica. “Com a política quântica, a realidade objetiva não existe. Cada coisa se define provisoriamente, em relação a uma outra, e, sobretudo, cada observador determina sua própria realidade” (EMPOLI, 2019, p. 174-5), mesmo que para isso seja preciso negar a realidade mais evidente. Chama-se a isto de negacionismo (FRANÇA e MUNEIRO, 2020).

França e Muneiro (2020), analisando a obra de Empoli, observam que

Cada pessoa vive em sua própria bolha, constituindo uma incapacidade atávica de se colocar no lugar do outro. No fundo, não se trata de ter uma opinião sobre determinado fato, mas as bolhas colaboram para que todos tenham seus próprios fatos e construam sua própria realidade.

Nesse aspecto, Empoli assim se posiciona:

A política quântica é plena de paradoxos: bilionários se tornam os porta-estandartes da cólera dos desvalidos; os responsáveis por decisões públicas fazem da ignorância uma bandeira; ministros contestam os dados de sua própria administração. O direito de se contradizer e ir embora, que Baudelaire invocava para os artistas, virou, para os novos políticos, o direito de se contradizer e permanecer, sustentando tudo e seu contrário, numa sucessão de tweets e de transmissões ao vivo no Facebook que vai construindo, tijolo após tijolo, uma realidade paralela para cada um dos seguidores (EMPOLI, 2019, p. 176).

E aqui, é importante perguntar: é possível exercer a democracia dentro desse contexto? A ciberdemocracia seria a nova *Ágora* digital?

Lembrando que *Ágora* era o espaço público em que os cidadãos gregos (homens, livres e gregos) se reuniam para tomar decisões, para exercer a democracia, não participavam mulheres, escravos e ex-escravos, ou seja, a ideologia possuía suas falhas (JAPIASSU; MARCONDES, 2006).

### 3.2 Ciberdemocracia

O tema surge, na pós-modernidade, sendo objeto de estudo, a partir de Pierre Lévy, na obra de mesmo nome, publicada no ano 2000.

Analisando os estudiosos, identificamos visões bem distintas. Uma visão otimista de Pierre Lévy, filósofo tunisiano, no sentido de que teríamos um espaço novo para o exercício democrático; não dependeríamos mais de uma imprensa para informar, qualquer um teria acesso à internet, à rede mundial

de computadores; todos teríamos direito à informação sem intermediários formais para debater determinado assunto.

Santos (2013) compartilha da ideia de Lévy, no sentido de que o ciberespaço poderia servir de espaço para fóruns virtuais, visando uma troca de opiniões, desenvolvendo uma verdadeira *Ágora* virtual, transformando a democracia numa Ciberdemocracia.

Pontua Lévy (2000, p. 60):

As inovações técnicas abrem novos campos de possibilidades que os atores sociais negligenciam ou apreendem sem qualquer pretensão mecânica. Um vasto campo político e cultural, quase virem, abre-se para nós. Poderíamos viver um desses momentos extremamente raros em que uma civilização inventa a si própria, deliberadamente.

Na mesma esteira Santos (2013), utilizando-se do posicionamento de Lévy, assim se posiciona:

Lévy (2000) relata que é necessário promover espaços de integração para desenvolver a prática democrática. Nesse sentido, o ciberespaço apresenta-se como um mecanismo de discussão pública, colocando em prática uma “civilização acompanhada por computador” (LEVY, 2000, p. 67). Nesse local é valorizado o indivíduo que é mais cooperativista, urbano e desenvolvedor de variedades, ao contrário dos moldes tradicionais da democracia, em que se destaca o mais hábil em assumir o poder ou de transformar as multidões anônimas em categoria principal.

Muito embora em tempos diferentes, Byung-Chul Han (2018) traz uma visão diversa do ciberespaço, da qual podemos dizer que não é possível o exercício da democracia no ciberespaço. O autor traz a ideia do panótipo digital; todos se vigiam e você oferece seus dados, você se expõe e a cada clique você deixa rastros, tudo é percebido, tudo é coletado, tudo é registrado. Na internet, no ciberespaço, ao contrário do sustentado por Pierre Lévy, o ambiente virtual se mostrou desrespeitoso, as pessoas ficam à vontade para desrespeitar. Não há limites entre as pessoas, que agem como enxame. A individualidade na rede acaba se exteriorizando em efeito manada, sem reflexão.

Filósofo sul-coreano de formação alemã, Byung-Chul Han é o autor do livro ‘No Enxame: perspectivas do digital’, traduzido no Brasil em 2018, e reforça sua posição crítica por meio de diversos ensaios que tem realizado sobre a condição atual do cotidiano. O autor resume “embriagamo-nos hoje em dia da mídia digital, sem que possamos avaliar inteiramente as consequências dessa embriaguez. Essa cegueira e a estupidez simultânea a ela constituem a crise atual” (HAN, 2018, p. 13).

Da leitura da obra, podemos identificar o pensamento do autor, acima resumido, a partir do posicionamento trazido por Teixeira Filho (2020):

É nesse sentido que a contribuição do filósofo marca o digital como um lugar, uma definição específica de espaço e tempo artificiais, ocupado por um agrupamento sem poder de ação coletiva. Esse cotidiano se caracteriza pela inversão do eletrônico para o digital, que acompanha a mudança de uma massa com poder de articulação conjunta, para um aglomerado de pessoas centradas em questões individuais, isoladas, sem voz sintetizadora (HAN, 2018).

O início da obra é dedicado às práticas comunicacionais, isto é, efetivamente à participação dos atores em rede. Os seis primeiros capítulos fornecem um panorama sobre a embriaguez exposta na apresentação. Além da concepção de enxame, a perda de respeito é discutida como processo da aparente proximidade entre sujeitos, que espetacularizam e escandalizam. A falta de respeito fomenta a participação do enxame em polêmicas, mas de curta duração e com pouca mobilização do diálogo – as “shitstorms”. A ausência da mediação institucional, de especialistas para mediar análise de conjecturas, potencializa a participação opinativa do enxame, muitas vezes sem qualquer base informacional robusta, que culmina para o autor, apenas na reflexão do próprio eu e suas demandas, já que não se colocam mais as pessoas em contato com suas totalidades. Em especial, as imagens ocupam destacado lugar identitário, acompanhadas de edições iconoclastas que visam ao desempenho. (...)

Nesse contexto contemporâneo, caracterizado pelas relações virtualizadas, identificamos alguns fenômenos que passam a atuar de forma determinante, para a resposta da problematização analisada.

### **3.3 Fenômenos sociais contemporâneos**

#### **3.3.1 Fake News**

Com efeito, para podermos responder se o ciberespaço seria uma nova *Ágora*, não podemos ignorar a desinformação, as chamadas Fake News, que obviamente não nascem com a internet, mas tornam-se incontroláveis, no atual contexto; o discurso de ódio, a mentira e as agressões que permeiam as manifestações, não se pode chamá-las de debates, ante à polarização e a vivência em bolhas.

Embora não seja algo novo, as Fake News na pós-modernidade encontram seu campo fértil para propagação, diante da velocidade com que se espalham as notícias ou as inverdades e passou a ser objeto de estudo (PINTO et al, 2020).

Segundo Allcott e Gentzko (2017), fake news são notícias falsas e passíveis de verificação que têm por objetivo enganar o leitor. Aymanns et al. (2017) apontam duas possibilidades para interpretá-las: (1) como aquelas de cunho humorístico que podem ser facilmente desmentidas, cujo conteúdo cômico motiva o compartilhamento; e (2) como aquelas usadas enquanto instrumento de convencimento, em que não há indício de inverdade no seu conteúdo.

Para Wardle (2017), o termo “fake news” não consegue descrever a complexidade desse fenômeno, já que este não trata apenas de notícias falsas, mas de todo um ecossistema de informação.

A autora aponta a existência de pelo menos sete categorias de desinformação que o termo é capaz de contemplar, e estas são dispostas em escala crescente de acordo com a intenção de enganar: (i) a sátira ou paródia, que objetiva o entretenimento e não possui intenção de prejudicar; (ii) a falsa conexão, em que existem elementos de imagem que não correspondem ao conteúdo; (iii) o conteúdo enganoso, em que uma informação falsa é usada para se referir a uma pessoa ou assunto; (iv) o falso contexto, quando se relacionam dados falsos a um conteúdo verídico na sua divulgação; (v) o “conteúdo imposto”, quando elementos falsos são associados a fontes genuínas; (vi) a manipulação deliberada de conteúdo com o objetivo de induzir ao erro; e (iv) a informação fabricada com conteúdo integralmente falso para propagar uma mentira (PINTO et al, 2020).

Importante também, observar que cabe a discussão de elementos culturais e políticos que favorecem a propagação de fake news. Como exemplo, verificou-se no Brasil uma queda na confiança na imprensa e nas instituições governamentais. Este cenário, alinhado a uma polarização política e social no país, corrobora um direcionamento das pessoas a se informarem por meio das redes sociais (JOHANN, 2018; BRITO CRUZ et al., 2019; LEMOS, 2019). Ortellado (2018) vincula a polarização política brasileira às redes sociais como explicação para o que ele chamou de “surto” das fake news no Brasil.

### 3.3.2 Discurso de ódio

No que toca ao discurso de ódio, outro elemento que permeia o cotidiano virtual, não pode ser desconsiderado, no presente trabalho. Com efeito, sem liberdade de expressão, não há democracia. Ela ocupa o centro nevrálgico de uma estrutura democrática (GARGARELLA, 2011, p. 30) e, por isso, no Brasil, tem lugar de destaque na Constituição Federal, inscrita no artigo 5º, inciso IX.

No plano dos tratados internacionais, da mesma forma, a liberdade de expressão apresenta a mesma relevância, de maneira especial no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no artigo 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.

Porém, em uma democracia, sob o manto da proteção da liberdade de expressão, podem ocorrer manifestações de intolerância e discriminação contra grupos vulneráveis, como negros, indígenas, homossexuais, mulheres e minorias religiosas e, por óbvio, isso não pode ser tolerado e entendido como exercício regular de um direito.

A doutrina nos fornece conceitos. Para Winfried Brugger (2007, p. 151), o discurso do ódio está vinculado à utilização de palavras “que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade,

nacionalidade, sexo ou religião” ou ainda à sua potencialidade ou “capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.

Samanta Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 97) define o discurso de ódio como a manifestação de “ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”.

Alvaro Paul Diaz (2011, p. 575) destaca que o discurso do ódio deve ser mais que uma manifestação de antipatia, deve indicar a hostilidade contra determinado grupo<sup>1</sup>. É importante, nesse caminho, destacar a necessidade de analisar os elementos discriminação e externalidade do discurso do ódio, bem como seu caráter segregacionista (SILVA, 2011), e visualizar a posição dos que protagonizam o fenômeno, os contaminados pelo teor da fala repugnante e os atingidos.

Silva (2011) apresenta a seguinte definição:

O discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade. A existência do discurso de ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar.

Conforme se observa, na análise crítica dos modelos conceituais e que no conceito de Meyer-Pflug, a incitação à discriminação é o elemento nuclear para a identificação desse discurso. Com a intenção de reforçar tal classificação, ajustando-a a um novo olhar sobre o tema, pode-se dizer que a produção de ódio passa também por fases preparatórias, como o estímulo ao preconceito, na perspectiva de ativar no grupo dominante “percepções mentais negativas em face de indivíduos e grupos socialmente inferiorizados” (RIOS, 2008, p. 15).

Além disso, no conceito de Meyer-Pflug apresenta-se um reduzido número de critérios de proibição de discriminação<sup>2</sup>, pois descreve apenas discriminação racial, social ou religiosa como conteúdos possíveis do discurso de ódio, deixando de fora, por exemplo, a discriminação por sexo, gênero, orientação sexual e identidade. É perceptível um déficit nesse quesito também

---

1 “Debe notarse que el hate speech ‘va más allá de la simple expresión de rechazo o antipatía’, ya que ‘trata de promover la hostilidad contra las personas respecto de quienes se dirige la conducta discriminatoria’”.

2 Observação feita, comparando-se com a Convenção Interamericana contra Todas Formas de Discriminação e Intolerância.

quando comparado ao conceito apresentado por Daniel Sarmiento (2006, p. 54-55) que define o fenômeno como “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental ou orientação sexual, dentre outros fatores [...]”.

No tocante às possíveis consequências do discurso de ódio, a definição de Winfried Brugger (2007) apresenta uma série de verbos nucleares, capazes de descrever o fenômeno de forma mais abrangente, tanto com relação aos seus efeitos imediatos (insultar, assediar, intimidar), quanto aos efeitos mediatos (instigar a violência ou discriminação).

### 3.3.3 Fosso digital

Ainda de ser lembrado do chamado fosso digital, ou seja, a diferença de posições do indivíduo, na relação com a tecnologia, mormente a tecnologia da informação, que vai desde a total falta de acesso à internet, lembrando que em outros cantos do mundo também, mas no Brasil, nosso objeto de análise, em muitos lugares ainda não chegou a segunda revolução industrial, muitos ainda vivem sem acesso ao fornecimento de energia elétrica, até falta de conhecimento de como utilizá-la, muitos não sabem como operacionalizar a internet, tudo isso acaba impactando na atuação e resultados. Esse cenário, de ser consignado, não é somente brasileiro.

Metade da população do planeta ainda não tem acesso à internet. Grande parte da África, por exemplo, luta por uma boa rede de comunicações e pela literacia digital. Uma realidade exposta pela pandemia do novo coronavírus, que obrigou ao encerramento de escolas, deixando alguns alunos sem alternativas de aprendizagem (EMBLING, 2020).<sup>3</sup>

Desse modo, a ideia de divisão digital, nesse contexto, é usada para se referir à distância entre grupos sociais em relação ao acesso e uso das tecnologias da informação e comunicação. O fosso digital pode ser causado por questões econômicas, sociais ou geográficas, dentre outras possibilidades. Quando existe essa lacuna, há um grupo de pessoas que pode acessar e usar as ferramentas tecnológicas regularmente, enquanto outro grupo não tem essa possibilidade. Essa divisão digital gera uma desigualdade de oportunidades, sem acesso à tecnologia, não é possível usar as informações para gerar novos conhecimentos.<sup>4</sup>

Como fica quem não tem internet ou quem tendo não saber utilizar? Verifica-se em tempos pós modernos, um outro fenômeno, que é a exclusão digital, que não se coaduna com democracia.

A internet hoje é parte integrante da vida social, muito embora ainda não universalizada, por tal razão as Nações Unidas, publicou em maio de

3 Disponível em: <https://pt.euronews.com/next/2020/07/16/pandemia-expoe-fosso-digital>

4 <https://br.erf-est.org/1036-brecha-digital.html>.

2011, relatório declarando que o acesso à internet é um direito humano, uma ferramenta poderosa para o aumento da transparência na condução dos poderes, acesso à informação e para facilitar a participação ativa dos cidadãos na construção de sociedades democráticas<sup>5</sup>.

Portanto, embora não se negue a importância, não se pode afirmar que o ciberespaço seria um espaço adequado para o exercício da democracia. É certo que se presta ao aperfeiçoamento, como aliás já temos.

Diante desse contexto histórico, podemos afirmar que a internet oportuniza ao cidadão sair da condição de mero expectador das ações públicas para a classe de agente transformador?

O fato de termos atendimento virtual, possibilidade de acesso a informações pela via virtual, isso configuraria instrumental para afirmarmos que a democracia estaria sendo exercida, pelo fato de termos acesso aos serviços pela via e-gov, no Brasil, como carteira nacional de habilitação, carteira de trabalho, saques de auxílios emergenciais como os criados por ocasião da pandemia que vivenciamos?

Pierre Lévy, nos anos 2000, ao falar no “governo eletrônico”, afirmava que sim, a internet aproxima o cidadão do governo:

O caso dos Estado Unidos não é, de forma alguma, isolado. Na maior parte dos países avançados, as iniciativas multiplicam-se no sentido de simplificar os procedimentos administrativos, tornar os processos de produção da lei mais transparentes, aproximar o governo do cidadão pela via da internet (LÉVY, 2003, p. 102).

No Brasil, assim como em várias partes do mundo, verifica-se a existência de várias ferramentas de relacionamentos entre cidadão e o governo, mas por si só, garante a validação de que o ciberespaço seria um novo espaço, uma nova praça pública para debates políticos?

## Considerações finais

Diante da pesquisa realizada e das observações trazidas, pode-se ter uma visão atual do ambiente virtual em que as pessoas se relacionam. É certo que a tecnologia da informação apresenta inúmeros pontos positivos, porém não só. Os pontos negativos também se apresentam e transformam o cotidiano humano e, sob a ótica ora tratada, atuam de forma a provocar uma reflexão, no campo político. Passa-se, pois, às conclusões até aqui verificadas. No nosso entender, o ciberespaço não pode ser considerado uma nova *Ágora*. Entre aqueles que têm acesso à internet, direito humano, reconhecido pelas Nações Unidas, longe de ser o esperado e prenunciado por Lévy, o ciberespaço mos-

5 NAÇÕES UNIDAS. Relatório. **Report of the special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Fank La Rue**, 16 mai 2011. Disponível em: [https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf) Acesso em 30 jul. 2021.

tra-se segmentado, desagregador, constituído de bolhas, que colaboram para que todos construam a sua própria realidade. A amplitude de acesso e a possibilidade de um diálogo aberto e plural, portanto, não se verifica, na medida em que as pessoas se centram em questões individuais. A desinformação desenfreada, ditada por uma falta de mediação responsável e de inexistência de um espírito reflexivo e o discurso de ódio acirram as discriminações.

Se o diálogo, o debate público entre aqueles que têm acesso à internet não se estabelece, como se espera num ambiente democrático, já que somente se dá entre os iguais em opiniões, por outro lado, há um grande número de indivíduos sem um acesso material e muitos outros, sem acesso substancial, pois sem qualquer conhecimento da extensão do funcionamento e consequências do uso da tecnologia da informação, fato que atua na construção de uma divisão digital, o chamado fosso digital, que também marginaliza, exclui!

Assim, conclui-se, nesse ponto da pesquisa, que a chamada ciberdemocracia não deve ser compreendida enquanto um fim em si mesmo, como um espaço democrático para a internet e para tomada de decisões. Ao contrário, a utilização da internet como um fim em si mesmo para tomada de decisões, além de não fortalecer a democracia, pode colocá-la em risco, diante de manipulações de processos eleitorais e promoção do discurso de ódio, em evidente violação aos direitos humanos fundamentais.

Porém, a ciberdemocracia deve ser compreendida, para a promoção e garantia dos direitos humanos, enquanto procedimento de implementação de procedimentos tecnológicos para o aperfeiçoamento e consolidação da democracia, observando-se que isso somente se fará, se for universalizado o acesso à internet, acompanhado de uma educação digital. Democracia, seja na Ágora física ou digital não se coaduna com exclusão e irresponsabilidade!

## Referências

ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social media and fake news in the 2016 election. **Journal of economic perspectives**, v. 31, n. 2, p. 211-236, 2017;

AYMANN, C.; FOERSTER, J.; GEORG, C. P. Fake News in Social Networks. **University of St. Gallen, School of Finance Research Paper**, n. 2018/4, 2017;

BARROS, C. J. **Algoritmos das rede sociais promovem preconceito e desigualdade, diz matemática de Harvard**. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42398331>. Acesso em 11 ago. 2021;

BRASIL. Conselho Federal de Administração. **Revoluções industriais**. Disponível em: <https://cfa.org.br/as-outras-revolucoes-industriais/>. Acesso em 15 ago. 2021;

BRITO CRUZ, F. (coord.); MASSARO, H.; OLIVA, T.; BORGES, E. **Internet e eleições no Brasil: diagnósticos e recomendações**. InternetLab, São Paulo, 2019. Disponível em: [https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/09/policy-infopol-26919\\_4.pdf](https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/09/policy-infopol-26919_4.pdf). Acesso em 15 ago. 2021;

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público**, Porto Alegre,

ano 4, n.15, p. 117-136, jan./mar. 2007;

DAHL, Robert A. Tradução: PACIORNIK, Celso Mauro. **Poliarquia: participação e oposição**. 1ª edição. São Paulo: EDUSP. 1997;

DIAZ, Alvaro Paul. La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. **Revista Chilena de Derecho**, v. 38, n. 2, p. 503-609. 2011;

EMBLING, Damon. **Pandemia expõe fosso digital**. 2020. Disponível em: <https://pt.euronews.com/next/2020/07/16/pandemia-expoe-fosso-digital>. Acesso em 20 ago. 2021;

EMPOLI, Giuliano da. Tradutor: BLOCH, Arnaldo. **Os engenheiros do caos. Como as Fake News, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições**. 1ª edição. Editora Vestígio. 2019;

FRANÇA, Fagner Torres de; MUNEIRO, Lilian Carla. **Resenha “Os Engenheiros do Caos”**. 2020. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/rizoma/article/view/15242>. Acesso 23 ago. 2021.

HAN, Byung-chul. **No Enxame: perspectivas do digital**. Trad. Lucas Machado. Petrópolis: Vozes, 2018;

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Democracia. Dicionário básico de filosofia. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006;

JOHANN, W. **O jornalismo digital na era da desinformação**. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/o-jornalismo-digital-na-era-da-desinformacao-b53565hbw5xk0cbig7wzjcezq/>. Acesso em: 27 jul. 2021;

LE MOS, Manoel. **ESTADÃO. A era da desinformação**. 2019. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/inovacao,a-era-da-desinformacao,70002915133>. Acesso em: 27 jul. 2021;

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço**. 3ª. ed. São Paulo: Loyola, 2000;

\_\_\_\_\_. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003;

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

NAÇÕES UNIDAS. Relatório. **Report of the special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Fank La Rue**, 16 mai 2011. Disponível em: [https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf) Acesso em 30 jul. 2021;

RIOS, Roger Raup. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008;

SANTOS, Diego Fruscalso. **A invenção da ciberdemocracia: o conceito de democracia na era do ciberespaço**. 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4070/Diego%20Fruscalso%20dos%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso 10 julh. 2021;

SCHWAB, Klaus Martin. Quarta Revolução Industrial. **Revista RBA**. Edição 132, pp 22-68. Disponível em: <https://online.flippingbook.com/view/444900/24/> . Acesso 01 ago. 2021;

TEIXEIRA FILHO, Clóvis. **O digital como lugar do exame – perspectivas para explorar a comunicação e o consumo a partir de Byung-Chul Han**. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/signosdoconsumo/article/view/164100>. Acesso em 10 ago. 2021;

PINTO, Mariana Flores; SBICCA, Adriana; CASONATO, Lucas. **Uma análise do fenômeno ‘fake news’ com base na Economia Comportamental**. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/eed/article/view/49203/pdf>. Acesso em 22 ago. 2021;

POLITIZE. **O que é poliarquia?** Disponível em <https://www.politize.com.br/poliarquia/>. Acesso 10 julh. 2021;

ORTELLADO, P. **Trecho publicado de entrevista concedida ao Manual de Credibilidade**. 2018. Disponível em: <https://www.manualdacredibilidade.com.br/desinformacao>. Acesso em 30 ago. 2021;

ORGANIZAÇÃO ESTADOS AMERICANOS. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 18 ago. 2021.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/view/12839939/a-liberdade-de-expressao-eo-problema-do-hate-daniel-sarmento>. Acesso em: 4 ago. 2021;

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. **Discurso de ódio Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34594.pdf>. Acesso em 23 ago. 2021;

SILVA, Rosane Leal da; Nichel, Andressa; Borchardt, Carlise Kolbe; Martins, Anna Clara Lehmann. Discurso do ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v.7, n. 2, p. 445-467, jul./dez. 2011;

WARDLE, C. Fake news. It’s complicated. **First Draft**, v. 16, 2017. Disponível em: <https://medium.com/1st-draft/fake-news-its-complicated->. Acesso em 16 ago. 2021.

# PEDOFILIA E TECNOLOGIA

**Daniela Medeiros de Castro Barreto**

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

**Melline Castro Chiozzi**

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

O presente artigo trata sobre o impacto que a tecnologia traz para o mundo contemporâneo, especificamente para os direitos fundamentais da criança e do adolescente, em face do crime de pedofilia. O estudo foi feito por meio de doutrina especializada, bem como pela legislação internacional e a legislação nacional brasileira. Neste trabalho busca-se fazer uma análise da evolução da legislação frente ao desafio do uso virtual para a realização de práticas pedófilas e como a lei vem se adaptando para um enfrentamento eficiente desta questão.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Pedofilia e pornografia infantil; Crimes cibernéticos; Legislação brasileira; Legislação internacional.

## **Introdução**

O que há poucas décadas era considerado ficção hoje faz parte quase que essencial da vida de todos. É praticamente impossível imaginar um mundo sem internet e celulares. Estes são praticamente uma segunda pele para a maioria das pessoas. São inúmeros os avanços alcançados com o uso destas tecnologias em todas as áreas, seja do conhecimento, do processamento e armazenamento de informações, do entretenimento, e outros.

O acesso democrático a todo tipo de conteúdo de forma instantânea, sem deslocamento, sem fronteiras, com a facilidade do anonimato permitiu que a prática de ações pedófilas por meios cibernéticos alcançasse patamares altíssimos.

A pedofilia não possui descrição no ordenamento jurídico brasileiro. É uma desordem descrita na psiquiatria. Pela medicina o pedófilo é o indivíduo que tem fantasias sexuais com crianças. Sejam elas postas em prática, ou não.

Sim, esses desejos podem ser reprimidos e os indivíduos, por autodeterminação, podem nunca vir a pô-los em prática, porém com todas as facilita-

des proporcionadas pela navegação anônima, no “conforto” do lar, se antes havia barreiras externas dificultadoras ao extravasamento destes pensamentos em ações, hoje elas são pouquíssimas e com isto o número de sites com conteúdo de pornografia infantil é enorme.

Os crimes cibernéticos, em geral, são práticas recentes, o desenvolvimento tecnológico caminha muitos passos à frente da produção de leis que permitam sua regulamentação. Novos tipos criminais são descritos, e normas de fiscalização precisam ser revistas, já que há embates entre princípios como o da violação da privacidade.

## **Crimes cibernéticos**

A internet é uma das áreas de desenvolvimento tecnológico que evolui com maior rapidez. As tecnologias de informação e comunicação (TIC) estão presentes em todos os setores da modernidade e cada vez mais a tendência é que tudo passe a ser digitalizado. A demanda pela internet e conectividade entre computadores tem amarrado setores que antes eram independentes, mas que atualmente seria impossível que operassem sem o uso das TIC (GERCKE, 2012).

Devido a velocidade destes avanços ocorre uma desatualização da legislação que as regulamenta, já que o Direito e os governos não conseguem responder na mesma proporção e rapidez. A sociedade está sempre em movimento, porém com as TIC, o ritmo das transformações, mudanças de padrões e comportamentos não tem permitido uma adaptação das leis e de sua interpretação de forma eficiente. A premissa de que “a todo impacto nas relações humanas corresponde igual reação no Direito” parece não se aplicar tão prontamente em se tratando das TIC. Isto é principalmente preocupante no que se refere ao mau uso destas tecnologias, já que na execução de crimes cibernéticos, as leis estão sempre um passo atrás. (BRANT, 2003; COUTINHO, 2008).

Enfim, ainda temos uma legislação fraca quanto ao Direito de informática, pois a tecnologia não dá trégua ao Direito e os governos não conseguem promulgar e aplicar leis na mesma velocidade do desenvolvimento da técnica. Um dos pontos unânimes é que nenhuma nação do mundo atualmente tem a capacidade de conferir plena eficácia ao ciberespaço por si própria, devido à sua volatilidade, velocidade e simultaneidade. (BRANT, 2003).

É urgente a necessidade de que os sistemas legais e jurídicos se amoldem a fim de acompanharem o desenvolvimento tecnológico. Quanto aos crimes virtuais, não só surgiram novos tipos, próprios da Internet, isto é, cometidos única e exclusivamente por intermédio dela, mas novas maneiras de se praticar delitos já existentes potencializados pelo uso da rede. (COUTINHO, 2008).

Os crimes digitais podem ser divididos em dois tipos: o crime digital próprio ou puro, que são as condutas proibidas por lei, sujeitas a pena criminal e que se voltam contra os sistemas informáticos e os dados, como o acesso não autorizado (hacking), a disseminação de vírus e o embaraçamento ao funcionamento de sistemas. E o crime impróprio ou misto que são aqueles sujeitos à pena criminal e que são contra os bens jurídicos não tecnológicos, mas tradicionais e protegidos pela legislação, como a vida, a liberdade, o patrimônio, além daqueles contra a honra praticados na Internet e os que envolvem trocas ou armazenamento de imagens com conteúdo de pornografia infantil.

Estes últimos ocorrem na Internet de duas maneiras: pelas *home pages* e pelos correios eletrônicos. Na primeira, os gerenciadores das páginas recebem uma quantia dos usuários por depósito ou cartão de crédito e acessam um acervo de fotos e vídeos. Na segunda, o material é distribuído diretamente de um usuário a outro (MARTINELLI, 2000).

Há também os clubes de pedofilia pelo mundo, que permitem acesso a fotos ou vídeos contendo pornografia infantil, a contratação de serviços de exploração e turismo sexual e até efetivar o tráfico de menores ou aliciá-los para práticas e abusos sexuais (REZENDE, 2012).

## **Pedofilia e pornografia infantil**

### **Os sujeitos**

O abuso sexual infantil é definido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), por meio de sua Classificação Internacional de Doenças (CID-10: F65.4) como a “preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade”.

Assim, a pedofilia, por si, não é um crime, mas sim, uma desordem de preferência sexual. O crime só se concretiza, quando o pedófilo, baseado em seus desejos sexuais, comete atos como abusar sexualmente de crianças ou divulgar e produzir pornografia infantil.

Nos estudos de crimes sexuais contra crianças, o foco de especialistas costuma ser dirigido aos danos sofridos pelas vítimas e ao comportamento sexual dos agressores, não havendo uma preocupação na diferenciação das causas que levam a estes atos. Segundo SCHAEFER *et al.* 2010 e TENBERGEN *et al.* (2015) há dois grupos relacionados àqueles que praticam crimes sexuais contra crianças e adolescentes. O primeiro é formado por agentes que não possuem uma desordem de preferência sexual, mas que, por várias razões, cometem abusos contra crianças. Entre estas, podem ser incluídas a inexperiência sexual, deficiências mentais, desordens de personalidade antisocial e a perpetuação de um comportamento traumático recebido em uma vida familiar marcada por abusos. Estes indivíduos costumam ser diagnosticados com algum tipo de Transtorno do Controle de Impulsos (TCI), que não é

caracterizado por uma preferência sexual por crianças. Embora não apresentem atração sexual por crianças, por não terem habilidades sociais necessárias para desenvolver e manter relações emocionais e sexuais com indivíduos de idade apropriada usam as crianças e adolescentes como substitutos.

No segundo grupo, encontram-se os pedófilos, que segundo as pesquisas, representam 50% dos agentes destes crimes, cuja preferência aumenta o risco de abuso sexual contra crianças.

Porém principalmente com o uso da Internet, um grupo expressivo envolvido com pornografia infantil e pedofilia, não apresenta desordens psíquicas, mas adere à distribuição de pornografia, por seu grande teor lucrativo, independente de sua ilegalidade. São aqueles que fazem parte da chamada *Deep Web*.

Os crimes cibernéticos associados às redes de pedofilia e pornografia infantil lucram muito com a divulgação de fotográficas e filmes pornográficos, o que leva a sua crescente proliferação. Este comércio on-line é alimentado por fotos e vídeos de crianças que chegam a movimentar U\$S 20 bilhões por ano no mundo segundo matéria do *The Wall Street Journal* (BIALIK, 2006).

A indústria do abuso infantil, sobretudo na Internet, movimenta cifras superiores às do tráfico de drogas, chegando à casa dos dez bilhões de dólares por ano. Durante a CPI da Pedofilia foram recebidas mais de um milhão de denúncias (MATOS, 2013).

A internet, e seu uso como mídia de massa, transformou o mercado da pornografia infantil e aumentou muito o seu público. Os mecanismos gerados pela informática são amplamente utilizados para difundir registros que contenham cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo crianças e adolescentes, favorecendo a prática de crimes dessa natureza. Dentre os grandes facilitadores estão a possibilidade de anonimato nos sites e nas salas de bate-papo, além da hospedagem em sites de países variados o que contribuiu para dificultar a identificação e prisão dos responsáveis, somando-se a isso a insuficiente legislação relacionada a crimes virtuais.

Os criminosos criam perfis falsos, utilizam uma linguagem sedutora e informações fornecidas ingenuamente pelas crianças e adolescentes. Se passam às vezes por outras crianças, ou por agências de talentos, prometendo sucesso para chamar-lhes a atenção. As vítimas, ingenuamente passam a confiar no criminoso, expondo-se ao ceder-lhe detalhes particulares de suas vidas e de seus familiares.

Baseando-se nessa confiança, o criminoso faz pedidos eróticos, que são muitas vezes atendidos, como ligar a *webcam*, para filmá-las e fotografá-las.

Há ainda os que marcam encontros reais, e quando as vítimas são surpreendidas pelo agressor que é diferente do imaginado, sofrem a violência sexual e podem até ser assassinadas. O poder de sedução às vezes é tão grande que em alguns casos, mesmo a criança ou adolescente descobrindo que a verdadeira identidade do agente não é aquela fornecida no ambiente virtual, continuam o contato sem perceberem a real, e má, intenção, até que o abuso

seja cometido. Este exemplo foi bem retratado no filme “Confiar” com a direção de David Schwimmer lançado em 2010.

Uma pesquisa publicada no Journal American Medical Association (JAMA) em 2001, relatou que 19% de adolescentes entrevistados já haviam recebido uma proposta sexual enquanto navegam na internet e que 3% desenvolveram problemas psicológicos tamanha a agressividade desta abordagem (MITCHELL *et al.*, 2001).

Embora muitas cenas de práticas pedófilas sejam montagens produzidas em estúdio com crianças e adolescentes nus, em poses eróticas ou simulações de ato sexual, a grande parte dos vídeos são filmados ao vivo e envolvem pedófilos e crianças, às vezes muito pequenas, incluindo até bebês sofrendo abusos sexuais. Muitas destas vítimas são oferecidas pelos próprios familiares ou pessoas próximas em troca de pagamento (REZENDE, 2012).

## **Os direitos das crianças e dos adolescentes**

Quando uma criança é vítima de um abuso sexual, seja para fins de libido individual ou de redes organizadas para produção de material pornográfico, há antes de tudo, uma ofensa aos seus direitos fundamentais: o direito à vida e à liberdade (TRINDADE & BREIER, 2010).

Devido à necessidade da tutela estatal destes direitos da criança, houve uma reformulação da legislação para repressão da pornografia infantil, mesmo quando não ocorre o abuso real, pois com o avanço tecnológico e softwares de computação gráfica, imagens de crianças e adolescentes em cenas pornográficas são criadas e disponibilizadas virtualmente o que atualmente também é configurado como crime pela adição do art. 241-C do ECA. Isto abrange as pseudo-imagens, cartuns, desenhos animados, pinturas que aparentam ser a reprodução fotográfica de uma criança real em situação de exploração sexual.

Como expresso no art. 227 da Constituição Federal, a criança e o adolescente, são prioridade da nação, devendo ser tutelados pelo Estado, pela família e pela comunidade. Quando há qualquer suspeita de abuso e violência contra a criança e o adolescente, esta deve ser comunicada imediatamente a Vara da Infância e Juventude.

Em parecer do CREMESP, está descrito que embora possa parecer quebra de sigilo denunciar o paciente, visto que o art. 102 do Código de Ética Médica veda “revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.” No caso de abuso, pedofilia e maus-tratos, a quebra de sigilo seria justificada, uma vez que a proteção da criança e do adolescente é prioridade absoluta da nação, e o ato de não denunciar tais ações, podem culminar em cumplicidade e omissão de socorro.

Logo, a quebra de sigilo pode ser feita desde que seja justificada com o caso concreto, visto que o denunciante pode vir a ser processado por denúncia caluniosa, mas, caso haja verdadeiramente abuso e maus-tratos, o

médico não estará cometendo o crime de denúncia caluniosa (CREMESP, 2007).

## Legislação internacional

Tratando da legislação internacional, tem-se como maior instrumento a Convenção sobre os Direitos da Criança. Neste sentido, ressalta-se principalmente o artigo 19, dispondo que os Estados Partes devem adotar todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra abuso sexual, incluindo, quando cabível, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais visando ao provimento do apoio necessário para a criança e as pessoas responsáveis por ela, bem como para outras formas de prevenção; o artigo 34, dispondo que os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual devendo adotar todas as medidas em âmbito nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: (i) o incentivo ou a coação para que uma criança dedique-se a qualquer atividade sexual ilegal, (ii) a exploração da criança na prostituição ou em outras práticas sexuais ilegais, (iii) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos; e o artigo 39, dispondo que os Estados Partes devem adotar todas as medidas apropriadas para promover a recuperação física e psicológica e a reintegração social de todas as crianças vítimas de qualquer forma de negligência, exploração ou abuso.

No caso específico de crimes cometidos virtualmente, a cooperação internacional entre os sistemas de segurança dos Estados é crucial para a identificação de criminosos, que usam a rede mundial para aliciar menores e trocar arquivos proibidos na certeza de estarem protegidos pelo anonimato. (NOGUEIRA, 2009, p. 37).

O Brasil, como signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, tem por obrigação adotar todas as medidas possíveis para se adequar aos preceitos de todos tratados que asseguram à criança e ao adolescente a proteção contra a exploração sexual e o abuso, e por isso, o Brasil adotou também o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil entrou em vigor em 8 de março de 2004 pela promulgação do Decreto nº 5.007. Frisa-se deste protocolo parte do preâmbulo e parte do artigo 2º:

Preocupados com a crescente disponibilidade de pornografia infantil na Internet e em outros novos meios tecnológicos, e evocando a Conferência Internacional sobre o Combate à Pornografia Infantil na Internet, realizada em Viena em 1999, e, em particular, suas conclusões, que demandam a criminalização mundial da produção, da distribuição, da exportação, da transmissão, da importação, da posse

intencional e da publicidade da pornografia infantil, e ressaltando a importância de cooperação e parceria mais estreitas entre os governos e a indústria da internet;

Artigo 2º

Para fins do presente protocolo:

[...]

c) Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais.

## **Legislação brasileira**

### **Constituição Federal**

A Constituição Federal promulgada em 1988, estabelece em seu artigo 227, de acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, seus direitos fundamentais, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Traz ainda, embasando o tema tratado, em seu parágrafo 4º que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”, contudo, não traz em seu texto as sanções cabíveis para tais atos, deixando as penas a encargo de legislação específica.

### **Código Penal**

O Código Penal, se tratando de legislação específica, aborda os crimes relacionados a pedofilia em seu capítulo VI - Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual. Cumpre destacar, dado o tema, o artigo 217-A, dispondo que ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de catorze anos, tem como pena a reclusão de oito a quinze anos; e o artigo 218-C, dispondo que oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia, tem como pena a reclusão de um a cinco anos, se o tipo penal não constituir crime mais grave. Ainda sobre o artigo 218-C, seu parágrafo 1º prescreve o aumento de pena se um terço a dois terços se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

## **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**

A Lei 8.069/90 (ECA) dispõe ao longo de seus artigos a proteção integral à criança e ao adolescente, tratando dos seus direitos fundamentais, do dever da família, da comunidade e da sociedade em geral, bem como das formas de proteção, levando-se em conta a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Neste sentido, os seguintes artigos da referida lei tratam de seus direitos fundamentais e dignidade:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 17- O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18 - É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Com o surgimento das mídias digitais e a popularização da Internet, foi preciso uma adequação das normas por parte do ECA, alterando, portanto, seu artigo 241, e acrescentando outros artigos. A redação anterior não previa as simulações de pornografia infantil, tipificando apenas a disseminação de fotos e vídeos que mostrassem efetivamente a participação de crianças e adolescentes em atos libidinosos. Neste contexto, os artigos demonstram:

Art. 240. Produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica.

Art. 241. Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes.

Com as reformulações do ECA, a simulação de ato libidinoso envolvendo crianças ou adolescentes passou a ser prevista no art. 241-C.

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio,

adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.

“Mesmo que as imagens eróticas, feitas por computação gráfica, não sejam reais, elas exibem crianças e adolescentes em situações de violência sexual, e a divulgação desse abuso já caracteriza ilícito penal, visto que a disseminação deste conteúdo aguça os desejos dos abusadores, [...] de qualquer modo fere-se o bem jurídico tutelado, vale dizer, a boa formação moral da criança ou adolescente”. (NUCCI, 2009, p. 267).

Era inexistente a sanção para o agente que obtivesse qualquer material pornográfico envolvendo menores de 18 anos, com o objetivo de guardar consigo. Entretanto, o art. 241-B prevê a prática dessa conduta como delito, desde que comprovado o dolo do agente.

A alínea D do art. 241 prevê punição criminal para o aliciamento, assédio, instigação ou constrangimento das vítimas.

[...] ao agente que se comunica, via Internet (embora a lei mencione qualquer meio de comunicação), por intermédio de salas de bate-papo, sites, mensagens eletrônicas, dentre outros instrumentos, com crianças, buscando atraí-las para a manter relacionamento sexual”. (NUCCI, 2009, p. 268-269).

Pode-se, ainda, dizer que o art. 241-E esclarece o termo “cena de sexo explícito ou pornográfica” como sendo “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

Logo, as alterações nos art. 240 e art. 241, previstos na Lei nº 11.829/08, foram de extrema importância, uma vez que tipificaram condutas antes sem previsão legal, e que davam margem para a impunibilidade dos agentes.

## **Projeto de Lei**

O deputado Paulo Freire, autor do projeto, visa incluir todos os crimes de pedofilia na Lei dos Crimes Hediondos. A legislação atual considera hediondos apenas o estupro de vulnerável e o favorecimento da prostituição de criança ou adolescente. Para o deputado esta proposta dará proteção legal aos brasileiros abaixo de 14 anos vítimas de abusos sexuais.

O Projeto de Lei 1776/15, foi aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família por unanimidade, estando atualmente na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania esperando o parecer. Caso o Projeto de Lei efetivamente vire lei, todos os crimes de pedofilia farão parte da Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90). A pena para esses crimes deve ser cumprida inicialmente em regime fechado e é insuscetível de anistia, graça, indulto e fiança.

Pelo texto do projeto, passariam a ser hediondos os crimes de induzir alguém menor de 14 anos a satisfazer outra pessoa sexualmente; praticar ato sexual na presença de menor de 14 anos a fim de satisfazer o próprio desejo ou de outra pessoa; produzir, vender, publicar, adquirir ou armazenar material pornográfico envolvendo criança ou adolescente; e ainda assediar criança a fim de praticar ato libidinoso com ela.

## Conclusão

O enfrentamento da pedofilia e pornografia infantil envolve a todos, nada substitui o importante papel da família, na supervisão e orientação de crianças e adolescente quanto ao uso da internet, mas importante também é a conscientização da sociedade na repressão da pornografia na Internet. Aqueles que a consomem são os que alimentam este mercado. O mau uso da internet não pode ser resolvido apenas por ações governamentais. “Não há lei que seja capaz de suprir a ausência da família. A educação para o exercício da liberdade é o grande desafio dos nossos dias.” (DI FRANCO, 2018).

## Referências

BIALIK, Carl. **Measuring the Child-Porn Trade**. The Wall Street Journal Online. 2006. Acesso em: <<https://www.wsj.com/articles/SB114485422875624000>> Acesso em: 05 mai. 2019.

BRANT, Cássio Augusto Barros. **A evolução da internet no Brasil e a dificuldade de sua regulamentação**. 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/13/51/1351/>>. Acesso em 05 mai. 19.

BRASIL. Decreto no 5.007, de 8 de março de 2004. **Protocolo facultativo à convenção sobre os direitos da criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em 10 out. 2021.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br>>. Acesso em: 10 out. 2021.

\_\_\_\_\_. **Constituição**. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br>>. Acesso em: 10 out. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br>>. Acesso em: 10 out. 2021.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 1776/15**. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br>>. Acesso em: 10 out. 2021.

COUTINHO, Isadora Caroline Coelho. **Pedofilia na Era Digital**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10082](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10082)>. Acesso em: 05 mai. 2019.

CREMESP, **Consulta nº 51.676/03**. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&cid=6943&tipo=PARECER&orgao=->>

Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%EF3o%20Paulo&numero=51676&situacao=&data=08-05-2007>. Acesso em: 05 mai. 2019.

DI FRANCO, Carlos Alberto. **Combate à pornografia**. 2018. Disponível em: <<http://www.edgarlisboa.com.br/combate-a-pornografia-carlos-alberto-di-franco/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

GERCKE, Marco. **Understanding cybercrime**: Phenomena, challenges and legal response. ITU, 2012. Disponível em: <<http://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/Cybercrime%20legislation%20EV6.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Aspectos Relevantes da Criminalidade na Internet**. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1829/aspectos-relevantes-da-criminalidade-na-internet>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

MATOS, Christiano Rocha de. **Uma análise da pedofilia a partir das publicações na rede mundial de computadores**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3622, 1 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24595>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

MITCHELL, K. J.; FINKELHOR, D. & Wolak J. **Risk Factors for and Impact of Online Sexual Solicitation of Youth**. JAMA. 2001;285(23):3011–3014. doi:10.1001/jama.285.23.3011. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/11410100/>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Crimes de Informática**: 2. ed. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra Dignidade Sexual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REZENDE, Livia Maria. **A Prática de Crimes Através da Internet e a Pedofilia Virtual**. 2012. (Monografia). Fundação Educacional do Município de Assis. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0911300338.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

SCHAEFER, G. A.; MUNDT, I. A.; Feelgood, S. et al. **Potential and Dunkelfeld offenders**: two neglected target groups for prevention of child sexual abuse. International Journal of Law and Psychiatry. Jul–Ago, 2010. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/20466423/>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

TENBERGEN, G; WITTFOTH, M; FRIELING, H, et al. **The Neurobiology and Psychology of Pedophilia**: Recent Advances and Challenges. Front Hum Neurosci. 9:344. Published 2015 Jun 24. doi:10.3389/fnhum.2015.00344. Disponível em: <<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fnhum.2015.00344/full>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia**: Aspectos psicológicos e penais. 2. ed. Porto alegre: Livraria do advogado, 2010.

# **VISUAL LAW, LEGAL DESIGN E ACESSO À JUSTIÇA NA ESFERA TRABALHISTA: TRANSFORMAÇÃO DIGITAL A SERVIÇO DA COLETIVIDADE?**

**Adriana Goulart de Sena Orsini**

Pós-Doutora. Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Desembargadora Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

**Anna Jéssica Araújo Costa**

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito do Trabalho e em Direito Público. Advogada.

## **Resumo:**

Na Justiça do Trabalho, tem sido proferidas decisões com a utilização do *visual law*, a fim de tentar facilitar a compreensão dos trabalhadores acerca dos seus direitos. Assim, sobressai a relevância de se verificar a existência ou não de estudos qualitativos sobre o uso do *visual law* e se é possível dizer se houve aumento do acesso à justiça pela via dos direitos para os trabalhadores, em especial no que tange ao empoderamento e informação. A hipótese levantada é a de que, em razão de a ferramenta ser recente, ainda não existiriam resultados significativos de pesquisas sobre a matéria, o que resvalaria em afirmações errôneas quanto ao aumento ou não do acesso via direitos. Para o estudo, foi adotada a vertente jurídico-social e realizada pesquisa bibliográfica do tipo jurídico-exploratória. Ao final, o estudo constatou que não existem pesquisas qualitativas no país, até o momento, a respeito dos impactos do *visual law* sob a perspectiva do acesso a direitos pelos trabalhadores.

**Palavras-chave:** *Visual law*; Acesso à justiça; Trabalhadores.

## **1. Introdução**

O avanço das tecnologias da informação e comunicação no século XXI tem fomentado uma busca constante por uma maior eficiência e eficácia na prestação de serviços jurisdicionais. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, seja por meio da Resolução 347/2020, seja por projetos e cursos desen-

volvidos por Tribunais estaduais e federais, tem incentivado a utilização de recursos do *visual law*. O objetivo primordial de tal incentivo é tornar a comunicação jurídica mais acessível mediante a adoção de ferramentas de linguagem visual.

A Justiça do Trabalho brasileira, em projetos preliminares, tem elaborado decisões com a utilização do *visual law*, na tentativa de facilitar a compreensão dos jurisdicionados, em especial os trabalhadores, acerca dos seus direitos e das discussões jurídicas travadas em seus processos.

Importante destacar que, ao deter competência constitucional para julgar conflitos em que uma das partes, em geral, mostra-se desamparada de direitos sociais básicos, a Justiça trabalhista possui, por consequência, papel fundamental na concretização de direitos humanos fundamentais. Assim, torna-se relevante examinar se já existem estudos qualitativos sobre como a utilização do *visual law* pela Justiça do Trabalho pode impactar o acesso à justiça pelos trabalhadores, pela via dos direitos.

A hipótese levantada é a de que, em razão de o *visual law* se tratar de uma temática muito recente, ainda não existiriam resultados significativos de pesquisas qualitativas sobre a matéria.

Para realização da presente pesquisa, foi adotada a vertente jurídico-social e realizada pesquisa bibliográfica do tipo jurídico-exploratória (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020).

## **2 O acesso à justiça como Direito Humano e os desafios das novas tecnologias**

Os desafios das novas tecnologias ao acesso à justiça devem ser enfrentados partindo-se da consideração de que se trata de um direito humano fundamental, cuja efetividade dependerá de uma atuação cautelosa do Poder Judiciário na adoção de ferramentas tecnológicas no exercício da atividade jurisdicional, como a seguir analisado.

### **2.1 O acesso à justiça como direito humano fundamental**

O acesso à justiça é um direito humano fundamental e, conforme definição de Cappelletti e Garth (1988), é considerado o mais básico dos direitos humanos. Segundo os autores, sob uma ótica individualista de direitos refletida pelos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça era caracterizado como uma garantia abstrata, limitando-se a um direito formal de ação, sem necessidade de qualquer ação por parte do Estado.

Já a partir da expansão do Estado do Bem-Estar Social no século XX, o acesso à justiça tornou-se uma garantia essencial do Estado Democrático de Direito. Assim, de um mero acesso formal à justiça, o acesso à justiça passou a ser definido como um direito de acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva, o que exigiria uma atuação positiva no Estado no sentido de garantir a sua concretização.

O conceito teórico de acesso à justiça sofreu, então, significativa evolução ao longo dos tempos, sendo importante também mencionar a perspectiva proposta por Avritzer, Marona e Gomes (2014), que desenvolveram a concepção de “acesso à justiça pela via dos direitos”. De acordo com os autores, o termo englobaria duas dimensões: garantia de efetividade dos direitos, com três pressupostos – informação acerca desses direitos, conhecimento que permita recurso a uma instância capaz de solucionar o conflito e efetiva reparação da injustiça causada pela violação desse direito – e a possibilidade de participação dos envolvidos na configuração do próprio direito, o que abrangeria a criação e o reconhecimento de novas categorias de direito.

No Brasil, o direito de acesso à justiça é previsto de forma destacada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988 (CR/88), que prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

De forma geral, a proteção ao acesso à justiça recebeu amplo tratamento na CR/88, podendo-se mencionar, ainda, outras garantias correlatas, tais como as previstas nos incisos LIV, LV e LIII, que tratam sobre o devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa e a garantia do juiz natural, respectivamente, dentre outras normas dispostas no texto constitucional.

Sobressai, portanto, a importância do papel do Poder Judiciário, conforme a CR/88, para a efetivação do direito ao acesso à justiça em sua concepção atualizada no âmbito do Estado Democrático de Direito, o que deve ser avaliado diante de um novo cenário no século XXI: a adoção, cada vez mais frequente, de novas ferramentas de tecnologia na prestação dos serviços jurisdicionais.

## **2.2 A adoção de novas tecnologias pelo Poder Judiciário e o papel da Justiça do Trabalho na concretização do direito ao acesso à justiça pelos trabalhadores**

Como visto, a CR/88 estabelece, em variadas normas, que o Poder Judiciário tem uma função central na efetivação do direito ao acesso à justiça, pois cumpre a ele interpretar e aplicar as normas jurídicas e organizar a prestação da atividade jurisdicional.

Assim, a fim de promover o acesso à justiça e garantir a eficiência da atividade jurisdicional, especialmente frente aos desafios trazidos pelas novas tecnologias da comunicação e informação no século XXI e em cumprimento aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030<sup>1</sup> da Organização das Nações Unidas (ONU), o Conselho Nacional de Justiça

1 Para mais informações sobre os ODS, vide: <https://odsbrasil.gov.br/>. O acesso à justiça é previsto como um dos objetivos da Agenda 2030 da ONU, mais especificamente no “Objetivo 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes”, item “16.3 - Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos”.

(CNJ), no ano de 2020, editou a Resolução 347, que trata da Política de Governança e Gestão das Contratações Públicas no âmbito do Poder Judiciário.

Essa Resolução trata, dentre outros temas, de medidas a serem adotadas pelos Tribunais para o aperfeiçoamento de procedimentos, políticas e atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário.

Nesse aspecto, a Resolução incentiva o emprego de novas tecnologias no Plano de Comunicação dos órgãos do Poder Judiciário como, por exemplo, o *visual law*, que poderá ser adotado para tornar mais acessíveis documentos, dados estatísticos em ambiente digital, análise de dados e fluxos de trabalho.

A partir da edição da Resolução 347/2020, Tribunais estaduais e federais iniciaram o desenvolvimento de projetos<sup>2</sup> e cursos que incentivam a utilização de recursos do *visual law* em serviços judiciais e extrajudiciais. No intuito de cumprir os objetivos da Resolução do CNJ, a Justiça do Trabalho também começou a proferir decisões, em projetos preliminares<sup>3</sup>, com o uso da ferramenta.

Contudo, o desempenho da Justiça do Trabalho no que tange à utilização do *visual law*, caso não seja desenvolvido de forma cautelosa, pode impactar na efetivação de direitos fundamentais, pois ela detém competência constitucional para julgar conflitos em que uma das partes, em geral, mostra-se desamparada de direitos sociais básicos no âmbito de uma relação de trabalho.

No contexto da adoção de uma ferramenta tecnológica como o *visual law*, a Justiça do Trabalho possui, então, papel fundamental na concretização do direito ao acesso à justiça em seu sentido mais amplo e importante, devendo atuar no sentido de proporcionar o acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva e o acesso à justiça pela via dos direitos.

O uso do *visual law* pela Justiça do Trabalho é, portanto, uma questão relevante que deve ser analisada e amplamente debatida, razão pela qual a presente pesquisa investigou se já existem estudos acadêmicos quanto à utilização da ferramenta por essa Justiça Especializada e o impacto do acesso à justiça pelos trabalhadores, via direitos.

---

2 A título de exemplos: “Design TRT” do TRT13 (<https://trt13.jus.br/informe-se/noticias/2021/05/inovacao-projeto-201cdesign-trt201d-comeca-a-ser-praticado-por-magistrados-do-tribunal>), Provimento TJMA 59/2020 (<https://novogerenciador.tjma.jus.br/storage/arquivos/provimentos/f6bd61b606b5bb9f6ffd0073d7d3a668.pdf>), Provimento TJES 45/2021 (<http://www.tjes.jus.br/corregedoria/2021/04/09/provimento-no-45-2021-disp-09-04-2021/>), Portaria JFBA 2/2021 ([https://portal.trf1.jus.br/data/files/78/00/8D/9C/2111A710ECF0F0A7F32809C2/port\\_022021.pdf](https://portal.trf1.jus.br/data/files/78/00/8D/9C/2111A710ECF0F0A7F32809C2/port_022021.pdf)), Portaria Conjunta TJDFT 91/2021 (<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2021/portaria-conjunta-91-de-01-09-2021>).

3 Vide exemplos: <https://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2021/07/21/visual-law-iniciativa-piloto-usa-linguagem-grafica-para-facilitar-compreensao-de> e <https://portal.trt23.jus.br/portal/noticias/projeto-da-justi%C3%A7a-do-trabalho-busca-facilitar-compreens%C3%A3o-de-decis%C3%B5es-judiciais>.

### 3 *Visual Law* e *legal design*: as investigações acadêmicas sobre a temática

Antes de se aprofundar sobre as buscas de possíveis estudos a respeito dos impactos causados pelo uso do *visual law* sob a perspectiva do acesso à justiça pelos trabalhadores, é importante esclarecer como o termo *visual law* tem sido interpretado e os contextos jurídicos de adoção da ferramenta.

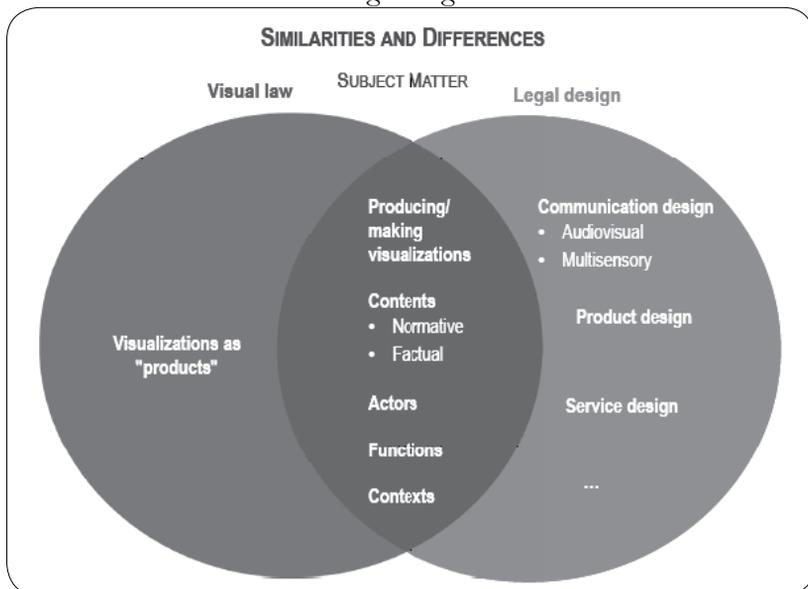
#### 3.1 *Visual law* e *legal design*: similitudes e diferenças

Embora sejam utilizados como sinônimos no contexto da adoção e desenvolvimento de novas ferramentas de tecnologia no âmbito do mundo jurídico, os termos *visual law* e *legal design* possuem significados distintos.

Brunschwig (2021) destaca que a delimitação entre os termos tem se mostrado difícil, pois o *visual law* e o *legal design*, além de possuírem atores, objetivos e contextos de ação semelhantes (normativo e fático), estão sujeitos a influências intra e interdisciplinares, de áreas jurídicas e não jurídicas, como a psicologia, sociologia, arte visual, *design*, entre outras.

Apesar disso, Brunschwig (2021) afirma que existem diferenças importantes entre os termos que devem ser evidenciadas, pois, enquanto o *visual law* se limitaria às visualizações como produtos jurídicos, o *legal design* se concentraria em produzir, envolvendo o estudo e a produção de visualizações em contato com diversos campos, como se observa da figura abaixo elaborada pela autora:

Figura 1 – Quadro comparativo de similitudes e diferenças entre *Visual Law* e *legal design*



Fonte: Brunschwig, 2021

Em sentido distinto, a Resolução 347/2020 do CNJ propõe que o *visual law* se trataria de uma “subárea do *Legal Design* que utiliza elementos visuais tais como imagens, infográficos e fluxogramas, para tornar o Direito mais claro e compreensível”.

Na verdade, considerando que a temática é muito recente, constata-se que, até o momento, a produção bibliográfica acadêmica sobre os institutos é ainda bastante escassa e, de forma geral, não há consenso sobre uma definição exata dos termos *visual law* e *legal design* e eventuais similitudes e diferenças existentes entre eles.

### **3.2 As múltiplas utilizações da ferramenta *visual law*: proposição de uma classificação sob a ótica dos produtores jurídicos de visualizações**

Segundo Martins, Sátiro e Sousa (2021), o *visual law* parece ser promissor no auxílio da execução de serviços jurídicos nos setores público e privado:

No âmbito do setor privado, os advogados podem utilizar-se da técnica para prestar o serviço de assessoramento (...), além da produção de documentos extrajudiciais, tais como procurações, contratos, testamentos e estatutos. Já no âmbito do poder público e, sob a perspectiva da gestão pública, o Estado também presta serviços jurídicos. Os tribunais, governos e agências administrativas fornecem informações jurídicas; os cartórios oficiais de justiça certificam contratos; as universidades, como instituições financiadas pelo Estado, fornecem educação jurídica e conduzem pesquisas. (C. R. Brunschwig et al., 2021).

Assim, para fins de justificativa e delimitação dos objetivos da presente pesquisa, propõe-se, aqui, uma classificação do *visual law* sob a ótica estrita dos produtores das visualizações no âmbito jurídico: *visual law* privado (utilizado por advogados em documentos e petições) e *visual law* público (adotado pelo Poder Judiciário em seus documentos e decisões).

O *visual law* privado, utilizado por advogados em petições, têm como destinatário o Poder Judiciário e é, hoje, uma das vertentes de uso da ferramenta mais discutida e difundida. Busca-se, essencialmente, facilitar o entendimento do julgador quanto ao caso concreto, por meio da inserção de imagens, gráficos, quadros ilustrativos e elementos audiovisuais – apenas para citar alguns exemplos de elementos visuais – nas petições apresentadas por advogados em processos judiciais.

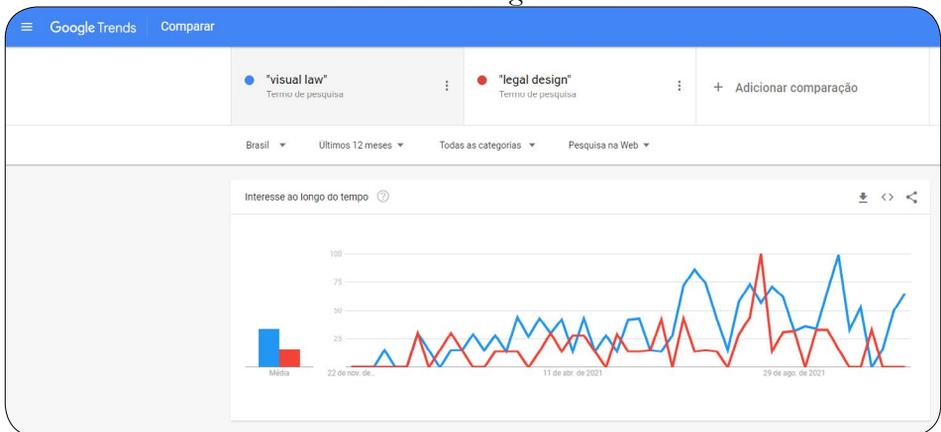
Já o *visual law* público, usado pelo Poder Judiciário em seus documentos e decisões, foi impulsionado significativamente a partir da edição da Resolução 347/2020 pelo CNJ. Entretanto, nesse caso, o destinatário do *visual law* é o jurisdicionado que, em muitos casos, especialmente na Justiça do Trabalho, encontra-se sem qualquer apoio ou acompanhamento por advogado. E é justamente essa hipótese que deve ensejar maior cautela na utilização do *visual*

*law*, tendo em vista os possíveis impactos no direito ao acesso à justiça pelos trabalhadores, motivo pelo qual foi realizado um levantamento bibliográfico a respeito da temática, a seguir explicado.

### 3.3 A investigação realizada: pesquisa de eventuais estudos qualitativos sobre os possíveis impactos do uso do *visual law* ao acesso à justiça via direitos pelos trabalhadores

Em uma simples pesquisa realizada<sup>4</sup> por meio da ferramenta *Google Trends*, utilizando-se os termos *visual law* e *legal design*, verifica-se que, nos últimos dozes meses, havia pouca diferença na busca dos termos no país e, apenas a partir do segundo semestre de 2021, aparentemente, o termo *visual law* tornou-se objeto de maior interesse:

Figura 2 – Pesquisa dos termos *Visual Law* e *legal design* por meio da ferramenta *Google Trends*



Fonte: As Autoras, 2021.

Essa pequena diferença no uso do *visual law* e do *legal design* em buscas realizadas na *internet* nos últimos doze meses pode indicar que os termos têm sido utilizados como sinônimos, motivo pelo qual a presente pesquisa realizou um levantamento bibliográfico mediante a adoção de ambas as expressões.

A pesquisa realizou um levantamento bibliográfico<sup>5</sup>, no idioma português, a partir do uso dos termos “*visual law*” e “*legal design*” nos seguintes portais de pesquisas jurídicas: CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), Google Acadêmico e SciELO.

A pesquisa teve como objetivo analisar se existiam estudos qualitativos

4 Pesquisa realizada pelas autoras em junho/2021 e atualizada em novembro/2021, por meio do *Google Trends* (<https://trends.google.com.br>), que consiste em uma ferramenta de avaliação de dados que mostra o uso de termos e frases relevantes em pesquisas realizadas na *internet* em períodos definidos.

5 O levantamento foi realizado pelas autoras em junho/2021.

no Brasil sobre os possíveis impactos causados pela utilização do *visual law* em decisões proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, sob a perspectiva do acesso à justiça pelos trabalhadores.

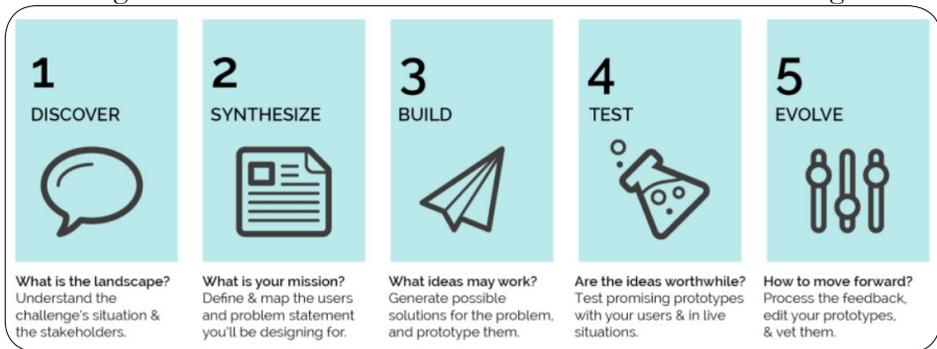
E por que se investigar a existência de pesquisas qualitativas? Partiu-se da ideia de que seria necessária uma pesquisa que proporcionasse uma análise mais aprofundada da perspectiva dos trabalhadores e eventuais repercussões ao seu direito ao acesso à justiça diante do uso de novas tecnologias pela Justiça do Trabalho, por meio da captação de dados, informações e características das relações e dos processos formados nesse contexto.

O estudo constatou que não existiam pesquisas qualitativas no país, até aquele momento, a respeito do impacto do uso do *visual law* na perspectiva do acesso à justiça pelos trabalhadores. Esse resultado confirmou a ideia de Brunshwig (2021) no sentido de que “*many legal and non-legal actors are still unaware of visual law and legal design as fields of scholarly inquiry*”<sup>6</sup>. Como consequência, o *visual law* e o *legal design* permanecem amplamente subteorizados no país.

A pesquisa também identificou que não havia investigações acadêmicas quanto a uma possível metodologia para utilização do *visual law* na Justiça do Trabalho, destinada especificamente a garantir a efetividade do acesso à justiça pelos trabalhadores, via direitos.

Nesse aspecto, Hagan (2017) destaca a importância de se desenvolver um fluxo para o processo de adoção do *design*, por meio do qual o operador do Direito poderá identificar os comportamentos, as etapas e as ferramentas necessárias para a criação de novas intervenções como um *designer* de maneira mais empática, entendendo mais profundamente as perspectivas dos envolvidos:

Figura 3 – O Processo Essencial de Desenvolvimento do *Design*



Fonte: Hagan, 2017.

Conforme figura acima, o fluxograma proposto por Hagan para o desenvolvimento do *design* na área jurídica deve ser composto pelas seguintes

6 Em tradução livre: “muitos atores jurídicos e não jurídicos ainda não estão cientes do *visual law* e do *legal design* como campos de investigação acadêmica”.

fases: descobrir (entender o desafio da situação e as partes interessadas); sintetizar (definir e mapear os usuários e os problemas objetos do *design*); construir (gerar soluções possíveis para o problema e arquiteta-las); testar (testar protótipos promissores com seus usuários em situações concretas); e evoluir (processar o *feedback*, editar os protótipos e vetá-los).

Por outro lado, é importante destacar que o presente estudo constatou a realização de uma pesquisa do tipo *survey* pelo grupo de pesquisa “*VisuLaw*”<sup>7</sup>, que analisou a adoção da ferramenta somente a partir da perspectiva de magistrados federais brasileiros, com o intuito de averiguar o que eles pensavam sobre o uso de elementos visuais em petições apresentadas por advogados.

Diante dos resultados da pesquisa realizada, o estudo concluiu que o *visual law*, até o momento, tem sido investigado, no âmbito acadêmico, mais como uma ferramenta tecnológica criada para auxiliar a comunicação entre advogados e julgadores do que propriamente um procedimento para o Poder Judiciário promover o acesso à justiça pelos trabalhadores.

#### 4 Conclusão

De forma geral, o presente estudo averiguou que o uso do *visual law* ainda é um fenômeno pouco conhecido ou abordado no campo de investigação acadêmica e científica no Brasil. E, embora a ferramenta seja difundida como um caminho de facilitação ao acesso à justiça, até o momento, não existem pesquisas a respeito dos possíveis impactos da adoção do *visual law* pela Justiça do Trabalho sob a perspectiva dos trabalhadores.

Não se buscou discutir, nesta breve pesquisa, se a utilização do *visual law* é pertinente ou não ou mesmo trazer respostas definitivas a uma temática tão recente. Não obstante, é preciso refletir como a ferramenta poderá ser utilizada de forma a proporcionar a efetividade do acesso à justiça pelos trabalhadores, inclusive pela via dos direitos (AVRITZER; MARONA; GOMES, 2014).

A adoção e o desenvolvimento de ferramentas de tecnologia pela Justiça do Trabalho, como o *visual law*, requer que a abordagem esteja a serviço da coletividade e focada no trabalhador, que será o principal destinatário da visualização, a fim de que este tenha condições de participar mais ativamente do processo de discussão e construção de seus direitos.

Assim, em face do estudo e dos debates ora realizados, é importante trazer alguns questionamentos para agendas futuras de pesquisa: a linguagem e os modelos de decisões com *visual law* que têm sido utilizados na Justiça do Trabalho se encontram acessíveis e claros para os trabalhadores? Como reduzir a complexidade de uma prestação jurisdicional de forma adequada às ferramentas do *visual law*, a fim de garantir o acesso à justiça pelos trabalhadores? Como evitar que o *visual law* não se torne uma ferramenta submetida aos algoritmos? E, se a tecnologia substituir o Direito nesse cenário, como manter

<sup>7</sup> Pesquisa realizada entre os meses de maio e novembro de 2020 e divulgada em abril de 2021 nos seguintes sites: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/o-que-os-juizes-pensam-sobre-elementos-visuais-em-peticoes/> e <https://visulaw.com.br/>.

a qualidade e a efetividade da atividade jurisdicional que será prestada aos trabalhadores, no intuito de não prejudicar o seu direito ao acesso à justiça?

Diante de problemas tão complexos, entende-se que a utilização do *visual law* na Justiça do Trabalho como uma nova ferramenta tecnológica deve ser feita com responsabilidade e parcimônia, considerando os possíveis impactos no acesso à justiça via direitos.

## Referências

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian. **Cartografia da Justiça no**

**Brasil:** uma análise a partir de atores e territórios. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 347, de 13 de outubro de 2020.** Dispõe sobre a Política de Governança

das Contratações Públicas no Poder Judiciário. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original170811202010155f8881fb44760.pdf>> Acesso em: 16 nov. 2021.

BRUNSCHWIG, Collete R. **Visual law and legal design: questions and tentative answers.** In: *Cybergovernance: Proceedings of the 24th International Legal Informatics Symposium IRIS 2021* (p. 179-230). Publisher: Editions Weblaw. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/349711920\\_Visual\\_Law\\_and\\_Legal\\_Design\\_Questions\\_and\\_Tentative\\_Answers](https://www.researchgate.net/publication/349711920_Visual_Law_and_Legal_Design_Questions_and_Tentative_Answers)> Acesso em: 27 out. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução por Ellen Gracie

Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva.

**(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HAGAN, Margaret. **Law by design.** Disponível em: <<https://lawbydesign.co/>> Acesso em: 20 nov. 2021.

MARTINS, Jéssica Vitorino; SÁTIRO, Renato Máximo; SOUSA, Marcos de Moraes. **O visual law como mecanismo de inovação no Poder Judiciário Brasileiro.** ENAJUS. Disponível em: < <https://www.enajus.org.br/assets/sesoes/sessao-20/1-o-visual-law-como-mecanismo-de-inovacao-no-poder-judiciario-brasileiro.pdf>> Acesso em: 16 nov. 2021.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. **Acesso à justiça pela via dos direitos trabalhistas.** Disponível em: <[https://www.academia.edu/49266501/ACESSO\\_%C3%80\\_JUSTI%C3%87A\\_PELA\\_VIA\\_DOS\\_DIREITOS\\_TRABALHISTAS](https://www.academia.edu/49266501/ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_PELA_VIA_DOS_DIREITOS_TRABALHISTAS)> Acesso em: 29 out. 2021.

# A POLÍTICA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO UMA FORMA DE GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DE UMA NOVA REALIDADE NO CAPITALISMO

**Cláudio Fernando Almeida Silva**

Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado em Belo Horizonte

## **Resumo:**

O tratamento de dados pessoais ocorre em escala nunca registrada na história. É um processo dinâmico, na qual o manuseio dos dados pessoais é proporcional à modernização das plataformas tecnológicas e acesso à internet, o que traz uma nova realidade social e econômica que aponta a monetização do cotidiano em que tudo é mensurado, quantificado e categorizado – talvez uma nova etapa na ordem capitalista. Esse contexto causa apreensão e nos faz questionar: qual o papel dos dados pessoais na construção de uma nova economia? Qual a importância da proteção de dados pessoais para garantir direitos fundamentais? Quais os desafios enfrentados, para, nesse processo, compatibilizar os interesses econômicos com a dignidade da pessoa humana? O objetivo do trabalho é demonstrar a necessidade de adotar e implementar diretrizes de política de proteção de dados pessoais para evitar abusos no processo de tratamento, garantindo direitos individuais e coletivos.

**Palavras-chave:** Capitalismo; Dados pessoais; Direitos fundamentais.

## **Introdução**

Atualmente, o uso de equipamentos eletrônicos possibilita a coleta, utilização e circulação de dados pessoais em escala mundial. Não há paralelo a essa situação na história. É plausível e de certa forma, fácil, aferir que esse é um processo em constante evolução, na qual o tratamento dos dados pessoais cresce à medida em que ocorre a modernização das plataformas tecnológicas, situação ainda incrementada pelo acesso à internet.

Nesse contexto observamos que para o exercício de diversas atividades ocorre uma espécie de monetização, que atinge todos os atores sociais. Signi-

fica que todas as coisas e todas as pessoas passam a ter valor econômico – há a mensuração, quantificação e categorização dos titulares dos dados pessoais – representando uma nova realidade (ou apenas uma nova etapa?) econômica na ordem capitalista. Lembrando que essa prática pode restringir o acesso de muitos a produtos e serviços. Tal realidade causa apreensão sobre o tratamento dispensado aos dados pessoais dos titulares. Essa percepção leva a alguns questionamentos.

O primeiro refere-se ao papel dos dados pessoais na construção de um novo tipo de economia ou sobre apenas uma nova etapa da economia na ordem capitalista.

O segundo questionamento demanda esclarecer a importância de proteger os dados pessoais contra o tratamento abusivo, garantindo os direitos fundamentais, tais como privacidade, segurança, liberdade, autodeterminação informativa já que o manuseio de dados pessoais ocorre de forma maciça, muitas vezes saindo da esfera de controle do titular.

Finalmente, qual ou quais os desafios enfrentados pelo setor público e pela iniciativa privada para garantir o correto fluxo de dados pessoais, compatibilizando interesses econômicos com a dignidade da pessoa humana?

A resposta mais rápida seria dizer que o advento de regulamentos de proteção de dados pessoais ao redor do mundo – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil, Regulamento Geral de Proteção de Dados na União Europeia, California Consumers Privacy Act nos Estados Unidos – representaria o princípio da implementação de uma política de proteção de dados pessoais, que traria também uma conscientização da importância do tema, para se formar uma cultura de proteção de dados pessoais, garantindo assim a efetiva proteção aos direitos fundamentais em risco durante o tratamento.

Mesmo com a adoção de uma base legislativa, há uma demanda por maior dinamismo visando conferir concretude às normas regulamentadoras de modo que possam acompanhar a evolução das tecnologias que possibilitam o rápido aumento dos métodos de tratamento de dados pessoais, conferindo segurança aos titulares desses dados.

Tentaremos compreender o contexto do aumento significativo do tratamento de dados pessoais que justifica uma política de proteção de dados pessoais. Demonstraremos ainda que a resposta é a adoção e implementação de diretrizes que orientem uma robusta e ao mesmo tempo uma dinâmica política de proteção de dados pessoais para evitar abusos no cada vez mais abrangente processo de tratamentos de dados pessoais, utilizando a vertente metodológica jurídico-sociológica.

## **Descrevendo o momento**

Informações divulgadas em portais de notícias na internet revelam que até o final de 2021 serão produzidos no mundo 350 zettabytes de dados o que

corresponde a 35 trilhões de gigabytes<sup>1</sup>. Para se ter uma noção da enormidade desse número, basta dizer que o valor matemático final seria composto por 35 seguido por 3780 zeros<sup>2</sup>. Isso apenas em 2021.

Sem dúvida, é um número impressionante e retrata o fenômeno conhecido como big data, onde o mundo poderia ser comparado a um colossal arquivo vivo que produz e se reproduz de maneira exponencial diariamente<sup>3</sup>. Não é necessária a opinião de um especialista ou a produção de um grande e complexo estudo para afirmar que o contexto histórico retratado é inédito, e esse recorte temporal traduz uma realidade nunca vivenciada pela humanidade, conforme já especificamos.

Também, parece que não precisamos de um grande esforço para perceber que a produção de dados nesse volume apresenta um grande desafio para controlar, organizar e sequenciar todos esses dados.

Esse processo de magnitude global não ocorre de forma harmoniosa. A realidade aponta que o fluxo de dados não é satisfatoriamente controlado pela sociedade, autoridades e iniciativa privada. Até mesmo porque o volume é alto.

A dificuldade constatada em implementar um controle amplo e efetivo, não raro tem como consequência ofensa a diversos direitos e garantias fundamentais de forma direta ou indireta. Como exemplo, podemos citar os casos noticiados frequentemente na imprensa em que há a prática de ransomware (sequestro de dados), vazamento de dados pessoais, clonagem de dados pessoais, dentre diversas outras práticas em que os dados pessoais são usados de forma ilícita.

Por todos esses motivos entendemos que o principal desafio da nossa era a ser enfrentado pela denominada sociedade da informação seria atingir um sequenciamento e controle de dados produzidos considerado adequado, num contexto em que sejam despendidos todos os esforços para no mínimo, mitigar os efeitos deletérios que podem ser trazidos pelo incorreto tratamento de dados, tanto a nível individual como a nível coletivo, um risco concreto no formato que se desenha na atual etapa de desenvolvimento do capitalismo.

O nosso estudo aponta na direção que esse deve ser um esforço conjunto dos titulares dos dados pessoais, da iniciativa privada e do poder público, conjunta e individualmente considerados para se alcançar um nível de proteção relativamente satisfatório.

1 <<https://www.terra.com.br/noticias/empresas-utilizam-big-data-para-obtencao-de-informacoes-sobre-negocios-e-ter-impacto-positivo-no-mercado,d07f7431108cfdb4789f-76fe4fb3bb82e21j1qy9.html>>; Acesso em 18 ago. 2021

2 O melhor meio de expressão matemática desse valor seria  $35 \times 10^{11}$

3 Durante os próximos seis minutos, tempo estimado para a leitura desta reportagem, o mundo terá gerado 9,1 mil terabytes de dados. Isso significa mais de dois milhões de stories publicados, 1,2 milhão de pessoas em conferência via Zoom, 400 mil aplicações para vagas de emprego no LinkedIn e 250 milhões de mensagens trocadas no WhatsApp. É o que estimaram, no ano passado, o Instituto Gartner e a plataforma de gestão de dados Domo. Disponível em <<https://exame.com/carreira/dados-uso-favor/>> Acesso em 18 ago. 2021

## O papel dos dados em um sistema em mudança

Conforme colocação anterior, o fluxo, manuseio, enfim, o tratamento de dados pessoais para as mais diversas finalidades vem aumentando acentuadamente. Para se comprovar a afirmativa, basta uma simples análise do cotidiano do cidadão médio.

No Brasil, quando alguém se dirige a uma farmácia com o objetivo de comprar um remédio de fornecimento controlado, obrigatoriamente deve entregar uma cópia da prescrição médica. Esse procedimento exige o preenchimento de um cadastro com seu nome, número da carteira de identidade, CPF e endereço para ter acesso ao referido medicamento, que serão armazenados em banco de dados digital do fornecedor do produto e após será repassado para os órgãos competentes, que por sua vez procedem ao armazenamento dos mesmos dados em seu banco de dados próprio. Tudo para fins de controle. Esse é um exemplo simples de fluxo de dados.

Analisando situações mais extensas, observamos a existência desse mesmo fluxo de dados em cadeias mais complexas e tecnológicas. O uso de aplicativos na internet, através de computadores, tablets, smartphones e notebooks é algo comum para o acesso a serviços ou produtos, sendo outro exemplo típico em que os dados pessoais são disponibilizados pela pessoa física.

A simples curtida de uma foto em redes sociais como *Facebook*, *Instagram* e *Twitter* também é outro exemplo de fornecimento de dados, visto que para essa prática o indivíduo deve ter acessado o aplicativo através de uma conta onde estão contidos diversos dados de natureza pessoal, além de identificar tendências mercadológicas, cotidianas, políticas, acadêmicas, profissionais, etc.

Dessa maneira, em cadeias de tratamento de dados bem mais complexas, até mesmo de forma inconsciente o titular repassa dados ao fornecedor e prestador de serviços; não só os dados pessoais oficiais, como nome completo, documentos pessoais e endereços, mas vários dados que de alguma forma são vinculados diretamente àquele indivíduo, por exemplo, um e-mail, um número de telefone para contato e o próprio identificador de usuário (que apresenta informações do titular), contido na plataforma.

Todos os exemplos acima demonstram que essa é uma forma de coleta de dados pessoais, e ocorre constantemente na vida dos indivíduos.

Imperioso esclarecer que essa realidade acontece não só na esfera das relações privadas entre fornecedores, prestadores de serviço e consumidores, mas também nas relações entre particulares e poder público, quando qualquer cidadão requer, pessoal ou virtualmente, a prestação de um determinado serviço ou o fornecimento de um produto.

O que se deve atentar aqui é o fato de que essa coleta ou extração dos dados pessoais é utilizada de forma a produzir resultados comerciais. As empresas as utilizam com diversos fins, conforme analisaremos a frente.

Ainda assim, apesar da tendência de se naturalizar a coleta e transferên-

cia de dados é fundamental questionar a relação tida entre a parte que terá os dados coletados e aquela que fará o uso dessas informações.

Portanto, o papel dos dados é de fundamental importância, pois, conforme acima demonstrado, os dados pessoais são a matéria prima que será utilizada pelas empresas, em especial as grandes corporações no sistema capitalista.

## **Construindo uma nova economia baseada nos dados**

A sociedade da informação, fundada em diversos pilares, dentre eles o consumo, é alimentada pela exploração por meio de plataformas, que mesmo com o subterfúgio de proposta de conhecimento visam objetificar e manipular o indivíduo onde a todo o momento são desenvolvidas tecnologias que ampliam de forma desmesurada a coleta, o conhecimento e o direcionamento dos dados pessoais com estes propósitos.

Nesse contexto consegue-se identificar o uso de dados pessoais por organizações privadas para gerir os seus negócios e aí surge a atuação que resulta no tratamento de dados pessoais para a construção de uma nova etapa da economia capitalista. Vamos focar em dois exemplos que demonstram essa afirmativa.

O primeiro exemplo da forma de utilização do tratamento de dados pessoais para os fins empresariais ocorre na modalidade de tratamento de dados conhecida como perfilização. *Profiling* ou perfilização nada mais é do que a construção de contornos comportamentais de um indivíduo ou um grupo de indivíduos, que tem por base suas informações pessoais identificadas ou identificáveis. Esclarecemos ainda que essas informações podem ser disponibilizadas pelo próprio titular ou podem ser extraídas de diversos locais.

Nessa modalidade, o controlador recolhe o maior número de informações possíveis sobre o usuário, não só financeiras, mas alternativas (celular, local onde mora, nível educacional). Faz uma análise desses dados, extrai as informações necessárias e situa o titular em um grupo (categoria).

A formação de um perfil individual possibilita uma espécie de pré-decisão de acesso da pessoa natural a produtos e serviços, através da categorização de indivíduos com perfis semelhantes, sendo determinado a todo aquele conjunto de pessoas quais os produtos e serviços serão sugeridos e disponibilizados.

A lógica do *profiling*, é facilmente compreendida na formação do *credit score*. Pontuação de crédito, é um método que através da aferição de dados dos indivíduos e do uso de algoritmos busca definir o grau de risco de inadimplência dos sujeitos. Nessa perspectiva, com diversas informações, idade; endereço, grau de escolaridade; histórico de crédito; etc. instituições classificam – pontuam - os indivíduos em mau ou bom devedor, a fim de auxiliar na decisão de concessão de crédito e na definição do valor do empréstimo e dos juros a ser cobrado.

Não se pode esquecer que essas práticas, são incrementadas pelo uso de algoritmos que são comandos matemáticos de performance que utilizam o sistema *input* e *output*. Através dessa ferramenta é que se consegue a extração das informações necessárias ao desenvolvimento das práticas mercadológicas de cada ramo empresarial.

Crerios de pontuação e formação de *credit score* existem desde a década de 70 do último século. Então qual seria o problema? A seguir procuraremos entender o risco dessas práticas tão comuns.

## **Riscos do tratamento indevido dos dados pessoais**

Respondendo à pergunta acima, o problema ocorre quando quem realiza essa operação de tratamento de dados não respeita os limites que garantam os direitos fundamentais dos titulares que têm os dados pessoais tratados.

Não podemos esquecer que os maiores responsáveis pelo tratamento de dados atualmente, são os grandes conglomerados empresariais e eles dispõem de ferramentas apropriadas para extrair as informações necessárias para as suas atividades. Esse processo de extração concretiza o risco de violação de direitos.

Daí surgem três perguntas necessárias para a compreensão do processo. Quais são os limites? Quando o tratamento de dados começa a ser abusivo e coloca em risco os direitos do titular? Quais são os riscos inerentes ao tratamento de dados pessoais e como ao menos mitigá-los?

A resposta inicial, anterior ao marco regulatório da proteção de dados brasileiro, veio num julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial 1.457.199 - onde ficou definido que a análise é excessiva e ultrapassa os limites da razoabilidade quando os dados coletados não têm relação com o objetivo – no caso concreto pontuação de crédito.

Todavia, não nos parece a melhor indicação, vez que o controlador dos dados poderia dizer que todos os dados são necessários para a concessão do crédito e garantir a segurança desse ramo do mercado. O acórdão não discorreu claramente sobre quais seriam os parâmetros, o que abre espaço para a discussão do que seria a abusividade. Entendemos que essa decisão, ainda que importante não conseguiu aferir um melhor limite e essa é uma discussão muito importante, vez que se trata de direitos fundamentais. Além disso, reiteramos que é uma decisão anterior à promulgação da LGPD.

Com a LGPD, após análise sistemática da lei, os limites estão definidos pelas bases legais de tratamento de dados pessoais (art. 7º e 11 no caso dos dados pessoais sensíveis), além dos limites principiológicos (art. 6º) e fundamentais (art. 2º). Ademais, não podemos desconsiderar os limites impostos pela própria autoridade de proteção de dados – no caso brasileiro a ANPD, Autoridade Nacional de Proteção de Dados – que deve atuar como agente regulador e fiscalizador da atividade de tratamento de dados pessoais, estabelecendo regras e orientações a serem seguidas pelo poder público e iniciativa

privada.

O tratamento de dados pessoais começa a se tornar abusivo, colocando em risco a integridade de direitos fundamentais. Isso ocorre quando está fora das hipóteses de tratamento colocadas pela lei, quando não obedece aos princípios e fundamentos elencados no marco regulatório. A aplicação dessas medidas ocorrerá de acordo com as necessidades de cada caso concreto. Lembrando que as medidas de proteção e contingenciamento devem seguir as diretrizes impostas nos fundamentos e princípios.

Em nosso entendimento, dentre os vários riscos inerentes à atividade de tratamento, os principais seriam aqueles em que ocorre a violação por terceiros que não são os responsáveis pelo tratamento dos dados. Estamos falando de situações como vazamento, sequestro, interceptação, qualquer irregularidade ocorrida durante o tratamento por terceiros que não o controlador.

Outra espécie se constitui aqueles que seriam aqueles decorrentes em função da atividade de tratamento de dados, em especial aquela que envolve algoritmos – modalidade largamente utilizada no tratamento de dados por grandes conglomerados empresariais.

O use equivocado dos algoritmos produzem um tratamento incorreto, que resulta em discriminação indevida, mais especificamente discriminação por erro estatístico – erros relacionados ao desenho do algoritmo, discriminação pelo uso de dados sensíveis – utiliza dados informações legalmente protegidas, discriminação por generalização injusta – algumas pessoas são equivocadamente classificada em certos grupos e finalmente discriminação limitadora de direitos – resultado da relação entre a informação do algoritmo e a realização de um direito. Essa classificação foi elaborada pela professora Laura Schertel Mendes (2019)

Portanto, em nosso entendimento, esses são os riscos mais efetivos que podem influenciar negativamente num processo de tratamento de dados, trazendo danos de grande monta ao titular. Para evitar esses riscos, além é claro do controle judicial existe uma outra saída que expomos a seguir.

## **Desafios: a implementação da proteção de dados como solução**

Por todos os motivos elencados, entendemos que a proteção de dados pessoais é o grande desafio da nossa era. É através da instituição de uma política de proteção dados pessoais, com capacidade preventiva, orientando o tratamento, fazendo intervenções quando necessário e acima de tudo, voltada a criar uma cultura de proteção de dados pessoais, que teremos uma segurança de direitos fundamentais tanto coletiva como individualmente.

Compreendida desde os seus primórdios a proteção de dados pessoais atinge um patamar de relevância ímpar ao ser humano nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes ao organizar e apresentar a obra de Stéfano Rodotà (RODOTÀ 2008, p. 7):

direito à privacidade como instrumento fundamental contra a discriminação, a favor da igualdade e da liberdade. De fato, nas sociedades de informação, como são as sociedades em que vivemos, pode-se dizer que “nós somos as nossas informações”, pois elas nos definem, nos classificam, nos etiquetam; portanto, ter como controlar a circulação das informações e saber quem as usa significa adquirir, concretamente, um poder sobre si mesmo.

Portanto, observa-se que a proteção de dados, quando se compreendia somente a questão da privacidade, até os dias atuais, quando se reconhece a abrangência a um objeto que supera a intimidade considerando todos os demais direitos, deve ser implementada e preservada a qualquer custo.

Observa-se essa mudança com o estudo da evolução do conceito de privacidade que descortina a importância sobre o tema da proteção de dados pessoais. Há uma mudança de paradigma. Segundo Doneda (2006), citado em elucidativo artigo de (ZANATTA, 2017, online):

a proteção de dados pessoais transforma a concepção contemporânea de proteção da privacidade, deixando de ‘dar vazão somente a um imperativo de ordem individualista’ – o direito de ser deixado sozinho e a não intrusão –, passando a ‘ser a frente onde irão atuar vários interesses ligados à personalidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana’ (DONEDA, 2006, p. 30)”.

Começamos entender a partir daí como a proteção de dados é tratada para compreender como esse desafio vem sendo enfrentada por cada sociedade. E qual é a importância dispensada ao tratamento de dados pessoais no Brasil?

O tratamento de dados pessoais no Brasil foi abordado de forma incidental em um primeiro momento. A proteção dos dados pessoais foi abordada no Código de Defesa do Consumidor, Lei Geral de Telecomunicações, Lei do Sigilo Bancário, no Código Civil de 2002, na Lei do Cadastro Positivo e em normas setoriais da ANS, ANATEL E ANVISA.

Houve avanço significativo com a aprovação do Marco Civil da Internet que forneceu alguma regulação à questão sobre o uso dos dados pessoais na internet, mas ainda assim tinha uma abrangência limitada.

O pilar da proteção de dados se deu com a promulgação da Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), após oito anos de intensas discussões e trabalhos no Congresso Nacional.

O referido estatuto traz a base legal para o denominado tratamento de dados pessoais, diversos conceitos, princípios e normatização sobre a coleta e manuseio dispensado aos dados pessoais.

A LGPD apresenta conceitos que constroem as definições citadas – dados, titular, consentimento – além de se constituir no cerne da *mens legis* inspiradora da proteção de dados:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

(...)

V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

(...)

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

Portanto, a análise do tema tem grande relevância tendo em vista que se chega à conclusão de que a proteção de dados pessoais se trata de uma garantia fundamental individual, além de ser um direito difuso.

A aplicação efetiva do direito individual fundamental à proteção de dados pessoais depende, em grande medida, das respostas coletivas que serão apresentadas para implementá-lo, motivo pelo qual é necessário empenhar-se na realização de uma democracia da informação que proteja tanto a autodeterminação e a liberdade de controle das informações pessoais pelo cidadão, como também a tutela contra a utilização discriminatória dos dados, tanto por meio de uma cultura jurídica apta a compreender a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental autônomo quanto por uma arquitetura regulatória capaz de fazer emergir o tema da proteção de dados pessoais como um verdadeiro setor de políticas públicas. (MENDES, 2008, online)

Imperioso esclarecer que a LGPD teve inspiração em um instrumento internacional, a General Data Protection Regulation (GDPR), Regulamento de Proteção de dados da União Europeia. Muitos conceitos daquele instrumento do direito estrangeiro foram a base para a criação de conceitos hoje presentes na nossa lei, sendo clara a ascendência daquele documento sobre o nosso marco de proteção de dados.

Um pouco mais sobre a história da LGPD: a lei é fruto da fusão entre os Projetos de Lei que tramitaram na Câmara dos Deputados. Após um processo histórico foi aprovada e promulgada a lei considerada o marco civil da proteção de dados, ou seja, estamos diante de um instrumento legal recente, que ainda tem um caminho a percorrer até a criação de uma cultura de proteção de dados.

A resposta ao desafio proposto será postura do Estado brasileiro para

dar efetividade a uma lei, que além de inovadora, tem relevância constitucional, ao regular diretamente questões individuais fundamentais, introduzindo novos instrumentos utilizados para evitar o uso indevido de dados pessoais pelos atores estatais, organizações privadas e até mesmo por pessoas naturais no tratamento dos dados.

A continuidade da solução passa pela conscientização sobre a importância da proteção e manuseio de dados pessoais e constitui um processo informativo que contribuirá na formação dos atores dessa realidade, sendo que o objetivo é a melhoria da qualidade dos dados em circulação, com fidedignidade ao seu titular, sendo concedido a ele o direito de controle de fluxo, o que sem dúvida contribui para o constante aperfeiçoamento das relações de consumo e atendimento estatal prestado à própria sociedade.

Para que se chegue a esse estágio, necessário um maciço investimento na criação, implementação e aprofundamento, aguardando o tempo necessário para que as instituições consigam entender e internalizar esses processos.

## Conclusão

Num contexto social em que os dados têm papel relevante na formação econômica da atual etapa capitalista, necessário se faz a compreensão da maneira como ocorre esse processo e quais são os riscos e desafios enfrentados para que não ocorra a violação de direitos fundamentais das pessoas naturais, titulares dos dados pessoais.

A plena implementação da LGPD é o desafio a ser enfrentado pelo Estado brasileiro e pela sociedade civil vez que, somente com o seu pleno funcionamento haverá o cumprimento da garantia fundamental do direito à proteção de dados pessoais, o que terá como um dos seus reflexos o aperfeiçoamento de produtos e serviços ofertados.

Assim, entendemos que a implementação de uma política efetiva de proteção de dados pessoais é a melhor forma de garantir a proteção aos direitos fundamentais individuais e coletivos, sendo a resposta às dúvidas e inseguranças surgidas com essa nova configuração de um capitalismo baseado nos dados pessoais.

## Referências

BRASIL. **Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Brasília, 1988 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.457.199 - RS (2014/0126130-2)**

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114173/REsp1457199.pdf>. Acesso em 15 set. 2020.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. (coord.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo Gen, 2021. (Capítulo 21)

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e Privacidade: Violação e Proteção da Informação Pessoal na Sociedade de Consumo**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília – UNB, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/4782/1/DISSERTACAO%20LAURA.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: A Privacidade Hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 1ª edição, 2008.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. **Proteção de dados pessoais como regulação de risco: uma nova moldura teórica?** Disponível em: [http://redegovernanca.net.br/public/conferences/1/anais/ZANATTA,%20Rafael\\_2017.pdf](http://redegovernanca.net.br/public/conferences/1/anais/ZANATTA,%20Rafael_2017.pdf). Acesso em: 25 jul. 2019.

Empresas utilizam Big Data para obtenção de informações sobre negócios e ter impacto positivo no mercado. Disponível em <https://www.terra.com.br/noticias/empresas-utilizam-big-data-para-obtencao-de-informacoes-sobre-negocios-e-ter-impacto-positivo-no-mercado,d07f7431108cfdb4789f76fe4fb3bb82e21j1qy9.html>

Temos mais dados do que nunca. Como usá-los a nosso favor? Disponível em <https://exame.com/carreira/dados-uso-favor/> Acesso em 18 ago. 2021

# DA INTERNET DAS COISAS A INTERNET DO COMPORTAMENTO NA PROTEÇÃO DE DADOS

**Fabiana Faraco Cebrian**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil. Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Mestre em Ciências pelo Instituto Militar de Engenharia, Rio de Janeiro, Brasil

**Cinthia Obladen de Almendra Freitas**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil. Doutora em Informática pela PUCPR. Professora Titular da Escola de Direito da PUCPR. Professora Permanente e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR.

## Resumo:

A Internet das Coisas (*Internet of Things* – IoT) passou por evoluções que permitiram sua aplicação para a quantificação dos mais variados aspectos da vida humana. Ao coletar variáveis que permitem a mensuração do comportamento humano, a Internet das Coisas deixa de ser essencialmente uma iniciativa tecnológica para integrar objetos físicos e passa a ter outros propósitos que se distanciam de melhorias “das coisas”. Surge a Internet do Comportamento (*Internet of Behaviors* – IoB), que pode ser considerada uma extensão da IoT. O artigo com o uso de método dedutivo e técnica de pesquisa documental indireta, analisa o fluxo de dados na Internet das Coisas e do Comportamento na efetiva aplicação da proteção de dados individuais em um contexto de *privacy by design*. O artigo reflete sobre a necessidade de debate ético, social e ambiental sobre as diferentes abordagens da Internet das Coisas que podem afetar e gerar novos marcadores para o comportamento humano.

**Palavras-chave:** Internet das coisas; Internet do comportamento; Proteção de dados, *Privacy by design*.

## Introdução

A Internet das Coisas (*Internet of Things* – IoT) concebida como uma rede de objetos físicos que podem interagir entre si e com o ambiente externo, passou por significativas evoluções. No início do desenvolvimento da internet, a conexão era possível apenas por meio de fios ligados a computadores de mesa. Com o passar dos anos, o advento de redes sem fio, a amplia-

ção da capacidade de processamento de dados e a miniaturização de sensores levaram ao uso concomitante de vários sensores ao mesmo tempo e permitiu o aumento significativo da diversidade de dispositivos com acesso à internet. Neste processo evolutivo, cabe citar os televisores, geladeiras, ar-condicionado, cafeteiras, lavadoras de roupa, campainhas, câmeras, termostatos, lâmpadas, tomadas, switches, fechaduras, relógios, marcapassos, semáforos, medidores de água e luz, dentre outros, além de notebooks, smartphones e tablets. Estes novos tipos de coisas conectadas à internet podem monitorar, controlar, analisar, atuar e otimizar diversas atividades rotineiras. Paralelamente a esta evolução, a sociedade na era da IoT também apresenta modificações exponenciais em relação a dependência por Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs). Cada indivíduo voluntariamente necessita diariamente de três, quatro ou mais dispositivos de IoT. A multiplicidade de dispositivos conectados permite a quebra de espaços antes territorialmente definidos para o desenvolvimento de uma rede de coisas que permite o controle, a interconexão e a transmissão de dados em qualquer local do mundo.

À proporção que a sociedade amplia a adoção de tais dispositivos e prolonga seu tempo conectado, os dados coletados pelas coisas ganham novas características como o aumento do volume, variedade e velocidade de dados gerados. Tais características tendem a formar um verdadeiro Big Data com dados que extrapolam a simples melhoria dos dispositivos e que podem descrever o contexto em que o indivíduo encontra-se inserido e seu comportamento. O tratamento de dados de coisas conectadas promove uma nova forma de mensuração do comportamento humano. Dispositivos que não se encontram diretamente relacionados aos indivíduos, como por exemplo, lâmpadas conectadas à internet, podem revelar hábitos de consumo de dispositivo IoT, marca utilizada, valor do dispositivo, consumo de energia, rotina de dias e horários do acionamento da lâmpada, dias e horários de permanência em determinados cômodos, hábitos de sono, ausência ou presença de indivíduos, preferência de luminosidade, reconhecimento de dados biométricos como a voz para ativar comandos, dentre outras variáveis que antes não eram possíveis de mensuração. Surge a Internet do Comportamento (*Internet of Behaviors* – IoB) capaz de mensurar o comportamento humano de forma fidedigna e individualizada e que se afasta da concepção inicial de IoT por tornar-se uma nova rede de fluxo de dados do comportamento humano.

Neste sentido, diante da crescente abrangência de regulamentos e legislações de proteção de dados no mundo, o artigo com o uso de método dedutivo e técnica de pesquisa documental indireta, analisa o fluxo de dados e o rastro digital na Internet das Coisas e do Comportamento na sociedade e a efetiva aplicação da proteção de dados em relação ao *privacy by design*. Pode-se afirmar que não existem mais limites para a aplicação da IoT que apresenta um setor em crescente desenvolvimento que procura aproveitar a Internet de diferentes formas. Da mesma maneira, a sociedade abandona modos tradicionais de vida e apresenta-se cada dia mais conectada e dependente de dis-

positivos na busca de comodidade na realização de tarefas rotineiras. Estas novas formas de utilização da internet podem melhorar a qualidade de vida dos indivíduos, como por exemplo, no monitoramento do desperdício de luz, ao mesmo tempo que trazem novos desafios na efetiva proteção de direitos individuais. O indivíduo ao exercer seu direito de não estar conectado a esta nova rede, indiretamente deixa seu rastro digital mediante a demanda do uso de dispositivos para a solução de tarefas cotidianas. O artigo aborda a necessidade de debate ético, social e ambiental sobre as diferentes condutas da Internet das Coisas que podem gerar novos marcadores, por meio da IoB para o comportamento humano. Este debate é fundamental para a compreensão dos novos desafios sobre o que significa ser um humano no mundo digital e a importância da aplicação do *privacy by design* em dispositivos que não apresentam uma relação direta com dados pessoais.

## 1. A internet das coisas e seus reflexos nas sociedades

A IoT apresenta como escopo a miniaturização de sensores, ampla possibilidade de aplicações, além da abundância na geração de dados. Em 1999, a base do que seria a IoT foi apresentada por Kevin Ashton, especialista em inovação digital, e naquele momento exigia avanços tecnológicos para a sua efetiva aplicação. Conforme Ashton (2009, p. 01), “se tivéssemos computadores que soubessem tudo sobre as coisas em geral - usando dados que coletassem sem a nossa ajuda - seríamos capazes de rastrear e contar tudo, e reduzir bastante o desperdício, a perda e os custos. (...) O RFID (*Radio-Frequency Identification*) e a tecnologia de sensores capacitam os computadores a observar, identificar e entender o mundo sem as limitações dos dados inseridos pelos humanos.” Observa-se que em 1999, a ideia de IoT encontrava-se relacionada ao aprimoramento de máquinas para a indicação, por exemplo, do momento exato para a realização de reparos e substituições de peças que auxiliaria na redução de custos e destacava também a importância do uso de sensores para permitir a coleta de dados sem o auxílio humano. O mesmo autor afirmou que “precisamos capacitar os computadores com seus próprios meios de coletar informações, para que possam ver, ouvir e cheirar o mundo sozinhos”. Anos mais tarde, grande parte de suas afirmações foram efetivamente alcançadas. Atualmente, pode-se afirmar que tudo pode ser conectado, tudo pode estar online, tudo pode ser programável, tudo pode gerar dados e tudo pode ser automatizado.

Gartner<sup>1</sup>, define IoT como “uma rede de objetos físicos que contêm tecnologia incorporada para se comunicar e sentir ou interagir com seus estados internos ou com o ambiente externo.” No Brasil, a IoT apresenta o seu conceito definido no Decreto 9.854, de 25 de junho de 2019, que institui o Plano Nacional de Internet das Coisas e estabelece seu uso como um futuro

---

1 Sobre esta definição vide o glossário de Gartner: [gartner.com/en/information-technology/glossary/internet-of-things](https://gartner.com/en/information-technology/glossary/internet-of-things). Acesso em: 04 nov. 2021.

benefício para a qualidade de vida dos indivíduos e promoção de ganhos de eficiência nos serviços. A IoT é definida no Decreto como “a infraestrutura que integra a prestação de serviços de valor adicionado com capacidades de conexão física ou virtual de coisas com dispositivos baseados em tecnologias da informação e comunicação existentes e nas suas evoluções, com interoperabilidade”. Porém, conforme leciona Madakam; Ramaswany e Tripathi (2015, p. 165), “não existe uma definição única disponível para a Internet das Coisas que seja aceita pela comunidade mundial de usuários. (...) O que todas as definições têm em comum é a ideia de que a primeira versão da Internet tratava de dados criados por pessoas, enquanto a próxima versão tratava de dados criados por coisas”. Contudo, o que ainda não se imaginava eram que dados criados por coisas poderiam ser relacionados com pessoas e os impactos desta transformação na sociedade.

No momento, a internet das coisas pode ser equiparada a uma internet de silos de dados, pois “a tecnologia tende a operar exclusivamente dentro de uma implantação particular (por exemplo, uma organização ou casa) ou indústria vertical” (SINGH, *et al.*, 2018, p. 54). Os silos são formados quando unidades individuais implantam seus sistemas de forma separada. Entretanto, nos últimos anos, com o desenvolvimento de cidades inteligentes e as mudanças trazidas pela pandemia, o processo de quebra de silos foi acelerado. De acordo com previsões apontadas pela CISCO (2020, p. 01), o número de dispositivos conectados a redes de *Internet Protocol* será superior a três vezes a população global em 2023. Neste mesmo ano, haverá 3,6 dispositivos em rede por pessoa, totalizando 29,3 bilhões de dispositivos em rede. Já na categoria de IoT, as conexões Machine-To-Machine (M2M) serão metade dos dispositivos globais conectados até 2023, em que aplicativos para casas conectadas serão a maior parte seguidos pelo rápido crescimento de carros conectados. Aplicativos para casas conectadas serão responsáveis por 48% das conexões M2M em 2023. Portanto, a IoT deixou de ser meramente uma forma de conexão de dispositivos industriais e passou a abranger uma visão expansionista de um sistema no qual objetos inanimados, seres vivos, processos e dados se conectam à Internet e entre si. A partir da visão expansionista, surge o conceito de Internet de Todas as Coisas (Internet of Everything - IoE), este é definido “como a conexão de rede de pessoas, processos, dados e coisas. Em comparação, a IoT se refere simplesmente a conexão de objetos físicos e não inclui as pessoas e os processos, estes são componentes da IoE.” (CISCO, 2013, p. 01). Logo, grande parte dos objetos físicos, que ainda encontram-se desconectados, podem vir a fazer parte da IoT e o mesmo pode ser aplicado a pessoas e processos. Neste campo, pesquisas apontam que em breve a IoT poderá atuar como consumidor<sup>2</sup>, dentro de um conceito de que as coisas passam a receber créditos e, desta forma, atuam em decisões de pagamento.

<sup>2</sup> Sobre esta tendência vide os ciclos de inovação de Gartner: <https://www.gartner.com/en/documents/3987602/hype-cycle-for-the-internet-of-things-2020>. Acesso em: 04 nov. 2021.

Como exemplo, o próprio carro poderá efetuar o pagamento do combustível e revisões ou a geladeira poderá efetuar a compra de itens que acabaram. Floridi (2013, p. 01), explica que “essencialmente, a internet das coisas trata de nos livrarmos de nós, os humanos incômodos no circuito. Em uma infosfera desfragmentada e totalmente integrada, em que a coordenação invisível entre os *gadgets* será perfeita”. Da mesma maneira, Weiser, (1991, p. 78) afirma que “As tecnologias mais profundas são as que desaparecem. Elas se entrelaçam no tecido do dia a dia vida até que sejam indistinguíveis dela”. A autonomia e a ubiquidade entre os dispositivos poderão reduzir consideravelmente a interferência humana.

Como se nota, “a Internet das Coisas (IoT) permitiu aos usuários trazerem objetos físicos para a esfera do mundo cibernético” (MADAKAM; RAMASWANY; TRIPATHI, 2015, p. 169). Esta hiperconexão concedida pela Internet foi responsável pelo surgimento da sociedade hiperconectada que apresenta características que permite sua classificação em diferentes sociedades. Surge a sociedade informacional (CASTELLS, 2011, p. 64 - 65), algorítmica (BALKIN, 2017, p. 1219; 2018, p. 1151), vigilância (LYON, 1994, p. 40; BAUMAN, 2014, p. 07), exposição (HARCOURT, 2015, p. 404), entre outras. Embora adotem diferentes significados, todas estão relacionadas com as modificações trazidas pelo uso das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), principalmente a internet. “As palavras de ordem da sociedade contemporânea são: velocidade, mobilidade e acessibilidade. Não se pode imaginar um mundo sem a tecnologia, visto que ela está presente em todos os momentos, em todos os lugares” (FREITAS, 2017, p. 19). As recentes classificações da sociedade permitem reflexões sobre o deslocamento de uma sociedade industrial centrada na produção de bens tangíveis e dados tradicionais para uma sociedade baseada na produção de bens intangíveis, como por exemplo, dados oriundos de IoT de si mesmos. “Estas sociedades apresentam preocupações no que diz respeito à segurança e privacidade das pessoas, dos dados pessoais (inclusive os dados sensíveis), assumem a sensação de vulnerabilidade dos consumidores, (...), ofertam serviços *online* e coletam volumes de dados nunca antes possível ou processável sem as TICs” (FREITAS; ROSSI, 2020, p. 08).

O dado pode ser considerado o mais primitivo dos três elementos a ele relacionado, como a informação, o conhecimento e a sabedoria, porém ganha destaque e valor nesta sociedade. Assim, surgem conceitos como o autorastreamento digital (*Digital self-tracking*) que significa “a coleta e avaliação permanente de dados autorelacionados na vida diária, seja o número de passos dados, calorias queimadas, a frequência cardíaca, padrões de sono ou humor, por meio de tecnologias digitais” (HEYEN, 2020, p. 124). Logo, este novo modo de vida em sociedade permite a quantificação de vários aspectos, não apenas de coisas, mas também de variáveis biométricas, comportamentais, emocionais e cognitivas em tempo real. Com a evolução tecnológica, estas variáveis assumem-se cada vez mais diversas, precisas e acessíveis. Em con-

sequência, a sociedade passa a ser gerenciada por dispositivos e esta mudança do comportamento social provocada pela dependência de dispositivos IoT promovem questionamentos sobre como encontrar um equilíbrio aceitável entre os interesses da sociedade e a autonomia de sistemas de IoT. Embora o crescimento exponencial de tecnologias viabilize avanços positivos em várias áreas, os riscos do crescimento de algo não conhecido ainda não são mensuráveis. De acordo com Magrani, (2018, p. 25), “o quão recente é esse cenário digital de hiperconectividade e de IoT baseado na relação estreita entre objetos inteligentes (sensores), Big Data e inteligência computacional, (...) ainda não temos consciência plena de seus potenciais benefícios e riscos”. Por outro lado, pode-se tornar possível pensar no contexto de uma ciência individual, com soluções que podem levar em consideração as características individuais de cada ser humano e não mais características de grupos específicos.

## **2. A transição da Internet das Coisas (IoT) para a Internet do Comportamento (IoB)**

As novas soluções e serviços propostos à sociedade não são, por vezes, essenciais ao indivíduo, mas, por proporcionarem algumas comodidades atreladas ao seu uso, provocam concomitantemente a sensação de necessidade e o vazio ou a exclusão social quando há impossibilidade de sua utilização. Neste sentido, Castells (2011, p. 69), ilustra que “não é a centralidade de conhecimentos que caracteriza o progresso da revolução tecnológica, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento em um ciclo de realimentação cumulativo entre inovação e uso, que passa por estágios como experiências de uso e reconfiguração das aplicações”. Dentro deste ciclo, novos dispositivos são desenvolvidos e refinam cada vez mais a interação com o homem, criam novos desejos e implicam na coleta de mais dados. Tais ações implicam em reflexos sociais, econômicos e ambientais. Conforme leciona Harcourt, (2015, p. 15), o rastro digital pode ser gerado, por exemplo, a partir de uma simples pesquisa na internet, entrada em edifícios monitorados, uso de dispositivos inteligentes, dentre outros e permite diferentes níveis de detalhamento como o armazenamento do tempo de clique no mouse ou na tela do smartphone, visualização de uma propaganda ou notícia e temas preferidos de leitura. Já a autoexposição digital, é composta por dados fornecidos voluntariamente pelos indivíduos por meio de seus dispositivos digitais. Tanto o rastro digital quanto a autoexposição auxiliam no refinamento de dispositivos que interagem com o homem.

Logo, neste transcurso de desenvolvimento tecnológico, o homem ao interagir diretamente com dispositivos IoT permitiu a sua própria digitalização<sup>3</sup>. Esse processo levou à composição de bases de dados virtuais de perfis

---

3 Sobre esta definição vide o glossário de Gartner: <https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/digitalization>. Acesso em: 03 nov. 2021.

humanos individualizados, formadas por ações, movimentos, vozes, imagens, preferências, rotina, comportamento, localização e qualquer outro parâmetro possível de ser mensurado que convertem o corpo físico em *digital persona*. Esta é definida, por Clarke (1994, p. 78), como “uma construção, ou seja, um rico agrupamento de conceitos e implicações inter-relacionados. A *digital persona* é um modelo da personalidade pública de um indivíduo com base em dados e mantida por transações, e destina-se ao uso como um *proxy* para o indivíduo”. Este conceito tem sido usado para identificar a representação de indivíduos por meio de dados e que substituem os próprios indivíduos em diversas transações. Ou seja, a *digital persona* passa a atuar como ponte entre o indivíduo e o dispositivo IoT e representa a versão digital de nós mesmos. A *digital persona* não pode ser confundida com o perfil digital, este trata do coletivo, ou seja, agrupa um conjunto de indivíduos a partir de suas características comuns, sejam elas hábitos de consumo, sociais, políticos, dentre outras. “As técnicas de perfilamento têm como objetivo determinar o que é relevante dentro de um determinado contexto, por exemplo, quem pode estar interessado em um determinado produto. Além disto, estas técnicas auxiliam na representatividade estatística, ou seja, na determinação da qualidade de uma amostra constituída de modo a corresponder à população no seio da qual ela é escolhida. Ou seja, busca-se generalizar a partir de uma amostra de indivíduos e dos seus respectivos interesses” (FREITAS, 2017, p. 27 - 28). O mesmo ocorre com a representação de perfil realizada no ambiente de rede, formado por uma variedade de aplicativos, que incluem redes sociais, jogos, compras e serviços, dentre outros. Nesta, os indivíduos podem exibir e demonstrar comportamentos que não refletem a sua realidade pública no mundo real. O perfil pessoal pode se desprender do corpo físico em múltiplas pessoas que possuem características distintas descritas pelo próprio homem.

A criação da *digital persona*, muitas vezes, não é imposta, mas conscientemente criada e gerenciada pelo próprio indivíduo para manifestar ações em dispositivos de IoT. “Uma vez que os eventos do nosso cotidiano são sistematicamente armazenados em um formato legível por uma máquina, esta informação ganha uma vida toda própria. Ela ganha novas utilidades” (Garfinkel, 2000, p. 75). Assim, surge a Internet do Comportamento (IoB), que pode ser considerada uma extensão da IoT, mas que atua como um novo marcador humano na medida em que coleta, armazena e transfere, por meio de objetos, vestíveis ou não dados inerentes aos dispositivos e os dados da interação entre os indivíduos e dispositivos. A IoB é responsável por gerar uma representação virtual humana e do mundo real, por meio da coleta de dados da interação entre indivíduos e dispositivos. Logo, permite a associação de dados a outros comportamentos humanos e abrange um número significativo de indivíduos, sem limitações territoriais, visto a variedade de objetos disponíveis conectados em rede, de modo a permitir o agrupamento destes novos marcadores humanos. Dentre eles, cabe destaque, por exemplo, a contagem do número de passos, frequência cardíaca, horas de repouso, preferências de

temperatura e iluminação, reconhecimento de elementos biométricos ativos (voz) e passivos (impressão digital), entre outras variáveis. Estas permitem a reprodução fidedigna e individualizada do indivíduo e de espaços físicos de sua rotina de lazer, laboral ou residencial. A IoB representa um espelho da realidade, o indivíduo desnudo, dentro de sua intimidade e com autonomia para interagir diretamente com os dispositivos.

Ao coletar variáveis que permitem a mensuração do comportamento humano, a Internet das Coisas deixa de ser essencialmente uma iniciativa tecnológica para integrar objetos físicos e passa a ter outros propósitos que se distanciam de melhorias “das coisas”. Ainda não existem meios de modificar a voz, fingir preferências e hábitos para tais dispositivos. Neste ambiente, o indivíduo, mesmo *offline*, pode estar *online* por meio de sua *digital persona* que comanda os dispositivos IoT e atuam no meio, como por exemplo, desligar a televisão, acender a luz, alterar a temperatura do ambiente, fechar a porta, neste contexto o indivíduo passa a existir *onlife*<sup>4</sup>. Deste modo, a rede de conexões e o fluxo de dados promovido pela internet se entrelaçam na trama da vida cotidiana de modo a formar uma película digital que envolve os indivíduos. A IoT permite que esta película passe a compor a vida em sociedade de modo que se torne indistinguível dela (WEISER, 1991, p. 94) e desta forma poderá ser considerada uma tecnologia mais disruptiva do que a própria internet. Esta película digital cresce exponencialmente e promove novas transformações digitais e inovações que podem ser aplicadas em vários aspectos da sociedade humana. Portanto, a IoB apresenta implicações éticas, econômicas e sociais que dependem basicamente dos objetivos de seu uso individual. Os mesmos dispositivos que podem controlar e atuar, por exemplo, na temperatura de um cômodo, poderiam transferir estes dados para a companhia de energia de modo que a tarifa seja ajustada pelo não racionamento recomendado de energia elétrica. Tal funcionalidade poderia implicar em uma mudança do comportamento.

Neste contexto, as soluções de IoT são realizadas no mundo real e coletam dados por meio de sensores. Tais dados trafegam pelo mundo virtual para análise e voltam para atuar no mundo real. Estes dados que representam os mundos virtual e real podem ser considerados a poeira digital (*digital dust*) da vida cotidiana. Logo, os indivíduos ao entrarem neste ciclo entre o espaço virtual e real, de modo híbrido, passam a ser continuamente ajustados com regras prévias da vida rotineira. A IoB pode ser utilizada para ajustar o comportamento por meio de ciclos de retornos fundamentados na resposta do próprio indivíduo, ou seja, o seu feedback, bem como na resposta de outros dispositivos. Por muitas vezes, estes indivíduos não interferem diretamente no modo de atuação dos dispositivos, visto que as análises de dados podem incluir a inteligência artificial. Neste caso, um modelo do mundo real é es-

4 Vide a respeito: FLORIDI, L. **The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era.** [S.l.]: Springer Open, 2015 (edição digital). “*Onlife refer to the new experience of a hyperconnected reality within which it is no longer sensible to ask whether one may be online or offline.*”

pelhado no mundo virtual, de modo a modelar as características físicas, por exemplo, de um cômodo da casa para compreender como um dispositivo de IoT do tipo lâmpada poderá iluminar de forma eficiente o cômodo. O mesmo modelo, também considera a representação virtual do indivíduo (*digital persona*) e o seu feedback para aprimorar sua atuação no meio físico. Para cada dispositivo, uma versão digital de nós mesmos pode ser criada e aprimorada com a troca de dados entre outros dispositivos. Um exemplo são os televisores como dispositivos de IoT que podem gerenciar diversos outros dispositivos presentes na casa. Esta interoperabilidade, amplia o fluxo de dados e o refinamento da *digital persona*, pois a interação do indivíduo com diferentes dispositivos poderá ser processada, paralelamente, este processamento não é retornado ao indivíduo, de modo que este desconhece o seu próprio padrão de interação com os dispositivos e inclusive seu padrão biométrico.

A possibilidade de retornar os dados processados ao indivíduo poderá abarcar o conceito de gêmeo digital, em que os dados produzidos por todos os sensores utilizados pelo homem poderiam ser devolvidos à pessoa e refletem todo o seu comportamento, isto poderá incluir biossensores vestíveis para a aferição, por exemplo, de aspectos da saúde humana. Esta fase incidiria na internet do biocomportamento. A diferença entre digital persona e gêmeo digital encontra-se no fato que este último oferece o seu status funcional como retorno (TAO e QI, 2019, p. 490 - 491), ao contrário da digital persona que desconhece os dados coletados e os processamentos realizados.

### **3. O *privacy by design* na proteção de direitos fundamentais no uso de IoT**

O resultado dos novos paradigmas sociais em virtude da mudança do modo de vida diário, recai na abundância de dados gerados. Os dados sozinhos podem conduzir a nenhuma compreensão, logo, de acordo com ACKOFF, (1989, p. 170), “dados são símbolos que representam propriedades de objetos, eventos e seus ambientes. Eles são produtos de observação. Observar é sentir”. Com efeito, a IoT possui a capacidade de sentir o ambiente por meio da observação, em que o produto gerado é uma grande quantidade de dados. Porém, assim como o petróleo bruto que precisa de refinamento para a sua utilização, com os dados não ocorre de forma diferente. Para alcançar a informação são necessários dados refinados, a fim de desconsiderar dados ausentes, incorretos e que não atendam a funcionalidade desejada. “A informação consiste em dados processados, cujo processamento visa aumentar a sua utilidade” (ACKOFF, 1999, p. 01). Como exemplo, um termostato ao observar a temperatura, terá como dados observados apenas números, mas tais dados quando processados por um período de tempo, podem identificar um aumento de temperatura. Ackoff, (1999, p. 01), estudioso da hierarquia de conceitos presentes na pirâmide do conhecimento (*Data-Information-Knowledge-Wisdom*), afirma que “um grama de informação vale um quilo de dados

e um grama de conhecimento vale um quilo de informação”. Ao retornar ao exemplo do termostato, o mesmo poderia coletar dados por semanas, até encontrar um aumento de temperatura. Assim sendo, Freitas; Ferreira; Cavedon, (2021, p. 03), explicam que “dados estruturados ou não constituem um fator de grande interesse às organizações, possibilitando agilidade nos processos de busca e de recuperação de informações. Assim, a transformação de grandes volumes de dados textuais não estruturados em informação útil fornece elementos para a reorganização, avaliação, utilização, compartilhamento e armazenamento do conhecimento gerado a partir do conjunto bruto de dados”. Portanto, apenas a partir da informação torna-se possível gerar conhecimento e posteriormente alcançar a sabedoria. Esta última refere-se à capacidade de tomar decisões com base no conhecimento. Dados, informações e conhecimento são rotineiramente gerados em sistemas de IoT. “Os dados são os condutores: os sensores produzem dados que representam aspectos de ambientes físicos; atuadores respondem a comandos (também dados) resultando em efeitos físicos; e a transferência, armazenamento, agregação e processamento de dados são as operações que ajudam a realizar a funcionalidade desejada. É o fluxo de dados ou a troca de informações que determina o que acontece na IoT” (SINGH, *et. al.*, 2018, p. 55).

Tradicionalmente, os dados eram coletados de formulários, planilhas, e outros tipos de arquivos. A maior parte das informações era armazenada e analisada posteriormente. Ao observar a alteração provocada pela coleta de dados por outros meios, Jennex (2017, p. 69), revisou a pirâmide do conhecimento de modo a adicionar as modificações trazidas pela IoT na produção de dados. Os dados passam a compor duas camadas nesta pirâmide, a primeira camada refere-se aos dados tradicionais e a segunda camada, originária da IoT, representa os dados massivos oriundos de sensores que são praticamente o espelho a realidade. A diferença entre os dados que o próprio indivíduo possui em seu domínio e os dados que as organizações coletam e detêm, provocaram a assimetria informacional. As organizações tornaram os dados como uma fonte de riqueza e o indivíduo titular do dado passou a perder sua garantia fundamental de privacidade prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição Brasileira de 1988. Este desequilíbrio, “(...) tem trazido uma séria problemática afeta a dificuldade de se saber ou determinar quem é o efetivo e real proprietário e, portanto, titular dos direitos de uso e gozo do conteúdo informacional produzido, direitos estes que contém em si um alto valor econômico (...)”. (PARCHEN; FREITAS, 2016, p. 32).

Diante do crescimento exponencial ao longo das últimas décadas do tratamento de dados, no Brasil a proteção de dados pessoais foi disciplinada pela Lei nº 13.709/2018 também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que expressa uma necessidade da sociedade atual de promover o uso ético, seguro e responsável do tratamento de dados pessoais, por aqueles que detêm tais dados. T tamanha importância levou no ano de 2021, a proteção de dados pessoais alcançar o patamar de direito fundamen-

tal e independente do direito à privacidade. Conforme explica Doneda (2011, p. 103-106), embora o direito à privacidade seja uma garantia constitucional, este possui um alcance reduzido se comparado com o direito fundamental à proteção de dados pessoais, por abarcar outros direitos, como por exemplo, o direito à não discriminação e autodeterminação informativa. A LGPD, em seu art. 46, § 2º, apresenta o conceito de privacidade desde a concepção (*privacy by design*), o qual menciona que as medidas de segurança, técnicas e administrativas para proteção de dados pessoais deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução. Mesmo que o dado coletado não apresente associação direta ou indireta com o indivíduo, mas que posteriormente, com o uso de informação adicional, venha apresentar correlação, deve ser protegido.

Portanto, ao percorrer todas as fases de um produto ou serviço, Cavoukian (2009, p. 02), estabelece que “a abordagem do *privacy by design* é caracterizada por medidas proativas, em vez de reativas. Antecipa e evita eventos invasivos de privacidade antes que eles aconteçam. (...). Em suma, o *privacy by design* vem antes do fato, não depois”. O *privacy by design* em sistemas de IoT deve ser parte integrante do design e da arquitetura destes sistemas, de modo que a privacidade seja um componente essencial de sua funcionalidade. O desenvolvimento do *privacy by design* necessita levar em consideração a arquitetura técnica do sistema, pois a simplicidade de alguns sistemas de IoT não permitem a adoção de métodos robustos de proteção (Bendrath; Jørgensen, 2006, p. 355). Esta característica promove insegurança visto a lacuna existente entre os sistemas e a proteção do seu fluxo de dados, porém devem ser adotadas medidas de proteção na camada de aplicação, por meio de tecnologias de aprimoramento da privacidade. Dentre os métodos robustos, pode-se destacar a encriptação completamente homomórfica, prova de conhecimento zero, dentre outros. Tais métodos se enquadram como requisito de segurança na privacidade do usuário, mas que não descartam a adoção de outros requisitos como resiliência a ataques, autenticação de dados, controle de acesso, dentre outras. Estas técnicas permitem que os usuários sejam ocultos em suas interações, de modo que não permita registros de seu rastro digital de forma identificada. Outra estratégia, seria o uso da privacidade diferencial que adiciona informações incorretas ou ruídos aos dados fornecidos pelos usuários dos sistemas.

Porém, para suprir a questão da arquitetura simplificada de sistemas de IoT, a ética dos dados apresenta-se como uma solução adequada a todas as tecnologias. Floridi e Taddeo (2016, p. 03), definem a ética dos dados como “o ramo da ética que estuda e avalia os problemas morais relacionados aos dados (incluindo geração, gravação, curadoria, processamento, disseminação, compartilhamento e uso), algoritmos (incluindo inteligência artificial, agentes artificiais, aprendizado de máquina e robôs) e práticas correspondentes (incluindo inovação responsável, programação, hacking e códigos profissionais), a fim de formular e apoiar soluções moralmente boas (por exemplo, con-

dutas corretas ou valores corretos)”. O aspecto ético do uso de dados, não está relacionado a uma tecnologia específica. Floridi e Taddeo (2016, p. 03), esclarecem que “em algumas décadas, entendemos que não é uma tecnologia específica (computadores, tablets, telefones celulares, plataformas online, computação em nuvem e assim por diante), mas o que qualquer tecnologia digital manipula que representa o foco correto de nossas estratégias éticas”. Ou seja, limitar o uso de tecnologias da informação e comunicação por suspeita de problemas éticos não é o caminho adequado, visto que estes dispositivos apenas executam tarefas com os dados que são fornecidos.

Isso significa que os desafios éticos impostos IoT e IoB podem ser mapeados e estabelecidos em sua arquitetura de funcionamento, por meio da implementação da ética dos dados, ética dos algoritmos e finalidade tanto da coleta e tratamento de dados pessoais para atender a objetivos específicos dos sistemas.

## Considerações finais

É notável que o crescimento de dispositivos de Internet das Coisas poderá ser responsável por inúmeros avanços, mas o seu fluxo de dados precisa ser estudado. A lacuna existente entre o mundo físico e o virtual foi suprida pela IoT de modo a proporcionar pontes de ligação entre seres vivos e coisas, de forma que seja possível identificar, coletar e processar dados, atuar sobre o ambiente, comunicar e estabelecer cooperação entre objetivos, em grande parte de forma autônoma. Pode-se afirmar que os dispositivos inanimados, antes da IoT, eram bolhas informacionais que não permitiam a extração de seus dados e a partir da possibilidade de estabelecer pontes de ligação por meio da internet a barreira foi ultrapassada. Ou seja, os avanços da tecnologia permitiram a liberação da capacidade ociosa de coisas e a implementação de valor em ativos de toda espécie. Estes dispositivos passaram a ter como elemento central o ser humano, titular de dados, ao mesmo tempo que pretendem entregar um maior número de comodidades. Por outro lado, a proteção de dados, que também indica como elemento central o ser humano, a fim de preservar os direitos fundamentais, deve estar presente inclusive em sistemas de IoT.

Esse aglomerado de dados, modelos do mundo real e virtual e dispositivos de IoT que se convertem em IoB fazem parte da infraestrutura intangível das novas sociedades, que vive de maneira *online* e delega gradativamente a IoT a tomada de decisões e, por vezes, acata e confia em decisões automatizadas. A IoB como promotora de ajustes comportamentais individuais, merece atenção e um maior debate, devido aos riscos impostos a uma sociedade previamente programada. Observou-se que técnicas de criptação completamente homomórfica, protocolos de provas de conhecimento-zero, privacidade diferencial e ética dos dados podem ser aplicadas em um contexto de *privacy by design* em alguns sistemas de Internet das Coisas.

Concomitantemente, existe uma necessidade crescente de uma nova geração de teorias computacionais e ferramentas para auxiliar no desenvolvimento da ética de dados e algoritmos no desenvolvimento de sistemas. O conceito ético ao ser transferido e compreendido por um computador permitirá o desenvolvimento da *digital persona* em condições semelhantes que o indivíduo no mundo real deseja se desenvolver. No entanto, neste cenário heterogêneo, chegar a padrões éticos comuns é um obstáculo significativo. O debate ético, social e ambiental sobre as diferentes abordagens da Internet das Coisas que podem afetar e gerar novos marcadores para o comportamento humano é necessário para a compreensão dos novos desafios sobre o que significa ser um humano no mundo digital.

## Referências

- ACKOFF, Russel. L. **From Data to Wisdom**. Journal of Applied Systems Analysis, v. 16, 1989.
- ACKOFF, Russel. L. **Best: His Classic Writings on Management**. New York: John Wiley & Sons. 1999. 368 p.
- ASHTON, Kevin. **That ‘Internet of Things’ Thing**. RFID Journal. 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 7
- BALKIN, J. M. **Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation**. Law in the Information Age Lecture at UC Davis School of Law, v. 51, p. 1149-1210, 2018.
- BALKIN, J. M. **The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data**. Ohio State Law Journal, v. 78, n. 05, p. 1217-1241, 2017.
- BENDRATH, Ralf; JØRGENSEN, Rikke Frank. **Privacy not found?** The World summit on the Information Society. v. 3, n. 4, 2006, p. 355-369.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura**. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by Design - The 7 Foundational Principles**. Implementation and Mapping of Fair Information Practices. Ontario, Canada. 2018.
- CLARKE, Roger. **The Digital Persona and Its Application to Data Surveillance**. The Information Society, v. 10, n. 02, p. 78, jun. 1994.
- CISCO. **Cisco Annual Internet Report (2018–2023)** White Paper. 2020.
- CISCO. **Uma introdução à Internet das Coisas (IoT)**. Parte 1 da Série de IoT. s Lopez Research LLC, São Francisco. 2013.
- DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico Journal of Law, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.
- FLORIDI, Luciano; TADDEO, Mariarosaria. **Introduction: What is data ethics?** Philosophical Transactions, Londres: The Royal Society, v. 374, n. 2083, p. 01-05,

FLORIDI, Luciano. **Things**. Philosophy & Technology, v. 26, n. 10. 2013.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. O **tratamento de dados pessoais e a legislação brasileira frente ao profiling e à discriminação a partir das novas tecnologias**. Rev.de Direito, Governança e Novas Tecnologias. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 18 – 38. Jul/Dez. 2017.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; FERREIRA, Helini Sivini; CAVEDON, Ricardo. **A regulação estatal de aspectos econômicos da mineração de dados em Big Data realizada pelos provedores de aplicação e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Pensar. Fortaleza, v. 26, n. 01, p. 01 - 14. Jan./mar. 2021.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Releitura dos Espaços Público e Privado frente às TICS**. Revista Direito, Estado e Sociedade. 2020.

GARFINKEL, Simson. Database Nation: **The Death of Privacy in the 21st Century**. O'Reilly Media, 2020.

HARCOURT, Bernard E. **Exposed: desire and disobedience in the digital age**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015. p. 404.

HEYEN, Nils. B. **From self-tracking to self-expertise: the production of self-related knowledge by doing personal science**. Public Understanding of Science. v. 29, p. 124–183. 2020.

JENNEX, Muray. **Big Data, the Internet of Things, and the Revised Knowledge Pyramid**. ACM SIGMIS Database: the DATABASE for Advances in Information Systems, v. 48, n. 4, 2017.

LYON, David. **The Electronic Eye: the rise of surveillance society**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.

MADAKAM, Somayya; RAMASWAMY, R; TRIPATHI, Siddharth **Internet of Things (IoT): A Literature Review**. Journal of Computer and Communications, v. 3, p. 164-173. 2015.

PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra Freitas. **Crise da Informação: A Quem Pertence?** Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. Brasília, v. 2, n. 1, p. 22 – 38. Jan/Jun. 2016.

SINGH, Jatinder; MILLARD, Christopher; REED, Chris; COBBE, Jennifer; CROWCROFT, Jon. **Accountability in the Internet of Things (IoT): Systems, law & ways forward**. Computer, v. 51, n. 7, p. 54-65, July 2018.

TAO, Fei; QI, Qinglin. **Make more digital twins: virtual models boost smart manufacturing by simulating decisions and optimization, from design to operations**. Springer: Nature, v. 573, p. 274–277. 2019.

WEISER, Mark. **The computer for the 21st Century**. Scientific American, v. 265, n. 03, p. 78-89, set. 1991.

# AS AUDIÊNCIAS TELEPRESENCIAIS EM PLATAFORMAS ELETRÔNICAS DURANTE A PANDEMIA E A EXCLUSÃO DIGITAL: REFLEXOS NOS DIREITOS HUMANOS PROCESSUAIS

**João Paulo Kulczynski Forster**

Professor Universitário da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (*stricto sensu*) do Centro Universitário Ritter dos Reis. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado.

## **Resumo:**

Examina-se os reflexos da decretação de pandemia no Brasil, a partir das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça, no que diz respeito às audiências telepresenciais. Estas audiências foram realizadas, durante a pandemia, em diversas plataformas digitais, a fim de assegurar o acesso à justiça e a manutenção dos serviços prestados pelo Poder Judiciário. A pesquisa se vale da metodologia exploratória bibliográfica nacional e internacional na matéria, valendo-se, ainda, de instrumentos legislativos para exame da legalidade dos procedimentos adotados e do método indutivo para confirmar as hipóteses levantadas, particularmente de que a exclusão digital é um elemento importante a ser considerado no Brasil quando se sopesa o acesso à justiça daqueles que se acham nas camadas mais pobres e desassistidas da população. Considera-se que não pode haver uma simples transposição do meio físico para o virtual, com a devida atenção para todos os direitos humanos processuais possivelmente afetados.

**Palavras-chave:** Pandemia; Direitos Humanos processuais; Audiências; Novas tecnologias.

## **1 Introdução**

A pesquisa realizada inicialmente descreve o quadro da pandemia no Brasil e um de seus reflexos no Poder Judiciário: a impossibilidade da realização de atos presenciais, mormente no que diz respeito às audiências, das mais variadas espécies, a depender do processo que se trate (civil, penal, trabalhista).

A partir da autorização do Conselho Nacional de Justiça para realização

das audiências no formato telepresencial ou remoto, o trabalho tem por objetivo pontuar alguns direitos humanos processuais que podem ser afetados em tal modalidade de audiência, como o acesso à justiça, ampla defesa, contraditório, prova e paridade de armas, entre outros.

A pesquisa se vale da metodologia exploratória bibliográfica nacional e internacional na matéria, valendo-se, ainda, de instrumentos legislativos para exame da legalidade dos procedimentos adotados e do método indutivo para confirmar as hipóteses levantadas. A hipótese é de que a exclusão digital existente no Brasil, fruto da imensa desigualdade presente no país, pode levar à violação de alguns dos direitos humanos processuais apresentados e reclama pela adoção de procedimentos uniformes, porém flexíveis, a fim de atender as peculiaridades de cada caso.

Na linha de conclusões, entendeu-se que não resta dúvida de que o estado de pandemia declarado pela OMS em março de 2020 arremessou todo o planeta em situação extrema, obrigando a imposição de medidas que vão do simples distanciamento social até o *lockdown* completo de todas as atividades não essenciais. O Judiciário, serviço público essencial, se viu obrigado a cessar a realização dos atos presenciais nesse contexto, mas teve de se adaptar rápido e antecipou em anos a revolução tecnológica que, mais cedo ou mais tarde, se apresentaria: a realização virtual ou eletrônica de atos que antes eram exclusivamente presenciais, dentre eles, as audiências, dos mais variados tipos: de conciliação, mediação, de instrução, dentre outras.

Considera-se que não pode haver uma simples transposição do meio físico para o virtual. A legislação existente a respeito dos procedimentos outrora presenciais é o mínimo a ser observado, mas ainda há muito a aprender quando são empregadas novas tecnologias para realização das audiências. A exclusão digital contribui de forma significativa para a necessidade de cuidado, pois apenas 39% dos domicílios brasileiros possuem computador e 28% dos domicílios não possui acesso à internet.

Seguramente haverá dificuldades de acesso a alguma das plataformas que não podem ser escolhidas ou projetadas apenas pela conveniência dos servidores e magistrados do Poder Judiciário: o termo *user experience* nunca foi tão importante nesse meio, pois devem ser consideradas as dificuldades de todos os participantes da audiência: advogados, partes, testemunhas e outros terceiros, como o perito. Essas considerações denotam que pode haver ofensas aos mais variados direitos humanos processuais, reclamando a adoção de procedimentos claros e flexíveis para a realização dessas audiências.

## **2 A pandemia no Brasil e os atos processuais**

O estado de pandemia causado pelo coronavírus foi decretado pela Organização Mundial de Saúde em 11 de março de 2020, em função de sua acelerada disseminação geográfica (UNASUS, 2020). Naquele momento, o Brasil, do ponto de vista processual civil, achava-se ainda amadurecendo e com-

preendendo os novos pontos da legislação processual civil editada em março de 2015 e que entrara em vigor um ano após sua promulgação.

O Código de Processo Civil de 2015 estabelecera algumas alterações relevantes, dentre elas um capítulo inicial abordando as normas fundamentais do processo civil, até mesmo em decorrência da existência de um direito humano ao processo justo. Na mencionada lei há tímida regulação de questões atinentes a processo e/ou atos processuais eletrônicos, já anteriormente regulados pela Lei 11.419/2006, embora se admita que informatização do processo tenha sido iniciado muito antes da edição desta lei (TEIXEIRA, 2020, p. 655). O que se apresentava, portanto, era uma lenta e gradual virtualização dos autos processuais, com a instituição de diferentes sistemas, pelo país, de processo eletrônico (PROJUDI, e-proc, PJe, dentre outros).

A tecnologia aplicada ao processo achava-se, assim, muito limitada. Não há nada de excessivamente complexo na criação desses sistemas ou na digitalização de autos físicos ou mesmo no peticionamento eletrônico. Do ponto de vista temporal, evidentemente, há imensos ganhos com a superação de etapas mortas no processo, mas não se tratava de algo que pudesse afetar em profundidade os direitos e garantias das partes perante o Judiciário.

A prática de atos processuais (realização de audiências e perícias, sessões de julgamento etc.) seguiam ocorrendo no formato quase que exclusivamente presencial, à exceção de algumas tecnologias incorporadas nos Tribunais Superiores antes do início da pandemia, a exemplo do Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, utilizado para o julgamento de temas de repercussão geral.

A decretação do estado de pandemia acelerou a implantação de sistemas tecnológicos em alguns meses, quando isto só deveria ocorrer ao longo da próxima década. Afinal, passado o baque inicial e com cada vez informações mais consistentes acerca do coronavírus, percebeu-se que a situação não se resolveria com brevidade, forçando, após o *lockdown* inicial, a adoção de outras medidas, como a de distanciamento social. O Poder Judiciário não poderia simplesmente suspender suas atividades durante todo o período de pandemia, necessitando incorporar com imediatidade novas tecnologias.

### **3 O uso da tecnologia no processo e a exclusão digital**

O Poder Judiciário incorporou, ao longo da história, inovações tecnológicas quando elas já não eram mais assim entendidas. Percebe-se que a adoção de novos meios para a prática de atos processuais quase sempre foi recebida tardiamente pelo Poder Judiciário, embora algumas questões pontuais pudessem indicar conclusão contrária (LEITE, 2020).

Na segunda quinzena de março de 2020, logo após ter sido decretada a pandemia, a imensa maioria das Cortes brasileiras, em seus diferentes graus, Estados e matérias, fechou as portas por todo o Brasil. O Conselho Nacional de Justiça, atento ao que estava se passando, editou a Resolução nº 313/2020,

criando o regime de Plantão Extraordinário, que se aplicava a todo o Judiciário, com exceção do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O artigo 2º da Resolução determinou que o Plantão Extraordinário funcionaria “em idêntico horário ao do expediente forense regular, estabelecido pelo respectivo Tribunal, importa em suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias, assegurada a manutenção dos serviços essenciais em cada Tribunal.” (CNJ, 2020). Como mencionado, embora o Código de Processo Civil de 2015 não houvesse regulamentado a prática de atos processuais eletrônicos, uma decisão sábia do legislador, justamente com o objetivo de não engessar o uso de tecnologia, autorizou, em seu artigo 196, que o Conselho Nacional de Justiça editasse normas para tal fim. Veja-se o que dispõe a lei:

Art. 196. Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código.

Como se verá mais adiante no trabalho, a regulamentação a ser realizada, destacou o legislador, deveria respeitar as normas fundamentais do Código, vale dizer, deveria respeitar os direitos humanos processuais oriundos da busca por um processo justo.

Na Resolução que se seguiu, de número 314, o Conselho Nacional de Justiça autorizou a “realização de todos os atos processuais, virtualmente” (CNJ, 2020), destacando o disposto no art. 6º:

Art. 6º Sem prejuízo do disposto na Resolução CNJ nº 313/2020, os tribunais deverão disciplinar o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores, buscando soluções de forma colaborativa com os demais órgãos do sistema de justiça, para realização de todos os atos processuais, virtualmente, bem como para o traslado de autos físicos, quando necessário, para a realização de expedientes internos, vedado o reestabelecimento do expediente presencial.

§ 1º Eventuais impossibilidades técnicas ou de ordem prática para realização de determinados atos processuais admitirão sua suspensão mediante decisão fundamentada.

§ 2º Para realização de atos virtuais por meio de videoconferência está assegurada a utilização por todos juízos e tribunais da ferramenta Cisco Webex, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio de seu sítio eletrônico na internet ([www.cnj.jus.br/plataformavideoconferencia-nacional/](http://www.cnj.jus.br/plataformavideoconferencia-nacional/)), nos termos do Termo de Cooperação Técnica nº 007/2020, ou outra ferramenta equivalente, e cujos arquivos deverão ser imediatamente disponibilizados no andamento processual, com acesso às partes e procuradores habilitados.

§ 3º As audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de video-

conferência devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais.

§ 4º Os tribunais poderão, mediante digitalização integral ou outro meio técnico disponível, virtualizar seus processos físicos, que então passarão a tramitar na forma eletrônica.

Produziu-se minimamente o ambiente necessário, do ponto de vista regulatório, a autorizar a adoção da tecnologia no processo para a prática de atos que até então eram praticados exclusivamente no formato presencial. Como bem refere Richard Susskind (2019, p. 144), o problema não é saber se a prática desses atos *online* é possível, mas sim se há um limite para sua adoção. A preocupação, ora compartilhada, é justamente com as garantias processuais aplicáveis.

O ponto de maior interesse aqui é, sem dúvida, a realização de audiências no formato telepresencial, como denominou o Conselho Nacional de Justiça. Essas audiências poderiam ser de mediação (art. 334, CPC/15), saneamento (art. 357, CPC/15) ou mesmo de instrução e julgamento (art. 358, CPC/15), para coleta de depoimentos pessoais das partes e de testemunhas.

A ferramenta sugerida – mas não imposta – foi a plataforma Cisco Webex, da Cisco Systems. Havia liberdade para uso de outras plataformas, como o Zoom, Google Meets, Whastapp, dentre outras. À primeira vista, a solução foi ótima, permitindo que houvesse a prática de atos processuais durante a pandemia sem colocar a saúde de ninguém em risco. Não poderia, contudo, se imaginar que a mera edição de normativa autorizando o uso dessas plataformas resolveria o problema em toda sua conjuntura.

A exclusão digital precisa ser referida nesse contexto. Ela deve ser compreendida como um “termo utilizado para sintetizar todo um contexto que impede a maior parte das pessoas de participar dos benefícios das novas tecnologias de informação” (SPAGNOLO, 2003, *apud* GROSSI, COSTA e SANTOS, 2013, p. 75) e é reforçada por consequências da desigualdade social que impactam diretamente a desigualdade tecnológica (ALMEIDA e PAULA, 2005). Para Richard SUSSKIND (2019, p. 215), diz respeito àqueles que não possuem acesso ou à internet ou a um aparelho, ou às habilidades, confiança ou motivação para utilizá-lo.

Essa falta de acesso às tecnologias da informação seguramente é um elemento a ser sopesado neste momento de pandemia: como fica o acesso à justiça e a efetiva participação processual daqueles que sequer possuem um computador ou *smartphone*? E, para aqueles que possuem, será que todos têm acesso à internet de qualidade para participar de um ato processual eletrônico? Sabem baixar os aplicativos necessários, ou, ainda, seus aparelhos, caso os possuam, possuem os requisitos necessários para seu uso adequado? São

muitas perguntas para as quais não há dados precisos. Não há um levantamento realizado durante a pandemia com abrangência nacional informando os dados de tais ocorrências. Sabe-se que muitos juízes recorrem ao Whatsapp para a prática de alguns atos por se tratar de aplicativo de troca de mensagens amplamente difundido, chegando a estar instalado em 99% dos *smartphones* no Brasil. (VENTURA, 2020).

O uso dessas ferramentas, genericamente considerado, apresenta-se “como um rico recurso tecnológico capaz de nortear políticas públicas para a democratização e universalização do conhecimento, bem como o acesso à cultura, contribuindo para a inclusão social.” (GROSSI, COSTA e SANTOS, 2013, p. 76). A política pública ideal que já deveria ter sido adotada para permitir um ambiente de ampla participação processual deveria ser voltada não apenas de fornecer acesso aos equipamentos (computadores, *tablets*, *smartphones* e outros), mas também de permitir um treinamento adequado para o uso dessas tecnologias (uma ‘alfabetização digital’, como refere SUSSKIND, 2019). Isso obviamente não foi possível, pois revelar-se-ia impossível aguardar o momento ideal para a autorização da prática de atos processuais eletrônicos em razão do contexto de pandemia.

Há diferentes realidades em trânsito no Poder Judiciário. Os que o acessam através da Defensoria Pública não o fazem da mesma forma daqueles que podem contratar a advocacia privada – o que também não é garantia de que inexistem problemas atinentes à exclusão digital. Em relevante estudo, percebeu-se que “apenas 39% dos domicílios brasileiros possuem computador e que 28% dos domicílios não possuem acesso à internet” (MARCON, 2020, p. 82). Como já se assinalou em estudo anterior,

Supor o acesso à Justiça digital como solução para o problema é ignorar cerca de 72% da população brasileira que, dentro do contexto do ‘Fique em Casa’, não tem meios para acessar o Judiciário. Isso sem compreender a qualidade da internet ou o conhecimento dessas pessoas para acessar a Justiça, bem como a condição em que a Defensoria Pública conseguirá prestar esse atendimento de forma remota. (FORSTER, PREVIDELLI, COSTANZA, p. 219)

Deve-se, nesse contexto, observar as peculiaridades não mais de cada caso, mas sim de cada jurisdicionado e a dificuldade que ele pode ter de acesso à prática do ato processual eletrônico em questão.

#### **4 Os Direitos Humanos processuais afetados**

As Convenções Americana e Europeia preveem, nos seus artigos 8º e 6º, respectivamente, garantias humanas que, observadas, asseguram o direito humano ao processo justo, que se compõe de um “conjunto de direitos e garantias processuais consagradas de maneira universal que correspondem a um âmbito de proteção mínimo a ser assegurado a toda e qualquer pes-

soa humana”. (REICHEL, 2016, p. 184). Há, como se percebe da leitura dos instrumentos internacionais, diversos direitos humanos processuais, seja textualmente previstos, seja sistematicamente interpretados, como direito ao contraditório, direito à prova, duração razoável do processo, igualdade, segurança jurídica, dentre outros.

A duração razoável do processo, em particular, estava na mente do Conselho Nacional de Justiça quando regulamentou o tema das audiências telepresenciais a fim de assegurar o andamento processual. A respeito do tema, já se afirmou que

Diante dessas considerações, constata-se que a extensão da duração de situação de imprevisibilidade causada pela pandemia, bem como do fechamento de serviços presenciais – dentre eles, os serviços públicos, pode acarretar grave prejuízo à duração razoável do processo. Se os atos presenciais não podem ser praticados para se evitar contágio, conforme se verifica de repetidas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça, deve o Judiciário como um todo buscar na realização de atos processuais eletrônicos o caminho para que os processos sigam em movimento. (FORSTER, BURALDE, PREVIDELLI, 2020).

Há, contudo, que se perceber a duração razoável do processo (e não sua celeridade, necessariamente) não é o único direito a ser alcançado às partes. O acesso à justiça e a igualdade, apenas para mencionar dois direitos que se relacionam à exclusão digital, são de extrema relevância.

Richard SUSSKIND (2019, p. 66 e ss.) refere que o acesso à justiça precisa levar em conta quatro elementos fundamentais. O primeiro é que um sistema de justiça precisa oferecer às pessoas um sistema de resolução de disputas. O segundo, que deve haver métodos de contenção de disputas, interrompendo a progressão de uma contenda como se corta ‘o mal pela raiz’. O terceiro diz respeito à evitação de conflitos, observando a ideia de que a ‘prevenção é melhor do que a cura.’ E, por último, de que haja uma promoção de ‘saúde legal’, ou seja, de que o direito possa fornecer meios para promover o bem-estar geral, não apenas para evitar ou resolver problemas. O objetivo do autor é empoderar o jurisdicionado a resolver seus próprios problemas sem ter que sequer recorrer ao sistema Judiciário.

Essa perspectiva ainda é uma realidade distante no Brasil, que precisa resolver de plano o problema do acesso à justiça. Afinal, quando Richard Susskind examina o tema das cortes *online*, ele o faz em um cenário bem distinto do brasileiro. Na Inglaterra, mais de 85% da população possui algum tipo de acesso à internet (SUSSKIND, 2017, p. 97). O acesso a justiça deve ser compreendido como relevante direito humano processual, previsto no art. 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sob a expressão ‘proteção judicial’, assegurando a toda pessoa o direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo em proteção de violações de seus direitos

fundamentais. Sabe-se que o termo ‘recurso’, aqui, não deve ser compreendido na perspectiva de ‘impugnação à decisão judicial’, mas referindo-se à “efetividade dos instrumentos ou dos meios processuais em geral destinados a garantir os direitos, sejam recursos ou não.” (FONSECA, 2018, p. 67).

O termo efetividade possui imensa relevância, já que apenas será efetivo o remédio que realmente seja apto a sanar a questão jurídica apresentada pelo jurisdicionado em juízo: “o processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material. O meio tem de ser idôneo à promoção do fim.” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 630). A adequação desse meio para providenciar o acesso à justiça não pode separar a pretensão da pessoa de seu fim último com barreiras excessivamente difíceis ou impossíveis de transposição. A questão tecnológica, como se vê, é questão relevante para não alijar de alguma das etapas processuais justamente os mais carentes, o que também não pode, de plano, impedir toda inovação tecnológica no processo. Em outro momento, se apontou, a partir de outros direitos humanos processuais, que

A possível ofensa ao contraditório, em sua acepção mais ampla, oferece mais um alerta do que uma certeza de violação. As ferramentas a serem utilizadas (WhatsApp, Webex, Skype, Zoom, etc.) parecem aptas a entregar excelente comunicação entre todos os participantes de uma reunião virtual. Cabe ao julgador, a partir de alguma situação peculiar do caso, verificar lesão ao contraditório ou ao direito à prova das partes, determinando a suspensão do ato e a sua prática de forma presencial nesses casos. Lembre-se que o próprio acesso à justiça pode igualmente ser uma barreira superável. Se nem todos os jurisdicionados possuem condições de acesso aos meios tecnológicos (seja pelo hardware, software ou até mesmo pela qualidade de conexão de Internet), aqueles que possuem não deviam ser privados da sua utilização. (FORSTER, SCHÄFER, PREVIDELLI, BURALDE, 2020, p. 237).

Ao mesmo tempo em que prejudica o acesso à justiça, a exclusão digital (que é agravada pela desigualdade social, como se viu), de seu turno, impacta diretamente a (des)igualdade processual e à assim denominada paridade de armas. O processo “só pode ser considerado justo se as partes dispõem das mesmas oportunidades e dos mesmos meios para dele participar. Vale dizer: se dispõem das mesmas armas.” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 641). A igualdade processual como direito humano acha-se prevista na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos tanto no art. 8º, 2 (“em plena igualdade”), quanto no art. 24 (“Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.”).

A igualdade não pode ser estéril, pois deve considerar as desigualdades materiais que afetem as partes, particularmente, no caso tecnológico, no que diz respeito ao acesso e capacidade para uso das ferramentas eletrôni-

cas. Mencionou-se, acima, das questões de exclusão e sua conexão econômica, mas é evidente que este não é o único fator que impede as pessoas de terem acesso às ferramentas de tecnologia da informação. A falta de educação na área e as limitações trazidas pela idade também são fatores importantes a serem considerados e que devem promover a criação de políticas públicas para que sejam, se não superadas, minimizadas no contexto processual. Afinal,

A promoção de uma igualdade perante o direito passa pelo redimensionamento do papel da interpretação jurídica, que se torna tarefa compartilhada do legislador e do intérprete. A partir do respeito a casos pretéritos, constrói-se um sistema de justiça dotado de consistência, que permita a universalização das respectivas soluções jurídicas e que enfrente com racionalidade os casos judiciais. (ABREU, 2015, p. 53).

Em qualquer contexto, a “concepção da igualdade perante o direito é um padrão mínimo exigido em uma sociedade democrática de direito, um princípio básico de administração da justiça” (ABREU, 2015, p. 55). A implementação das ferramentas de tecnologia da informação para a prática de atos processuais, devem, portanto, considerar o acesso efetivo e igualitário à justiça, a fim de que se assegure o direito humano ao processo justo a todos os litigantes, independentemente das barreiras tecnológicas presentes.

## 5 Conclusão

A virtualização de atos processuais e sua prática eletrônica não permite ser realizada em singela transposição do físico para o digital. A realização de uma audiência dentro do Poder Judiciário – seja qual for – precisa levar em conta diversos fatores. O primeiro deles, e o mais evidente, é de acesso à prática do ato, ou seja, se aquele ato pode ser praticado por aquela pessoa no tempo e forma previstos. A exclusão digital, em um país como o Brasil, é um fator relevante a ser considerado em função das graves desigualdades sociais presentes que impactam direta e proporcionalmente no uso que essas pessoas farão de ferramentas digitais.

Dois direitos humanos processuais surgem como evidentemente violados nesse contexto: o de acesso à justiça e o de igualdade. Não se pode oferecer tratamento igual para os desiguais, punindo com as sanções legalmente previstas na lei processual aqueles que não podem participar do ato por impedimentos tecnológicos de toda natureza, com ênfase, aqui, para aqueles que não o fazem por situação de exclusão digital.

A pandemia, no Brasil e no mundo, não dá sinais de arrefecimento a ponto de se prever, para breve, sua total superação ou mesmo que a Organização Mundial da Saúde reduza o status da doença para uma epidemia. No momento em que este estudo é escrito, novas ondas de Covid-19 voltam a assolar a Europa e não há como saber se afetarão o resto do mundo da mesma

maneira ou se haverá melhora ou recrudescimento da disseminação da doença, mesmo com a vacina. Vale dizer, nesse cenário de incerteza, uma certeza de apresenta: de que a prática dos atos eletrônicos é um caminho sem volta no âmbito do processo – civil, penal, trabalhista – e que merecerá a atenção de todos pelos anos que virão, em particular daqueles imediatamente vinculados ao dever fundamental de observar os direitos processuais do acesso à justiça e da igualdade – o administrador judiciário, o legislador e o juiz.

## Referências

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo*. São Paulo: RT, 2015.

ALMEIDA, Lília, PAULA, Luiza Gonçalves de. O Retrato da exclusão digital na sociedade brasileira. *Revista de Gestão da Tecnologia e Sistemas de Informação*. Vol. 2, No. 1, 2005, p. 55-67.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 313, de 19.03.2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>. Acesso em 10.11.2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 314, de 20.04.2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em 10.11.2021.

BRASIL. UNASUS. *Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 10.11.2021.

FONSÊCA, Vitor. *Processo Civil e Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2018.

FORSTER, João Paulo K., BURALDE, Camila Mousquer, PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis. A Prática De Atos Processuais Eletrônicos Em Tempo De Pandemia: Proteção Ou Violação Dos Direitos Humanos Processuais? *Revista Jurídica Unicuritiba*. Curitiba.V.05, n.62, p. 335-358, V. Especial dezembro. 2020.

FORSTER, João Paulo K., PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis, COSTANZA, Caroline. O período de pandemia: análise do covid-19 e o direito humano da inafastabilidade da jurisdição. In

BARBOSA, Cláudia Maria, KNOERR, Fernando Gustavo, SILVA, Juvêncio Borges. Acesso à justiça: política judiciária, Gestão e administração da justiça I. Florianópolis: CONPEDI, 2021.

FORSTER, João Paulo K., SCHÄFER, Gilberto, PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis, BURALDE, Camila Mousquer. O Direito Humano à Audiência no Processo: Novo Paradigma em

Tempos de Pandemia. *Revista de Direito Público*, Brasília, Volume 17, n. 96, 226-250, nov./dez. 2020

GROSSI, Márcia Gorett Ribeiro, COSTA, José Wilson da, SANTOS, Ademir José. A exclusão digital: o reflexo da desigualdade social no Brasil. In: *Nuances: estudos sobre Educação*, Presidente Prudente, SP, v. 24, n. 2, p. 68-85, maio/ago. 2013.

LEITE, Rafael. Tecnologia e Corte: Panorama brasileiro I. In FERRARI, Isabela (org.). *Justiça Digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARCON, Karina. Inclusão e exclusão digital em contextos de pandemia: que educação estamos praticando e para quem? *Criar Educação*, Criciúma, v. 9, nº2, Edição Especial 2020, p. 80-103.

REICHELTE, Luis Alberto. Direito humano e fundamental ao processo justo. In: REICHELTE, Luís Alberto; DALL'ALBA, Felipe Camilo (Org.). *Primeiras linhas de Direito Processual Civil: Volume 1 - Teoria Geral do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito Digital e Processo Eletrônico*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

VENTURA, Felipe. WhatsApp chega a 99% dos celulares no Brasil; Telegram cresce. In *Tecnoblog*. Disponível em: <https://tecnoblog.net/326932/whatsapp-chega-a-99-por-cento-celulares-brasil-telegram-cresce/>. Acesso em 10.11.2021.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUA EQUIVALÊNCIA AO HUMANO

**Ana Cláudia Miranda Lopes Assis**

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

**Cássio Castro Souza**

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutorando em Direito pela Univali-Santa Catarina.

## **Resumo:**

Utilizando o método de interpretação qualitativa, de forma analítica e explicativa o estudo destaca questões envolvendo a regulação da personalidade eletrônica aos agentes artificiais dotados de certa inteligência, complexidade, autonomia e imprevisibilidade na tomada de decisão, centrando-se a análise nos robôs autônomos. Analisando a proposição da Resolução 2017 do Parlamento da União Europeia quanto a atribuição da personificação eletrônica aos agentes autônomos, com finalidade de mitigar problemas atinentes ao considerável avanço da robótica e inteligência artificial, pretende-se identificar o objetivo da personificação eletrônica (*e-person*) para, ao final, evidenciar a necessidade de um diálogo entre as comunidades acadêmicas das ciências jurídicas e tecnológicas para desmistificar a temática e possibilitar garantir a reparação dos danos decorrentes da inteligência artificial autônoma, sem implicar sua equivalência ao humano.

**Palavras-chave:** Inteligência artificial; Robótica; Personalidade eletrônica; Responsabilidade.

## **1 Introdução**

O estudo da Inteligência Artificial (IA) envolve debates de uma possível personificação dos robôs para permitir a responsabilização civil desses agentes que, sem interferência humana direta são capazes de aprender com estímulos do ambiente circundante, adquirir conhecimento e competência para agir e controlar suas ações, tornando-os imprevisíveis aos olhos do ser humano, lançando luz sobre os desafios que a tecnologia da IA e robótica traz ao sistema jurídico, já que o reconhecimento da responsabilização legal demanda

atributos essenciais, como consciência, moral, compreensão e livre arbítrio.<sup>1</sup> A compreensão dessa possibilidade perpassa pela noção da evolução tecnológica até se chegar na IA, criada para atender aos interesses humanos.

A contextualização das transições ocorridas nas revoluções industriais até a evolução histórica da tecnologia e seu exponencial avanço, permite compreender como a humanidade se vê influenciada pelos artefatos mecânicos, motivando debates éticos e jurídicos por afastar o paradigma do antropocentrismo e autorizar reconhecer uma personalidade jurídica aos artefatos não humanos.

A recomendação do Parlamento Europeu para edição de uma Resolução com disposições de Direito Civil sobre Robótica e Inteligência Artificial (2015/2103-INL) e proposição de reconhecimento, a longo prazo, de um *status* jurídico aos robôs inteligentes, diante do aumento dos níveis de autonomia e aprendizado da máquina, fez com que a Resolução adotasse a expressão “pessoa eletrônica” ou “*e-person*” que, baseada num viés deontológico, coloca a dignidade no centro de uma nova ética digital.

Pelo método de interpretação qualitativa, de forma analítica e explicativa, destacam-se os principais componentes que envolvem a motivação da regulação da personalidade eletrônica aos robôs dotados de inteligência, complexidade, autonomia e imprevisibilidade na tomada de decisão, o que perpassa pela análise de questões éticas e jurídicas acerca da individual responsabilidade dos agentes não humanos em relação aos resultados de suas ações e, se de algum modo, alcançará ou não o seu produtor, programador ou usuário.

## 2 Das revoluções industriais ao estado da arte

O aumento da mão-de-obra decorrente da Primeira Revolução Industrial na Inglaterra, no início do século XVIII, desencadeou a migração da grande massa rural para as cidades, com alteração dos métodos de trabalho artesanal, favorecimento da expansão com a proletarização do trabalhador e a introdução das máquinas, passando o trabalho pesado e repetitivo a ser mecanizado, o que aumentou a produção, o progresso técnico e científico, transformando o país numa potência econômica dominante.

No século XIX, com a Segunda Revolução Industrial e o fim da II Guerra, foram criados os meios de comunicação, avanço na medicina, indústria química, petrolífera, elétrica e de aço, aperfeiçoando o sistema industrial e de produção. O sistema fordiano de produção (fordismo) contribuiu para montagem em série e em massa de automóveis, em tempo e custo menores, revolucionando a indústria e o transporte. Os conflitos desencadeadores das duas revoluções industriais também possibilitaram o desenvolvimento de materiais bélicos.

A energia atômica surge com o uso de elementos radioativos, cuja po-

---

1 PAGALLO, Ugo. *The law of robots. Crimes, Contracts and Torts. Law, Governance and Technology Series*, vol. 10. Berlin: Springer Science & Business Media. 2013.

tencialidade danosa foi demonstrada no final da II Guerra Mundial (1939-1945) com as bombas nucleares nas cidades de Hiroshima e Nagasaki, no Japão. O avanço na metalurgia e as descobertas químicas propiciaram o desenvolvimento dos meios de transporte, construção de naves espaciais e aeronaves, decorrendo daí a Terceira Revolução Industrial com a Guerra Fria, marcada pela corrida espacial entre Estados Unidos e a União Soviética (URSS). Houve progresso nas áreas da tecnologia e produção de armamentos e, também, ocorreu a conquista espacial (1969) com Neil Armstrong e Edwin, com a Apollo 11. A ciência se desenvolveu com a engenharia genética e biotecnologia, medicina, tecnologia e informática, tendo iniciado os estudos sobre a robótica em 1970, a automatização de fábricas e o nascimento da inteligência artificial. Tal era possibilitou a globalização e ficou conhecida como era da informação, surgindo “empresas como IBM, Microsoft, Apple, HP, dentre outras”.<sup>2</sup> Diversos sistemas baseados em IA surgiram no final da Terceira Revolução, difundindo-se a ideia dos sistemas especialistas - restritos a determinada área para melhor resolução de problemas.

O desenvolvimento da comunicação e conectividade marca o início do século XXI e a Quarta Revolução Industrial, caracterizada pelas tecnologias emergentes que englobam “inteligência artificial (IA) e a robótica, a fabricação aditiva, as neurotecnologias, as biotecnologias, a realidade virtual e aumentada, os novos materiais, as tecnologias energéticas”<sup>3</sup>, tratando-se da Revolução Digital com superexposição das informações, inovação nas áreas da IA e internet das coisas (IoT), em contraposição aos potenciais efeitos negativos<sup>4</sup>, complexos e disruptivos, impactando o campo da empregabilidade<sup>5</sup>, crescimento das ameaças à segurança cibernética, IA armada, espionagem digital e outros riscos tecnológicos.

As tecnologias que dão forma à Revolução Digital criam uma interface com a “biologia, a inteligência e a experiência humanas”, bem como se integram ao ambiente, repercutindo em todos os campos da sociedade, desencadeando uma linha tênue entre tecnologia e ser vivo, diante da capacidade das novas tecnologias “se tornarem literalmente parte de nós”<sup>6</sup>, trazendo desafios em todos os campos, inclusive ético, em razão da existência de sistemas operacionais inteligentes e de funcionamento obscuros para grande parte da humanidade.

2 CHELIGA, V. TEIXEIRA, T.

3 SCHWAB, K. DAVIS, N. Davis, *Aplicando a Quarta Revolução Industrial*, 2018, p. 36.)

4 Vide, sobretudo, o relatório do Fórum Econômico Mundial *Global Risks Report 2017*, revelando a preocupação dos especialistas com a IA, biotecnologias, geogenharia e internet das coisas, cf. SCHWAB, K. DAVIS. Op. cit., p. 66.

5 SCHWAB, K. DAVIS. Op. cit., p. 67, cita os economistas Erik Brynjolfsson e Andrew McAfee para explicar o motivo da “grande dissociação” existente entre “trabalho e produtividade”, atribuindo à tecnologia a justificativa para tanto, com impacto de “40% dos postos de trabalho até 2020”, sendo que em torno de “80% da redução da parcela do trabalho no rendimento nacional dos países da OCDE foi creditada aos efeitos da tecnologia”.

6 SCHWAB, K. DAVIS, N. Op. cit., p. 112/114.

### 3 Inteligência artificial e robótica – novas perspectivas

A robótica e IA tem capturado a imaginação das pessoas, cuja ideia da reprodução do homem por meios mecânicos para execução de tarefas mais árduas e com capacidade autônoma, remonta ao ideário de grandes pensadores da história que se dedicaram a imaginar, projetar e construir autômatos mecânicos capazes de realizar algumas capacidades humanas.<sup>7</sup>

A discussão ganhou relevância com os estudos do matemático Alan Turing, o “pai” da IA, notadamente, após seu escrito de 1950 - *Computing Machinery and Intelligence* – ressaltando o conceito de uma máquina inteligente com base num jogo hipotético que analisa a capacidade de um sistema computacional se passar por um humano em conversa por escrito - “Teste de Turing”.

Os estudos sobre IA iniciaram-se em 1956 em um evento que reuniu personagens importantes da temática em Dartmouth College - Hanover, New Hampshire (EUA) – com adoção do termo “Inteligência Artificial” sugerido por John McCarthy, cuja ideia se referia à capacitação de sistemas computacionais com o dom da inteligência. Kai-Fu Lee ressalta que durante os anos 50, “os pioneiros da inteligência artificial estabeleceram uma missão com um propósito extremamente ambicioso, mas bem definido: recriar a inteligência humana em uma máquina”.<sup>8</sup>

Em 1959, Arthur Samuel se destacou com o estudo sobre a habilidade de aprendizado dos computadores sem explicitação programada, o que seria possível devido ao desenvolvimento de conceitos avançados de estatística e análise probabilística, introduzindo na comunidade científica o conceito de *machine learning*<sup>9</sup> (ML). O primeiro robô industrial surgiu em 1961, denominado *Unimate*, criado por George Devol e instalado em 1962 na General Motors para a linha de produção. De 1956 a 1974 houve grande difusão na área da IA, notadamente, quando do estudo realizado de Marvin Minsky, no *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) que desencadeou o livro *Perceptron*, fundamental para a análise de redes neuronais artificiais.

Frank Rosenblatt contribuiu com a utilização pela IA dos sistemas semelhantes ao cérebro como redes neurais (conexionismo), decorrendo o aprendizado da transmissão de dados ao longo do tempo, denominando de *Perceptron*. E, em 1965, o Professor Joseph Weizenbaum (MIT), criou o primeiro *chatbot* do mundo (Eliza) que conversava de forma automática como

---

7 Citam-se o proto-robô projetado por Leonardo da Vinci em 1495, com proporções do *Homem de Vitruvius*, operado por um sofisticado sistema de cabos, alavancas e roldanas que possibilitavam movimentar braços, andar, sentar-se e se deitar. O boneco de argila Golem criado em 1580 pelo Grã-rabino de Praga, Judah Loew (nome religioso Maharal). Os dispositivos tecnológicos desenhados pelo engenheiro árabe Al-Jazari que forneceram descrições visuais acerca do futuro da tecnologia mulçumana, dentre outros.

8 LEE, Kai-Fu. Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Trad. Marcelo Barbão. 1 ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019, p. 19.

9 SIMON, PHIL. *Too Big to Ignore: The Business Case for Big Data*. Ed. Wiley. 1ª Edição, 2013, eBook Kindle.

um psicanalista por meio de respostas baseadas em palavras-chave de estrutura sintática. De 1966 a 1972, o *Stanford Research Institute* (SRI) desenvolveu o primeiro robô com mobilidade, fala e certa autonomia de ação, denominado Shakey, sendo considerado pela revista *Life Magazine* a “primeira pessoa eletrônica”.<sup>10</sup>

As limitações apresentadas pelo sistema computacional em razão dos complexos aspectos na compreensão da inteligência e raciocínio<sup>11</sup>, restringiu o uso da IA a ambientes acadêmicos e controlados, ocasionando o arrefecimento nas pesquisas no início da década de 1970 até meados da década 1980, conhecido como *AI Winter*. O desenvolvimento de redes neurais na década de 80 reacendeu a IA que, por influência de Geoffrey Hinton, ficou conhecida como *deep learning*, assim como o uso do PCs e minicomputadores proporcionou crescimento da industrialização, criação de sistemas especialistas para campos específicos da Medicina, Finanças e Produção. Porém, os custos e complexidades fizeram com que os sistemas especialistas perdessem preferência no mercado, desencadeando outro inverno da IA que perdurou do final de 1980 até 1993.

Em 1997, a IBM usou um sistema especialista em seu computador, o *Deep Blue*, que derrotou o grande mestre e campeão mundial de xadrez, Garry Kasparov, redirecionando a atenção para a IA. O desenvolvimento daquele programa era baseado na representação lógica e abstrata dos processos cognitivos, imitando as ações humanas<sup>12</sup>, de modo a ressaltar a capacidade da máquina (*machine learning*).

Avançando no tempo, 2015 foi considerado o ano de ativação dos seres com aparência semelhante ao humano, o humanoide, como a robô Sophia criada pela *Hanson Robotics*, sendo o primeiro robô a receber a cidadania de um país em 2017, pela Arábia Saudita. Trata-se de um robô social desenvolvido para aprender e se adaptar ao comportamento humano. No ano de 2017 foi realizado o casamento de um engenheiro chinês especialista em IA com uma mulher-robô<sup>13</sup>. Ainda nesse ano a Microsoft realizou uma experiência no *Twitter* com seu *chatbot* TAY, objetivando analisar a compreensão conversacional do robô no entretenimento de pessoas pela utilização de base de dados filtrada e anônima sobre coisas publicadas na *web* por pessoas reais, possibilitando o aprendizado da máquina durante as interações realizadas naquela rede social (*microblog*), todavia, restou demonstrada a complexidade da temática que envolve IA, ante uma base de dados de diálogos discriminatórios, preconceituosos, ofensivos e que difundia ideias controversas pela internet.

10 Disponível em: <https://www.sri.com/sites/default/timeline/timeline.php?timeline=com-putingdigital#!&innovation=shakey-the-robot>. Acesso em: 1º maio, 2021.

11 TAULLI, Tom. *Introdução à Inteligência Artificial: Uma abordagem não técnica*. Ed. Novatec. São Paulo. 2020, posição 501, edição Kindle, traz a desambiguação (mais de um significado para a mesma palavra) como uma das complexidades de um programa de IA.

12 Peirano, Marta. *El Enemigo Conoce El Sistema*, 2019.

13 Disponível em: <https://veja.abril.com.br/ciencia/engenheiro-chines-se-casa-com-robot-construida-por-ele-mesmo/>. Acesso em 2 maio, 2021.

A IA é a base da revolução digital que, a partir da confluência com outras tecnologias, traz benefícios para a humanidade com inúmeras aplicações, como veículos autônomos, utilização de robôs inteligentes e colaborativos, transformando sensivelmente as relações, ante a simbiose do homem com a máquina, dificultando estabelecer o estado da arte, por modificar o conceito tradicional de ser humano diante da forte ligação com a tecnologia, o que obstaculiza reconhecer “limites do que seja humano e não humano”<sup>14</sup>, ante a inexistência de consenso acerca do futuro da IA.

E, conquanto inexistir discordância dos benefícios advindos dos avanços experimentados no campo da IA, impossível garantir que todos sejam positivos, por inexistência de limites fundamentais do que se pode alcançar, pois, “Enquanto o impacto a curto prazo da IA depende de quem a controla, o impacto a longo prazo depende da possibilidade de a controlar ou não”<sup>15</sup>.

Isaac Asimov idealizou a criação de robôs para substituir o homem em tarefas básicas, implantando nas “mentes” dos artefatos as Três Leis da Robótica<sup>16</sup> para oferecer segurança aos seres humanos, com base no controle do comportamento dos robôs. Posteriormente, Asimov introduziu a quarta lei - Lei Zero – traduzida num paradigma de proteção à coletividade. Tais leis gradualmente se tornaram *mainstream* na utilização de conceitos éticos no desenvolvimento da IA, tanto que a Resolução do Parlamento Europeu de 2017, recomenda à Comissão sobre Disposições do Direito Civil sobre Robótica, a observância daquelas leis.

O considerável avanço da robótica e IA, a incerteza do porvir e com a segurança da humanidade, fez com que a Resolução se preocupasse com questões atinentes aos sistemas autônomos, motivando o destaque na introdução da Resolução acerca da problemática da responsabilidade civil.

#### 4 Da personalidade eletrônica

O exponencial avanço no desenvolvimento da IA e robótica demonstra a convergência dessas tecnologias e sua utilização pela humanidade, as quais, contudo, vem acompanhadas de potenciais riscos e ameaças, inclusive, no campo jurídico, tendo a Resolução do Parlamento da UE inaugurado o debate sobre a robótica com a proposição de pessoa eletrônica, conferindo *status* legal de personalidade para aqueles agentes dotados de IA mais complexas, suscitando indagações quanto a imprevisibilidade da autonomia e a possibilidade de ampliar a subjetividade jurídica, uma vez que a autonomia na ciência da computação não se refere à autonomia do ser humano, envolvendo sua distinção em características diferenciadoras da máquina que, não obstante dotada

14 KAUFMAN, Dora. A inteligência artificial irá suplantar a inteligência humana? 2019, p. 16.

15 Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/science/stephen-hawking-transcendence-looks-at-the-implications-of-artificial-intelligence-but-are-we-taking-9313474.html>. Acesso em 3 maio, 2021.

16 ASIMOV, Isaac. Eu, robô. 1ª edição. São Paulo. Ed. Aleph. 2014.

de interatividade e adaptabilidade, falta-lhe o atributo da intencionalidade que, associadas aos demais atributos, são reservadas ao humano.<sup>17</sup> A autonomia dos robôs refere-se a uma programação prévia decorrente da suposta inteligência do sistema, pois, no “campo da inteligência artificial, a ação é sempre determinística, o que implica que o *robot* não poderia atuar de outro modo”.<sup>18</sup>

Ratificando essa assertiva, Ugo Pagallo destaca a impossibilidade de se programar um *software* para prevenir comportamentos geradores de danos imprevisíveis, já que tais “restrições enfatizam as facetas críticas do *design* subjacente à utilização de tecnologias alegadamente perfeitas de autoexecução”.<sup>19</sup>

A vulnerabilidade dos sistemas inteligentes sugere que a constante busca pela construção de “uma máquina que pode conceber novas ideais, ter consciência, de sua própria existência e manter conversas coerentes – permanece o Santo Graal da IA”.<sup>20</sup>

Atribuição da personalidade eletrônica suscitou questionamentos quanto a “natureza jurídica dos robôs inteligentes”, se teriam “direitos próprios” ou “seriam dotados de personalidade jurídica”.<sup>21</sup> Pesquisadores no campo da ciência e do direito entendem haver necessidade de regulação para criação de uma *e-personality* ou personalidade eletrônica, tornando um dos principais problemas trazidos pela Resolução de 2017 do Parlamento da UE, notadamente, quando se associa a responsabilidade civil à consciência em relação aos atos praticados.

Bryson *et al* apontam três observações para verificar uma possível personalidade jurídica eletrônica. Primeiro, o fato de o sistema jurídico atribuir à personalidade jurídica direitos e obrigações, tratando-a como verdadeiro ator-legal, espécie de *status* fictício pelo ordenamento jurídico. Segundo, à divisibilidade da personalidade (capacidade de fato ou de exercício), não havendo um tratamento idêntico dos direitos e obrigações a todas as pessoas jurídicas. E, por fim, à possibilidade dos direitos e obrigações de uma pessoa jurídica não corresponder aos que ela detém por uma questão de fato.<sup>22</sup> Assim, atribuir uma personalidade jurídica somente se justifica quando houver uma ordem interna altamente desenvolvida.

Para Pagallo há uma ambiguidade na proposta do Parlamento Europeu, pois, ora poderia se referir à plena personalidade jurídica como sujeitos de

---

17 FLORIDI, L. SANDERS, J. W. *On the morality of artificial agents*. Minds and Machines, 2004.

18 CORDEIRO, A. Barrreto Menezes. *et al*. Direito Digital e Inteligência Artificial, 2021, p. 99.0

19 PAGALLO, Hugo. *In The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*. 2013, p. 187 eBook.

20 KAUFAMAN, Dora. A inteligência artificial irá suplantar a inteligência humana. 2019, p. 75.

21 DONEDA, Danilo *et al*. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. 2018, p. 8-9.

22 BRYSON, Joanna J.; DIAMANTIS, Mihailis E.; GRANT, Thomas D. *Of, for, and by the people: the legal lacuna of synthetic persons*. Artificial Intelligence Law, n. 25, 2017, p. 237-291.

direitos e obrigações legais, servindo como escudo ou simplesmente por conveniência para ações consideradas ilícitas ou indevidas pelo ordenamento jurídico, blindando os fabricantes ou proprietários de robôs dotadas de IA. Ora, sugeriria a existência de uma responsabilidade jurídica dos responsáveis, tal como no direito societário e civil, ou ambas as ideias<sup>23</sup>, de modo que a questão, em si, não passaria pela análise de uma responsabilização legal baseada na atribuição de uma personificação jurídica, por não haver como se confundir as maças da responsabilidade (*accountability* dos responsáveis pelos robôs) com as laranjas da personalidade e vice-versa. Cabe investigar a motivação da atribuição para, ao fim e ao cabo, verificar o preenchimento dos requisitos para tanto, sob pena dos direitos e obrigações advindos daquela personificação não corresponderem à uma questão de fato. Se não preenchidos os requisitos, sugere uma espécie de “equilíbrio jurídico”, porque questões de responsabilidade não dizem respeito somente aos gigantes do Silício, atingindo pessoas comuns, devendo ser adotado métodos de flexibilização jurídica e experimentação pragmática para resolução do problema, pois, à luz da probabilidade de eventos, consequências e custos do comportamento da IA, há que se prevenir casos de impunidade por ausência de legislação específica.

Com base no pensamento kelseniano na obra “Teoria Geral do Direito e do Estado”, Pagallo ressalta que a ordem jurídica se distingue das demais ordens sociais ao “regular comportamentos por meio de uma técnica específica” que, conseqüentemente, regula outras técnicas, incluindo os processos de inovação tecnológica, de modo a conceber a lei como uma meta-tecnologia<sup>24</sup> que descreverá como o sistema jurídico irá lidar com aquele processo de inovação, demandando análise sobre avaliação das condições de legitimidade para a concepção, construção e utilização dos robôs, sem impedir o desenvolvimento, inovação científicas e tecnológicas responsáveis.

A atribuição da personalidade eletrônica não se justifica com base no modelo da personalidade jurídica às sociedades personificadas, pautada exclusivamente na subjetividade abstrata<sup>25</sup> que permite, inclusive, a desconsideração da personalidade jurídica no caso de eventuais abusos ou ações consideradas ilícitas ou indevidas, ante a existência de obstáculos para tanto: (i) reconhecimento da personificação em juízo; (ii) definição dos critérios para a desconsideração da personalidade eletrônica; (iii) verificar existência de seguro ou patrimônio associado ao ente e, se houver insuficiência na cobertura dos danos, definir o responsável pela complementação dos valores; (iv) esgotar as tentativas de ressarcimento com base no patrimônio da pessoa jurídica; (v) retorno ao problema inicial de não responsabilizar o programador responsável pelo *design* da máquina ou quem a comercializou e até mesmo o usuário da IA.

23 Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rsta.2018.0168>. Acesso em: 2 maio, 2020.

24 PAGALLO, Ugo. *On the legal implications of regulation by technology: of law and things* (in press).

25 TURNER, Jacob. *Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2019, p. 175

Tudo isso aliado à verificação das “diferentes áreas de atuação de robôs com inteligência artificial”, de modo que no “lugar da titularidade, os artefatos são, na verdade, determinados pelas destinações em concreto”, não contribuindo a atribuição da personalidade jurídica para o enfrentamento da questão quanto imprevisibilidade e supostos danos provocados, sendo essa uma problemática “frequente quando o Direito tenta se aproximar de novas tecnologias”.<sup>26</sup>

Marco Aurélio de Castro Júnior<sup>27</sup> defende o reconhecimento do *status* de “pessoa” aos robôs, devido realização de atividades antes privativas dos seres humanos, para tanto, parte de uma lógica de atribuição de *status* jurídico de pessoa quando presentes os mesmos elementos que, “reunidos ou isoladamente resultam na personalidade do indivíduo jurisdicizado”, já que o conceito de pessoa não se restringe ao ser humano.

Por sua vez, baseado na capacidade humana, Magrani defende que “somente Coisas inteligentes com as mesmas características humanas poderiam ser consideradas absolutamente capazes”.<sup>28</sup> Numa perspectiva jurídica propõe parâmetros de atribuição de capacidade aos robôs baseados no nível de autonomia (inexistente, relativa ou plena) que não se confundem com o campo penal e civil. Advoga, assim, a possibilidade de existir uma figura jurídica nova e *sui generis* que abranja robôs e sistemas inteligentes, com características próprias que deverão estar associadas a um seguro obrigatório ou fundo compensatório, sendo a proposta da Resolução 2017 do Parlamento da UE uma resposta mais funcional quando não se consegue identificar o “nexo causal entre a conduta do agente e o dano produzido”, os casos de irresponsabilidade distribuída ou difusa<sup>29</sup>, destacando dois caminhos possíveis à regulação jurídica da IA. O primeiro, no reconhecimento da personalidade e capacidade jurídica dos artefatos autônomos, perspectiva sem consenso doutrinário no Brasil, já que o artigo 2º do Código Civil reconhece “personalidade às pessoas humanas a partir do nascimento com vida”, não sendo o caso da IA. Ademais, os artigos 41 e 44 do Código Civil não contribuem com a personificação eletrônica, por ser o substrato fático “inadequado à situação da IA”.

Em relação à segunda perspectiva, a discussão parte do entendimento de uma atribuição de responsabilidade para fazer frente à satisfação dos interesses do prejudicado, não sendo necessário questionar a possibilidade de o artefato ser sujeito de uma relação jurídica, já que a legislação civil autoriza que, mesmo inexistindo sujeitos, a questão se resolveria no “âmbito da sub-

26 NEGRI, Sergio Marcos Carvalho Avila. *Robôs como Pessoas: a personalidade eletrônica na Robótica e na Inteligência Artificial*. Pensar: Rev. Pen., Fortaleza, CE, Brasil. E-ISSN: 2337-2150. V. 25, N. 3 (2020). Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10178>. Acesso em: 2 maio, 2021.

27 CASTRO, Marco Aurélio. *Direito e pós-humanidade: quando os robôs serão sujeitos de direitos*. Salvador: Juruá, 2009.

28 MAGRANI, Eduardo *et al.*, *Novas perspectivas sobre ética e responsabilidade de inteligência artificial*. In *Inteligência Artificial e Direito*, 2020, p. 127-128.

29 MAGRANI, Eduardo *et al.* Op. cit., p. 117, explica essa ocorrência quando cita a obra de Caitlin Sampaio Mulholland, *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

jetividade”, consistente num “centro de imputação de interesses merecedores de tutela” baseado num ponto de referência subjetiva, como ocorre com a massa falida ou espólio que exercem determinadas titularidades, figuram numa relação jurídica, ainda que despersonalizados.

Não se olvide ser uma questão de soberania nacional decidir sobre a concessão de personalidade a um ente não humano, tanto que alguns ordenamentos jurídicos já o fizeram, como o *Habeas Corpus* expedido em benefício de um orangotango pelo Tribunal argentino ou, no caso do Parlamento neozelandês que reconheceu a personalidade jurídica ao rio Whanganui.

O debate quanto a atribuição de personalidade jurídica autônoma à máquina, demanda profunda análise do real significado e objetivo do reconhecimento, evidenciando a necessidade de um diálogo entre as comunidades acadêmicas das ciências jurídicas e tecnológicas para que juntas possibilitem a desmistificação da temática para garantia da reparação dos danos decorrentes da IA autônoma.

## 6 Conclusão

As diversas aplicações tecnológicas possibilitam realização de atividades pela máquina de forma otimizada, a imitação do comportamento humano baseado na interação com o meio, assim como uma atuação independente de comando ou supervisão humana direta, reacendendo questionamentos éticos e sociais sobre as relações humanas e o artefato mecânico, trazendo ao debate a possibilidade da atribuição de personalidade eletrônica (jurídica), conquanto imprevisível o determinismo e o aprendizado do robô dotado de IA, servindo as leis de Isaac Asimov e suas implicações como direcionamento do futuro da robótica, notadamente, na elaboração de regramento que atenda às demandas emergentes, resguardando direitos à máquina, como ocorre com outros seres vivos, todavia, sem possibilitar sua equivalência ao ser humano.

Os atuais ordenamentos jurídicos não são capazes de responder às iminências de um porvir não muito longínquo decorrente de ações não puramente humanas e produtoras de múltiplos efeitos legais. Por inexistir restrição legal da atribuição de personalidade jurídica às pessoas jurisdicizadas, procurou-se identificar no estudo o alcance do reconhecimento da personificação de um robô com IA e, se esse fato, os aproximaria de pessoas para o Direito, bem ainda de situações em que o ordenamento jurídico confere a diversos entes uma personalidade jurídica autônoma.

A atribuição de uma personalidade eletrônica perpassa pela análise da arquitetura da máquina e os níveis de sua autonomia, sendo este o eixo fundante que possibilita ou não o reconhecimento da personificação, não olvidando da finalidade do ordenamento jurídico de proteção aos interesses das pessoas efetivamente reconhecidas como tal, o humano.

A proposta de uma personalidade eletrônica aos robôs autônomos não possibilita entender que a atribuição de personalidade e separação patrimonial

são critérios justificadores do reconhecimento de responsabilização, mormente quando a criação de um fundo para compensação de prejuízos não depende da criação de um novo sujeito. Assim, inexistindo justificacão convincente para a personificacão eletrônica, deve-se considerar a adocão de mecanismos de responsabilizacão diferenciados que levem em conta os fatores como a alocaão eficiente de riscos, os custos de transacão e os benefcios econômicos para fazer frente à compensacão dos prejuízos causados pelos mecanismos dotados de inteligênci artificial autônoma, tudo isso, aliado aos variados desafios daí advindos.

## Referências

ASIMOV, Isaac (1974). Os Robôs. São Paulo: Hemus.

BRYSON, Joanna J.; DIAMANTIS, Mihailis E.; GRANT, Thomas D. **Of, for, and by the people**: the legal lacuna of synthetic persons. *Artificial Intelligence Law*, n. 25, 2017.

CASTRO, Marco Aurélio. **Direito e pós-humanidade**: quando os robôs serão sujeitos de direitos. Salvador: Juruá, 2009.

CHELIGA, Vinicius. **Inteligência Artificial**: aspectos jurídicos / Vinicius Cheliga e Tarcisio Teixeira – 2. Ed. ver. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes *et al.*, **Direito Digital e Inteligência Artificial**: diálogos entre Brasil e Europa; Coordenado por Felipe Braga Neto *et al.*, Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

DONEDA, Danilo *et al.* **Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal**. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, CE, Brasil. E-ISSN: 2317-2150. January 2018. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/330299671\\_Consideracoes\\_iniciais\\_sobre\\_inteligencia\\_artificial\\_etica\\_e\\_autonomia\\_pessoal](https://www.researchgate.net/publication/330299671_Consideracoes_iniciais_sobre_inteligencia_artificial_etica_e_autonomia_pessoal). Acesso em: 2 maio, 2021.

FLORIDI, L. SANDERS, J. W. **On the morality of artificial agents**. *Minds and Machines*, 2004.

FRAZÃO, Ana. MULHOLAND Caitlin (coord). **Inteligência artificial e direito**: ética, regulacão e responsabilidade. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

KAUFMAN, Dora. **A inteligência artificial irá suplantará a inteligência humana?** Barueri, SP: Estacão das Letras e Cores, 2019.

LACERDA, B. T. Z, **A função do Direito frente à Inteligência Artificial**, in *Direito Digital e Inteligência Artificial*: diálogos entre Brasil e Europa, 2021.

LEE, Kai-Fu. **Inteligência artificial**: como os robôs estã mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Trad. Marcelo Barbão. 1 ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs**: ética e privacidade na era da hiperconectividade. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018. Disponível em: <https://www.kas.de/documents/265553/265602/Entre+da>

dos+e+robos++Etica+e+Privacidade+HiperconectividadeFINAL.pdf/15af-f602-9e8b-055b-008a-65319951eddc?version=1.0&t=1567793718597. Acesso em: 4 maio, 2021.

MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscilla; VIOLA, Rafael. **Novas perspectivas sobre ética e responsabilidade de inteligência artificial.** *In:* MULLHOLLAND, Caitlin; FRAZAO, Ana. *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade.* 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2020.

MINSKY, Marvin. **Steps Toward Artificial Intelligence.** Proceedings of the IRE, Vol. 49, No. 1, 1961.

MULLHOLLAND, Caitlin; FRAZAO, Ana. **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade.** 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2020.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho Avila. **Robôs como Pessoas: a personalidade eletrônica na Robótica e na Inteligência Artificial.** Pensar: Ver. Pen., Fortaleza, CE, Brasil. E-ISSN: 2337-2150. V. 25, N. 3 (2020).

PAGALLO, Ugo. **The law of robots.** Crimes, Contracts and Torts. Law, Governance and Technology Series, vol. 10. Berlim: Springer Science & Business Media. 2013.

\_\_\_\_\_; BAYAMLIOĞLU, Emre. **On the legal implications of regulation by technology:** of law and things. 2015.

\_\_\_\_\_. Apples, oranges, robots: four misunderstandings in today's debate on the legal status of AI systems". 2018. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rsta.2018.0168>. Acesso em: 2 maio, 2020.

PEIRANO, Marta. **El Enemigo Conoce El Sistema.** Debate, 2019. eBook.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial,** 3ª ed., Campus, 2013.

SCHWAB, Klaus. DAVIS Nicholas. **Aplicando a quarta revolução industrial;** prefácios de Satya Nadella, João Doria; tradução Daniel Moreira Miranda. - São Paulo: Edipro, 2018.

SIMON, Phil; **Too Big to Ignore:** The Business Case for Big Data, vol. 72. John Wiley & Sons, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/9781119204039>. Acesso em: 8 maio, 2021.

SOUZA, Cássio Bruno Castro; LEMOS, Vinícius. **MM. Robot: um devido processo tecnológico para um processo civil automatizado.** *In:* HECKTHEUER, Pedro Abib; LOURENÇO, Bruna Borges Moreira; HECKTHEUER, Márcia Abib. (Org.). *Desafios socioambientais das sociedades de consumo, informacional e tecnológica.* 1ed. Itajaí: UNIVALI, 2018, v. 1, p. 114-154.

TAYLLI, Tom. **Introdução à Inteligência Artificial: uma abordagem não técnica.** Novatec Ed. São Paulo. 2020. Edição Kindle.

The Global Risks Reports 2017 12th Edition. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2017>. Acesso em 1º maio, 2021.

TURNER, Jacob. **Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence.** Nova York: Palgrave Macmillan, 2019, p. 175.

TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. *Mind*, v. LIX, Issue 236, p. 443-446, 1950.

UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Os relatórios contendo as recomendações foram aprovados em outubro de 2020. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html). Acesso em 2 maio, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Projeto de Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013(INL)). Relatora Mady Delvaux, de 31 de maio de 2016. p. 21 et seq. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html). Acesso em 2 maio, 2021.

# A (RE)DEFINIÇÃO DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E O DIREITO HUMANO À CIDADE: A IMPORTÂNCIA DE UMA RELEITURA DA TEORIA DO ATO ADMINISTRATIVO

**Dailor dos Santos**

Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Bacharel, Mestre e Doutorando pela Universidade do Vale dos Sinos; Chefe de Gabinete na Justiça Federal; Professor na Universidade Feevale.

**Gabriela Köchler Teixeira**

Bacharel em Direito pela Universidade Feevale, Pós-graduanda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e em Direito Previdenciário e Prática Previdenciária pela Faculdade Legale; Advogada.

## **Resumo:**

Conquanto a proteção dos Direitos Humanos impulse, no campo das ideias, o posicionamento do Poder Público, quer em um viés de cunho clássico/dogmático, quer em um olhar vanguardista; pragmaticamente, tal desiderato pode-se encontrar de difícil consecução, ante o inexorável tensionamento entre a ordem oitocentista legalista e formal; versus a corrente progressista, capitaneada pelo projeto de *Smart Cities* (marcada pela inovação, sustentabilidade e tecnologia). Propõe-se, com este breve artigo, (re)pensar a teoria dos atos administrativos frente as mudanças sócio-jurídico-políticas inerentes ao modelo proposto pelas *Smart Cities*, por meio do método hipotético-dedutivo de investigação. Conclui-se, ao fim, que o instituto do ato administrativo subsiste para além de sua forma, havendo inclusive um *dever-ser* constitucional de atuação criativa do gestor público quando necessário, conseqüentemente um incremento no leque de suas ações, benéfico à proteção dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Ato administrativo; Juridicização; *Smart cities*.

## **Introdução**

Considerando o aumento exponencial da população brasileira (registros do IBGE, 2021, indicam população de 213 milhões de habitantes, IBGE,

2021, n.p) e, os poucos recursos materiais e humanos à disposição dos agentes públicos (realidade dos países subdesenvolvidos), se faz primordial a investigação de institutos e sistemas com o potencial de maximizar e otimizar a atuação pública em sua tarefa de proteger e assegurar os direitos humanos de seus cidadãos. Face tal realidade, e considerando a doutrina de juristas vanguardista que entendem a construção de *Smart Cities* como sistema capaz de corroborar à atenuação dos problemas que acometem o Estado e seus cidadãos, que reside a importância da discussão travada abaixo entre o modelo de governança em questão (cidades inteligentes) e a atual prestação dos serviços, entregue pela Administração Pública, mormente, por meio de atos administrativos *pro forma*. Alicerçando-se, para tanto, a investigação, no método hipotético-dedutivo, fundado em pesquisas documentais e bibliográficas. Sendo que, inicialmente, as hipóteses sugerem que o aprofundamento da inovação das *Smart Cities* pode contribuir à redução das desigualdades sociais a partir da adoção de novas hipóteses de perfectibilização e acesso a serviços e políticas públicas.

Dito isso, discorrer-se-á, ao longo dos dois capítulos subsequentes, acerca da (in)adequação da Teoria dos Atos Administrativos frente a proposição de modelo de governança *Smart Cities*.

Para tanto no primeiro capítulo, investigar-se-á a de que modo o Brasil (e por extensão outros países subdesenvolvidos), marcado por acentuadas desigualdades sociais, pode conceber administrativamente *Smart Cities*, considerando seus baixos índices de desenvolvimento humano e realidades geográficas opostas que tornam a elaboração homogênea de uma estrutura administrativa um verdadeiro desafio. E, para além disso, indagar-se-á como implementar tal projeto inovador, que conjugue o incentivo a inovações com medidas que impeçam a intensificação das disparidades sociais quando sequer há, em parcela considerável do país, saneamento básico, educação e transporte eficientes para os cidadãos, elementos basilares do funcionamento das urbes, como abaixo brevemente demonstrado.

No segundo capítulo, por sua vez, identificados os signos basilares das *Smart Cities*, questionar-se-á a (des)necessidade de (re)pensar os critérios que originalmente definiram os atos administrativos e a produção de seus efeitos, frente a necessidade de respostas imediatas da Administração Pública aos crescentes apelos tecnológico, e de sustentabilidade (ecológica e econômica), intensificados no bojo de cidades inteligentes.

## 1 - **Smart Cities: um conceito em sistematização no Brasil**

Segundo dados coletados durante o Censo de 2019, o Brasil (área territorial 8.510.345,538 km<sup>2</sup>) atualmente conta com cinco mil, quinhentos e setenta municípios (5570), distribuídos em vinte e seis (26) estados, além do Distrito Federal. (IBGE, 2021, n.p.). Colocando tais dados em perspectiva, em termos territoriais, é possível abarcar a União Europeia no interior do território nacional (área de aproximadamente 4.000.000,00 km<sup>2</sup>, UE, 2019, n.p.).

País de proporções continentais esse dotado de aspectos físicos naturais diametralmente opostos (desde invernos rigorosos no sul, até secas intensas no nordeste); densidade populacional disforme (de 1 a 5 habitantes por km<sup>2</sup> no Norte, até acima de 500 habitantes por km<sup>2</sup> nas cidades-satélites do Sudeste, IBGE, 2010, n.p.) e; sobretudo, graves disparidades econômicas, ao passo, por exemplo, de apenas 68,3% dos domicílios disporem de esgotamento sanitários e 42,9 % de aparelhos eletrônicos como computadores de tablets. (IBGE, 2021, n.p.).

Como falar, portanto, em Cidades Inteligentes, ou, pela alcunha mundialmente conhecida, em *Smart Cities*, em um país de realidades tão fissuradas? E, além disso, como implementar tal modelo de gestão em espaços geográficos que, não raro, sequer possuem saneamento básico, em um país dotado, em termos gerias, de uma estrutura administrativa morosa e burocrática?

Tais questionamentos repercutem diretamente na esfera jurídica, o que é externalizado a partir da ausência de previsão legal, em âmbito federal, sobre o tema em escrutínio. Sendo que o silêncio legislativo reverbera a insegurança do Estado no tratamento da matéria, restando ao cargo da doutrina, em termos nacionais, por ora, se debruçar sobre este modelo vanguardista de gestão e imprimir rigor teórico ao sistema que possui o condão de maximizar a proteção dos Direitos Humanos. E aqui, não se trata de preciosismo conceitual na definição do instituto, mas sim de estabilização de pressupostos mínimos para uniformizar o diálogo entre diferentes atores da comunidade (na interseção necessária entre sociedade, esfera econômica, política e ambiental pelas quais perpassa a construção de *Smart Cities*) facilitando os esforços em comunidade para implementação desta nova espécie de cidades e evitando a utilização da *novel* terminologia como subterfúgio para justificar interesses escusos ou malversação de recursos:

[...] o entrave é entender o que se quer com a ideia de cidades inteligentes e sustentáveis, e que caminhos precisam ser percorridos para se chegar a esse desenho ideal. Sem um aparato conceitual sólido, persiste um risco significativo de se levar “gato por lebre”, na famosa expressão popular. Afinal, ante a vagueza conceitual, mais simples se torna a tarefa de quem pretende vender, principalmente ao Poder Público, produtos de enorme valor agregado e pouca eficiência sistêmica, ou mesmo pouca utilidade prática [...] (CORTESE, KNISS e MACCARI, 2017, p. 10-16).

Ainda que difícil a tarefa de identificar o que, em termos de Brasil, poderia ser caracterizado como *Smart Cities* (dada a porosidade da expressão, que: a) traduzida para Cidade Inteligente, na semântica dos vocábulos, autoriza diversas interpretações; b) deve ser elástica para conter as variáveis em termos de geografia, economia, dentre outras variáveis suso elencadas, mas que não pode ser genérica ao ponto de perder seu rigor teórico necessário ao tratamento jurídico da matéria), compulsando o estudo de alguns doutrinadores

que se debruçam sobre o tema, como Cortese, Kniess e Maccari (CORTESE, KNISS e MACCARI, 2021, p. 06-16), Soupizet (SOUPIZET, 2017, p. 9) e Rubio (RUBIO, 2009, p. 105-106); identifica-se alguns elementos que, reincentes entre os autores, podem socorrer o operador do direito administrativo minimamente na compreensão das *Smart Cities*, a saber, *tecnologia, eficiência, integração, automação, inteligência, sustentabilidade*.

Especial relevância possui o conceito trazido por Cortese, Kniess e Maccari:

[...] Uma cidade inteligente, nesse sentido, é uma cidade capaz de criar estruturas de gestão capazes de serem ativadas para atender a demandas próprias do caráter problemático que o espaço urbano, enquanto sistema complexo, (re)produz continuamente. Essas estruturas visualizam a cidade como um sistema complexo que deve ser todo interligado por redes de comunicação, as quais podem detectar problemas, emitir alarmes e, principalmente, direcionar fluxos de trabalho humano com foco na eficiência dos serviços públicos e controlar remotamente dispositivos e equipamentos das mais variadas interfaces. [...] (CORTESE, KNISS e MACCARI, 2021, p. 06-16)

Dessarte, por mais que uma *Smart Cité* pressuponha a atuação em diferentes frentes sociais (desde a preocupação com o meio ambiente, até com o uso inteligente de recursos financeiros e a implantação de tecnologia autónoma), nota-se que toda sua estruturação se direciona para formação de um fluxo constante de funcionamento capaz de rapidamente detectar celeumas e as resolver sem que haja interrupção nas prestações de serviços e na entrega de produtos. Que são condição de possibilidade, em última análise, à perfectibilização dos Direitos Humanos (SOUPIZET, 2017, p. 9),

Em havendo sucesso no implemento desta teorização, é possível, estima-se, “[...] *otimizar a utilização dos recursos [...]*” de maneira significativa. Incremento que possui especial relevância em países subdesenvolvidos, em que parcela da população padece de execrável miserabilidade, muito em razão da interrupção de serviços ou a não distribuição de recursos, os quais são especialmente valiosos. Já que, a necessidade de prestações positivas pelo Estado tende a ser diretamente proporcional à carência da população que, quanto maior seu estado de pobreza, mais aguarda, no sentido literal e urgente da palavra, o auxílio do Poder Público para subsistência. Nesse sentido, discorre Ferraresi, acerca do contributo da implementação de *Smart Cities* para promoção e proteção dos Direitos Humanos:

[...] As cidades (inteligentes) e sua complexidade, mas também suas possibilidades são os cenário ideal da experimentação da potência dos Direitos Humanos como horizonte de sentido para a ressignificação do Direito à Cidade (inteligente) e, a partir do pluralismo [...] para garantir sua eficácia social [...] (FERRARESI, 2017, p. 212)

Portanto, muito embora, por ora, careça nacionalmente de rigor teórico a conceituação de *Smart Cities*, é possível vislumbrar que o modelo urbanização proposto - que aos poucos, timidamente, como uma ideia compartilhada, vem se enraizando no centro das urbes nacionais (em alguns aspectos quase que de forma inconsciente, dado o paulatino avanço tecnológico, incrementado pela Pandemia de Covid-19 que forçou a evolução da sociedade em torno dos meios de comunicação e resolução remota de problemas) - tem o condão de corroborar para uma sociedade mais igualitária, e humana, onde os recursos e auxílio cheguem aos cidadãos, sem tardar em razão de formalismos ou burocracias capazes de serem transladados ou, ao menos, reduzidos.

## **2 - Atos administrativos: o modelo posto comporta as inovações propostas pelas *Smart Cities*?**

Acima, demonstrou-se que, dentre as características marcantes das *Smart Cities*, especial relevância repousa em sua capacidade de: a) reprodução ininterrupta, garantindo a continuidade de otimização de recursos e serviços; b) por meio de mecanismos tecnológicos e de processos que não agridam o ambiente, c) superando as celeumas que possam ocorrer ao longo do processo de prestação de serviços e entrega de recursos.

Neste país, a atuação administrativa ocorre através de atos administrativos, dotados de requisitos que buscam oferecer segurança ao administrado e legitimidade à Administração Pública (MEIRELLES, 2012, p. 158-159). É dizer, portanto, que para o sucesso do sistema de retroalimentação da *Smart Cities*, é necessário que haja um alinhamento entre o exercício do Direito Administrativo (por meio de atos administrativos), e os objetivos que propõe entregar esta formatação de cidade (otimização de tecnologia, eficiência, automação e sustentabilidade, dentre outros abordados acima). (FERRARESI, 2017, p. 212)

Ocorre que, no Brasil, que deita raízes na construção de Direito Administrativo oitocentista Francês, inda verifica-se, nos operadores da área, um rígido apego ao formalismo e à legalidade estritos com os quais, no passado, a duras penas, deu-se início aos Estados de Direito propriamente ditos. Ou seja, ainda se tem como importante referência estrutural nacional a tradição jurídica clássica que apregoava, ao máximo, o afastamento das leis a axiomas e valorações (como ponderação, proporcionalidade) por meio, apenas, da interpretação subsuntiva dos códigos e leis, legando maior enfoque em *como* eram produzidos do que *o que* comunicavam propriamente. Tudo, com o desiderato de evitar dar espaço ao arbítrio dos aplicadores das leis (CARVALHO FILHO, 2017, p. 42. FLEINER-GERSTER, 2006, p. 124-125), com isso, “[...] *garantindo-se a estabilidade em oposição ao particularismo [...]*” (OHLWEILER, 2004, p. 113).

E, muito embora tal enfeixamento dos agentes públicos ao direito legislado ora cause um estranhamento aos ouvidos pós-modernos, de uma socie-

dade que diariamente se depara com novas situações (não previstas expressamente na legislação) a serem enfrentadas, com celeridade, economia e, arriscae-se, criatividade, face a escassez de recursos humanos e materiais; não se deve passar de largo ao fato de que o tratamento quase que científico do Direito Administrativo se deu (ousa-se indicar que ainda se dá) em reação (como geralmente ocorre em se tratando de excessos), à centenas de anos marcados por voluntarismos de monarcas que governavam ao arpejo dos interesses de seus súditos. Tanto assim é, que os brocados “*regis voluntas suprema lex*” “*the king can do no wrong*” e “*L’État c’est moi*” traduziam a ordem jurídico-social há época, permanecendo presentes na história do período (DI PIETRO, 2013, p. 200-201). Desconfiança para com os aplicadores do Direito, por sua vez, incutida na teorização dos atos administrativos, esses “fios condutores” do agir do Poder Público no Brasil, presentes, ilustrativamente, na contratação de serviços e compra imprescindíveis à manutenção da Máquina Estatal. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 42-60).

Tanto assim é, que a doutrina pátria, mas tarde a legislação, teorizou (em termos estruturantes), o conceito, elementos, espécies, inclusive hipóteses de invalidação e dos efeitos desta invalidação dos atos administrativos estáticos. E aqui, chama atenção a rigidez da última categoria, sendo que, via de regra, detectada ilegalidade, indica-se, pela construção da teoria clássica, como correta a anulação dos atos com *efeitos ex tunc*, em que pese muitas vezes tal “desfazimento” do ato pode causar consequências mais deletérias que o vício em si.<sup>1</sup> Com enfoque, nota-se, em suas formas, compartilhando o mesmo premente desiderato de auferir segurança e proteção aos direitos dos cidadãos que, séculos antes, havia sido empregada pelos revolucionários na aurora dos Estados de Direito. (DI PIETRO, 2013, p. 200-201).

E, neste ponto, valendo-se, comparativamente, desde os estudos de Meirelles, em 1964 até os ensinamentos contemporâneos de Di Pietro, verifica-se ter havido pouca evolução, em quase setenta anos, do instituto. Enquanto ele o concebe como “[...] *manifestação de vontade unilateral da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir e modificar direitos [...]*” (MEIRELLES, 2012, p. 158-159); ela, por sua vez, delimita-o como “[...] *declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime de Direito Público [...]*” (DI PIETRO, 2013, p. 205). Ou seja, em que pese se valham de nomenclaturas diferentes, ambos indicam como ato administrativo (*lato sensu*) aquele praticado pela administração pública em seu regime próprio (com regras de atuação diversas daquelas de Direito Privado). E, por direito Público, entende-se, portanto, prerrogativas da administração, e observância de diversos procedimentos a garantir a impessoalidade, moralidade, isonomia, legalidade e eficiência

1 Para maior detalhamento do assunto, vide Lei nº 4.717/65; Lei nº 9.748/99 e o curso de Direito Administrativo da professora Di Pietro (2013) a partir da página 200; bem assim o Tratado de Direito Administrativo do professor Cratella Júnior (2002) a partir da página 130.

apregoados no art. 37 da Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 2021, n.p.). Procedimento que, se de um lado salvaguardam os recursos público de desvios, doutro inferem morosidade aos procedimentos. (CARVALHO, 2020, p. 266-278)

Rigidez que no Brasil se estende da Teoria dos Atos Administrativos, principalmente, no que toca às legislações de regência das contratações de serviços produtos que, ao concatenar uma série de atos administrativos, buscam, com teleologia que não se põe em xeque, a proteção contra desvios e irregularidades infelizmente tão comuns nessas transições. Nesse sentido, doutrinadores como Maffini (2018, n.p.) e Carvalho (2020, p. 266-278) justamente indicam como enfoque principal tanto da Lei n° 8.666/93 quanto a nova lei sobre a matéria, Lei n° 14133/2021 a busca pela blindagem do sistema de licitações a fim de evitar corrupção nesta seara; ao fim, tornando-as, de forma colateral, em procedimentos de caráter “[...] *anacrônico e burocrático* [...]”. (OLIVEIRA, 2020, p. 266-278).

Em reação, os procedimentos licitatórios tendem a ser dispendiosos e morosos. Características que, em contraponto aos pilares das cidades inteligentes (autonomia, eficiência, integração, sustentabilidade), causam um aparente descompasso na atuação administrativa pública. Consequência destes esforços pela transparência e legalidade que (embora possa ser mitigada em havendo organização dos administradores para contratações/compras programadas com a devida antecedência), encontra-se no cerne da problemática, envolvendo a manutenção de serviços, em termos de celeridade e eficiência quando enfrentadas situações inopinas. (CARVALHO, 2020, p. 266-278).

Ocorre que, não raro licitações já na fase de execução de contratos muitas vezes milionários são declaradas nulas, nulidade com o potencial de provocar a interrupção do desempenho das atividades essenciais prestadas pelo Estado, ou, ainda, a falta de insumos básicos. Trata-se, em última análise, na vilipendiação, ainda que não intencional, dos cidadãos em seus direitos humanos mais básicos, como de transitar livremente (no caso de cessação de prestação de serviço de transporte); viver em ambiente digno, com recolhimento de lixo (no caso de súbita cessação das atividades de coleta), ter acesso aos medicamentos fornecidos pelo SUS (Sistema Único de Saúde), dentre outros (MAFFINI, 2018, n.p.).

Muito embora, para estes casos de nulidade identificada, exista vultuosa previsão de punição dos envolvidos nas condutas irregulares e/ou ilegais (desde a seara administrativa quanto penal, o que extrapola o âmbito desta pesquisa), em sendo verificado vício impossível de ser convalidado (nos termos da Lei n° 9.784/1999) o processo licitatório e os atos dele decorrentes vêm sendo, na seara judicial, tradicionalmente anulados com efeitos *ex tunc*. Como se possível fosse apagar todo o desperdício de tempo, dinheiro e de recursos humanos envolvido no certame que, mais tarde, identificou-se, estar eivado de nulidades (MAFFINI, 2018, n.p.)

Então, como imaginar uma cidade inteligente que, nas palavras de Cor-

tese, “se reproduza continuamente” quando algumas das engrenagens deste sistema, leia-se contratações e aquisições em processo licitatório, engendradas mediante a concatenação de atos administrativos, travam sistematicamente? (CORTESE, KNISS e MACCARI, 2021, p. 06-16).

E aqui, retorna-se a celeuma da legalidade estrita.

Dar continuidade a certames eivados de nulidade não contrariaria toda a lógica da legalidade, pilar do Direito Administrativo, com aporte inclusive constitucional (art. 37, *caput*)? O questionamento acima seguramente receberia uma ruidosa resposta afirmativa, caso o país ainda estivesse legalmente ancorado no Estado de Direito Liberal do séc XVIII. Todavia, tendo o ordenamento jurídico brasileiro aprendido e evoluído, a duras penas, a partir de seu horizonte histórico; e, atualmente vivenciando um Estado Democrático Constitucional (em que a legislação sede espaço à Constituinte e os Princípios Gerais do Direito) é possível imaginar alternativas que, sem prejuízo das sanções cabíveis aos responsáveis por condutas contrárias ao direito, causem menos impacto negativo na já frágil estruturação das cidades brasileiras e, por inferência, na proteção aos Direitos Humanos. Sendo essa abordagem trazida pela proposta de Juridicização do Direito, que, nas palavras de Merkl, traduz-se como “[...] *um avanço no procedimento jurídico para além do degrau da lei* [...]” e, em seguida explica:

[...] pense na proposição jurídica relativa à indenização por danos morais, a qual obriga, com respeito as outras espécies de execução de imposição, o pagamento de indenização, ou na proposição jurídica, obriga o expropriador, no caso de expropriação, ao pagamento de uma compensação adequada aos expropriados. O grau de adequação de tal medida é determinado conforme a generalidade e a indeterminação da normal legal [...]

Mesma lógica aplicada à imputação de danos morais, exemplo trazido pelo autor, coaduna-se aos casos de invalidação, por nulidade, de licitações contratos administrativos. Em já restando em andamento o certame, ou até mesmo a execução de contrato, é necessário considerar se o exaurimento dos atos administrativos causará maior ou menor dano do que a convalidação, por assim dizer, da nulidade (da mesma forma que compete ao julgador valorar o montante cabível a título de danos morais antes a inexistência de norma prévia a ser tão somente “acoplada” ao caso), sendo esse, inclusive, o direcionamento do Tribunal de Contas da União, em seus posicionamentos mais recentes, *vide* boletins de jurisprudência 372 e 366 de 2021, TCU, 2921, n.p.).

Transposição a um sistema Constitucional e à possibilidade de maior atividade criativa do operador do direito para resolver a celeuma nos processos licitatórios que inclusive possui normatização na LINDB, máxime em seu art. 21 que prevê:

[...] Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora

ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento) [...]

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Dito isso, defende-se a necessária oxigenação do Direito Administrativo (que, embora paulatinamente venha ocorrendo capitaneada, por vezes pelo Tribunal de Contas da União, mas que necessita ser incrementada), a fim de que as decisões, seja na seara administrativa, seja judicial, ultrapassem o formalismo e o senso comum jurídico relativamente, por exemplo, a produção de efeitos *ex tunc versus ex nunc* dos atos administrativos. Dessarte, buscando alternativas que menos causem impacto nos cidadãos que dependem dos serviços e insumos do Poder Público. E aqui, forçoso insistir, normalmente àqueles que mais dependem da ingerência do Estado são a parcela mais vulnerável dos cidadãos que não possuem estrutura para suportar a mora estatal, sendo preferível, por vezes, que se passe de largo ao formalismo, mas que não se perca de vista a população em necessidade.

## Conclusão

Ao final desta breve e não exauriente investigação, percebeu-se, no primeiro capítulo que, a despeito da porosidade atual do termo *Smart Citie*, a construção nacional preambular do termo, possui o condão de, uma vez implementada, contribuir, sobremaneira, na perfectibilização dos Direitos Humanos, ao trazer celeridade na prestação de serviços e produtos ao cidadão, de forma economicamente inteligente e ambientalmente sustentável, a partir de um sistema que se reproduz autonomamente. Potencial esse de especial relevância para o Brasil e outros países subdesenvolvidos que, embora estejam em fase preambular da discussão sobre *Smart Cities* urgem pelas melhorias capazes de serem entregues por esse modelo de gestão.

No segundo capítulo, por sua vez, identificou-se que o instituto do ato administrativo subsiste para além de um mero conceito formalista. Ele, embora “chegue tarde”, diante da tendência reativa do direito, é instrumento que implementa a organização dos Direitos Humanos prestados pelo Estado sistematicamente, permitindo a inovação desejada pelas Smart Cities, mas sem prejuízo à sindicabilidade pré e pós produção dos atos.

Bem assim, verificou-se que, muito embora o Direito Administrativo, quando gestado, estivesse adstrito à estrita legalidade, atualmente houve um alargamento das possibilidades de interpretação e atuação do gestor público, por meio do processo de juridicização do Direito, inclusive ratificado pela

Constituição brasileira e as leis esparsas (Leis n.º 9.784/99; n.º 13.658/2018). Portanto, havendo não só autorização, como poder-dever de uma atuação criativa do gestor público, quando necessário, para garantir a maior proteção dos Direitos Humanos, por meio da observância, notadamente, dos princípios balizadores contidos no art. 37 da Constituinte de 1988.

Consequentemente, identificou-se, concomitantemente, três importantes contributos, produtos da teorização das *Smart Cities* conjuntamente com a tradição dos atos administrativos (que, *a priori*, inconciliáveis, mas, ao fim, mutuamente estruturantes). A saber: a) a possibilidade de otimização da entrega de serviços e produtos através da celeridade, economia, automação e tecnologia conferidas pelas cidades inteligentes; b) um inevitável aguçamento do ônus argumentativo do agente público em suas opções de implantação de políticas de inovação – também como forma de maximizar o controle da Administração Pública –; c) um aumento do leque de alternativas na atuação administrativa, para além daquelas prescritas minuciosamente em leis ou regulamentos em razão do apego formalista ao direito legislado, o que traduz-se em maiores opções ao gestor público na promoção e proteção dos Direitos Humanos.

## Referências

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Panorama 2019**. Acesso em 21 de Out. 2021. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Densidade demográfica**. Acesso em 21 de Out. 2021. Disponível em: [https://geoftp.ibge.gov.br/cartas\\_e\\_mapas/mapas\\_do\\_brasil/sociedade\\_e\\_economia/mapas\\_murais/densidade\\_populacional\\_2010.pdf](https://geoftp.ibge.gov.br/cartas_e_mapas/mapas_do_brasil/sociedade_e_economia/mapas_murais/densidade_populacional_2010.pdf)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 dez de 2021.

BRSIL. **Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro** n.º 14657, com redação dada pela Lei n.º 13.655, de 2018. Disponível em: 21 Nov. 2021. Acesso em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm).

BRSIL. Tribunal de contas da União. **Boletins de jurisprudência**. Acesso em 21 de Nov. 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/>. Acesso em 22 de Nov. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 42.

CORTESE, Tatiana Tucunduva P., C. et al. **Cidades inteligentes e sustentáveis**. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Manole, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 200-201.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência

dos sistemas de base romanística e da common law. **Revista Brasileira de Direito Público** – RBDP. Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p.p.124-125.out. 2018.

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. Novo Hamburgo: Unisinos, 2020. em [http://bidforum.com.br/bidBiblioteca\\_periodico\\_telacheia\\_pesquisa.aspx?i=12690&p=7](http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=12690&p=7), cesso em 04 de 2021.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado.** São Paulo: Martins Fontes Editora, 2006.

RUBIO, Fernando Gracia. **Nuevos Retos Sectoriales del Urbanismo.** La Lei: Madri, 2009.

MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei no 13.655/2018) no que concerne interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo.** V277, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 158-159.

OHLWEILER, Leonel. **Os princípios constitucionais da Administração Pública a partir da Filosofia Hermenêutica: Constitucional,** Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 107-145, out./dez. 2004, p. 113.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. **O direito excepcional da contratação pública brasileira para enfrentamento à crise do Coronavírus.** IN: COVID-e os impactos no direito: mercado, estado, trabalho, família, contratos e cidadania. Fernando Rister de Sousa Lima [et al.]. São Paulo, 2020.

SOUPIZET, Jean-François. **Cidades inteligentes: desafios para as sociedades democráticas.** Fundação FHC: Edelstein, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Factos e números sobre a vida na União Europeia.** Acesso em 21 de Out. 2021. Acesso em: [https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/key-facts-and-figures/life-eu\\_pt](https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/key-facts-and-figures/life-eu_pt)

# EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS COMO AGENTE DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Matheus Henrique de Castro Pola

Graduando das Faculdades Integradas de Bauru – FIB

## Resumo:

O artigo tem por objeto a análise da condição das empresas transnacionais como novos atores responsáveis por assegurar a efetividade e proteção dos Direitos Humanos, a partir da ampliação de fontes jurídicas e o diálogo entre estas. Neste cenário, o problema que o artigo pretende responder é: a possibilidade de atuação das empresas transnacionais como agente de efetivação de direitos humanos, a partir do pluralismo jurídico e da aplicabilidade dos princípios orientadores, sobre empresas e Direitos Humanos, propostos por John Ruggie, como via de possibilitar que as empresas transnacionais possam inserir em seus estatutos empresariais matérias de Direitos Humanos, o que possibilita a aplicabilidade e efetividade dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Empresas transnacionais; Efetivação de direitos.

## Introdução

A sociedade global possibilitou que empresas transnacionais ultrapassem economias nacionais, se tornando reconhecidas como (novos) atores em relação aos Direitos Humanos. Neste contexto, a fim de estabelecer “*standards*” normativos para responsabilizar empresas por violações de Direitos Humanos, em 2011, John Ruggie, apresentou os Princípios orientadores para Empresas e Direitos Humanos. Desta forma, as empresas transnacionais se tornaram sujeitos de direitos e deveres internacionais.

Neste contexto, a incorporação de tratados internacionais e leis internas obrigatórias em matéria de Direitos Humanos nos estatutos empresariais, possibilitam que as empresas possam guiar seus processos decisórios observando a aplicabilidade e efetividade dos Direitos Humanos

O artigo faz a análise sobre a emergência de um novo paradigma jurídico, a partir da metáfora representada pelo sistema de trapézio, com a Constituição e os tratados internacionais em matéria de direitos humanos no ápice

da ordem jurídica, possibilitando desta forma um sistema de proteção a partir do pluralismo jurídico. Os objetivos específicos são: a) analisar o pluralismo jurídico e o diálogo de fontes a partir dos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos; b) investigar o reconhecimento das empresas transnacionais como agente de efetivação de Direitos Humanos.

O problema que o artigo pretende enfrentar, pode ser delineado sobre: a responsabilização das empresas transnacionais por violação de Direitos Humanos no âmbito da jurisdição internacional, bem como, o seu reconhecimento como sujeito de Direito Internacional.

## 1. Pluralismo jurídico e a ampliação do diálogo de fontes

Para que se possa (re)pensar a responsabilização das empresas transnacionais por violações de direitos humanos, como também sobre o seu reconhecimento como sujeito de Direito Internacional, em um primeiro momento é necessário realizar a distinção entre o monismo jurídico e o pluralismo jurídico.

Importante destacar a diferença entre os sistemas apresentados, pois é necessário delimitar e traçar suas características fundamentais, a fim de investigar qual sistema jurídico possibilita(rá) a ampliação e o diálogo de fontes jurídicas, ou seja, qual sistema é mais eficaz e possibilita uma maior proteção e efetivação de Direitos Humanos. Sobre o conceito do monismo jurídico, explica Lucas Borges de Carvalho:

O monismo jurídico é a concepção, consolidada ao longo da modernidade, segundo a qual o Estado é o centro único do poder e o detentor do monopólio de produção das normas jurídicas. Enquanto sinônimo de direito estatal, o direito encerra-se nos textos legais emanados do poder legislativo. Nesse contexto, a lei vale pelo simples fato de ser a lei, de modo que sua legitimidade advém da mera observância dos procedimentos previamente estabelecidos, isto é, das normas que regulamentam o processo legislativo (BORGES, 2013. p. 13)

Assim, a essência fundamental do monismo é a formalidade, que reduz a legitimidade à legalidade, deixando de levar em consideração, qualquer elemento ou processo axiológico social. Borges (2013 p. 13.) explica que “Kelsen (1995), por exemplo, pretendeu delimitar o âmbito específico (puro) do conhecimento jurídico, apontando as normas estatais como objeto da ciência do direito.”, em outras palavras, para Kelsen, o Direito Puro é um sistema autorreferencial, onde o direito legitima-se por si só, independentemente de valores sociais, políticos, econômicos, morais e da insuficiência de instituições estatais. Nesse sentido explica Warat (1995, p. 19) que o monismo jurídico da teoria pura do Direito:

Elimina de seu seio toda noção metajurídica e não só a valoração jurídica (a axiologia), senão também a faticidade (os fatos), ficando tão

só com a norma e seu enfoque técnico-jurídico, o qual se reduz à demonstração lógica da validade das normas jurídicas. O conteúdo do direito se identifica com a norma. A realidade jurídica advém da norma, categoria do conhecimento desvinculada da dinâmica existencial e de seu objetivo de valoração e justificação. A realidade jurídica não é significativa, senão tão só a norma, que é constituinte daquela.

Deste modo, em outras palavras, tem-se que as normas jurídicas, no monismo, orbitam fatos de uma realidade autônoma e abstrata. Borges (2013 p. 14) explica que em termos concreto, isto significa que:

No âmbito do direito penal, por exemplo - importa apenas se determinado crime é formal ou material ou, ainda, se admite tentativa ou se pode ou não ser consumado por uma conduta omissiva. Pouco interessa o caráter seletivo do sistema penal ou o fato de que a defensoria pública não possui estrutura para oferecer serviços adequados aos seus assistidos ou, ainda, o fato de a polícia não respeitar as garantias constitucionais quando realiza diligências em bairros periféricos. Problemas como esses, segundo o esquema positivista, estão além do direito, pois envolvem uma análise empírica e valorativa, de maneira que não devem ser objeto da ciência jurídica.

Camilo Stangherlim Ferraresi (2021 p. 136) complementa explicando que para o monismo “a validade da norma jurídica não está relacionada com seu conteúdo (material), nem tampouco entre o justo e o injusto, mas sim a forma de sua produção”, e é aqui que se verifica a crise deste modelo. Neste sentido, ensina que:

Em se tratando de Direitos Humanos (...) a perspectiva de um Direito em que sua validade está centrada exclusivamente na previsão de um processo formal de reprodução e o seu conteúdo relacionado apenas a sua forma (jurídica), não apresenta(rá) respostas adequadas a emergência de novos contornos sociais, de novas necessidades a partir de um novo horizonte desenhado pelo avanço tecnológico de uma hipercomplexidade social. (FERRARESI, 2021, p. 136)

Assim, observa-se que a fragilidade do sistema monista se dá diante da ausência da característica valorativa social, da noção “extrajurídica” e axiológica, pois este modelo não apresenta respostas e meios adequados para a resolução de conflitos modernos advindos da sociedade hiper complexa que vivemos, em outras palavras, o monismo aponta para a impossibilidade do reconhecimento de novas fontes jurídicas e das possibilidades de diálogo estre estas.

Explica Ferraresi (2021 p. 137) que a ausência desta característica valorativa aponta para “a necessidade de reconhecimento da crise do monismo e, por consequência, da exclusividade da norma jurídica estatal emanada do Poder Legislativo como fonte exclusiva do Direito.” Sobre a crise do monismo

prossegue:

Que o caminho para enfrentar a crise do monismo jurídico é o pluralismo, que se coloca como contraponto para superação da estatalidade como única fonte do direito e possibilidade de reconhecimento democrático de expectativas anseios de grupos excluídos da sociedade contemporânea. (FERRARESI 2021 p. 137)

O pluralismo jurídico, por seu turno, fornece possibilidades para o enfrentamento das complexidades contemporâneas, pois permite expandir os princípios políticos-jurídicos democráticos para outros aspectos estruturais inerentes a democracia, conforme explica Lucas Borges de Carvalho:

Essa formulação do pluralismo jurídico fornece importantes contribuições para as análises do direito na medida em que amplia o campo epistemológico, bastante restrito, do monismo positivista. Se antes o jurista se limitava à análise intranormas, isto é, da validade lógica das leis, a “lupa” do pluralismo traz à tona uma série de fatores que não podem mais ser ignorados. Por exemplo, como refletir sobre o direito no âmbito internacional, sem uma problematização em torno do poder normativo de agências internacionais e de empresas multinacionais? (BORGES, 2013 p. 25)

Nesta perspectiva, o pluralismo surge como contraponto ao monismo -positivista, superando a concepção de que apenas a norma produzida pelo Estado pode ser tida como fonte do Direito, o que permite tanto existência de diálogos de fontes jurídicas com o surgimento de novos sujeitos de Direito, como o reconhecimento do “ caráter neoestatal, que funde o Estado e a Sociedade no público: um espaço de decisões não controladas nem determinadas pelo Estado, mas induzidas pela sociedade” conforme explica Wolkmer (2013 p. 40), ou seja, em outras palavras, o pluralismo viabiliza o reconhecimento de outras fontes jurídicas que resulta em uma maior efetividade e proteção de Direitos Humanos, conforme explica Antonio Carlos Wolkmer:

Nessa perspectiva, o pluralismo comprometido com a alteridade e com a diversidade cultural projeta-se como instrumento contra-hegemônico, porquanto mobiliza concretamente a relação mais direta entre novos sujeitos sociais e poder institucional, favorecendo a radicalização de um processo comunitário participativo, definindo mecanismos plurais de exercício democrático e viabilizando cenários de reconhecimento e de afirmação de Direitos Humanos (WOLKMER p. 40 2013).

Por sua vez, Teubner (2016) apresenta uma fórmula para positivação dos direitos humanos fundamentais:

Common law constitution – essa fórmula descreve exatamente o processo mediante o qual os direitos fundamentais são positivados nos

regimes transnacionais públicos e privados em um processo decisório reiterado, o qual tem lugar entre as decisões dos tribunais arbitrais, dos tribunais nacionais, dos contratos entre atores privados, da normatização social e das ações de escandalização de movimentos de protesto e ONGs. (TEUBNER, 2016, p. 236).

Nesse cenário, a ampliação do diálogo de fontes, possibilita uma atribuição mais ampla e eficaz de sentido dos Direitos Humanos, a fim de apresentar respostas jurídicas hábeis para a resolução de problemas de uma sociedade hiper complexa, como também para lidar com a insuficiência de instituições estatais, que muitas vezes, possibilitam a existência de grupos sociais excluídos da sociedade contemporânea. Neste sentido, ensina Camilo Stangherlim Ferraresi:

Pode-se destacar que o pluralismo jurídico na fórmula apresentada por Teubner (2016) possibilita a ampliação das fontes para positivação e atribuição de sentido dos direitos humanos, com destaque para a participação direta de atores que vivenciam a (re)construção do Sistema Jurídico de Proteção a partir das experiências que emergem das necessidades específicas de cada grupo social (FERRARESI, 2021, p. 138)

Pode-se concluir que, diante do cenário pós-moderno que vivemos e em face dos problemas que nos cercam, tais como desigualdade social, aquecimento global, e todas as dimensões da hiper complexidade sociais, a metáfora da pirâmide e o sistema Kelseniano, destarte o sistema monista-positivista, não é suficiente para encontrar a solução adequada para a resolução dos problemas modernos, vez que este modelo não possibilita o reconhecimento de novas fontes jurídicas como também não possibilita o diálogo entre elas (Ferraresi 2021).

Desta forma, devido a expressividade e relevância econômica que as empresas transnacionais possuem na ordem internacional, estas se tornam sujeitos de direitos internacionais. Diante desta característica, o pluralismo jurídico emerge como meio adequado que possibilita o diálogo de fontes a partir de novas fontes jurídicas, em outras palavras, a partir do pluralismo jurídico as empresas transnacionais podem inserir em seus estatutos empresariais matéria de Direitos Humanos, o que possibilita que estas optem por processos decisórios observando a aplicabilidade e efetividade dos Direitos Humanos.

## **2. As empresas transnacionais como agente de efetivação de direitos**

As violações de direitos humanos na contemporaneidade apontam para o agravamento do constitucionalismo moderno e a necessidade de um constitucionalismo transnacional, vez que parte expressiva destas violações se dão “em processos políticos transnacionais e fora do setor político instituciona-

lizado, nos ‘setores privados’ da sociedade mundial”. (Ferraresi; Engelmann, 2021, p. 370). Por sua vez, Teubner (2016 p. 26), aponta que “globalização e a privatização são responsabilizadas pela crise do Estado Nacional, bem como se constata um enfraquecimento das instituições constitucionais nacionais.”.

Em outras palavras, a globalização econômica impacta diretamente nos contextos social, cultural, político, e locais da sociedade, e muitas vezes, esta atuação culmina em violações de direitos humanos, tais como desastres ambientais, desmatamentos ilegais, invasões de terras indígenas para exploração ilegal de garimpos, exploração de mão de obra infantil e serviço análogo a escravidão, entre tantos outros exemplos.

Para lidar com esta problemática, explicam Wilson Engelmann e Camilo Stangherlim Ferraresi que é necessário:

Formulação teórica de construção das normas jurídicas em matéria de Direitos Humanos, a partir de vários atores, vários sujeitos participantes de um processo de conquista e construção de significados desses direitos, que admite múltiplas fontes, inclusive fontes não estatais, de forma a se garantir o acesso aos bens da vida que possibilitem uma existência digna, sendo este o caminho da juridicização dos “novos” direitos e para a eficácia social dos Direitos Humanos. (ENGELMANN; FERRARESI, 2021, p. 677)

Desta forma, para identificar modelos de reconhecimento e efetividade de direitos humanos, é necessário que haja uma ampliação dos atores responsáveis para a sua realização:

Há a necessidade de superação da estrutura de eficácia dos direitos humanos a partir exclusivamente do Estado e expandindo a responsabilidade pela concretização desses direitos para outros atores, como Organizações Internacionais e Corporações Multinacionais.” (ENGELMANN; FERRARESI, 2021, p. 678).

Teubner (2016, p. 238) destaca que no contexto transnacional “empresas multinacionais regulam setores de vida inteiros, de forma que a questão de como se coloca a validade dos direitos fundamentais em relação a elas não pode ser evitada”.

Diante das indagações sobre a responsabilização das empresas transnacionais por violações de direitos Humanos, Ruggie (2014) apresenta um modelo em que, além do Estado, Sociedades Empresariais são também responsáveis e atores participantes de um processo construtivo de proteção dos direitos humanos, a partir do quadro referencial “Proteger, Respeitar e Remediar”. Trata-se de um modelo apto a fornecer uma proteção mais efetiva aos direitos humanos de indivíduos e comunidades. (RUGGIE, 2014, p. 137). Sobre o modelo apresentado por Ruggie explica Flavio Piovesan:

Os princípios orientadores, foram elaborados por John Ruggie, e

constituem o primeiro marco normativo internacional a identificar e a aclarar a responsabilidade das empresas e dos Estados em matéria de direitos humanos; objetivando aprimorar padrões e práticas em relação aos direitos humanos e empresas, de forma a alcançar resultados tangíveis para indivíduos e comunidades afetadas, contribuindo, assim, para uma globalização socialmente sustentável (PIOVESAN, 2019 p. 7)

E complementa apontando que:

Os princípios orientadores são estruturados em 3 pilares: proteger; respeitar; e remediar. Abrangem um total de 31 princípios endereçados aos Estados e às empresas, com o objetivo de esclarecer o alcance de sua responsabilidade em matéria de proteção e respeito aos direitos humanos no contexto das atividades empresariais, prevendo, ainda, acesso a um remédio eficaz para as vítimas e comunidades afetadas por tais atividades. Os três pilares destinam-se a desempenhar funções de fortalecimento mútuo. (PIOVESAN 2019, p. 17).

Nessa perspectiva, Wilson Engelmann explica que:

Quando John Gerar Ruggie projetou o framework estruturado em três pilares: proteger, respeitar e remediar, estava lançando as bases para um cenário plural e em constante modificação, que desafia a produção legislativa tradicional”. (ENGELMANN 2019, p. 372)

Desta forma, a partir do modelo proposto por Ruggie, Camilo Stangherlim Ferraresi e Wilson Engelmann explicam que:

As interações entre diversos atores, públicos e privados, deslocam o centro de gravidade verticalizado irradiador de eficácia a partir do Estado nacional para uma gama de possíveis atores com responsabilidade de assegurar eficácia global aos Direitos Humanos além das fronteiras dos respectivos territórios a partir de uma sociedade transnacional. (FERRARESI; ENGELMANN 2021, p. 679).

Diante do modelo apresentado por Ruggie, Wilson Engelmann (2019, p. 374) indaga “como as regras para a defesa dos direitos humanos podem ser inseridas na prática corporativa e de governos, a fim de alcançar uma mudança na conduta das atividades empresariais?” E a resposta é “a proposta da autorregulação regulada, projetando uma aproximação entre o público e o privado”. (ENGELMANN, 2019, p. 374). Prossegue:

A autorregulação regulada poderá ser uma possibilidade: juntando, nesse contexto, a perspectiva da governança. O próprio Ruggie apresenta algumas diretrizes nessa direção, quando aprimora seu framework, construindo um guia principiológico para a execução, ou, mais especificamente, princípios orientadores. (ENGELMANN, 2019, p. 374).

Assim, os Princípios referentes a empresas e direitos humanos, segundo Piovesan (2019 p, 20) “devem ser interpretados e ressignificados à luz do direito internacional dos direitos humanos, considerando o sistema jurídico multinível e o princípio da prevalência da dignidade humana. Em outros termos, essa ampliação de fontes de direitos fundamentais permite a possibilidade de novos atores privados responsáveis pela efetivação e proteção dos direitos humanos, tendo em vista que “mais do que a positivação estatal, é a positivação social dos direitos fundamentais que constitui força propulsora de sua universalização”. (TEUBNER, 2016, p. 233-234).

### 3. Conclusão

A superação do monismo pelo pluralismo jurídico é a via que possibilita a existência da ampliação de fontes jurídicas e o diálogo entre elas, sendo importante instrumento para a efetivação dos Direitos Humanos. Isto porque, a ampliação das fontes jurídicas, possibilitam a existência de novos atores responsáveis pela a efetivação e proteção dos Direitos Humanos, a partir de novas fontes não estatais.

Esta ampliação possui um efeito duplo, sendo imprescindível para que os avanços obtidos até o momento no campo do direito internacional público dos Direitos Humanos não se percam, como também, assegurar a ressignificação de horizontes de sentidos dos direitos humanos a partir de uma eficácia global de proteção dos direitos.

Nesta perspectiva, as empresas transnacionais tornam-se sujeitos de direitos internacionais, e esta condição, permite que estes entes privados possam emergir como novos atores responsáveis por assegurar a eficiência e proteção dos Direitos Humanos. Como já apontado, Teubner (2016, p. 236) explica que “essa fórmula descreve exatamente o processo mediante o qual os direitos fundamentais são positivados nos regimes transnacionais públicos e privados”, em outras palavras, a condição das empresas transnacionais como novos atores responsáveis pela efetivação de Direitos, possibilitam à existência de um constitucionalismo transnacional, que viabiliza a proteção global aos Direitos Humanos.

### Referências

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**. 1ª. ed. Blumenau: Dom Modesto, 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: um espaço de resistência na construção dos Direito Humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (org.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37-50.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico

no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (org.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 12-35.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito II. **A epistemologia jurídica da modernidade**. Tradução de José Luis Bolzan. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995/Reimpressão 2002.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ENGELMENN, Wilson; FERRARESI, Camilo Stangherlim. O DIREITO À CIDADE (INTELIGENTE): A GOVERNANÇA PARTICIPATIVA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS. In: VEIGA, Fabio da silva; VIGLIONE, Filippo; DURANTE, Vincenzo (coord.). **Direitos Fundamentais na Perspectiva Ítalo-Brasileira**. Porto/Padova: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Università di Padova, 2021, p. 362-376

ENGELMANN, Wilson. Estruturando um ambiente regulatório pluralístico a partir da gestão dos riscos nanotecnológicos e da responsabilidade ambiental. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 15**. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2019. p. 368-395.

FERRARESI, Camilo Stangherlim; ENGELMENN, Wilson. DIREITOS HUMANOS E SMART CITIES: Espaços Urbanos Inteligentes como condição de possibilidades para a efetivação de direitos. In: MOREIRA, Vital; MACHADO, Jónatas; GOMES, Carla de Marcelino, GOMES, Catarina, NUNES, Cesar Augusto Ribeiro; LEOPOLDO, Rocha Soares. **Temas de Direitos Humanos do VI CÍDH Coimbra 2021**. 1. ed. Campinas/Jundiaí, 2021. ps. 673-682.

RUGGIE, John. **Empresas e direitos humanos parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar**. [S. l.]: Organização das Nações Unidas, 2012. Disponível em: [https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/conectas\\_principiosorientadoresruggie\\_mar20121.pdf](https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/conectas_principiosorientadoresruggie_mar20121.pdf). Acesso em: 13 abr. 2020.

PIOVESAN, F.; GONZAGA, V. Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, [S. l.], v. 31, n. 1, p. 11-28, 2019. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/9>. Acesso em: 21 nov. 2021.

# A SEGREGAÇÃO RACIAL NAS CIDADES: O DIREITO À CIDADE COMO POSSIBILIDADE DE (RE)ORGANIZAÇÃO DE ESPAÇOS URBANOS INCLUSIVOS

**Gabriela Nespolo**

Graduanda das Faculdades Integradas de Bauru – FIB.

## **Resumo:**

O trabalho pretende demonstrar como a disposição das cidades favorece a segregação racial, excluindo do Direito à Cidade os negros(as), impondo-lhes moradias precárias nas conhecidas favelas. Observando os índices de violência que os atingem e o percentual ocupado do sistema carcerário, é necessário que o poder popular materializado pela gestão democrática e participativa das cidades, lugar onde o direito acontece e se transforma constantemente, possa (re)organiza-las. O Direito à Cidade é previsto na Constituição Federal e se caracteriza como um direito coletivo. Pretende-se analisa-lo como um direito humano fundamental, especificamente em relação às metas 11.1 e 11.3 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS11, que tratam do compromisso do país de garantir aos brasileiros, inclusive os grupos em vulnerabilidade social, o acesso à moradia digna; urbanizar as favelas; e, aumentar a capacidade para o planejamento e a gestão participativa, entre outros pontos relevantes.

**Palavras-chave:** Direto à cidade; Racismo; Direitos Humanos; Espaços urbanos inclusivos; *Smart Cities*.

## **1. Introdução**

Desde os primórdios, os negros são deixados à margem da sociedade, mesmo que tenham participado da construção, de fato, dos espaços urbanos existentes. Reinaldo José de Oliveira e Regina Marques de Souza Oliveira (2015) destacam que estas pessoas foram responsáveis “por todo tipo de trabalho, no campo e na cidade. Homens e mulheres negras edificaram e cimentaram as bases do desenvolvimento e da hierarquia socioeconômica do país e das principais cidades brasileiras, por exemplo, as cidades de Salvador, Rio de Janeiro e São Paulo.”

São inúmeros os indicativos que comprovam o abandono da população negra por parte do Estado brasileiro (CARMO, 2017): de acordo com as Organizações das Nações Unidas, das 16,2 milhões de pessoas que vivem na situação de extrema pobreza, 70,8% são brasileiros negros; em 2014, 76% dos mais pobres no país eram negros; em 2016, de acordo com a organização social TETO Brasil, 70% dos moradores de favelas no país eram negros; segundo a CPI do Senado sobre assassinato de jovens, a cada 23 minutos, um jovem negro é morto no Brasil, complementando com os dados apontados pela BBC Brasil, dos 30 mil jovens assassinados no país, 77% são negros; ainda, o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, aponta que o sistema carcerário brasileiro é composto por 60% de pessoas negras. O brasileiro se acostumou a não ver negros em posição de poder no país, mesmo que estes representem 54% da sua população.

Para que essa população tenha voz e seja de fato respeitada e vista como sujeito de direito, é imprescindível que o poder popular, por meio da gestão democrática e participativa, seja efetivado. São várias as formas de se aplicar este modelo de gestão, as audiências públicas com a possibilidade real de participação da população é uma opção simples e efetiva, no entanto o que se vê são audiências realizadas em horário comercial, o que impossibilita que a maioria das pessoas interessadas nos assuntos em pauta esteja presentes.

As conquistas que envolvem o direito à cidade, sendo um direito coletivo, tiveram a participação popular: a constitucionalização do assunto sob o título de Reforma Urbana na Constituição Federal de 1988, somente foi possível pelas lutas e reivindicações de grupos populares organizados. A positivação dos direitos em tela aconteceu e o Brasil hoje conta com normas específicas que regulamentam este direito humano fundamental, no entanto, na prática, a aplicação e efetivação destas está muito aquém do esperado e necessário.

A adesão do país à Agenda 2030 da ONU, especificamente as metas 11.1 e 11.3, é um passo necessário para efetivação do Direito à Cidade, uma tentativa de por em prática o que o país tem positivado no Estatuto da Cidade. O compromisso assumido de até 2030 de “tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis” representa a construção de espaços urbanos que incluam populações até então excluídas dos grandes centros, tendo em vista que o direito à cidade é, e deve ser, anti-discriminatório.

Nesse sentido, uma nova concepção de direito à cidade, um direito humano e fundamental, é fundamental para construção de espaços urbanos inclusivos que poderiam, de fato, melhorar a vida das populações que vivem em vulnerabilidade social, especificamente a população negra.

O trabalho trata especificamente das metas supracitadas, 11.1 e 11.3, que tratam, respectivamente de “garantir o acesso de todos a moradia digna, adequada e a preço acessível; aos serviços básicos e urbanizar os assentamentos precário de acordo com as metas assumidas no Plano Nacional de Habitação,

com especial atenção para grupos em situação de vulnerabilidade” e “aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, em todos os países”.

## 2. O direito à cidade como direito humano

É imprescindível que se faça uma releitura e ressignificação dos direitos humanos para incluir, de fato, o direito à cidade como direito fundamental de todo e qualquer cidadão que nela esteja inserido, sem excluir, como feito desde os primórdios, em relação a população negra – o que continuou inalterado mesmo após maio de 1888, com a Lei Áurea. A abolição da escravatura foi um marco teórico, no entanto, na prática esta parcela da população não alcançou a posição de sujeito de direito na sociedade brasileira, devido a “(...) a introdução de medidas socioeconômicas e políticas que impediram da mão de obra escravizada, no percurso das revoltas, conflitos e da abolição, de se tornar empreendedora, proprietária e protagonista do espaço e do território brasileiro” (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2015).

De acordo com Renato José de Oliveira e Regina de Souza Oliveira (2015), a abolição não garantiu a verdadeira cidadania aos homens e mulheres negros que agora eram considerados livres – o exercício deste direito, enquanto acesso às premissas básicas como educação, emprego e saúde, não foram universais no território brasileiro, resultando no que se vê hoje: estes são responsáveis pelas “(...) atividades formais e informais de menor expressão socioeconômica e política, são a maioria nas habitações impróprias como as favelas, cortiços, palafitas e loteamentos irregulares, na história e nas últimas décadas, o cenário do homicídio revela que as principais vítimas são homens, pobres, jovens e negros (...)” (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2015). E a simples existência desses assentamentos irregulares e informais, escancaram a ineficiência do poder público enquanto garantidor do direito à moradia, previsto no art. 6º/CF. (FERRARESI, 2020). Tem-se um território onde nem todos são cidadãos.

Em 1986, Pedro Jacobi, já havia escrito (apud TAVOLARI, 2016):

Todas as pessoas que vivem na cidade são cidadãos? Não é bem assim. Na verdade, todos têm direito à cidade e têm direito de se assumirem como cidadãos. Mas, na prática, da maneira como as modernas cidades crescem e se desenvolvem, o que ocorre é uma urbanização desurbanizada. [...] Direito à cidade quer dizer direito à vida urbana, à habitação, à dignidade. É pensar a cidade como um espaço de usufruto do cotidiano, como um lugar de encontro e não de desencontro.

As cidades são os locais onde acontecem as relações sociais, bem como suas mudanças ao longo dos tempos. Nelas é que os conflitos se apresentam, e como bem pontuam Camilo Stangherlim Ferraresi e Wilson Engelmann

(2021, p. 674):

Nesse contexto, a complexidade das relações sociais, as mudanças climáticas e a velocidade da inovação tecnológica, permitem a abertura de possibilidades que originam (novos) cenários que demandam a ressignificação do Sistema do Direito para atender adequadamente às necessidades para melhoria na qualidade de vida humana.

E quando assim se apresenta, a melhoria na qualidade de vida humana deve ser equitativa, para brancos e negros, na mesma proporção de suas necessidades.

A ideia de uma cidade inclusiva com a proposta de uma reforma urbana no país data da década de 1960, e ainda durante a ditadura militar brasileira – que perdurou de 1964 a 1985, iniciaram-se as manifestações populares urbanas, questionando, sobretudo, a qualidade dos serviços nas cidades (FILOCOMO; MARTINS, 2018). Porém, como pontuam Giuseppe Filocomo e Lyzandra Machado Martins (2018) apenas nos anos 1980 é que os movimentos puderam formalizar uma agenda coletiva acerca do assunto, o que resultou na constitucionalização do Direito à Cidade, consagrado com o título de Reforma Urbana. Esta “está alinhada ao fortalecimento de municípios e à descentralização do poder; à participação popular e democratização de processos decisórios; à garantia do direito à moradia, saneamento e demais serviços urbanos. A partir dos anos 1990, essa plataforma passaria a ser enunciada como o “Direito à Cidade”” (VAINER; OLIVEIRA, 2017 apud FILOCOMO; MARTINS, 2018).

Após a Constituição Federal de 1988 efetivar este direito em seus artigos 182 e 183, em 2001 é aprovado o Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257, que trata “de regulamentar a função social da propriedade, instituindo diretrizes e instrumentos de forte viés democrático, visando a promoção do acesso à cidade por todos, especialmente por grupos socialmente vulneráveis” (FILOCOMO; MARTINS, 2018). O artigo 2º do Estatuto, coaduna com as metas 11.1 e 11.3 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS11, conforme se extrai do texto da lei:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (...)

Além do texto constitucional e do Estatuto aprovado há 20 anos, é possível enumerar outros diversos avanços institucionais a nível federal no país, conforme nos mostram Filocomo e Martins (2018): Emenda Constitucional nº 26, que inclui entre os direitos sociais a moradia; criação do Ministério das Cidades – 2003; Conselho Nacional das Cidades – 2004; Lei nº 11.124, que cria o Fundo Nacional de Habitação Social – 2005, entre outros importantes progressos na área.

Apesar das significativas conquistas normativas, David Harvey (2008) aponta de forma incisiva a situação atual do tema: “o direito à cidade, como ele está constituído agora, está extremamente confinado, restrito na maioria dos casos à pequena elite política e econômica, que está em posição de moldar as cidades cada vez mais ao seu gosto (HARVEY, 2008). Também pontua, que a gestão democrática, sobre o a organização do processo urbano, constitui, em suma, o Direito à Cidade.

Tavolari (2016) mostra através do estudo das obras de Jacobi e Maricato, que esta segregação urbana, construída através do processo urbano sem a gestão democrática, destituiu a população de direitos, e, apesar de todos terem direito à cidade, sendo um pressuposto universal, ela representa sua negação na prática; a partir disso, pensando o direito à cidade como o próprio direito a cidadania, sua negação implica na negação de todos os demais.

### **3. A inclusão social como elemento estruturante das Smart Cities**

Primeiramente é importante considerar que mais de 80% da população brasileira está concentrada nos espaços urbanos, vivendo nas cidades (PNAD, 2015), e por isso, a transformação desses espaços para inclusão de pessoas é um assunto de primordial importância. Ferraresi (2020) explica que:

Não se pode olvidar, que a vida se realiza nas cidades e o espaço urbano é o locus adequado para projetar novas possibilidades de convivência que permitam, de forma igualitária, livre e não discriminatória, a significação de existência digna. A cidade deve ser o lugar de encontro das pessoas, porque o encontro propicia a comunicação e possibilidade de se pensar junto a realidade urbana; a partir do encontro se fortalece os laços de convivência e a sensação de pertencimento que permitirá a ampliação da cidadania e a governança participativa; nos encontros existe a construção do reconhecimento do ser individual a partir do outro e as cidades tornam-se espaços mais inclusivos.

A inclusão social deve ser elemento indispensável para a construção de novos espaços urbanos inteligentes: as *Smart Cities* “segundo a união Europeia, (...) são sistemas e pessoas interagindo e usando energia, materiais, serviços e financiamento para catalisar o desenvolvimento econômico e a melhoria da qualidade de vida” (SECTI/DF, 2019) e para o Professor Camilo Stangherlim Ferraresi (2020) a ressignificação do direito à cidade é parte in-

dissolúvel da “proposta de transição da cidade industrial da modernidade para a cidade inteligente do futuro” – sendo os termos “smart cities” e “cidade inteligente” sinônimos.

Estas cidades do futuro devem usar a tecnologia para tornar os serviços públicos eficientes, bem como elevar os índices de sustentabilidade e melhorar, por fim, a vida das pessoas daquele espaço (VANIN, 2019 apud FERRARESI, 2021), não podendo excluir, o fortalecimento da gestão democrática dessas cidades, encontrando formas de aumentar a participação popular nas decisões e transformações do espaço urbano (FERRARESI, 2021): “todos esses pontos destacados estão interconectados, ou seja, a cidade do futuro deve(rá) ser viva de forma a despertar seus moradores para as questões coletivas e a tecnologia é a ferramenta adequada para criar mecanismos de participação que possibilitem uma ampliação da cidadania (VANIN, 2019 apud FERRARESI, 2021).

Agenda 2030, onde estão previstos os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, com suas 169 metas, está “expressamente fundamentada na Carta da ONU, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos tratados internacionais de direitos humanos e em outros instrumentos, como na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento” (CAMPELLO, 2020). Campello (2020) destaca que o objetivo principal dos ODS é a garantia da realização dos direitos humanos, tendo os Estados a responsabilidade de respeitá-los, protegê-los e promovê-los, sem quaisquer discriminações, inclusive, de raça.

Para Camilo Stangherlim Ferraresi (2021), as smart cities construídas a partir do OSD 11

(...) é um modelo de cidade que pode(rá) a partir da utilização de novas tecnologias emergir como espaço humanizado de inclusão e realização de direitos humanos, (...) uma vez que as metas indicadas acima necessariamente tratam de efetivação de direitos, como por exemplo, direito à acessibilidade, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, democracia participativa, (re)significando o direito à cidade a partir das cidades inteligentes. As metas previstas no objetivo 11 estão relacionadas diretamente com a (re)adequação das cidades de modo a (re)construir espaços de ocupação urbanos inclusivos, sustentáveis, seguros e resilientes (...)

As desigualdades e opressões fazem parte da cidade como vista hoje, por isso a transformação para o direito à cidade depende do exercício do poder coletivo para reformular os processos de produção no espaço (INSTITUTO PÓLIS, 2020). Essas desigualdades e opressões são exemplificadas pelo racismo estrutural – conceituado por Waleska Miguel Batista (2018) como “modo “normal” com que o racismo está presente nas relações sociais, políticas, jurídicas e econômicas”, fazendo com que a responsabilização por atos racistas não acabem com essa reprodução de desigualdade pautada na raça (BATISTA, 2018) - que faz parte do cotidiano de milhões de brasileiros(as)

negros(as), principalmente quando se destacam e saem do “lugar de negro” alcançando o que, historicamente, não é considerado seu local, “os espaços de poder socioeconômico e político são brancos, constituídos majoritariamente por homens, por exemplo, na hierarquia socioeconômica, cultural e política” (OLIVEIRA, 2019).

Nas últimas décadas do século XX, a segregação racial no universo das cidades brasileiras, cresceu sempre em direção dos morros, favelas, cortiços, porões, nas periferias e habitações ditas “fora da lei”, em geral, em bairros e habitações distantes das áreas ricas, em sua maioria brancas, desenvolvidas e dotadas de ambiente construído de consumo coletivo público e privado (ROLNIK, 1989 apud OLIVEIRA, 2019)

Reinaldo José Oliveira (2019) explica que diversos autores brasileiros que estudam o tema da segregação racial são unânimes em dizer que esta é representada no país pela “separação física, socioeconômica e étnico racial” em todos os lugares, desde o local de habitação, até as escolas, passando pelos locais de lazer, e, inclusive, no mercado de trabalho. Este segregacionismo, junto ao racismo enraizado em nossa sociedade, propicia aos brancos melhores “territórios, lugares, posições e ocupações na vida social, política e cultural da sociedade brasileira” (OLIVEIRA, 2019).

O combate ao racismo estrutural e à segregação racial presentes na sociedade brasileira, resulta na inclusão social desta população negra, propiciando, de forma democrática e participativa, a gestão das cidades, o que tem com consequência, o início da construção das Smart Cities.

#### **4. Conclusão**

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a efetivação do Direito à cidade, passa, indispensavelmente, pela sua resignificação e busca de eficácia social: é obrigatório que se entenda este direito como um direito humano fundamental de todos os cidadãos. E esta resignificação, inclui o fato de introduzir, de forma eficaz, a gestão democrática e participativa de toda população que vive nos espaços urbanos. A gestão democrática está prevista no Estatuto das Cidades, sua efetivação, garante aos grupos em vulnerabilidade social, como os negros, a participação das decisões que implicam na melhoria de suas condições de vida.

A população negra, vítima do racismo estrutural presente na sociedade brasileira, é excluída de forma sistêmica dos grandes centros, deixados à margem da sociedade. Esta população é aquela que ocupa a maioria das favelas, que é vítima, em grande parte, de homicídios no país, e ao mesmo tempo, a cara do nosso sistema carcerário. A mudança deste cenário triste e revoltante, só é possível com a transformação das cidades, com a inclusão deste grupo nos locais de decisões: ao dar voz aos oprimidos, sejam eles quem forem, suas angústias e anseios serão de alguma forma escancarados e, por consequência,

será buscada a solução, ou pelo menos uma forma de amenizar os problemas.

A inclusão social de que se tratou, não diz respeito apenas a parcela negra da sociedade brasileira, a efetivação dos direitos acima expostos traria, sem dúvidas, conforto e alento a outras minorias e grupos em vulnerabilidade social, como as pessoas com deficiência, as mulheres e os idosos.

Ouvir a população em toda sua diversidade, incluir agentes que representem todos os grupos prejudicados de qualquer forma, é também responsabilidade do cidadão. Não basta que se cobre posicionamento dos governantes nas redes sociais, como é comum atualmente pela facilidade que a internet propiciou, os brasileiros devem agir de forma eficaz elegendo representantes, desde seus vereadores, que de fato representem os grupos citados e com eles se preocupem. A positivação dos direitos o país já tem, o povo deve buscar agora a sua efetivação.

## Referências

BATISTA, Waleska Miguel. A INFERIORIZAÇÃO DOS NEGROS A PARTIR DO RACISMO ESTRUTURAL. Resenha. Rev. Direito e Práxis. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, 2018, p. 2581-2589. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/nkt6FjJDWMvfV7DsqfBY4XK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 21 nov. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. LEI Nº 10.257, DE 10 DE JULHO DE 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

CAMPELLO, Livia 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, Livia Gaigher Bósio (coord.). Direitos Humanos e Meio Ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030. 1. ed. São Paulo: IDHG, 2020. ps. 22-41.

CARMO, Beatriz. A POBREZA BRASILEIRA TEM COR E É PRETA. Teto Brasil. 2017. Disponível em <https://www.techo.org/brasil/informe-se/a-pobreza-brasileira-tem-cor-e-preta/>. Acesso em 25 out. 2021.

ENGELMANN, Wilson; FERRARESI, Camilo Stangherlim. DIREITOS HUMANOS E SMART CITIES: Espaços Urbanos Inteligentes como condição de possibilidade para efetivação de direitos. In NUNES, Cesar Augusto Ribeiro [et al.] (coord.). Temas de Direitos Humanos do VI CIDH Coimbra 2021. 1. ed. Campinas / Judiaí, 2021. ps. 673-682.

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. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2020.

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. Blume-  
nau: Editora Dom Modesto, 2021.

FILOCOMO, Giusepe; MARTINS, Lyzandra Machado. BREVE ENSAIO SO-  
BRE O DIREITO À CIDADE. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/04/21/breve-ensaio-sobre-o-direito-a-cidade-a-moradia-nas-cidades-brasileiras/>. Acesso em 20 out. 2021.

HARVEY, David. O DIREITO À CIDADE. Tradução Jair Pinheiro. New Left Re-  
viwe, n. 53, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Co-  
nheça o Brasil – População rural e urbana. IBGEeduca, Rio de Janeiro, 2015. Dis-  
ponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313>.  
Acesso em: 11 out. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Objeto-  
tivo 11 - cidades e comunidades sustentáveis. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponí-  
vel em: <https://odsbrasil.gov.br/objetivo/objetivo?n=11>. Acesso em: 11 out. 2021.

INSTITUTO PÓLIS. O QUE É DIREITO À CIDADE. 2020. Disponível em:  
<https://polis.org.br/direito-a-cidade/o-que-e-direito-a-cidade/>. Acesso em 21 nov.  
2021.

OLIVEIRA, Reinaldo José. A SEGREGAÇÃO RACIAL E O PENSAMENTO  
URBANÍSTICO NO BRASIL. In Revista Políticas Públicas & Cidades, vol. 9. n. 1.  
2020. p. 26-39. Seção: dossiê.

OLIVEIRA, José Reinaldo de; OLIVEIRA, Regina Marques de Souza. ORIGENS  
DA SEGREGAÇÃO RACIAL NO BRASIL. *Amérique Latine Historie et Mémoire*.  
29|2015. Disponível em: <http://journals.openedition.org/alhim/5191>. Acesso em  
15 nov. 2021.

SECTI/DF. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Inovação. ENTENDA O QUE É  
UMA SMART CITY. Distrito Federal. 2019. Disponível em <https://www.secti.df.gov.br/entenda-o-que-e-uma-smart-city/>. Acesso em 5 nov. 2021.

TAVOLARI, BIANCA. DIREITO À CIDADE: UMA TRAJETÓRIA CON-  
CEITUAL. Novos estudos CEBRAP. 2016, v. 35, n. 1. Disponível em <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201600010005>. Acesso em 21 nov. 2021.

# APRECIÇÃO CRÍTICA ACERCA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DE RESPEITO À AUTONOMIA DO PACIENTE

**Ana Paula Cardoso Leal**

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

**Giovanna Ribeiro Nunes**

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

Em resposta ao constante avanço da medicina que trouxe consigo diversas possibilidades de preservação da vida e da saúde, dentre as quais incluem-se aquelas demasiadamente agressivas ou até mesmo ultrajantes, que suscitam debates acerca da qualidade da vida e da dignidade da morte, surgiram as diretivas antecipadas de vontade. Documentos que registram a manifestação de vontade de pacientes terminais com relação a tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas a que eventualmente poderiam ser submetidos, tais diretivas orientam a conduta do médico para que ele saiba como proceder diante de situações limítrofes. Constituem, portanto, instrumento fundamental para o efetivo exercício da autonomia e, conseqüentemente, para o respeito à dignidade do paciente então incapacitado de expressar sua escolha.

**Palavras-chave:** Diretivas antecipadas de vontade; Autonomia; Direito Penal.

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs) surgiram nos Estados Unidos, onde foi proposto, originalmente, em 1967, pelo advogado Luis Kutner, o testamento vital (*living will*), cujo principal objetivo era esclarecer as preferências de pacientes terminais a respeito de sua eventual necessidade de submissão a certos cuidados e tratamentos paliativos, de modo a evitar futuros conflitos entre pacientes, familiares e médicos. Em 1975, o estado da Califórnia, diante do caso paradigmático de Karen Ann Quinlan, publicou o *Natural Death Act* e, em 1991, após o caso de Nancy Beth Cruzan (1980), o Congresso norte-americano aprovou o *Patient Self Determination Act* (PSDA),

exigindo que todas as instituições de saúde elaborassem diretrizes no sentido de garantir tal direito aos pacientes, seja respeitando DAVs preexistentes, seja informando o paciente de que pode fazê-lo.

Além do testamento vital (*living will*), em que o paciente determina quais tratamentos deseja ou não receber no futuro diante da impossibilidade física de manifestar sua vontade, há duas outras modalidades de DAV: o mandato duradouro (*durable power of attorney*) e a diretiva do centro médico avançado (*advance care medical directive*). No primeiro caso, delega-se a um procurador, de forma clara, inequívoca e bem delimitada, a manifestação de vontade, estando ele autorizado a decidir em nome do paciente diante das mesmas circunstâncias supracitadas. No segundo, o paciente elabora a DAV indicando suas preferências terapêuticas e, ainda, nomeia um procurador para o caso de o que ficara expresso ser insuficiente no contexto físico. Isto posto, elucida-se que o objetivo das DAVs consiste, sobretudo, em garantir o respeito à vontade do paciente, observadas fundamentalmente sua capacidade e voluntariedade no momento da decisão.

No Brasil, não há legislação específica sobre o tema. Aqui, a discussão ganhou especial relevância a partir da Resolução 1.995 publicada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) em 2012 – 45 anos após o surgimento do instituto do testamento vital –, que veio a definir as DAVs como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”. Desde então supostamente passou-se a garantir que a vontade do paciente fosse respeitada diante da existência de uma DAV (art. 2º). O avanço, porém, é ilusório, uma vez que, na sequência (art. 2º, §2º), consta uma ressalva: a de que o médico pode deixar de levar em consideração a DAV caso essa vá de encontro aos preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

O Código de Ética Médica, por sua vez, foi bastante influenciado pela bioética norte-americana, pensada – ironicamente – sob a primazia do respeito à autonomia individual, que é, inclusive, um dos princípios integrantes do modelo de análise proposto por Beauchamp e Childress – além da beneficência, não-maleficência e justiça. Nessa concepção, as DAVs colocam em choque o respeito à autonomia e a beneficência, que impõem, respectivamente, a garantia ao paciente do direito de tomar decisões relacionadas a sua própria saúde e bem-estar e o dever do médico de promover o bem, maximizar possíveis benefícios e minimizar possíveis danos.

Importante perceber, nesse momento, que a concepção de “bem-estar” do paciente, a qual reflete seus próprios valores e opiniões pessoais, não necessariamente coincidirá com a do médico, para quem a preservação da vida e da saúde sempre tenderá a prevalecer, muito embora não haja qualquer hierarquia entre os princípios supracitados. É, na verdade, cabalmente impossível determinar objetivamente a ideia de bem-estar, isto é, o que cada indivíduo tem para si como concepção de vida boa (MARTEL, 2010, p. 135), porquan-

to isso depende da moralidade subjetiva de cada um. Apesar disso, o próprio Código de Ética Médica autoriza a desconsideração da vontade do paciente quando houver “risco iminente de morte” (art. 31), relativizando assim o direito à autodeterminação (SIQUEIRA, 2019, p. 109) e, conseqüentemente, comprovando que a preservação da vida é o propósito finalístico da medicina. Com base nisso, qualquer DAV recusando intervenções agressivas, isto é, que causem dores ou sintomas desagradáveis, torna-se potencialmente inválida, pois caso o médico acredite que tal procedimento é indispensável para a preservação da vida, o documento poderá ser desconsiderado. Outro limite significativo às DAVs é o concebimento pelo Código de Ética Médica da autonomia no exercício da profissão, não sendo o médico obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência.

Essa tradicional ética médica, no entanto, não encontra mais respaldo em uma sociedade que cada vez mais preza pela liberdade. Com efeito, passou a ser questionada a partir dos abusos cometidos na Alemanha nazista, onde a ciência justificava a eugenia e a biologia racial. Desde então, as interpretações de juristas e filósofos os levaram a interceder, respectivamente, em defesa do direito de autodeterminação e do respeito à autonomia como meios de impedir a instrumentalização dos indivíduos (SIQUEIRA; KASECKER, 2019, p. 70). Nessa perspectiva, a relação médico-paciente, historicamente paternalista, perde seu caráter assimétrico, libertando-se o paciente da “passividade”, isto é, deixando de “padecer” ou “suportar”, para se tornar sujeito.

O termo autonomia tem origem no grego *autos* (próprio) e *nomos* (lei, regra). O ser autônomo é, portanto, aquele que estabelece suas próprias leis, que vive segundo seus próprios ideais e visões de mundo, isto é, segundo a sua própria concepção de vida boa (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 649). Nesse sentido, a autonomia se vincula não somente à liberdade individual, mas também, essencialmente, à dignidade humana, uma vez que a promoção do bem-estar se identifica com a possibilidade de desenvolvimento das aptidões do indivíduo, em uma vida que lhe dê objetivos e lhe possibilite a efetiva realização das propensões universais humanas (FEINBERG, 1986, p. 57). Afinal, o ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica (DADALTO, 2013, p. 64). Para o paciente terminal, isso significa reconhecer a real possibilidade de amenizar o sofrimento a partir dos meios disponíveis, pois somente assim lhe é de fato assegurada a qualidade de vida.

Muito embora seja amplamente reconhecida pela doutrina nacional, não há uma supremacia do direito à vida no ordenamento constitucional brasileiro. Na verdade, não há qualquer hierarquia entre os direitos fundamentais. O que se impõe é tão somente uma ponderação entre eles e, a nosso ver, essa ponderação, quando implicar exclusivamente em conseqüências para ele próprio, deve caber ao titular do bem jurídico, que é um ser autônomo e, portanto, capaz de decidir o que é melhor para si – até porque, vale ressaltar: o que existe é um direito à vida e não um dever de viver. Note-se que conclusão diversa afrontaria o verdadeiro propósito da Constituição Federal de assegu-

rar a dignidade humana, na medida em que nem sempre uma busca obstinada e, muitas vezes, agressiva e inútil pela preservação da vida, apenas gerando sofrimento sem quaisquer ganhos terapêuticos, é o que será melhor para o paciente, que pode simplesmente optar por naturalizar sua situação, tornando o processo mais humanizado.

Desse modo, não se vislumbra qualquer justificativa plausível para a invalidação da vontade autônoma e esclarecida do paciente, seja por meio de uma manifestação atual ou prévia. As DAVs, nesse sentido, são inclusive mais seguras, pois, havendo sido elaboradas anteriormente à efetiva necessidade de tratamento, garantem a maior voluntariedade da decisão e, conseqüentemente, expressam objetivamente a verdadeira vontade do paciente, evitando conflitos familiares e facilitando a decisão do médico quando do momento de se abster de determinado ato de salvamento. É importante esclarecer, nesse sentido, que o médico sempre deverá observar estritamente os limites estabelecidos no documento, de modo que, diante de uma eventual lacuna somada à impossibilidade fática de questionar a vontade do paciente, deverá sempre optar pela preservação da vida, pois, nesse caso, estar-se-ia diante de uma hipótese de consentimento presumido.

As DAVs costumam, ainda, ser bastante questionadas em face da problemática da autenticidade e da estabilidade das decisões. Por isso, insta salientar que a DAV, além de ser um documento facultativo, pode ser elaborada, modificada ou revogada em qualquer momento da vida. Isso significa que a qualquer tempo seu autor poderá atualizá-la de acordo com sua atual concepção de vida digna, acrescentando ou retirando preferências do documento, bem como anular seus efeitos caso ache mais conveniente. Assim, a DAV constitui expressão pura do direito de autodeterminação do indivíduo.

Apesar do exposto, o Direito Penal brasileiro legitima o quanto determinado pela Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina e pelo Código de Ética Médica, o que pode ser percebido a partir de dois momentos emblemáticos: com a exclusão das intervenções médico-cirúrgicas sem o consentimento do paciente justificada por iminente perigo de vida do tipo de constrangimento ilegal, nos termos do art. 146, §3º, I, do Código Penal, e com a tipificação, em tese, da eutanásia ativa e passiva (ortotanásia), como crime de homicídio, nos termos do art. 121, do Código Penal.

No primeiro caso, a crítica deve ser direcionada ao fato de que há uma autorização do ordenamento jurídico para que o médico intervenha de modo arbitrário na integridade física do paciente quando houver iminente perigo de vida. Isso porque comumente a interpretação dada ao art. 146, §3º, I, CP não se restringe à literalidade da ideia de uma atuação “sem o consentimento do paciente” – o que nos parece válido diante da impossibilidade fática de questioná-lo, conforme já mencionado –, estendendo-se ainda à possibilidade de atuação *contra a vontade* do paciente – o que não se deve admitir. Nessa perspectiva, o médico poderia ignorar sua decisão, ainda que manifestamente registrada em uma DAV, o que de forma alguma coaduna com a necessidade

de respeito à autonomia que ora se defende.

No segundo, a questão recebe contornos ainda mais nebulosos, visto que não há disposição legal expressa acerca das referidas práticas. A eutanásia ativa implica na perpetração de uma conduta direcionada à causação do resultado morte, sendo, pois, inegável seu amoldamento à conduta típica de “matar alguém” (art. 121, CP). Já a passiva, implica na omissão do médico que deixa de tomar as medidas necessárias ao prolongamento da vida do paciente, deixando que ela siga seu curso natural, sendo, pois, possível o amoldamento ao referido tipo penal caso preenchidos os pressupostos da omissão imprópria. A crítica, nesses casos, cinge-se à necessidade de descriminalização dessas condutas, haja vista que, em ambos os casos, na hipótese em que intervesse o médico com o fito de cumprir determinação registrada em DAV, sentido algum faria que pudesse responder por homicídio, pois não configurada qualquer lesão a bem jurídico. Nas palavras de Roxin (1997, p. 517):

Se os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do indivíduo, não pode existir lesão alguma de um bem jurídico quando uma ação se baseia em uma disposição do portador do bem jurídico que não prejudique seu desenvolvimento, mas, ao contrário, constitua sua expressão [...]

[...] quando alguém consente eficazmente que outrem intervenha sobre os seus bens jurídicos, esta intervenção não constitui um dano para o portador dos bens jurídicos, antes configura um auxílio na realização da liberdade de ação que lhe é constitucionalmente assegurada (art. 2º da Lei Fundamental) e que se exprime precisamente na disposição sobre os bens jurídicos ao seu dispor. (ROXIN apud ANDRADE, 2004, p. 123).

Ante o exposto, resta confirmado o grau de atraso do país no que tange ao tema, seja porque sequer existe regulamentação específica, mas tão somente resolução do Conselho Federal de Medicina, seja porque é deixado de lado qualquer respeito à dignidade humana, permanecendo instrumentalizado o paciente – o que jamais se deve admitir, sobretudo em um Estado Democrático de Direito. O que se verifica, na realidade, lamentavelmente, é um Direito Penal paternalista que legitima as referidas arbitrariedades.

## Referências

ALKIMIM, Maria Aparecida; RAMPAZZO, Lino. Diretivas Antecipadas de Vontade (Testamento Vital): Implicações Éticas e Jurídicas Diante do Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 139-158, jul./dez. 2016. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2525-9695/2016.v2i2.1380. ISSN: 2525-9695.

ALVES, Cristiane Alvancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. *Revista HCPA, Porto Alegre*, Vol. 32, n. 3, p. 358-362, 2012. Disponível em:

<http://hdl.handle.net/10183/159322>. Acesso em 14 jan. 2021.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal medico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 14, n. 1-2, p. 117-148, 2004.

BARBOSA, Amanda. Diretivas antecipadas de vontade: possibilidades do Direito Brasileiro. In: MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; VERAS NETO, Francisco Quintanilha; STOLZ, Sheila. *Novos direitos, sociedade e constitucionalismo: reflexões contemporâneas no cenário crítico*. Rio Grande: Editora da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), 2015. p. 272-288.

BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. *Revista de criminologia e políticas criminais*, MG, vol. 1, n. 2, p. 112-143, 2015.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da EMERJ*, v. 13, n. 50, p. 15-59, 2010.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Human dignity in bioethics and biolaw*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CERVI, Taciana Damo. Cuidados paliativos e autonomia do paciente terminal: reflexões sobre o testamento vital no Brasil. *Revista Videre*, [S.l.], v. 10, n. 20, p. 99 - 113, dez. 2018. ISSN 2177-7837. Disponível em: <<https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/7709>>. Acesso em: 14 jan. 2021. <https://doi.org/10.30612/videre.v10i20.7709>.

COGO, Silvana Bastos et al. Desafios da implementação das diretivas antecipadas de vontade à prática hospitalar. *Rev. Bras. Enferm.*, Brasília, v. 69, n. 6, p. 1031-1038, dez. 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-71672016000601031&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672016000601031&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 14 jan. 2021. <https://doi.org/10.1590/0034-7167-2016-0085>.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). *Revista de Bioética y Derecho*, n. 28, p. 61-71, mai. 2013. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2021.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBAS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Rev. Bioét.*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 463-476, dez. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422013000300011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 14 jan. 2021. <https://doi.org/10.1590/S1983-80422013000300011>.

ESTELLITA, Heloísa. Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos mé-

dicos plantonistas. In: ESTELLITA, Heloísa; SIQUEIRA, Flávia. Direito penal da medicina. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 196-218.

ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, vol. LVI, p. 333-341, jul./ago./set., 2007.

FEINBERG, Joel. Harm to self: the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1986.

GAMA, Cipriano Reis. Diretivas antecipadas de vontade do paciente terminal no Brasil. 2014. Monografia (Graduação em Medicina) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra (Estudos em homenagem ao prof. Doutor Manuel de Costa Andrade), Coimbra, vol. 1, p. 643-665, 2017.

HILGENDORF, Eric. Introdução ao Direito Penal da Medicina. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

KOVACS, Maria Julia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. Rev. Bioét., Brasília, v. 22, n. 1, p. 94-104, abr. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422014000100011&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000100011&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 14 jan. 2021. <https://doi.org/10.1590/S1983-80422014000100011>.

LEQUES, Rossana Brum. O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro. São Paulo: LiberArts, 2016.

MALISKA, Marcos Augusto; CARVALHO, Fabrício. Direitos sociais e paternalismo no contexto do Estado Social. Revista Esmat, v. 10, n. 15, p. 131-148, ago. 2018. Disponível em: <[http://esmat.tjo.jus.br/publicacoes/index.php/revista\\_esmat/article/view/247/218](http://esmat.tjo.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/247/218)>. Acesso em: 17 set. 2019.

MARINHO, Renato Silvestre. Princípio da autorresponsabilidade no direito penal. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MARQUES, Anna Valéria de Miranda Araújo Cabral; ALMEIDA, Ana Cláudia Alburquerque de. Diretivas antecipadas da vontade através do testamento vital: oportunidade de humanização da morte. Direito e Desenvolvimento, v. 5, n. 10, p. 9 - 27, jun. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/diretoe-desenvolvimento/article/view/256>>. Acesso em 14 jan. 2021.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: LiberArts, 2014.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à

morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e da autonomia da vontade. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes da. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. *Rev. Bioét.*, Brasília, v. 27, n. 1, p. 86-97, mar. 2019. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422019000100086&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422019000100086&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 14 Jan. 2021. <https://doi.org/10.1590/1983-80422019271290>.

NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas Antecipadas de Vontade: obstáculos e limites. *Rev. bioét. (Impr.)*, Brasília, v. 22, n. 2, p. 241-51, mai./ago. 2014. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422014000200006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000200006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 14 jan. 2021. <https://doi.org/10.1590/1983-80422014222005>.

PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As disposições sobre diretivas antecipadas de vontade no Brasil. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 14, n. 2, p. 168-186, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 168. ISSN: 1980-511X.

PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. *Revista bioética*, p. 523-543, mar. 2009 17 (3). Disponível em: <[https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/515/516](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/515/516)>. Acesso em 14 jan. 2021

PUPPE, Ingeborg. *La justificación de la intervención médica curativa*. Barcelona: Indret, 2007. Disponível em [http://www.indret.com/pdf/404\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/404_es.pdf).

RAPOSO, Vera. Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida. *Revista do Ministério Público*, Coimbra, p. 171-215, jan./mar. 2011. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/266246282\\_Directivas\\_Antecipadas\\_de\\_Vontade\\_em\\_busca\\_da\\_lei\\_perdida](https://www.researchgate.net/publication/266246282_Directivas_Antecipadas_de_Vontade_em_busca_da_lei_perdida)>. Acesso em 14 jan. 2021.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 8, p. 1749-1754, ago. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2006000800024&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006000800024&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 14 jan. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2006000800024>.

RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, vol. 56, p. 346. 2007.

ROCHA, Andréia Ribeiro da et al. Declaração prévia de vontade do paciente terminal: reflexão bioética. *Rev. Bioética*, Brasília, v. 21, n. 1, p. 84-95, abr. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422013000100010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000100010&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 14 jan. 2021. <https://doi.org/10.1590/S1983-80422013000100010>.

ROCHA, Andréia Ribeiro da; BUONICORE, Giovana Palmieri; SILVA, Anelise Crippa; PITHAN, Lívia Haygert; FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos. Declaração prévia de vontade do paciente terminal: reflexão bioética. *Rev. Bioét (Impr.)*, v. 21, n. 1, p. 84-95, 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10923/13016>. Acesso em: 14 jan. 2021.

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência

realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/> Acesso em: 23 de março de 2019.

ROXIN, Claus. Derecho Penal (parte general): Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Gráficas Rogar, S. A., 1997.

SCOTTINI, Maria Aparecida; SIQUEIRA, José Eduardo de; MORITZ, Rachel Duarte. Direito dos pacientes às diretivas antecipadas de vontade. Rev. Bioét., Brasília, v. 26, n. 3, p. 440-450, dez. 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422018000300440&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422018000300440&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 14 jan. 2021. <https://doi.org/10.1590/1983-80422018263264>.

SIQUEIRA, Flávia. Autonomia, consentimento e direito penal da medicina. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

VALENTE, Sílvio Eduardo. Diretivas antecipadas de vontade para o fim da vida: um estudo à luz do direito penal. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

# OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E CIENTÍFICOS DA MEDICINA MODERNA EM PROL DA HUMANIDADE

**José Geraldo Romanello Bueno**

Médico, Advogado e Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas.  
Pós-doutorado pela Universidade de São Paulo. gromanello@terra.com.br

**Michely Vargas Del Puppo Romanello**

Advogada, Professora, Conciliadora e Mediadora. Doutorado pela Pontifícia  
Universidade de São Paulo. michelydelpupo@terra.com.br

## **Resumo:**

O presente trabalho discute sobre os benefícios, expectativas e até mesmo os riscos advindos das pesquisas realizadas em seres humanos, desenvolvidas pela sociedade tecnocientífica. Os avanços, tanto na medicina moderna quanto na sociedade tecnocientífica trouxeram certas expectativas à humanidade de uma improvável saúde perfeita. Diante disso, verifica-se a necessidade de impor limites éticos e jurídicos aos avanços médico tecnológico, a fim de garantir a dignidade humana, que deve ser considerada como valor supremo. Assim, ainda que os avanços tecnológicos e científicos da medicina moderna em prol a humanidade tragam resultados benéficos é questionável suas práticas e, conseqüentemente, seus possíveis resultados. Nesse sentido, a referida evolução e avanço, ainda que sejam vistos como algo positivo para os seres humanos, carregam o pesado estigma de dúvidas e incertezas para aqueles que serão alvo das referidas pesquisas.

**Palavras-chave:** Avanços tecnológicos; Dignidade humana; Medicina moderna.

## **1. Introdução**

É inegável e indiscutível que a ciência moderna, especialmente a área da medicina moderna, propocionaram grandes avanços à humanidade, contudo as novas tecnologias vêm apresentando possibilidades que podem fazer muito mais em prol da raça humana. Não é atoa que o tão prometido progresso da ciência é visto como esperança para toda raça humana. Contudo, ao mesmo tempo em que a evolução tecnocientífica promete excelentes resultados, tam-

bém instigam o imaginário humano, revelando medos e incertezas.

Não é necessário ir muito longe na história para se verificar que a segunda Guerra Mundial pode ser considerada um marco muito importante neste contexto tecnocientífico, devido as experiências realizadas com seres humanos nos campos de concentração. Tais experimentos realizados no ser humano conflitam-se com aspectos éticos e morais, sem falar da relevância jurídica.

Nesse sentido, é de extrema importância fazer uma breve análise sobre o real papel da sociedade tecnocientífica e da medicina moderna. Em outras palavras, é necessário questionar sobre a necessidade de impor certos limites a tais condutas. Além disso, quais seriam esses limites a serem aplicados? Será que as prováveis consequências são compensadas pelas posteriores recompensas? Diante disso, há premente preocupação no íntimo da humanidade, em decorrência dos avanços científicos e tecnológicos.

Para tanto, a pesquisa será dividida em três partes distintas, sendo elas: em primeiro momento, tratar-se-á sobre os fatos históricos que mudaram a realidade da humanidade, sem deixar de mencionar os pesadelos sofridos pela população na câmara de gás durante a Segunda Guerra Mundial.

Posteriormente, analisar-se-á os aspectos éticos e jurídicos do desenvolvimento médico e científico, sem perder de vista os meios científicos e sociais empregados, cuja finalidade é suprir o anseio humano daqueles que buscam uma saúde considerada “perfeita”.

Por fim, abordar-se-á sobre os benefícios, risco e expectativas trazida pela evolução da medicina moderna e pela sociedade tecnocientífica, demonstrando que é necessário impor certos limites, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano só é alcançado se estiver atento à dignidade humana.

Para tanto, cabe registrar que, para realização deste trabalho, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, por meio do procedimento bibliográfico, dissertativo e argumentativo.

## **2. Os relatos da pós-segunda guerra mundial e suas pesquisas com seres humanos**

As pesquisas com seres humanos nos remetem aos experimentos realizados pelo físico Galileu (1564-1642) na ciência moderna e sua afirmação por Francis Bacon (1561-1626), na qual entendiam que as pesquisas eram benéficas aos seres humanos, pois promoviam o desenvolvimento do conhecimento e atuavam de forma neutra em relação ao fator ético, levando-se em conta tão somente os valores morais das pesquisas (Kottow, 2008).

Apesar das experiências científicas, supostamente trazerem grandes benefícios para a humanidade, elas sempre se debruçam em questões éticas, pois é de suma importância observar as consequências suportadas pela humanidade.

Nesse contexto, a sociedade ocidental sentiu grandes impactos dos experimentos realizados no período da Segunda Guerra Mundial. Foi o maior

marco histórico de que se tem registro do uso de seres humanos em pesquisas médicas. Milhares de pessoas eram presas em campos de concentração nazistas e submetidas a cruéis formas de estudo, sendo tratadas como objetos sem valor intrínseco e sem a qualidade inerente que as tornava integrantes da espécie humana (Arendt, 2005, p. 58).

Os cientistas faziam as pessoas de “cobaias humanas”, tendo como propósito científico a higiene racial nazista ou ariana. Tais experiências tinham como objeto pessoas que eram consideradas como “possuidores de vida sem valor”, podendo-se citar como exemplo os judeus, ciganos, homossexuais, retardados mentais e aqueles que sofriam de doenças incuráveis (Cornwell, 2003, p. 311).

Dentre as diversas práticas utilizadas, no campo de concentração de Dachau, em meados de 1942, destaca-se uma que consistia em colocar os prisioneiros despidos ao ar livre, em temperatura extremamente baixa, no rigoroso frio alemão, por longas horas, para que fosse analisado o comportamento do corpo humano em situações desfavoráveis (Cornwell, 2003, p. 312-313).

Além disso, pessoas eram obrigadas a ficar em tanques de água gelada por aproximadamente três horas e, posteriormente, eram colocadas em água aquecida. Diante destas práticas algumas pessoas não resistiam e acabavam morrendo. Os órgãos dessas pessoas eram retirados e enviados em caixas lacradas para o Instituto Patológico de Munique (Cornwell, 2003, p. 312-313) e, seus restos mortais eram congelados para que posteriormente fossem utilizados em técnicas experimentais com finalidades militares (Bogod, 2004, p. 1155).

Com o término da Segunda Guerra Mundial, em 1947 e as atrocidades praticadas com os seres humanos, instaurou-se o Tribunal Militar Internacional, em Nuremberg, com a finalidade de julgar os crimes contra a humanidade cometidos nos campos de concentração nazistas. Os médicos envolvidos nessas pesquisas foram condenados à prisão e à pena de morte pelo Tribunal.

Na época, os médicos das forças armadas americana elaboraram um documento chamado Código de Nuremberg, para servir de fundamento para os juízes que julgaram neste Tribunal (Arendt, 2004, p. 1001).

Este documento foi o primeiro marco ético de limite impostos às pesquisas médicas com seres humanos. O Código de Nuremberg possui validade internacional por tratar oficialmente do consentimento para a pesquisa, estabelecendo dez princípios definidores de legitimidade destes experimentos, entre os quais se destacam: as normas do consentimento informado e da ilegalidade da coerção; regulamentação científica; a beneficência como um dos fatores justificáveis sobre os participantes dos experimentos (The United States, 2011).

O Código de Nuremberg foi o primeiro a suscitar a conscientização acerca dos perigos com os progressos advindos da ciência, trazendo como um dos pontos importantes as referências éticas da autonomia, e tornando obrigatório o consentimento do sujeito na pesquisa (Durand, 2007, p. 40).

Apesar de tudo aquilo que ocorreu com os seres humanos nos Campos de Concentração Nazista, não se pode negar que estas pesquisas têm trazido significativos benefícios para a humanidade até os dias atuais, como por exemplo, a vacina contra o COVID-19.

Diante disso, entende-se que as pesquisas com seres humanos não podem violar os direitos humanos fundamentais em face das pesquisas tecnocientíficas realizadas. Todavia, verifica-se a necessidade de impor limites às práticas experimentais realizadas na sociedade tecnocientífica.

### **3. A busca pela saúde perfeita na sociedade tecnocientífica**

A utópica saúde perfeita, em que as pessoas são geneticamente modificadas, livrando-se de doenças e problemas crônicos, usufruindo-se de uma saúde perfeita, foi relatada na obra de Aldous Huxley, intitulada de “admirável mundo novo”, publicada em 1932.

O “admirável mundo novo” relatado na obra de Huxley, são vistas na prática, atualmente, por meio dos procedimentos reprodução humana assistida, especialmente as técnicas de fertilização *in vitro*, barriga de aluguel, diagnóstico genético de embriões, drogas psicotrópicas, dentre outros avanços científicos.

Os avanços tecnológicos na área médica, em muitos casos, propõem uma vida mais longa, mas em contrapartida, capacidade mental reduzida; a libertação da depressão, junto com a perda da criatividade do espírito; terapias que adentram a esfera do que o ser humano consegue por si só e o que se consegue graças aos níveis de várias substâncias químicas introduzidas no cérebro, tendo como consequência a possibilidade de alterar a natureza humana, e passar para um estágio “pos-humano” (Fukuyama, 2003, p. 20-22).

Assim, observa-se que a tecnologia e ciência são temas que interessam a toda coletividade, tornando-se necessário analisar seu surgimento e desenvolvimento durante a evolução humana.

Nesse sentido, a partir da década de 80, a ciência passou a ser considerada tema central para evolução econômica e política dos Governos, sendo intensificada sua ligação entre a tecnologia e indústria (Garcia; Martins, 2009).

As pesquisas científicas demonstram que, o desenvolvimento técnico depende estritamente da ciência, e o progresso da ciência depende também, da técnica. A ciência cria novos seres técnicos, a técnica cria novas linhas de objetos científicos. Resumindo, a linha entre estes institutos é tão tênue que não se pode distinguir de forma fácil.

Dessa forma, a sociedade tecnocientífica reflete efeitos negativos e positivos. Aqueles decorrem de abusos que desvirtuam os fins da ciência. Portanto, entende-se que deve utilizar deste avanço científico e suas aplicações tecnológicas, mas não de forma abusiva, infringindo a dignidade da pessoa humana.

#### 4. Os avanços tecnológicos da medicina moderna e a dignidade da pessoa humana

O medo de morrer é inerente a todo ser humano, sendo uma das prerrogativas para a corrida desenfreada em busca do desenvolvimento e o avanço das tecnologias médicas, objetivando-se a protelação da vida. Mas ao mesmo tempo, é inegável a preocupação com a qualidade de vida, não apenas com o tempo de duração, mas também em conservar as faculdades mentais até que a morte sobrevém, sem, contudo, passar por momentos de debilidade.

Aliás, se houvesse uma técnica genética para resolver o problema da mortalidade, a busca para encontrá-la já teria começado pela indústria biotecnológica. Todavia, é impossível saber se a biotecnologia está apta a realizar técnicas de prolongamento da vida, acrescentando algumas décadas a mais na vida do ser humano, visto que a medicina tem por propósito original a cura de doentes e não transformar pessoas saudáveis em deuses.

Nesse contexto, Fukuyama (2003, p. 197) afirma que, é muito mais difícil controlar os avanços tecnológicos científicos do que armas nucleares, por dois motivos: primeiro, porque o desenvolvimento de armas nucleares é muito caro e requer instituições grandes e visíveis, o que tornaria sua concretização no setor privado muito improvável; e, segundo, porque os avanços tecnológicos são tão perigosos que a necessidade de controlá-los tornou-se rapidamente um consenso mundial. Aliás, a biotecnologia, pode ser desenvolvida em laboratórios pequenos, menos prodigamente financiados.

Nesse sentido, na busca de diretrizes para a execução de experimentos científicos, a bioética vem irradiar o direito, estendendo também a preocupação ética que acaba por se traduzir imperiosa necessidade de propositura de limites jurídicos às técnicas biomédicas, e sua regulamentação em ordenamentos internos ou postulados internacionais. Na verdade, a complexidade e relevância do tema acabaram por suscitar um novo campo no direito, específico para o estudo e normatização das questões bioéticas, denominadamente de biodireito.

Dessa forma, diante do rápido desenvolvimento científico experimental pela sociedade atual nas últimas décadas, o ser humano começou a suscitar uma série de questionamentos acerca dos rumos para os quais a humanidade tem caminhado e, como será o futuro das próximas gerações.

Falando nisso, ressalta-se que os danos físicos e mentais são previsíveis apenas até certo ponto, ou seja, não há como prever tudo o que pode acontecer quando é utilizada uma conduta terapêutica experimental. Além disso, existem os danos sociais, referente à publicação de dados confidenciais, visto que o acesso aos bancos de dados em hospitais e clínicas é de fácil acesso.

Assim, as pesquisas científicas adentram-se cada vez mais nas propriedades genéticas, do ser humano, inclusive, nas linhagens familiares. Dessa forma, dependendo do caso, torna-se ilícito para os participantes e seus familiares se o consentimento informado só abranger o caso individual, e não os

membros da própria família.

Habermas (2002, p. 54-57) também retrata sua preocupação ao advertir sobre os riscos envolvidos em um possível futuro domínio da “genética liberal”, influenciadas pelas leis do mercado e pelos interesses individuais, aparecendo a pesquisa em células tronco embrionárias e o procedimento genético pré-implantacional como possíveis instrumentos de uma “eugenia seletiva” da raça humana. Estes instrumentos estariam colocando em risco as noções de indisponibilidade da própria vida, do corpo, do genoma, de identidade natural, de liberdade em poder ser si-próprio e de reciprocidade entre os sujeitos iguais por nascimento e valor.

Nesse sentido, a sociedade internacional, visando diminuir os problemas advindos dos avanços tecnológicos e científicos, elaborou o Projeto Genoma Humano, que visa nortear o uso e o acesso de informações genéticas, fazendo com que seja reduzido o impacto da biotecnologia sobre o ser humano. (GEDIEL, 1998, p. 59).

O Projeto Genoma Humano apresentou diversos objetivos e justificativas, porém os riscos inerentes de seus resultados e de seu desenvolvimento são plenamente imprevisíveis, dificultando sua regulamentação normativa.

Assim, deve ser exigido uma revisão dos conceitos tradicionais de pessoas, propriedade e coisa, para a realização de experimento, uso e acesso de dados genéticos. É necessária ainda, a normatização calcada no Direito Moderno e a compreensão das noções jurídicas entre o sujeito e seu corpo, assegurando o princípio da dignidade da pessoa humana e autonomia corporal.

Há ainda um risco maior e iminente, referente a inevitável prática que acaba por tornar a biotecnologia em um mercado, onde os interesses individuais, colocam em perigo o corpo, a vida, o genoma, a liberdade de expressão e a própria vida.

Assim, se faz extremamente necessário a imposições de limites ao desenvolvimento da medicina moderna, objetivando o respeito e proteção a dignidade humana. O referido preceito deve ser compreendido como valor ético, no qual a biomedicina deverá respeitar.

Nesse contexto, a dignidade humana, é uma característica inalienável e congênita do homem, na qual deve ser protegida de qualquer tipo de coisificação, uma vez que se constitui através da função de autodeterminação que todos têm devido a razão. Essa, qualidade, ainda assim, é reconhecida àqueles desprovidos de condições de autodeterminação, como as pessoas débil e as crianças (Kant, 2009, p. 134-141),

Portanto, a dignidade humana, em regra, não necessita de reconhecimento normativo, pois é uma característica ética e conatural, encontrando-se acima dos bens culturais e morais, vez que tem a capacidade de existir mesmo em uma sociedade fática que não a respeita.

Além disso, a dignidade humana, qualidade própria do indivíduo, vai determinar o devido respeito pela liberdade, pela vida, pela integridade moral e física, pois esses são direitos primários que asseguram a não coisificação

do ser humano (SARLET, 2005, p. 39). A violação da dignidade humana é facilmente confirmada, pois está presente em qualquer cenário em que um indivíduo venha sofrer redução de suas qualidades e direitos. Em outras palavras, não se deve permitir pesquisas científicas que reduzam as pessoas a mero objetos.

Cabe ainda ressaltar o pensamento de Kant (2009, p. 185), na qual defende o verdadeiro respeito à dignidade da pessoa humana:

O princípio da autonomia é, portanto: não escolher de outro modo senão de tal modo que as máximas de sua vontade também estejam compreendidas ao mesmo tempo como lei universal no mesmo querer. Que essa regra prática seja um imperativo, isto é, que a vontade de todo ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição [...].

Dessa forma, ao indivíduo não se faculta expor a sua integridade física de modo desproporcional, simplesmente porque é essa a vontade soberana por ele externada, ignorando-se as implicações para a sua saúde, tampouco aceitável, com base nos preceitos éticos e normativos relacionados. Tanto o faz, que as práticas de pesquisas e experimentos com seres humanos têm fundamentos e regulamentação em questões relacionadas à prevenção do dano e à redução dos riscos, visando proteger a dignidade humana.

Ademais, a dignidade humana situa-se, muito além dos direitos individuais, pois é o fundamento dos direitos humanos no seu íntimo, que aparece em razão da necessidade de reconhecimento de diversos outros direitos fundamentais referente ao homem e a humanidade. Deve ser analisada como responsabilidade dos envolvidos, acima de tudo, não deixando de lado a dignidade humana que é concedida pela própria condição dos seres humanos. Ainda assim, deve ser enxergada como respeito a todos os seres humanos, não podendo, voluntariamente, submeter-se a cenário que o desrespeite.

Por fim, cabe ressaltar que a ciência é uma importante ferramenta que deve auxiliar para que a vida do indivíduo seja digna de ser vivida. Entretanto, enfatiza-se para o fato de que nem tudo o que a ciência faz é moral e juridicamente admissível. O respeito pela vida digna do ser humano, é um paradigma bioético e deve estar presente na ética e no ordenamento jurídico de todas as sociedades (DINIZ, 2010, p. 17).

## **Considerações finais**

Os avanços tecnológicos, a modernização da medicina e o surgimento da sociedade tecnocientífica desencadearam uma série de dúvidas e questionamentos relacionados a três fatores importantes: os benefícios, as expectativas e os riscos advindos dos experimentos feitos com seres humanos.

Atualmente, a possibilidade de acréscimo ou melhora da qualidade de vida, é um dos maiores anseios trazido pela sociedade tecnocientífica, utili-

zando-se de novas substâncias medicamentosas ou tratamentos com alto potencial curativo de doenças graves. Porém, muitos experimentos foram marcados por graves violações aos direitos humanos fundamentais, cujo referencial histórico nos remete ao período da Segunda Guerra Mundial.

É notório que o excesso de experimentos realizados nas pesquisas científicas ainda existe. Talvez, não tão visível aos olhos quanto noticiado na época da II Guerra Mundial, visto que hoje é mais comumente falar em ofensa à dignidade do indivíduo.

Atualmente, as experiências realizadas dentro das sociedades tecnocientíficas, necessitam de maior atenção jurídica, pois a partir do momento em que o indivíduo se submeta a certas práticas médicas, de forma inteiramente voluntária, tendo total consciência dos riscos envolvidos, há de verificar se há violação dos direitos atinentes ao ser humano.

A objetização ou também conhecida como coisificação do ser humano como mero instrumento científico é inaceitável e ilegítima. A redução do seu *status* de sujeito de direito, ainda que esse tenha concordado com tais atos experimentais, infringe a dignidade o ser humano.

A verdadeira pedra no caminho do avanço tecnológico e científico da sociedade tecnocientífica é que apesar de auxiliar para que a vida humana seja mais digna e com qualidade, ela nem sempre apresenta experimentos científicos moralmente e judicialmente aceitos pela sociedade, pois a vida humana deve ser respeitada em sua total dignidade.

## Referências

ARENDDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

\_\_\_\_\_. **A condição humana**. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

BOGOD, David. “The nazi hypothermia experiments: forbidden data?” **Anaesthesia**, v. 59, n. 12, p. 1155, dec. 2004.

CORNWELL, John. **Os cientistas de Hitler: ciência, guerra e o pacto com o demônio**. Trad. Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos**. Tradução: Nicolás Nyimi Campanário. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GARCIA, José Luís; MARTINS, Hermínio. O ethos da ciência e suas transformações contemporâneas, com especial atenção à biotecnologia. **Sci. Stud.**, São Paulo, v. 7, n. 1, Jan./Mar. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-31662009000100005&script=sci\\_arttext#b3](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-31662009000100005&script=sci_arttext#b3)>. Acesso em: 03 abr. 2021.

GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Eson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Il futuro della natura umana**: i rischi di una genética liberale. Trad. Leonardo Ceppa. Torino: Einaudi, 2002.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. Trad. Lino Vallandro e Vidal Serano. São Paulo: Globo, 1932.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.

KOTTOW, Miguel. História da ética em pesquisa com seres humanos. **RECIIS – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde**, Rio de Janeiro, v. 2, sup. 1, p. 7-18, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.reciis.cict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/download/.../177>>. Acesso em: 12 Mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

THE UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. **The Nuremberg Code. Research**: Banco de Dados. Disponível em: <[http://www.ushmm.org/research/doctors/code\\_expl.htm](http://www.ushmm.org/research/doctors/code_expl.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2021.

# DEFENSIVE MEDICINE AND HEALTH JUSTICE

**Ana Belén Cruz Valiño**

University of A Coruña (Spain). Postdoctoral research. PhD and Bachelor of Laws from University of A Coruña. Bachelor of Political Sciences and Sociology. Master's in Bioethics. Lawyer. <sup>1</sup>

## **Abstract:**

The aim of this work is to unify the analysis of defensive medicine with the clinical relationship based on rights. Defensive medicine which began in the 60s and 70s of the 20th century, resurfaces in the face of clinical uncertainty and connects, surprisingly with the authors of the 70s who anticipated its dangers for the quality of care, and the allocation of the resources. It compromises the sustainability of the system and harms the individual patient and the group of patients due to overuse and its logical corollary -the underuse of clinically useful therapies-. Criminal law is considered as a driver of these practices among others. By contrast, Health Theory of Justice promotes human rights. Thus, it is necessary to account for the presuppositions of the relational perspective, in particular the meaning of health as a right, capacity and safe functioning; in order to facilitate its comparison and evaluation with defensive practice.

**Keywords:** Defensive medicine; Health justice; Human capacities; Human rights; Overuse.

## **Introduction**

Defensive medicine which began in the 60's and 70's of the 20th century, resurfaces in the face of clinical uncertainty and connects, surprisingly with the authors of the 70's who anticipated its dangers for the quality of care, and the allocation of the resources. It compromises the sustainability of the health care system and harms both, individual and group of patients. In fact, it can be said that there is no single definition, although some elements have been exposed to define this medical practice as subject, objective, motivation, and purpose (Cruz-Valiño, 2021), despite it is a phenomenon in con-

<sup>1</sup> This work is one of the results of the research project witch received an aid from the consolidation and structuring programme for competitive research units: groups with potential of Growth. Ref. ED431B 2017/43. Funding body: Council of Galicia – Office of Culture, Education and University Administration.

tinuous transformation. For this reason, there would be no single definition (Cruz-Valiño, 2019). By the way, Sneyder Sulmasy & Weinberg (2014) offered a simple one:

*“defensive medicine consists of ordering or avoiding tests or procedures mainly for negligence liability”.*

Taking into account this general framework, one can summarize the effects that these medical practices produce in the health care system, as a problem of public health. Thus, defensive medicine shifts the best interest of the patient to a secondary place, raising the interest of the professional to the foreground, with devastating effects for the health care at divers’ organizational level:

- 1) microethics; it compromises the good clinical judgment of the professional, which empties morally and moves away from the internal good of the profession;
- 2) mesoethics, the quality-of-care decreases; and at the same time, it increases the cost and compromises accessibility, and finally;
- 3) macroethics, it destroys the trust that society deposits in the medical profession by failing to fulfill the purposes that give it legitimacy social, sacrificing other workings of the system.

In this sense, the key to the vault consists in prescribing many tests, not specific tests, while the response of the Law is insufficient, and even exacerbates the problem, overestimating the chances of success of claims, which influences the clinical decision-making process. On the other hand, it promotes this medical practice with the opportunity cost: 1) overuse, and 2) underuse (clinically useful therapies).

## **Iatrogenesis as a public health problem**

Defensive medicine is fear of iatrogenesis, and excuses itself behind this fear to preserve the safety of the patient. The root that nourishes it is that of fear, as Broggi (2017) explains, sinks its roots

*“in the terrain of the unaccepted part of ignorance, in poorly tolerated uncertainty, in weakness, vulnerability”.* Defensive medicine is built on *“it is better to do more than not, just in case”*, deviating from prudent practice as an inadequate response to facing error, which increases the risk of iatrogenesis (González López-Valcárcel y Campillo-Artero, 2017: 369).

Also the mis management of information when an adverse event occurs, and the absence of an explanation generates conflicts. Knowing how the negative result occurred is key to the patient’s emotional healing process. Unnecessary stigmatization drives this remedy which turns out to be worse than the disease, while avoiding it does not mean indulging in mistakes or negligence, and to a lesser extent enjoying impunity (Catino, 2008). Iatrogenesis

is a public health problem that requires a global approach, not just medical or health. It calls for the active participation of the social sectors, including the legal operator, and assumes that health interventions have advantages and disadvantages and strategies from patient safety that respond to overuse, and even the trivialization of medicine (Lipitz et al, 2017; Segura, 2014; 2018). In a conceptual effort, the Spanish Society for Healthcare Quality (SECA) and the Collegiate Medical Organization (OMC) define defensive medicine “*as a deviation from good medical practice for fear of litigation*”, and is emerging as a paradoxical cause of the iatrogenesis intended to prevent: iatrogenic effects cause grievances and promote defensive clinical attitudes that generate further harm.

They take up the meaning of the term “*iatrogenesis*” that the Royal Academy of the Spanish Language (RAE) defines as “*alteration, especially negative, of the patient’s state produced by the doctor*”, and how Eugen Bleuer (1924) uses it to refer to the symptoms that the therapist induces in a suggestible patient. The etymological root of the Greek *iatros* (doctor) and *genus* (generated) gives an account of the damage caused by the doctor. It introduces some conceptual confusion and adds “*noise to what requires a calm and proactive approach*”, not in vain, a pertinent or indicated intervention, properly sought, in a correct dose, can cause an adverse reaction, the result of the pharmacological action primary, or secondary effect (Abraira et al, 2017).

The argument that in medicine “*doing less is more*” is reinforced as a result of the Covid-19 pandemic. Cognitive biases lead to overacting with unproven or off-label therapies and produce more damage, while the rational use of scarce resources is imposed in the face of an emerging disease (Soong et al, 2021).

## **What is the rol of criminal law?**

Criminal law is considered a driver of defensive medicine among others. The progress of science and specialization, and a more intensive medical activity, together with the awareness of patients’ rights, increases the number of cases that go to the criminal order to demand accountability. Thus, the judicialization of medical activity encourages defensive medicine as a self-protective behavior of the professional against the fear of a complaint. The so-called “*risk society*” or the question of “*modernity*” updates the problem of professional responsibility, to whose dynamics the order can only respond after a deeper social change. It requires a joint effort; an objective risk assessment and assuming a conception of the reasonable level of professional risk, that society accepts the degree of uncertainty inherent in medicine, and that the Legal Profession assumes its obligation to respect the principle of minimum intervention of criminal law (De Ville, 1998; Gherardi & Gherardi, 2007).

On the basis of human rights, criminal justice is neither the most reaso-

nable nor the most useful solution, except in cases where there is serious and proven medical liability, which fuels the emotional reaction. At the same time, from a consequentialist perspective, the dissuasive value offered by criminal penalties sanctions in preventing incidents is questioned. With this statement, Angelo Fiori synthesizes a kind of “hidden criminal law of danger” (*diritto penale occulto del pericolo*) and according to Fiori and Marchetti (2009:2), in a flexible interpretation of causality and guilt in response to a social pathology that, can be alleviated by reducing incidents (etiologic therapy); and with the economic repair of iatrogenic damage (symptomatic therapy). They suggest reconsidering medical liability and seek alternatives, that is, in the civil and administrative order to protect the victims, and a system of solidarity reparation for iatrogenic damage because of medical error.

Maurizio Catino (2011) considers “*necessary to rethink the use of criminal law, promoting a different civic epistemology in the case of accidents caused by involuntary errors*”, using Jasanoff’s legal arguments (2005) and Andrea Perin (2018) proposes to redefine medical criminal guilt (recklessness) from a comparative perspective.

## **Health Justice Theory**

To unify the defensive medicine analysis with the Health Justice Theory it is appropriate to conceptualize and contextualize the clinical relationship based on rights. In the same way, one can perceive the antinomy between the rights invoked by the clinical relationship based on rights and the collision of rights that are violated through defensive medicine, such as, for example, autonomy.

For this purpose, it is necessary to account for the presuppositions of the relational perspective (meaning of health as a right, capacity and safe functioning); its regulative ideal, which contrasts with that pursued by defensive medicine, its distinctive characters in order to facilitate its comparison with defensive medicine.

### **1. Presuppositions**

In this way, the clinical relationship based on rights responds to the following questions: 1) What does it protect? namely, health, understood here as capacity and safe functioning protected through care; 2) Who does it protect? that is, to which person or subject it is addressed, which will lead to its universal character; 3) How to recognize and guarantee health? from a normative point of view, as an obligation of justice.

José-Antonio Seoane (2019) formulates a theory of health justice that, as a political conception, is supported by philosophical foundations: 1) Theories of recognition, 2) the capabilities approach, and 3) safe functionings, which completes 4) with the theory care policy: its result is a model of social health care limited in aspirations, although accessible, and responsible for

health needs, economically viable and sustainable in line with the inherent purposes.

## 2. Recognition theories: what person?

Recognition theories constitute the first pillar in a theory of justice in health, in two dimensions:

1) subjective or individual recognition; requires self-identification and acceptance of abilities and attributes, through self-confidence, self-respect and self-esteem, and

2) intersubjective recognition; ratifies the above and implies being recognized by others, necessary to complete one's identity and to recognize oneself.

To broaden the progressively realized goals and to turn them into core obligations reflect the evolution of a society and its legal system towards a fair health care; and conversely; the legally unacceptable regression or reduction of rights to health care illustrates the opposite process. In other words, our relationships in a context of recognition, community and dialogue build, in part, our personality and identity.

Three levels or forms of reciprocal recognition are identified: affections, legal recognition and social esteem. Its denial or contempt raises questions of justice; its recognition, prior to the assignment, improves justice in the distribution (Seoane, 2019) and update other contributions as Nancy Freaser (2008) or Axel Honneth (1997) who considers "reciprocal recognition" essential in the construction of personal identity.

## 3. The capabilities approach: what does it protect?

Health is valuable insofar as it enables us to pursue vital objectives and interact within the social framework; it is an opportunity or possibility of life, a basic human capacity; providing the means for people to have a realistic choice by choosing between options; and as a basic faculty of free vital configuration, it establishes a *continuum* between capacity, freedom and equality.

Understood as combined capacities, -internal and external to the individual-, they allow each person to define their good from the margin of freedom, that is, being an agent of their life. However, exercising them requires a context: basic conditions of equality that can become functioning. Human capacities have been grouped into ten categories, including health and its care (Nussbaum, 2012).

Health inequity, or unfair and avoidable differences, is understood from the social determinants of health or conditions in which people are born, grow, live, work and age, as well as the set of social and political structures that shape his life, the economic political system and social policies. They are considered the cause "of the causes" allows personal health to be the result of the interaction between: 1) endowment and biological needs, 2) individual

behavior, 3) physical environment and 4) social conditions (Seoane, 2016).

The social, plural and suprasanitary dimension of health care considers individual and collective factors: fair health care becomes a public duty and not limited to health care, requiring actions related to other rights.

#### **4. The safe functioning approach: how to recognize health?**

The functioning indicate what the person “*does or is*”. This approach complements that of capabilities (what the person can or is capable of doing and being), and provides a guarantee towards genuine opportunity (or safe functioning).

It avoids exposure to extreme risks or the sacrifice of other capacities or functions and offers reasonable options to choose and act, counteracting the social disadvantages derived from the lack of internal, external resources or the social framework: a limited number of genuine opportunities for safe functionings.

Add three categories to the list of basic human capacities, the ethics of caring for language and justice, highlighting the community dimension: 11) Doing good to others, being able to care and express gratitude. 12) Respect and comply with the Law, to be able to live within its limits, without feeling obliged or forced to break the law, to swindle, deceive or defraud people or institutions. 13) Understand the law, the obligations and the rights and powers that it grants, through an accessible legal system (Wolff & De-Shalit, 2007).

In summary, the central objective of this text is to highlight the fundamental difference between the clinical relationship based on rights and defensive medicine practice, putting in danger the health as a human right.

#### **5. The political theory of care**

Autonomy needs to be reconsidered as the ability to choose the life project and make decisions in the health field, which is reflected in informed consent. However, it requires a certain society and the support of people and institutions that guarantee its exercise and compensate for limitations. It requires transformative actions that, from equal opportunities, become life possibilities, which are historical, within the framework of a reflective interdependence, of independent practical reasoners (MacIntyre, 1999).

A conscious independence of vulnerability, fragility and dependence, a vault key built on the recognition of dependence, which takes charge of the human condition, and harmonizes autonomy and independence; that is, the free exercise of powers to manage vulnerability and dependency with support. Human beings are dependent to develop their basic capabilities, and the way they are cared for they have an obligation to care.

Caring is not a good defined by the market, nor can it be understood as an attitude of gratitude or generosity. It becomes a political responsibility, and as a universal necessity, philosophically elevated to capacity, it becomes

a question of justice demandable by anyone. Understood as a right (entitlement) it allows to speak of rights of care; 1) right to receive care, 2) right to care, 3) right to decide how to care and be cared for (Seoane, 2019).

As it can be seen, that author completes this theory of justice 4) with the theory care policy: its result is a model of social health care limited in aspirations, although accessible, and responsible for health needs, economically viable and sustainable in line with the inherent purposes.

## Conclusions

Throughout this work, it has been sought, in the first place, to demonstrate how defensive medicine is a problem of public health. It compromises the sustainability of the health care system and harms (both individual and group of patients). It shifts the best interest of the patient to a secondary place, raising the interest of the professional.

Defensive medicine which began in the 60s and 70s of the 20th century, resurfaces in the face of clinical uncertainty and connects, surprisingly with the authors of the 70s who anticipated its dangers for the quality of care, and the allocation of the resources. In this sense, as it can be seen, defensive medicine is built on it is better to do more than not, just in case, deviating from prudent practice as an inadequate response to facing error, which increases the risk of iatrogenesis.

Criminal law is pointed out as a driver of defensive medicine among others. In this sense, criminal justice is neither the most reasonable nor the most useful solution. After criticizing and challenging the positive basis of criminal law, the question that remains is how to substantiate them. One solution is to reconsider medical liability and seek alternatives (in civil and administrative order to protect victims, and a system of solidarity reparation for iatrogenic damage) even to redefine medical criminal culpability (recklessness) from a comparative perspective. The scope of the discussion developed by criminal authors cannot be adequately summarized in this work. However, the first assumption presented here is that legal positivism is insufficient to defend human rights.

By contrast, Health Theory of Justice promotes human rights. Thus, to unify the analysis of defensive medicine with the clinical relationship based on rights, it is necessary to account for the presuppositions of the relational perspective, in particular the meaning of health as a right, capacity and safe functioning; in order to facilitate its comparison and evaluation with defensive practice the option is a case for a rights-based theory for health care justice.

Based on a biopsychosocial concept of health and a relational concept of human being, authors have made a case for a rights-based theory for health care justice, underpinned by a political conception of health care and three philosophical supports: 1) the theories of recognition, 2) the capabilities approach, 3) the secure functioning approach. It is completed 4) with the

theory care policy: The result is a finite model of health care: limited in aspirations, economically more plausible, responsive to our need of Good health, with affordable, accessible, and sustainable health care goals.

## References

- ABRAIRA, Víctor, et al. **Documento del grupo de trabajo SESPAS-OMC sobre iatrogenia**. FEM: Revista de la Fundación Educación Médica, 2017, vol. 20, no 6, p. 255-264.
- BROGGI, Marc Antoni. “Medicina defensiva o miedo a la responsabilidad”. In **Iatrogenia y medicina defensiva** (p. 44-53). Barcelona: Fundació Víctor Grífols i Lucas, 42, 2017.
- CATINO, Maurizio. **A review of literature: individual blame vs. organizational function logics in accident analysis**. Journal of contingencies and crisis management, 2008, vol. 16, no 1, p. 53-62.
- CATINO, Maurizio. **Why do Doctors practice defensive medicine? The side-effects of medical litigation**. Safety science monitor, 2011, vol. 15, no 1, p. 1-12.
- CRUZ-VALIÑO, Ana Belén. **Medicina defensiva: significado vs medición**. Anales del Sistema Sanitario de Navarra; 2019, vol. 42(1), p. 109-111.
- CRUZ-VALIÑO, Ana Belén. **Medicina defensiva: aproximación conceptual**. Ed. Comares, 2021.
- DE VILLE, Kenneth. **Act first and look up the law afterward?: medical malpractice and the ethics of defensive medicine**. Theoretical Medicine and Bioethics; 19(6), 569-589. 1998.
- FIORI, Angelo & MARCHETTI, Daniela. **Medicina Legale de la responsabilità medica**. Milano: Giuffrè. 2009.
- FRASER, Nancy. **La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación**. Revista de trabajo, 2008, vol. 4, no 6.
- GHERARDI, Carlos R.; GHERARDI, Natalia. **La judicialización del acto médico y la generación de nuevos conflictos**. Medicina (Buenos Aires), 2007, vol. 67, no 5, p. 502-510.
- GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL, Beatriz; CAMPILLO-ARTERO, Carlos. **La prevención y el control de la iatrogenia requieren varios frentes y alianzas. SESPAS llama a la colaboración**. 2017.
- HONNETH, Axel. **La lucha por el reconocimiento**. Barcelona: Crítica. 1997.
- JASANOFF, Sheila. **Restoring reason: Causal narratives and political culture**, Organizational encounters with risk. Cambridge University Press. 2005, p. 209-232.
- LIPITZ-SNYDERMAN, Allison; KORENSTEIN, Deborah. **Reducing overuse—is patient safety the answer?.** Jama, 2017, vol. 317, no 8, p. 810-811.
- MACINTYRE, Alasdair C. **Dependent rational animals: Why human beings need the virtues**. Open Court Publishing, 1999.

NUSSBAUM, Martha Craven; MOSQUERA, Albino Santos. **Crear capacidades**. Madrid: Paidós, 2012

PERIN, Andrea. **La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada**. Política criminal, 2018, vol. 13, no 26, p. 858-903.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (RAE). Royal Academy of the Spanish Language. Concept “iatrogenesis”.

SEGURA, Andreu. **Prevención, iatrogenia y salud pública**. Gaceta Sanitaria, 2014, vol. 28, no 3, p. 181-182

SEGURA, Andreu. **El sistema sanitario, la atención primaria y la salud pública**. Atención Primaria, 2018, vol. 50, no 7, p. 388-389.

SEOANE, José-Antonio. **El derecho a una capacidad de salud segura**. Ius et scientia; 2016, 2(2), p. 42-53.

SEOANE, José-Antonio. **“Health Justice & Rights”**. A cura di S. Salardi e M. Saporiti. In **Le tecnologie “morali” emergenti e i diritti fondamentali in Europa**. p. 30-42. Politeia. Anno XXXV, núm. 133, 2019.

SNEYDER Sulmasy, L. & WEINBERG, Steven E. **Better care is the best defense: high-value clinical practice vs defensive medicine**. Cleveland Clinic journal of medicine; 2014, 81(8), p. 464.

SESPAS y OMC. Sociedad Española de Salud Pública y Atención Sanitaria y Organización Médica Colegial. **Informe sobre la iatrogenia 2017**. Acessível in: < <http://sespas.es/2017/09/06/presentacion-del-informe-sespas-omc-sobre-iatrogenia> >.

SOONG, Christine; BORN, Karen B.; LEVINSON, Wendy. **Less is more, now more than ever**. BMJ Quality & Safety, 2021, vol. 30, no 1, p. 56-58.

WOLFF, Jonathan & DE-SHALIT, Avner. **Disadvantage**. Oxford: Oxford University Press: Oxford Scholarship Online, 2010.

# ADOÇÃO EMBRIONÁRIA: UMA ALTERNATIVA PARA REDUZIR O NÚMERO DE EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS NAS CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

**Beatriz Kuster Degasperi**

Advogada, alumni do Institute of Bioethics da Yale University, membro da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/ES, pós-graduanda em Direito Contratual e Gestão Empresarial pela Universidade Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

## **Resumo:**

As técnicas de Reprodução Assistida têm evoluído significativamente nos últimos anos e, em razão dessa eficiência, inúmeros embriões são criopreservados. A quantidade de embriões mantidos nas clínicas de fertilidade vem se elevando de tal forma que chamou a atenção dos estudiosos sobre suas possíveis destinações, a fim de reduzir tal número. O Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 2.168/2017, autoriza o descarte e o encaminhamento desses embriões para pesquisas científicas. No entanto, majoritariamente, entende-se a vida tendo início desde a concepção e, portanto, tais destinos seriam incabíveis, pois dão fim à vida ali existente. À vista disso, a adoção embrionária se revela como a alternativa mais condizente com os parâmetros éticos atuais, além de poder propiciar a casais inférteis a tão sonhada maternidade/paternidade. Este trabalho apresentará argumentos que justificam a prevalência da doação de embriões para outros casais sobre os demais destinos que lhes podem ser dados.

**Palavras-chave:** Técnicas de reprodução assistida; Embriões; Criopreservação; Adoção; Filiação.

## **Introdução**

O mundo inteiro vem observando avanços tecnológicos em diversos âmbitos da vida moderna, incluindo na medicina reprodutiva. A Reprodução Humana Assistida (RHA), por meio de diferentes técnicas médicas, proporciona tratamentos de fertilidade para pessoas que sofrem dificuldades para procriar. Não isenta de inconvenientes, as técnicas de RHA têm apresentado como consequência um acúmulo de embriões que não chegam a ser transferidos para o útero materno, sobretudo para se evitar gravidezes múltiplas.

Esses embriões, denominados “excedentes”, “excedentários” ou “supranumerários”, permanecem criopreservados (congelados) nas clínicas de RHA até que lhes seja dado algum dos destinos previstos pela Resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a saber, transferência ao útero da paciente para nova gravidez, descarte, envio para pesquisas científicas ou doação para outros pacientes.

Diante deste cenário, o presente trabalho se propõe a dispor acerca da adoção embrionária como sendo uma alternativa ética e palpável para reduzir o número de embriões congelados nas clínicas de RHA, especialmente se levada em consideração a posição majoritária de que a vida se inicia com a concepção. Além disso, será estudada a possibilidade de surgimento de vínculo de filiação entre a criança oriunda da adoção embrionária e os adotantes.

## **A reprodução humana assistida e o direito brasileiro**

Sob a ótica contemporânea, notadamente em razão dos avanços das técnicas de Reprodução Humana Assistida, tem-se compreendido que o critério para estabelecimento de parentalidade-filiação não é o biológico, mas sim o da vontade acoplada à existência de convívio conjugal. O referido entendimento leva em consideração sobretudo o fato de que os laços de afeto e solidariedade são fruto da convivência familiar, e não do sangue, sobressaindo-se, portanto, a natureza socioafetiva da concepção.

Não obstante a legislação não disponha acerca da socioafetividade, a jurisprudência vem reiteradamente prestigiando a prevalência da chamada *posse do estado de filho*, representando em essência o substrato fático da verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou de ser mãe, na forma do enunciado 7 do Instituto Brasileiro de Direito de Família e dos enunciados 103, 256 e 519 da VII Jornada de Direito Civil.

O surgimento dessa relação de filiação pode se dar por meio da relação sexual, considerada como a maneira natural de concepção, e ainda, por meio de um método artificial conhecido como Reprodução Humana Assistida (RHA), que se trata de um conjunto de técnicas científicas criado para possibilitar a procriação em diversas circunstâncias, quando aquela não é possível por meio da relação sexual.

A infertilidade é uma das hipóteses que levam casais a buscar a RHA, e pode ser conceituada, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), como sendo a ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não protegidas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, no julgamento do caso *Artavia Murillo e outros* (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica, definiu a infertilidade como “a impossibilidade de alcançar uma gravidez clínica depois de haver mantido relações sexuais sem proteção durante 12 meses ou mais”.

As técnicas de Reprodução Assistida podem ser classificadas em intracorpóreas - denominadas de fertilização *in vivo* -, quando consistem em inserir

o espermatozoide no corpo da mulher por meio de uma transferência feita artificialmente possibilitando a fecundação dentro do corpo materno, ou extracorpóreas - chamadas de fertilização *in vitro* (FIV) - quando ocorre a manipulação do óvulo e do espermatozoide em placas de petri (recipiente com formato cilíndrico e achatado, feito normalmente de vidro ou plástico), sendo o embrião produzido fora do corpo e, posteriormente, introduzido no útero da paciente, podendo ser congelado para possível utilização posterior

Importante questão surgida da FIV é a doação de embriões regulada pela Resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que tem por objetivo possibilitar a gravidez a casais que tenham infertilidade decorrente de fatores femininos ou masculinos, e a casais homossexuais femininos. “É a doação de um ou mais embriões, resultantes de gametas que não são originários da receptora ou de seu marido/parceiro”. O que a Resolução citada tentou estabelecer, é a possibilidade de que casais que realizaram a FIV anteriormente e não possuem mais interesse em transferir os embriões congelados, possam de forma alternativa, doá-los voluntária e anonimamente a casais ou pessoas que tenham interesse em gerar os mesmos.

No ano de 1994, foi realizada no Cairo, capital do Egito, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (ICPD/CIPD), oportunidade em que foi aprovado por 179 governos, incluindo o Brasil, o Programa de Ação (*Programme of Action*), primeiro acordo internacional sobre populações e desenvolvimento cujo elemento central era a saúde reprodutiva e sexual e os direitos da mulher.

No referido acordo firmou-se o entendimento, posteriormente adotado pela OMS e corroborado pela Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim no ano de 1995, de que saúde reprodutiva se trata do estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não mera ausência de enfermidade, em todos os aspectos relativos ao sistema reprodutivo e suas funções e processos.

Assim, saúde reprodutiva significa possibilitar que as pessoas tenham uma vida sexual segura e satisfatória, com a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo, devendo ter acesso aos métodos de planejamento familiar e de regulação de fecundidade, que obviamente não contrariem a lei, bem como o direito ao acesso a serviços apropriados de saúde para que as mulheres passem com segurança pela gestação e pelo parto.

Considerando todas essas premissas, o Brasil passou a contemplar em sua legislação a possibilidade de filhos advindos das técnicas de Reprodução Assistida, dispondo o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, não apenas sobre as possibilidades de filhos gerados por meio das técnicas de reprodução assistida, como também, a respeito dos filhos provenientes de embriões excedentários oriundos de técnicas de RHA, tanto homólogas (com sêmen do próprio parceiro) quanto heterólogas (com sêmen de terceiro).

Atuando nesse sentido, o Brasil passou a cuidar do planejamento fami-

liar em seu artigo 226, §7º da Constituição Federal, regulamentado posteriormente pela Lei nº 9.263/96 e disposto no art. 1.565, §2º do CC/02, entendendo pelo viés da liberdade das famílias quanto as decisões voltadas para sua organização e para sua estrutura de reprodução, embora exista em nosso país uma flagrante ausência de leis que cuidem das questões decorrentes das técnicas de Reprodução Assistida.

### **O problema dos embriões excedentes e a Resolução nº 2.294/21 do Conselho Federal de Medicina (CFM)**

Conforme antes dito, no procedimento de Fertilização *in vitro* (FIV), a fertilização ocorre em laboratório, fora do corpo da mulher, sendo possível, portanto, ter controle do número dos embriões gerados e optar por quais serão implantados no útero da paciente. Aqueles embriões que não são implantados são chamados de embriões excedentários, excedentes ou supranumerários, e são criopreservados com a finalidade de serem implantados numa futura tentativa de gravidez.

Segundo o 13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SISEMBRIO), no ano de 2019, foram congelados 99.112 embriões, com maior concentração nas clínicas de Reprodução Assistida situadas no Sudeste (71%). O referido relatório revelou, ainda, o crescente número de embriões congelados, demonstrando o alto número de utilização das técnicas de Reprodução Assistida em nosso país. Ainda em complemento aos números revelados, vale trazer alguns dados coletados pela Anvisa que atestam a tendência ao aumento do congelamento de embriões: no ano de 2012 foram congelados 32.181 embriões; em 2017 houve um significativo aumento para 78.216; e, por fim, em 2019 atingiu-se o patamar de 99.112 embriões criopreservados.

Mesmo diante da realidade atestada pelos números, é espantoso observar que inexistente em nosso país legislação específica que se volte a regulamentação das inúmeras questões que envolvem as consequências advindas das técnicas de Reprodução Assistida, existindo apenas as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM). A Resolução nº 2.294/21 do CFM, atualmente em vigor, exige que os pacientes manifestem sua vontade por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados e quando desejarem doá-los, podendo, ainda, ocorrer o descarte dos embriões congelados e abandonados por três anos ou mais, independentemente de consentimento, mediante autorização judicial.

Ocorre que, muito embora a Resolução nº 2.294/21 do CFM autorize o descarte mesmo ausente autorização expressa dos pacientes, contanto haja autorização judicial, por carecer a resolução predita de força normativa, as clínicas de RHA têm receio de descartá-los. Atentos à esta realidade, tal resolução estipulou as possibilidades de doação, descarte ou entrega dos embriões excedentes.

O descarte, que significa, basicamente, jogar fora o embrião, tornando-o

lixo biológico, é autorizado pela resolução mencionada sob duas hipóteses: i) a partir de três anos de congelamento, caso esta seja a vontade manifesta dos pacientes; ou ii) quando os embriões criopreservados houverem sido abandonados por três anos ou mais, sem necessidade de aprovação do casal.

Por sua vez, a utilização dos embriões em pesquisas científicas, permitida pela referida resolução e pela Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), se trata da extração das células-tronco embrionárias, as quais, por serem totipotentes, podem se diferenciar em qualquer tecido, com objetivo de encontrar a cura de inúmeras enfermidades e gerar benefício a uma quantidade imensurável de doentes.

Por óbvio, se levarmos em consideração o caráter altruístico do encaminhamento dos embriões excedentes para pesquisas científicas com células-tronco, esta aparenta ser a destinação mais nobre para os embriões excedentes, se contraposta ao descarte.

No entanto, partindo do pressuposto de que majoritariamente entende-se que a vida se inicia no momento da concepção, portanto, da junção dos gametas (óvulo e espermatozoide), os embriões criopreservados já são considerados seres vivos, muito embora seu desenvolvimento dependa de força externa, ou seja, da implantação dos mesmos no útero da gestante.

Desse modo, tanto o descarte quanto a doação para pesquisas com células-tronco embrionárias, que levam à destruição do embrião, ceifam a vida ali existente e, como consequência, afrontam ao disposto no artigo 4º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), “erigido à categoria de norma materialmente constitucional pela EC nº 45/2004”, e no artigo 5º, *caput*, da Magna Carta, dispositivos estes que garantem a vida como direito inviolável.

## **Adoção embrionária e sua possibilidade legal**

As técnicas reprodutivas constituem a viabilização de um direito constitucionalmente garantido: o planejamento familiar, de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 226, §7º). A doação embrionária para a finalidade de procriação humana, para Madaleno, proporciona uma oportunidade aos pais impedidos de ter filhos naturais.

Portanto, o estabelecimento das técnicas de reprodução assistida, incluindo a adoção embrionária, está intrinsecamente ligado ao desejo de construir uma família e de reproduzir, desejos estes legitimadores do surgimento das inovações biotecnológicas no campo da medicina reprodutiva.

A doação de embriões, regulamentada pela Resolução nº 2.294/21 do Conselho Federal de Medicina (CFM), tem por objetivo possibilitar a gravidez a pacientes que tenham infertilidade decorrente de fatores femininos ou masculinos, bem como a casais homossexuais e pessoas solteiras, por meio de procedimento em que os pacientes inférteis utilizam embriões doados de ou-

tro casal na realização de tratamento de reprodução humana assistida.

Desse modo, a adoção embrionária caracteriza uma oportunidade aos pais impedidos de ter filhos naturais, pois podem ser beneficiados pela doação do embrião criopreservado, garantindo-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades, a fim de facultar o desenvolvimento físico, moral, mental e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A adoção embrionária se aproxima radicalmente ao modelo “biólogo-natural” da reprodução, haja vista a possibilidade de os adotantes participarem de todas as etapas da gravidez e poderem escolher um embrião com carga genética que leve as características fenotípicas semelhante à sua.

A Associação Americana de Medicina Reprodutiva – ASRM critica o termo “adoção” para descrever o processo de recepção de embriões doados por pacientes inférteis, sob o argumento de que este vocábulo imputaria uma conceptualização errônea do embrião como um indivíduo dotado de personalidade jurídica, o que poderia acarretar em uma série de procedimentos legais associados à adoção de crianças, o que, na opinião da Comissão de Ética da sociedade, seria inapropriado, vez que injustamente sobrecarregaria os receptores. Assim, sob a ótica da ASRM, embora embriões tenham uma especial significância se comparado a gametas devido ao seu potencial de se tornar pessoas, não lhes deve ser imputado o mesmo *status*.

Semião, por outro lado, faz uma analogia entre a doação embrionária e a adoção tradicional, sustentando que aquela seria semelhante à adoção à brasileira, em que se registra o filho de outro em nome próprio. Desse modo, o ideal seria aplicar a terminologia “adoção” aos embriões congelados ao invés de utilizar a nomenclatura “doação”, “pois o embrião extracorpóreo é um ser humano e, portanto, será sempre sujeito de direitos e não objeto de relação jurídica”. Pretende-se, portanto, afastar a “coisificação” do embrião.

Nesta mesma lógica, Lamadrid sustenta que a doação de embriões excedentes deve ser comparada ao instituto da adoção, notadamente porque no gesto de acolher os embriões doados, que, ao contrário, seriam descartados ou disponibilizados para pesquisas científicas, materializa as expectativas de amor e proteção deste novo ser, desejado por indivíduos estéreis. Nas palavras do doutrinador, “embora existam crianças salvas do aborto, muitas delas não foram salvas do abandono afetivo”.

Inclusive, um estudo realizado por Sonja Goedeke, PhD pela Universidade de Tecnologia de Auckland, Nova Zelândia, e colegas, relatou que ambos os doadores e os receptores se utilizaram da metáfora de adoção para descrever as implicações a longo prazo de ter um filho genético criado por outra família.

Independentemente da nomenclatura utilizada (doação ou adoção), o que se pode afirmar com certeza é que diversos países afora já vêm consagrando a adoção embrionária como uma alternativa ética à destinação dos embriões excedentes, como discorreremos a seguir.

Na Europa Ocidental, temos como exemplo de países que regulamentaram a doação embrionária: a França, por meio do Código de Saúde Pública (Lei nº 654/1994, modificada pela Lei 800/2004); Portugal, através da Lei nº 32/2006, que impõe como requisitos para tal a inutilização dos embriões pelos pais biológicos após três anos de criopreservação e o consentimento dos mesmos; e Espanha, pela Lei nº 14/2006, que dispõe acerca da adoção de embriões deferindo-lhe natureza de ato contratual passível de arrependimento, possível de ser realizada por pessoas maiores de 18 anos com saúde mental e física adequada e devendo ser gratuita e altruísta.

Nesse diapasão, vale destacar que o Comitê Consultivo Nacional de Ética (CCNE) da França (*Comité Consultatif National d'Étique*), no ano de 1989, publicou a *avis* nº 18, a qual dispôs acerca da situação dos estudos realizados pelo CCNE sobre a doação de gametas e embriões, em que se concluiu ser legítima a doação de embriões para atender a demanda de casais inférteis, contanto que preservado o interesse do feto.

Na Inglaterra, o Parlamento do Reino Unido prolatou a Lei de Fertilização Humana e Embriologia de 1990 (*Human Fertilisation and Embryology Act* – HFE), criando a Autoridade de Fertilização Humana e Embriologia (*Human Fertilisation and Embryology Authority* – HFEA), órgão responsável pela pesquisa com embriões, pelo monitoramento e licenciamento de clínicas de fertilização, pelo aconselhamento e oferecimento de informações às pessoas que procuram tratamento e àquelas doadoras de gametas ou embriões e por dispor acerca do código de prática e procedimento de aprovação que envolvem embriões humanos, dentre outras particularidades. Cabe ressaltar que a Lei inglesa de 1990 prevê o tempo máximo de 5 anos de criopreservação de embriões.

A Lei dos Embriões holandesa (*Embryo Wet*) dispõe em seu artigo 8, 1, a, a respeito da alternativa de disponibilização dos embriões excedentes em benefício da gravidez de outra pessoa, devendo ser realizada por escrito e de forma gratuita, podendo cada uma das pessoas envolvidas, na medida em que os embriões ainda não tiverem sido utilizados, revogar a disposição a qualquer momento, sem fundamentar.

Acerca dos países europeus, impõe-se destacar, a título de observação, que a Lei italiana nº 40/2004 e a Lei de Proteção do Embrião alemã (*Embryonenschutzgesetz* – *EschG*), significativamente restritivas, não permitem a criopreservação de embriões nem a adoção de embriões. Além destes, a Dinamarca, embora admita a criopreservação, proíbe a doação embrionária.

Vale levantar, ainda, o Decreto nº 27.010/2013, do Ministério da Saúde da Rússia, que permite a doação de embriões desde que haja consentimento mútuo e o recebimento, pelos receptores, de informações sobre dados externos dos doadores, como os resultados do exame médico e genético dos doadores, sua raça e sua nacionalidade. Esta legislação indica a adoção embrionária nas hipóteses de falta de parceiros, alto risco de doenças hereditárias e recebimento repetido de embriões de baixa qualidade, cuja transferência não leva ao início da gravidez (com três ou mais tentativas de fertilização *in vitro*).

Na América Latina, é possível destacar como leis existentes e vigentes acerca dos procedimentos e técnicas de Reprodução Assistida, incluindo a doação embrionária, a Lei argentina n° 26.862/13 e a Lei uruguaia n° 19.167/13. Há, no entanto, projetos de lei latino-americanos esperando para serem aprovados, como, por exemplo, os projetos de lei brasileiros n°s 1184/2003 e 115/2015 e o projeto de lei peruano n° 3913/2018.

Deve-se levar em conta, também, que a China e a Índia, assim como o Brasil, não possuem legislação específica sobre as técnicas de RHA, mas admitem a doação embrionária para qualquer tipo de procedimento de Reprodução Humana Assistida.

Supreendentemente, países como Estados Unidos e Austrália, embora façam uso das técnicas de RHA, ainda não possuem legislação vigente acerca da doação embrionária, muito embora existam conselhos médicos e éticos que trilham o caminho que deve ser seguido pelos profissionais do âmbito da Reprodução Humana Assistida e as condutas éticas que devem adotadas. Os conselhos australiano e americano se chamam, respectivamente, *National Health and Medical Research Council* – NHMRC e *American Society for Reproductive Medicine* – ASRM, este último já antes mencionado.

A ASRM, juntamente com a *Society for Assisted Reproductive Technology* – SART, publicou o artigo *Recommendations for gamete and embryo donation: a committee opinion*, em que as sociedades apresentaram orientações acerca da doação embrionária, dentre as quais podemos destacar: *i.* a necessidade de apresentação do histórico e genético, não podendo serem portadores de HIV nem de outras doenças transmissíveis, *ii.* a obrigatoriedade de assinar o termo de consentimento livre e esclarecido, incluindo a renúncia a todos os direitos do doador aos embriões e qualquer criança(s) que possam resultar da transferência embrionária, bem como o direito de recusar a transferência para um destinatário inadequado, *iii.* a gratuidade da doação, *iii.* a possibilidade de os doadores e receptores serem beneficiados por aconselhamento psicológico, e *iv.* a liberação dos doadores, pelos receptores, de qualquer responsabilidade por possíveis complicações gestacionais, anomalias congênitas, hereditárias, doenças ou outras complicações da doação de embriões.

Evidente, portanto, que a doação de embriões pode surtir custos adicionais, envolvendo aconselhamento e consulta para doadores e receptores, a fim de garantir que os mesmos entendam as possíveis implicações a longo prazo para eles mesmos e suas famílias e para ajudá-los a lidar com os sentimentos que podem advir da doação embrionária, que incluem não só a ausência de arrependimento e a presença de emoções altruístas, alívio e satisfação, mas também a tristeza, culpa e ambivalência.

Na publicação *Ethical guidelines on the use of assisted reproductive technology in clinical practice and research*, a NHMRC recomendou que as clínicas transfiram, em um determinado ciclo, apenas embriões com mesma carga genética, ou seja, com a mesma origem familiar. Tal disposição coaduna com o disposto no capítulo IV, 6, da Resolução vigente do CFM, o qual permite que um mes-

mo doador contribua com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.

Em se tratando de embriões com sabida condição genética, doença ou anormalidade, a clínica não poderá doá-los caso tal situação limite severamente a qualidade de vida da pessoa que será gerada. Apenas na hipótese em que a deficiência do embrião não acarrete limitações significativas poderá ser facilitada a doação, contanto que o receptor tenha conhecimento do status do embrião e entenda e aceite as potenciais implicações que acometerão a criança nascida, bem como se submeta a aconselhamento psicológico.

Além disso, o comitê australiano possibilitou duas formas de doação dos embriões: a conhecida (*known donation*), realizada para pessoa específica, e a desconhecida (*unknown donation*), para qualquer outro indivíduo. No entanto, o comitê australiano vedou a doação desconhecida direcionada (*unknown directed donation*), ou seja, aquelas em que o doador impõe condições sobre a doação, como restrição da adoção para determinada etnia ou grupo social, pois considerou tal conduta não ética, por se basear em critérios discriminatórios e desiguais. A restrição que aqui se fala só é autorizada nas doações conhecidas.

Imperioso ressaltar que, conforme a HFEA, os embriões oriundos de doação de óvulo e/ou espermatozoide só poderão ser doados caso o(s) doador(es) do(s) gameta(s) tenha(m) consentido originalmente para tal, e quando a sua doação tenha beneficiado um máximo de dez famílias.

No Brasil, a doação de embriões ocorre dentro das próprias clínicas de RHA. A paciente que opta por disponibilizar seus embriões para adoção deve assinar um termo de consentimento esclarecido, no qual declara sua vontade de doar gratuita anonimamente os embriões excedentes, conforme determina o capítulo IV, 1 e 2, da Resolução nº 2.294/21.

É válido enfatizar a obrigatoriedade de sigilo sobre a identidade dos doadores de embriões, bem como dos receptores, em regra, só podendo ser fornecidas as informações sobre os doadores em situações especiais, por motivação médica e exclusivamente para médicos, na forma do capítulo IV, 4, da Resolução predita.

Celebrado o termo, os embriões permanecem na clínica de RHA e suas características fenotípicas são cadastradas no Banco de Dados, até que um paciente infértil decida pela adoção desses embriões. Nos termos do capítulo IV, 5, da resolução vigente, “as clínicas onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com os dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores”.

Com a chegada desse novo paciente, compete à clínica informar ao médico sobre a existência de embriões com características físicas semelhantes à do adotante, obedecendo ao disposto no capítulo IV, 9, da Resolução do CFM, para que o profissional repasse a informação a estes, que têm a alternativa de aceitar, ou não, esses embriões. Caso optem por acolhê-los, dá-se início ao tratamento de fertilidade.

Importante frisar que o que se leva em consideração na certidão de nas-

cimento da criança é o momento do parto. Portanto, independentemente das características genéticas do embrião, consideram-se pais aqueles que deram à luz.

A problemática surge nas hipóteses de cessão de útero (errônea e comumente chamada de “barriga de aluguel”), onde uma terceira mulher gesta o embrião dos pacientes. Nesse caso, a clínica deve informar ao Conselho Regional de Medicina (CRM) sobre o caso, justificando a realização do procedimento de útero de substituição, só podendo o tratamento de fertilidade ter início com a ciência e aceite do CRM.

Sendo autorizado o tratamento, devem os pacientes se dirigir ao Poder Judiciário e informar ao juiz as circunstâncias do caso, ou seja, que embora a cessionária seja a gestante, os pais da criança são os cedentes, requerendo que constem os nomes destes na certidão de nascimento.

Frente ao exposto, é evidente que o processo de adoção embrionária é célere e fácil, dependendo única e exclusivamente da vontade dos pacientes. Diante disto, a doação de embriões se revela como uma solução para reduzir os problemas éticos e sociais provenientes da acumulação de embriões congelados.

Nos Estados Unidos, a adoção de embriões já deixou de ser um tabu, andando lado a lado com a adoção tradicional. A *Nightlight Christian Adoptions*, agência de adoção sem fins lucrativos situada na Califórnia, foi a primeira a iniciar com a adoção de embriões congelados nos Estados Unidos, programa denominado *Snowflakes Embryo Adoption*.

O mais interessante da referida agência é que esta funciona como uma ponte entre os doadores e os adotantes dos embriões. Segundo o site da *Nightlight Christian Adoptions* (2019), aproximadamente 1.600 famílias doaram seus embriões através do programa *Snowflake*, e mais de 650 bebês nasceram de seus pais adotivos.

Vale reforçar que não se exige que a mediação entre os doadores e os receptores seja realizada por uma agência de adoção, bastando que os interessados em adotar se dirijam a uma clínica de Reprodução Humana Assistida, seguindo os passos antes explicados.

Pensando na realidade brasileira, convém anotar que Salles defende a possibilidade de formação de cadastros de embriões destinados à adoção e de pessoas aptas a adotar, de forma análoga à disciplina legal estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o estabelecimento de critérios para a adoção embrionária, como maioridade civil e capacidade plena para cumprimento dos requisitos do plano de validade, e prévia avaliação psicossocial para verificar a aptidão dos interessados para formação de família.

Embora a adoção embrionária seja permitida na maioria dos países, sua prática é incomum. Como exemplo, temos que na Austrália apenas 10 a 15% dos embriões não utilizados são doados a outros.

Na mesma linha constatou uma pesquisa realizada nos Estados Unidos, que enviou um questionário anônimo para 1.053 pacientes em Massachusetts

(EUA). Como resultado, apenas 21,3% dos pacientes responderam, dos quais somente 13% optaram pela doação embrionária.

Quando questionados sobre a doação de embriões a outro casal, 78% dos pacientes concordaram que a doação é uma maneira de ajudar outro casal, 48% considerariam a doação de embriões a outra família se tivessem uma melhor compreensão do processo e 38% dispostos a considerar a doação, caso não usassem os embriões, mas 73% expressaram desconforto com a doação. De forma inversa, o estudo realizado por Millkank, et al, demonstrou que a doação de embriões para fins reprodutivos de terceiros foi a “opção mais atrativa” para os pacientes entrevistados.

Obviamente, a adoção embrionária não se exime de inconvenientes, sobretudo “pelo que ela implica em seus aspectos emocionais, técnicos e econômico-financeiros”. Sobressai-se, ainda, a questão do direito ao reconhecimento da origem genética das crianças oriundas da adoção embrionária versus o sigilo das informações dos doadores.

Acerca desta problemática, um estudo sueco abordou um total de 712 pessoas, dentre médicos de atenção primária, enfermeiros e psicólogos, das quais somente 189 mulheres e 18 homens responderam. A maioria dos entrevistados entendeu que a criança deveria ter o direito de tomar ciência de sua origem genética, resultado que, segundo os pesquisadores, não surpreende, haja vista a Suécia praticar doações abertas há mais de 30 anos e o direito da criança a informações sobre sua ancestralidade já ser bem estabelecido.

Esparza-Pérez corrobora a opinião majoritária dos entrevistados da pesquisa supra, ressaltando a importância do conhecimento da origem genética como meio de conhecer a predisposição para o desenvolvimento de doenças potencialmente evitáveis e para prevenir o risco de casamento ou procriação consanguíneo.

No entanto, impera informar que o próprio Conselho Federal de Medicina, a fim de evitar relacionamentos consanguíneos, determina que “na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um (a) doador (a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes”.

Além disso, Armuand, Sydsjö, Svanberg e Lampic constataram que um a cada cinco profissionais da saúde acreditava que crianças concebidas por meio da adoção de embriões podem enfrentar os mesmos problemas que crianças adotivas, que demonstram experimentar níveis aumentados de morbidade psicológica, como problemas de ansiedade, depressão e atenção.

Não obstante, a adoção embrionária, embora ainda não popular e com suas peculiaridades e problemas, se apresenta como a melhor alternativa frente ao atual cenário de estoque de embriões nas clínicas de Reprodução Assistida, sobretudo se levarmos em conta que esta prática concilia duas questões extremamente importantes: a preservação da vida humana e a oportunidade de presentear os casais inférteis com a importante experiência da gestação de um filho.

## Conclusão

A realidade alarmante relativa ao elevado número de embriões criopreservados nas clínicas de Reprodução Assistida chama a atenção para a necessidade de ser-lhes oferecido um destino apropriado, dentre as opções garantidas pela Resolução nº 2.168/2017. Assim, frente à possibilidade de criação de vínculo de filiação por meio das técnicas RHA em razão da natureza socioafetiva da concepção e da posse de estado de filiação, institutos amplamente adotados pela doutrina e pela jurisprudência, somado aos princípios éticos majoritários com relação ao início da vida, demonstrou a adoção embrionária ser a alternativa mais viável para atender à demandas oriundas da própria modernidade, a qual já é regulamentada por lei em diversos países e é objeto de projetos de lei ainda em tramitação no Brasil.

## Referências

ALVARENGA, R.; VIANA, I.; PICINATO, M. **Fertilização in vitro (FIV) e injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI)**. In: Reprodução Assistida: Técnicas de laboratório. Porto Alegre, RS: AGE, 2017.

ARMUAND, Gabriela et al. **Attitudes towards embryo donation among health-care professionals working in child healthcare: a survey study**, BMC Pediatrics, 2019.

AUSTRÁLIA. **Ethical guidelines on the use of assisted reproductive technology in clinical practice and research**. National Health and Medical Research Council. 2017.

BRASIL, Anvisa. **13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões - SISEMBRIO**.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 2.294 de 15 de junho de 2021**. Diário Oficial da União. Brasília – DF, 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; WINCKLER, Cristiane Gehlen. **Dos direitos fundamentais do embrião**, Unisal, 2019.

CARDOZO, Fernanda Antonioli. **As novas formas de famílias e o direito à adoção homoafetiva de embriões excedentários: uma análise jurídico-sociológica**, UNESP, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica**. CORTEIDH, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ELER, Kalline Carvalho Gonçalves. **A qualificação humana da pessoa: uma análise ético-jurídica dos embriões excedentários**, UFJF, 2015.

ESPARZA-PÉRES, Rosa Verónica. **Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asitida: ¿anónima o abierta?** Gaceta Médica de Médico, 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Defining embryo donation:** and Ethic Committee opinion. American Society For Reproductive Medicine. ASRM, 2013.

FRANÇA. **Comité Consultatif National D'éthique**, Avis n. 18. 1989..

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Reprodução Assistida Heteróloga sob a Ótica do Novo Código Civil.** Revista Brasileira de Direito de Família, v. 5, n. 19, Ago./Set., 2003.

GOEDEKE, S.; DANIELS, K.; THORPE, M.; DE PREEZ, E. **Building extended families through embryo donation:** the experience of donors and recipients. Rev. Human Reproductive. DOI 10.1093.

GURGEL, C.; CREPALDI, A.; COSTA, S. **Definições e nomenclatura. Reprodução Assistida:** Técnicas de laboratório. Porto Alegre, RS: AGE, 2017.

INGLATERRA. **The Human Fertilisation and Embryology Act.** 1990.

LEITE, Tatiana Henriques; HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. **Bioética em reprodução humana assistida:** influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. SCIELO, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** v. 5. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MILLBANK, Jenni; STUHMCKE, Anita; KARPIN, Isabel. **Embryo donation and understanding of kinship:** the impact of law and policy. v. 32, issue 1, p; 133-138. Estados Unidos da América: Oxford University Pres, 2016.

NORÕES, M.; JÚNIOR, A.; SABOIA, J. **O direito do doador de material genético de ter reconhecida a filiação biológica, à luz do Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, 2017, v. 18, n. 3.

PEREIRA, Gerson Odilton; PACIFICO, Andrea Pacheco. **Doação e adoção como políticas para salvar os embriões excedentes e congelados.** Revista Brasileira Saúde Materno Infantil, Recife, vol. 10, dec. 2010.

SALLES, Lucivânia Guimarães. **Destino dos embriões excedentários,** UNIT, 2014.

ZIMON, Alison et al. **Embryo donation:** Survey of in-vitro fertilization (IVF) patients and randomized trial of complimentary counseling. PLoS One, 2019.

# DIGNITÀ DELLA PERSONA, DIRITTO ALLA VITA E PROGRESSO TECNOLOGICO MEDICO SCIENTIFICO: AUTODETERMINAZIONE E DIGNITÀ DEL MORIRE

**Paolo Ciocia**

Università di Bari, Italia. Docente a contratto Scuola di Medicina. Avvocato patrocinante in Cassazione

## **Abstratto:**

Le moderne tecnologie mediche possono spostare, teoricamente in modo illimitato, la sopravvivenza di esseri umani in casi di patologie gravissime ed irreversibili. Delicate situazioni estreme si pongono sia quando il soggetto assistito non abbia alcuna possibilità di recupero della percezione del mondo esterno, sia quando sia consapevole della sua condizione ma non possa concretamente, senza l'altrui cooperazione, porre fine in modo degno alla propria esistenza. Dignità e libertà della persona, in base alla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, sorreggono il diritto di autodeterminazione a tutela della sfera individuale dall'indebita intromissione altrui, fino agli esiti più tragici; tuttavia, ciò non implica il riconoscimento di un "diritto alla propria morte", ma solo il diritto alla dignità nel morire per scelta consapevole, oggettivamente rapportata a condizione patologica irreversibile e dipendenza da trattamento di sostegno vitale, verificate in ambito medico.

**Parole chiave:** Dignità; Vita; Scienza; Morte; Autodeterminazione

## **Introduzione**

Il costante progresso scientifico e tecnologico in campo medico, accentuato negli ultimi decenni, ha elevato notevolmente (anche se non sempre in termini comparabili nel mondo) i livelli di tutela della salute umana, primario diritto universalmente riconosciuto poiché legato al valore della vita, imprescindibile per l'esercizio di ogni altro diritto dell'uomo.

Tuttavia, l'accresciuto livello della tecnologia applicata al settore medico sanitario ha proposto – più che in altri settori della vita sociale – interrogativi estremamente complessi e profondi, anche in ragione della difficoltà di scindere i profili medico scientifici e giuridici, etici e religiosi, fortemente intrecciati.

ciati tra loro (BORSELLINO, 2018).

Tra i numerosi “nodi concettuali” emersi in campo bioetico e giuridico, si intende qui limitare la riflessione su quello che discende dalla potenzialità delle tecnologie più avanzate in campo medico di spostare sempre più avanti e teoricamente in modo illimitato la sopravvivenza di esseri umani, in situazioni estreme di stato vegetativo accertato come irreversibile, per le quali, secondo gli standard medici internazionalmente riconosciuti, non vi sia alcuna possibilità di recupero della coscienza e di ritorno alla percezione del mondo esterno (ADAMO, 2016; BERTOLINI, 2019).

La questione, pur oggetto da molti anni di vivace dibattito in Italia, è stata di recente (e solo parzialmente) oggetto di intervento legislativo, con legge 22.12.2017 n. 219 approvata sull’onda emotiva di alcuni casi eclatanti di cronaca italiani come i casi Welby ed Englaro ed europei, caso Pretty c. Regno Unito, e soprattutto sulla scia della giurisprudenza Corte di Cassazione (tra tutte, Cass. I sez. Civ. n. 21748/07), la quale ha svolto funzioni di supplenza rispetto alle “incertezze” del legislatore (LIBERALI, 2017).

La legge 219/2017, “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, conosciuta come “legge sul testamento biologico” o sul “fine vita” ha introdotto esplicitamente il principio di autodeterminazione, riconoscendolo come preminente dall’ordinamento giuridico italiano, ma certamente non ha risolto tutte le questioni relative al profilo che qui si intende esaminare, le quali più specificamente attengono alle pratiche dell’eutanasia e del cd. suicidio assistito (aiuto o assistenza) nettamente distinte tra loro (PIZZETTI, 2018).

## **Diritto alla vita e dignità della persona nella Costituzione Italiana**

Nella Costituzione Italiana, la dignità della persona umana è al centro del sistema di valori laici al quale è ispirato l’ordinamento giuridico (artt. 2, 3, 13, 32 I e II co.) (BARTOLOMEI, 1987; BILANCIA, 2019).

La dignità umana è insieme fondamento e fine dell’agire giuridico poiché lo Stato riconosce la primazia della persona e dei suoi diritti inviolabili rispetto alla struttura statale e assume come proprio ineludibile impegno non solo il riconoscimento formale, ma anche quello di concorrere, con azioni concrete allo sviluppo ed alla valorizzazione della dignità della persona.

Nella Costituzione italiana non è esplicitamente statuito il diritto alla vita, ma il rispetto della vita umana è implicitamente quanto chiaramente desumibile da un complesso esteso di norme costituzionali. Al riconoscimento dell’intangibilità della sfera individuale consegue l’autodeterminazione, ossia la potestà di disporre della propria esistenza tutelandola dall’intromissione altrui e preservare la sua sfera di libertà fisica e psicologica.

Nell’ambito sanitario questo riconoscimento del valore primario della vita umana e della sua dignità si manifesta anzitutto nella generale prevalenza del diritto alla vita indipendentemente dalle condizioni di salute e dalle con-

vinzioni anche religiose del paziente da salvare; ma anche, in casi estremi e solo apparentemente in senso inverso, nel vietare quei trattamenti sanitari che possano violare il rispetto della persona; trattamenti per i quali il soggetto non abbia espresso o non sia in grado di esprimere alcun consenso, i quali si configurino come invasivi della sua personale integrità psicofisica e della sua stessa libertà. In questo caso prendendo atto del limite incontrastabile della condizione umana mortale, non si intende procurare la morte altrui, ma si accetta di non poterla impedire.

### **Autodeterminazione, eutanasia e suicidio assistito**

Nell'ambito di tale potestà di autodeterminazione umana può essere in teoria ricompreso anche disporre della propria vita fino agli esiti più tragici; tuttavia, da ciò non è dato desumere l'esistenza di un diritto alla propria morte che possa esercitarsi con l'ausilio lecito di altri, così come, a maggior ragione, la liceità dell'eutanasia, ossia dell'atto che si propone di interrompere la vita procurando la morte.

L'eutanasia, sia pur termine polisemico, si riferisce essenzialmente ad un atto con il quale un terzo (medico o altro) somministra farmaci su richiesta del soggetto consapevole ed informato con lo scopo di provocare intenzionalmente e nell'immediatezza la morte del richiedente; in Italia la fattispecie è inquadrabile nella più ampia dimensione dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.).

Il suicidio è, e resta una tragica scelta assolutamente individuale poiché è l'interessato a compiere l'ultimo atto che provoca la morte; atto rispetto al quale lo Stato risulta estraneo e laicamente indifferente a meno che non vi siano interventi esterni che lo inducano o lo favoriscano come reati di induzione o aiuto al suicidio, previsti dall'art. 580 c.p. La dicotomia è solo apparente: il valore della vita si lega alla intangibilità della sfera individuale di autodeterminazione che non può essere violata da alcuno, neanche dallo Stato stesso. (CHIASSONI, 2018; D'ALOIA, 2019)

### **Principio di autodeterminazione ed aiuto al suicidio. La sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 ed il suo impatto sull'ordinamento in assenza di normazione primaria**

In Italia la questione della incriminazione dell'aiuto al suicidio è stata portata all'esame della Corte costituzionale a seguito del cd. caso Cappato ed ha condotto, dopo un iter tanto travagliato quanto atipico, alla nota sentenza n. 242/19. (CATALANO, 2020; CUPELLI, 2019; PICCHI, 2019). Con tale sentenza la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità parziale della norma dell'art. 580 c.p., per violazione degli artt. 2 (diritti inviolabili dell'uomo), 13 (libertà personale) e 32 II co. (diritto alla salute) della Costituzione, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi agevola l'esecuzione del proposito di suici-

dio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale ed affetta da una patologia irreversibile quando la prestazione dell'aiuto sia accompagnata dalle ulteriori condizioni: sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili e capacità di prendere decisioni libere e consapevoli, verificate in ambito medico; volontà dell'interessato manifestata in modo chiaro e univoco; adeguata informativa del paziente in ordine alle sue condizioni ed alle possibili soluzioni alternative specie con riguardo all'accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione profonda continua. Requisiti che dovranno essere accertati dal giudice nel caso concreto.

La sentenza della Corte costituzionale costituisce un documento di eccezionale rilievo per la specificità delle questioni tecnico- giuridiche legate sia all'iter procedimentale adottata, sia alla supplenza della Corte rispetto all'inerzia del legislatore (CATALANO, 2020) oltre che – naturalmente - per l'importanza dei contenuti espressi (D'AMICO 2019,2020).

Sotto il primo profilo, al quale si può solo accennare nei ristretti margini del presente lavoro, la sentenza rappresenta un unicum nell'esperienza della Corte (BIONDI, 2019; FIANO, 2019; FURNO, 2019; GROSSO, 2019; MASCIOTTA, 2019; PINARDI, 2018; REPETTO, 2018); essa è anzitutto funzionalmente collegata a precedente ordinanza n. 207/2018 adottata nel medesimo giudizio, con la quale la Corte, con tecnica processuale innovativa, pur ravvisando profili di incostituzionalità aveva rinviato la trattazione delle questioni ad una successiva udienza, al fine di consentire al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa in merito al bilanciamento dei valori di primario rilievo coinvolti (BIONDI, 2019; PEZZINI, 2019). Solo dopo undici mesi, in assenza di determinazioni del legislatore, la Corte dichiarava formalmente la parziale illegittimità della norma, consapevole dell'ineludibile esigenza di una compiuta disciplina normativa ovviamente riservata - ed esplicitamente sollecitata - alla competenza parlamentare (RAZZANO, 2019).

Per coniugare le due esigenze rappresentate, garantire la legalità costituzionale in ambito penale e scongiurare, nei limiti del possibile, vuoti di disciplina, la Corte si orientava alla pronuncia di illegittimità costituzionale nei sensi indicati, ricavando dal sistema normativo esistente e segnatamente dalla legge 219/2017 i criteri di riempimento indispensabili (almeno al momento) a delineare una procedura medicalizzata estensibile all'ipotesi in cui l'aiuto al suicidio, ove assistito da specifiche condizioni, potrebbe valutarsi penalmente non punibile.

La sentenza, che ha provocato un vivace dibattito politico istituzionale ed enorme interesse in dottrina, ha reso altresì evidente, al di là del merito della questione, un altro aspetto assai significativo, ossia l'evoluzione del ruolo assunto dalla Corte anche rispetto ad altri organi costituzionali (SALVATO, 2019). Essa, specie in materie tanto delicate e complesse, dense di valutazioni giuridiche, sanitarie e bioetiche, è apparsa dotarsi di strumenti tecnici sempre più elaborati per rispondere alle domande di complessità provenienti dalla società civile; così confermando che l'interpretazione costituzionale non possa

restare “avulsa da uno spettro ampio di informazione e di conoscenza sulle questioni che dividono il tessuto pluralistico” (RIDOLA, 2020, p. 4); ciò in linea con un orientamento marcato della Corte (SALVATO, 2019) la quale, apertasi all’ascolto della società civile sembra avvertire “la solitudine del proprio ruolo per come si è sviluppato nella crisi del sistema di rappresentanza politica” e cercare un rimedio nel rapporto con la società civile, consapevole di quanto sia mutato il proprio ruolo nel sistema (CONTI, 2020; MARCENÒ, 2019).

## **Corte costituzionale e CEDU sull’aiuto al suicidio**

La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo si è da tempo avviata, sia pur con cautela, verso una graduale e circoscritta apertura al riconoscimento del diritto a morire con dignità (POLI, 2020).

Più volte la CEDU ha evidenziato che i progressi in campo medico scientifico che consentono la sopravvivenza in circostanze impensabili pochi decenni addietro, hanno reso necessaria in ogni sede una riflessione nuova e più ampia sui confini dell’esistenza umana e della dimensione identitaria personale.

Già nella nota sentenza *Pretty*, la Corte europea osservava che “in un’epoca di crescente sofisticazione medica e di più lunghe aspettative di vita - molte persone guardano con timore alla possibilità di essere costrette a vivere sino ad un’età avanzata o in condizioni di seria compromissione fisica o mentale”, in contrasto con le idee fortemente radicate di sé e della propria identità personale, con ciò accentuando la prospettiva della struttura morale personale rispetto a questa strettamente medico sanitaria concernente la fisicità corporea (POLI, 2019 I).

Per la Corte di Strasburgo, il consenso ai trattamenti medici è fermamente basato sulla percezione del sé e dell’identità personale: esso, pertanto, non può essere inteso solo come espressione dell’accettazione di un intervento medico (e delle sue possibili conseguenze) sul corpo, ma piuttosto come richiesta di rispetto delle “scelte sulla propria esistenza, che, in fasi particolari e delicate come quelle del fine vita, si saldano strettamente con la propria struttura morale”.

La Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 242 del 2019, anzitutto per ragioni tecniche legate all’oggetto della pronuncia (declaratoria di parziale incostituzionalità di norma incriminatrice), non riproduce lo schema argomentativo della Corte europea, pur giungendo, come si vedrà immediatamente, a posizioni non dissimili in termini sostanziali. La Corte costituzionale si limita infatti a richiamare le disposizioni della CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (in particolare la citata pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 29 aprile 2002, *Pretty* contro Regno Unito) per riaffermare in primo luogo il principio che “l’incriminazione dell’aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima” non “possa ritenersi di

per sé in contrasto con la Costituzione” (MALFATTI, 2019).

La Corte rileva infatti che se dall’art. 2 della Costituzione italiana, così come dall’art. 2 CEDU discende il dovere dello Stato di tutelare il diritto alla vita di ogni individuo, ciò non comporta né derivi anche quello diametralmente opposto “di riconoscere all’individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire”. In sostanza la Corte, prima di giungere al punto centrale della pronuncia di parziale declaratoria di illegittimità dell’art. 580 c.p. ribadisce una interpretazione che trova coerenza anche nelle sia pur caute aperture della giurisprudenza della Corte Europea verso il riconoscimento di un diritto alla dignità nel morire. (POLI, 2019 II)

Il punto di incontro tra i due orientamenti giurisprudenziali si può individuare nella valorizzazione del principio di autodeterminazione per il quale, nell’ordinamento europeo vi sarebbe copertura in forza dell’art. 8 CEDU, pur essendo riconosciuto agli Stati membri un ampio margine di apprezzamento anche in considerazione dell’assenza di un sentire unico degli Stati.

La sentenza n. 242 del 2019 appare dunque in linea rispetto a questi due elementi fondamentali dell’acquis giurisprudenziale di Strasburgo: la Corte costituzionale ha infatti individuato, tra le righe, la dimensione morale del consenso come elemento centrale delle decisioni di fine vita.

### **La sentenza n. 242 del 2019: il ridimensionamento del (presunto) riconoscimento del diritto a morire. L’esistenza di un diritto a decidere della dignità della propria morte**

La Corte costituzionale italiana, chiarisce che, nel quadro costituzionale, il diritto all’autodeterminazione individuale è certamente riferibile anche al bene vita, ma non può condurre a desumere una generale inoffensività dell’aiuto al suicidio.

Tuttavia, essa individua – ed in questo vi è la sostanziale novità – una “circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa”, tanto circoscritta e definita da poter escludere che la Corte abbia inteso estendere l’area dei diritti dell’uomo sino alla costruzione di un vero e proprio diritto alla morte. (BUCALO, 2020)

Sebbene la Corte abbia operato un’apertura importante, a ben vedere, lo spazio concreto di autodeterminazione del malato circa la richiesta (lecita) di cooperazione di terzi in ordine al suo fine vita, alla luce dei “paletti” introdotti dalla Corte, non è tale da poter parlare di riconoscimento ad un diritto al suicidio assistito (LIBERALI, 2019).

In questa prospettiva non è irrilevante sottolineare che la Corte subordini ulteriormente la non punibilità dell’aiuto al suicidio, alla circostanza che le “condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale”, con esplicito richiamo al contenuto della legge n.219/2017.

Se a tale previsione si aggiunge l’ulteriore requisito del necessario “pre-

vio parere del comitato etico territorialmente competente”, motivato dalla “complessità dei valori in gioco” e la necessità di far riferimento agli “esistenti” comitati etici “organismi di consultazione e di riferimento per i problemi di natura etica che possano presentarsi nella pratica sanitaria”, si comprende come l’ambito già circoscritto di non punibilità risulti ulteriormente ridotto.

La Consulta, quindi, diversamente da quanto opinato da taluni, sembra ridimensionare sensibilmente il riconoscimento di un diritto ad una morte dignitosa. Posizione, questa, confermata dalla previsione del diritto all’obiezione di coscienza riconosciuto esplicitamente per il medico (LUZZI, 2019). La Corte, infatti, sottolinea che “la declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell’aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato” (MASTROMARTINO, 2018). Anche quest’ultimo elemento sembra escludere che possa qualificarsi un “diritto individuale” ad una morte dignitosa.

## **Conclusioni. Diritto alla dignità del vivere e del morte**

Nella sostanziale inerzia del legislatore italiano, incapace di approvare una disciplina condivisa (nell’attuale XVIII legislatura risultano ferme ben 9 proposte di legge, LAMARQUE 2021), la Corte ha dovuto farsi carico di definire, attraverso una corposa argomentazione a sostegno della parziale declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., se non un diritto a morire con dignità, un diritto alla piena dignità anche nel morire. (ZICCHITTU, 2019).

La dignità dell’uomo, fondamento esplicito dell’impronta personalistica della Costituzione italiana costituisce, ancora una volta, il perno della interpretazione costituzionale per il bilanciamento di diritti, qui con riferimento alla dignità del malato grave in condizioni irreversibili; principio esplicito nell’ordinanza 207 del 2018 che può dirsi egualmente richiamato nella sentenza 242/2019 attesa la stretta interconnessione tra le due pronunzie. (POLI, 2019 II)

In conclusione. La dignità della persona umana può essere assunta a fondamento dell’autodeterminazione della sfera individuale per affermare il diritto alla dignità del vivere e del morire, ma non certo per giungere ad affermare un diritto costituzionale alla morte, estraneo al quadro assiologico personalistico del nostro ordinamento, che ha condotto la Corte costituzionale italiana (nel richiamo alla Corte di Strasburgo) a ritenere che dal riconoscimento del diritto alla vita non possa farsi discendere un corrispondente e contrario diritto alla morte.

E’ ben vero che l’interpretazione aperta dell’art. 2 Cost., non esaurendo in un catalogo la lista dei diritti e delle libertà, ha consentito in dottrina di prefigurare un allargamento della tutela costituzionale a nuovi diritti non espres-

samente contemplati dalle norme costituzionali; ma questo può avvenire solo nell'ottica del "pieno sviluppo della persona umana" propria del "compito" da realizzare da parte dell'ordinamento, ed a condizione che essi si inseriscano armonicamente nel tessuto positivo esistente, saldandosi assiologicamente al sistema dei principi e valori iscritti nella Carta, non certo in una cornice di riferimento diversa ed opposta.

## Riferimenti

ADAMO, Ugo. **Il diritto convenzionale in relazione al fine vita. Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili.** Ed. [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it): Ed. Rivista AIC, 2/2016.

BERTOLINI, Francesco. **Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire.** Ed. [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it): Ed. Rivista AIC, 4/2019.

BARBERA, Augusto. **Art.2 Costituzione. Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca.** Ed. Bologna/Roma: Ed. Zanichelli Il foro italiano, 1975.

BARTOLOMEI, Franco. **La dignità umana come concetto e valore costituzionale.** Ed. Torino: Ed. Giappichelli, 1987.

BILANCIA, Paola. **Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita.** Ed. [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5/2019.

BIONDI, Francesca. **L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti 'inter partes' ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità.** Ed. [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 6/2019.

BORSELLINO, Patrizia. **Bioetica tra "moralì" e diritto.** Ed. Milano: Ed. Cortina, 2018.

BUCALO, Maria Esmeralda. **La "circoscritta (e puntellata) area" di incostituzionalità dell'art. 580 c.p.** fra self-restraint della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore. *Biolaw Journal*. Ed. [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), 1/2020.

CATALANO, Stefano. **La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'.** Ed. [www.ossarvatorioaic.it](http://www.ossarvatorioaic.it), 2/2020.

CHIASSONI, Pierluigi. **Suicidio terapeutico e diritto penale.** Un esercizio di analisi argomentativa. *Diritto & Questioni Pubbliche*. Ed. Palermo XVIII/1: Ed. Rospeinfrantumi, 2018.

CONTI, Gianluca. **La Corte costituzionale si apre (non solo) all società civile.** Appunti sulle modifiche apportate alle norme integrative in data 08.01.2020. Ed. [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2020.

CUPELLI, Cristiano. **Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato.** Ed. [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2019.

D'ALOIA, Antonio. **In attesa della legge (o del nuovo intervento della Corte costituzionale) sul suicidio medicalmente assistito.** Ed. [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 6/2019.

- D'AMICO, Marilisa. **Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici.** Ed. [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 1/2020.
- D'AMICO, Marilisa, **Il “Caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale.** Ed. [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2/2019.
- FIANO, Nannerel. **L’ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all’orizzonte?** Rivista italiana di diritto e procedura penale Ed. Milano: Ed. Giuffrè Francis Lefebvre, 1/2019.
- FURNO, Erik. **Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell’ordinanza n. 207 della Corte costituzionale.** Ed. [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2/2019.
- GROSSO, Enrico. **Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?** Quaderni costituzionali. Ed. Bologna: Ed. Il Mulino., 3/2019.
- LAMARQUE, Elisabetta. **Aiuto al suicidio e profili giuridici del fine vita dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 242 del 2019 (a cura di).** Proposte di legge presentate nell’attuale XVIII legislatura presso Camera dei Deputati e Senato della Repubblica italiani, Ed: Roma; Ed: Servizio Studi Corte Costituzionale, 2021.
- LIBERALI, Benedetta. **Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?** Ed. [www.rivistacomparati.it](http://www.rivistacomparati.it), 3/2017.
- LIBERALI Benedetta, **L’aiuto al suicidio “a una svolta”, fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?** Ed. [www.rivistacomparati.it](http://www.rivistacomparati.it), 2019.
- LUZZI, Cristina. **La questione dell’obiezione di coscienza alla luce della legge 219/2017 tra fisiologiche esigenze di effettività e nuove prospettive di tutela.** Ed. [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 1/2019.
- MARCENÒ, Valeria. **La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche.** Quaderni costituzionali. Ed. Bologna: Ed. Il Mulino, 2/2019.
- MASCIOTTA, Costanza. **Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale.** Ed. [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6/2019.
- MALFATTI, Elena. **Sui richiami, nell’ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.** Forum quaderni costituzionali. Ed. Bologna: Ed. Il Mulino, 6/2019.
- MASTROMARTINO, Fabrizio. **Esiste un diritto generale all’obiezione di coscienza?** Diritto & Questioni Pubbliche. Ed. Palermo XVIII/1: Ed. Rospeinfrantumi, 2018.
- OCCHIOCUPO, Nicola. **Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni.** Ed. Milano: Ed. Giuffrè, 1995.
- PEZZINI, Barbara. **Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall’ordinanza 207/2018: ancora nel solco dell’autodeterminazione in materia di salute?** Forum quaderni costituzionali. Ed. Bologna: Ed. Il Mulino,

6/2019.

PICCHI, Marta. **Considerazioni a prima lettura sulla sentenza n.242/2019 della Corte costituzionale.** Ed. [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 3/2019.

PINARDI, Roberto. **Il caso Cappato e la scommessa della Corte** (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria). *Giurisprudenza Costituzionale*. Ed. Milano: Ed. Giuffrè, 6/2018.

PIZZETTI, Federico Gustavo. **Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) previsto dall'articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219.** *Biolaw Journal*. Ed. [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), 1/2018.

POLI, Ludovica. **Il caso Cappato e la questione della dignità nel morire dinanzi alla Corte costituzionale,** in *Diritti Umani e Diritto Internazionale* 13/1. Ed. Bologna: Ed. Il Mulino, 2019.

POLI, Ludovica. **L'ultimo diritto. Esitazioni, contraddizioni, ma anche aperture nella giurisprudenza della Corte EDU in materia di fine vita.** *Giurisprudenza penale*. Ed. [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 1 bis/2019.

POLI, Ludovica. **La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo.** Ed. [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 1/2020.

RAZZANO, Giovanna. **La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?.** Ed. [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 1/2019.

REPETTO, Giorgio. **Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità.** *Giurisprudenza Costituzionale*. Ed. Milano: Ed. Giuffrè, 2018.

RIDOLA, Paolo. **La Corte si apre all'ascolto della società civile.** *Federalismi.it*. Ed. Roma: Ed. società editoriale federalismi, 2/2020.

SALVATO, Luigi. **L'amicus curiae nei giudizi innanzi alla Corte Costituzionale.** *Forum quaderni costituzionali*. Ed. Bologna: Ed. Il Mulino, 2/2019.

ZICCHITTU, Paolo. **Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio.** Ed. [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 1/2019.

## Giurisprudenza

Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, sentenza 29 aprile 2002, [www.dirittiuomo.it/caso-pretty](http://www.dirittiuomo.it/caso-pretty).

Cass. I sez. Civ. sentenza 17.10.2007 n. 21748/2007, (cd Caso Englaro), *Foro Italiano*, I, 3025. Ed: Roma; Ed: Il Foro Italiano, 2007.

Corte costituzionale italiana, ordinanza n. 207/2018, del 23 ottobre 2018, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 242 del 25.9.2019 in *Gazzetta Ufficiale* del 27.11.2019 n.48, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

# IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS PARALELAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A AFRONTA À AUTONOMIA PRIVADA REGENTE DO DIREITO DE FAMÍLIA

**Mayana Zomegnan Barros**

Estudante de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie, pesquisadora com apoio do Programa Institucional de Bolsa de Iniciação Científica Mack Pesquisa.

## **Resumo:**

Partindo-se da ideia de que é inviável estabelecer um modelo familiar único, de modo a se tornar cada vez mais comum a existência das famílias paralelas, este trabalho pretendeu analisar como essa forma de entidade familiar é tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que tem a monogamia como princípio basilar e, por conseguinte, verificar como o não reconhecimento das famílias paralelas pela legislação pátria desrespeita à autonomia privada, considerando que é permitido que se opte pela modalidade de família que preferir, cabendo ao Estado apenas garantir os direitos de forma integral a todos os envolvidos. Para tanto, foi necessário apresentar um breve panorama da evolução do conceito de família e seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro atual, principalmente sob a ótica da Ordem Constitucional do Brasil. Quanto aos aspectos metodológicos, foi realizada uma pesquisa de natureza qualitativa, aplicando-se o método dedutivo e utilizando-se de material bibliográfico.

**Palavras-chave:** Impossibilidade; Reconhecimento; Famílias paralelas; Autonomia.

## **Introdução**

É incontroversa a ideia de que família é um Instituto em constante modificação e adaptação em decorrência da rápida evolução social, por isso, é bastante assertivo confirmar a inviabilidade de se estabelecer um modelo familiar único como regra, tanto que o padrão de relacionamento único e singular não é mais absoluto em todas as entidades familiares, de modo que se torna cada vez mais comum a existência de famílias paralelas.

Neste passo, o reconhecimento da existência das mais diversas formas

de famílias é um meio para concretizar a dignidade da pessoa humana, tanto que a partir da promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988 tornou-se impossível considerar unicamente as características: patriarcal, patrimonial e matrimonial como definidoras de uma família. E se não bastasse, a possibilidade de os indivíduos se relacionarem das mais diversas formas possíveis decorre diretamente da autonomia da vontade que rege as relações entre particulares.

Desse modo, com a evolução dos seres humanos passou-se a prezar pela melhor forma de se conviver com seus semelhantes, de modo a optar por se relacionar unicamente com um parceiro ou com mais de um concomitantemente, dessarte, o presente artigo tem como escopo estudar uma das formas de arranjo familiar não monogâmico, as chamadas famílias paralelas.

De maneira geral, o conceito de família abrange diversas formas de organização baseadas na relação afetiva entre seus membros, especificamente, as famílias paralelas ou simultâneas ocorrem na situação em que uma pessoa casada ou que vive em união estável contrai com um terceiro alheio a esse vínculo conjugal outra união estável, de modo a constituir duas famílias, sendo que os integrantes da primeira não se relacionam com os integrantes da segunda.

Posto isso, o argumento que se pretender explorar é como essas famílias simultâneas são tratadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, que tem a monogamia como princípio basilar e, por conseguinte, compreender como o não reconhecimento de direitos aos membros desses relacionamentos paralelos é uma forma de desrespeitar o princípio da autonomia privada garantida aos particulares e identificar, considerando a inexistência de um regramento específico, quais as consequências da não garantia de direitos plenos para os integrantes desse arranjo familiar.

Para tanto foi utilizado a pesquisa básica, com abordagem qualitativa e, no tocante seus objetivos, exploratória. O método empregado foi o dedutivo e foi utilizado exclusivamente material bibliográfico, especificamente doutrinas nacionais e internacionais, revistas científicas, artigos publicados, monografias, jurisprudência e legislação.

## **Desenvolvimento do argumento**

### **1. Breve evolução do conceito de família e a atual ordem constitucional**

A família é uma das instituições sociais mais antigas criadas pela humanidade, seu surgimento remete-se aos primórdios da civilização, momento em que os seres humanos começaram a se agrupar para facilitar suas vidas. Contudo, com o passar dos séculos os ideais de família passaram por várias revoluções até se adequar as convicções da sociedade moderna, de modo a se tornar mais comum a existência de famílias não monogâmicas.

A família brasileira teve como base para sua sistematização o Direito

Romano e, por conseguinte, as famílias romanas, as quais eram formadas por um conjunto de pessoas e coisas submetidas ao comando do *pater familias*, que detinha a um poder incontestável como chefe das famílias (NORONHA E PARRON, 2017, p. 3).

No contexto do Direito Romano e, posteriormente, com a ascensão do Cristianismo o casamento era o único modelo de família juridicamente reconhecido pelo Estado, ou seja, as características do Direito Canônico permaneceram nos ordenamentos jurídicos brasileiros por anos, sendo que, a priori, a entidade familiar reconhecida socialmente era apenas aquela constituída por meio do casamento religioso, premissa decorrente da influência da igreja católica no Estado brasileiro, “o que significa afirmar que não se admitia a validade do casamento sem a intervenção da Igreja.” (RIZZARDO, 2019, p. 19)

O casamento era marcado pela formalidade, solenidade e indissolubilidade, características reforçadas pelo Código Civil de 1916, o qual considerava o casamento como imutável. Além disso, o primeiro Código Civil brasileiro estabeleceu que o casamento era um Instituto patriarcal e hierarquizado, em que o marido ocupava a posição de chefe da sociedade conjugal, reforçando novamente os ideais herdados do Direito Romano (BRASIL, 1916).

Portanto, durante muito tempo o reconhecimento e a proteção da família pelo Direito se deram sob o prisma do casamento enquanto única entidade familiar, em virtude de os valores culturais, sociais e religiosos estarem diretamente ligados a ideia de que o casamento era o único meio possível para se constituir família, motivo pelo qual, durante muitos anos, o ordenamento jurídico englobava apenas a família padrão composta apenas pelos cônjuges e os seus filhos.

Entretanto, com o passar dos anos a ideia do casamento como meio indispensável para o reconhecimento da família foi sendo afastada, na medida em que novos agrupamentos foram surgindo e conquistando espaço nos ordenamentos jurídicos, assim sendo, passou a ser inviável estabelecer um modelo familiar único, havendo a necessidade de adequação frente as evoluções sociais. Nesse sentido, leciona Gagliano e Pamplona Filho (2020, p. 36-37):

(...) não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias. Qualquer tentativa nesse sentido restaria infrutífera e desgarrada da nossa realidade.

A entrada em vigor do divórcio no Brasil, em 1977, através da Emenda Constitucional nº 9 e promulgação da Constituição Federal de 1988 foram marcos para a ampliação do conceito de família, antes restrito ao núcleo originado do casamento. O artigo 226 da Lei Maior (BRASIL, 1988) positivou três modelos familiares, sendo eles: 1) a família formada pelo casamento, já reconhecida na ordem jurídica anterior; 2) a família oriunda da união estável; e 3) a

família monoparental, constituída por um dos ascendentes e seus descendentes. Isto é, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, na forma do rol taxativo previsto no Código Civil de 1916, apenas para os grupos gerados por meio do casamento era conferida a condição de família (BRASIL, 1916).

Neste passo, um ponto importante a ser tratado é se a Constituição pretendeu esgotar as formas de famílias aceitas ou se trouxe apenas um rol exemplificativo em que podem ser inseridos outros arranjos familiares. Nessa perspectiva, observa Lôbo (2002, p. 7):

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput.

Portanto, o sistema adotado pela Constituição não é um sistema normativo fechado, pelo contrário, apenas cuida de lançar as bases das categorias familiares mais comuns, sem pretender exauri-las, ou seja, “a ordem constitucional vigente consagrou uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, visando a permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros ninhos ou arranjos familiares” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2020, p. 41).

Diante disso, partindo-se de uma interpretação inclusiva promovida pela Constituição Federal de 1988, é evidente que a ordem constitucional brasileira não proíbe as relações simultâneas, ao passo em que não faz qualquer alusão ao princípio da monogamia, sendo assim, é possível afirmar que a monogamia não pode ser assumida como princípio constitucionalmente assegurado, haja vista que a Constituição se limita a afirmar que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, além de fazer menção aos deveres e direitos dos cônjuges (BRASIL, 1988).

## **2. Famílias paralelas e o ordenamento jurídico infraconstitucional**

Em que pese as manifestações recorrentes dos relacionamentos simultâneos e a não proibição expressa na Constituição Federal do Brasil de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro é caracterizado pela monogamia, ou seja, há a vedação da formalização das famílias que não se enquadram no modelo monogâmico de entidade familiar - aquelas em que um indivíduo tem apenas um parceiro -, como observado por Hironaka e Tartuce (2019, p. 3):

(...) apesar do avanço constitucionalmente registrado, muitos outros arranjos não foram recepcionados no bojo constitucional, o que poderia levar a crer, a priori, que não pudessem existir – ou que apenas

existissem à margem da lei e da proteção legal – outros tipos, outras uniões que também pudessem ser consideradas entidades familiares e, assim, contar com a esperada visibilidade jurídica e com a devida tutela legal. Afinal, família é arranjo que se dá espontaneamente no seio da sociedade, tendo por base e fundamento o afeto cultivado entre seus membros. (...) E, bem por isso, temos observado que a nossa legislação tem se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos mais diversos modelos de núcleos familiares que se apresentam como verdadeiras entidades familiares, apesar do seu não reconhecimento legal.

Ou seja, não significa que a não inserção de determinados núcleos familiares no ordenamento jurídico proíba sua existência no plano fático, pelo contrário, essa falta de visibilidade jurídica exprime que a legislação não é capaz de acompanhar a evolução social que constitui os mais diversos arranjos familiares.

Todavia, essa falta de reconhecimento no mundo jurídico contribui para a opressão dos direitos das famílias não monogâmicas, dentre elas as famílias paralelas, as quais são definidas como:

“Famílias paralelas” ou “famílias simultâneas”, são expressões que se referem à situação na qual alguém, que já possui um vínculo de conjugalidade ou de união estável com seu cônjuge ou convivente, adquire, sem cessação ou extinção daquele primeiro vínculo, uma outra união com uma terceira pessoa, com quem o primeiro também constitui família. Há, pois, a concorrência de duas uniões estáveis ou de um casamento e uma outra união (HIRONAKA; TARTUCE, 2019, p. 5)

É importante mencionar que para a configuração da família simultânea sempre deve haver o inequívoco conhecimento de todos acerca da constituição dos núcleos familiares paralelos, garantindo, desse modo, a boa-fé dos envolvidos. Inclusive, é o consentimento, a ciência e a boa-fé que diferenciam as uniões paralelas do concubinato, que são aquelas relações não eventuais, entre duas pessoas impedidas de contrair matrimônio, nos termos do artigo 1.727 do Código Civil (BRASIL, 2002), para as quais não é conferida plena a proteção legal decorrente da condição de entidade familiar.

Nessa continuidade, o principal argumento para negar a concessão de direitos aos envolvidos nas uniões paralelas de boa-fé, inclusive reforçado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário 1.045.273, que deu origem ao Tema 529, é o desrespeito ao dever de fidelidade e da monogamia assegurados pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (BRASIL, 2020). No entanto, tal entendimento apenas pode ser defendido quando existir comprovadamente a má-fé dos envolvidos, ou seja, os integrantes precisam ignorar a concomitância das relações paralelas, caso isso não ocorra, conforme voto de 5 dos 11 ministros, deve ser reconhecida a proteção jurídica às famílias paralelas.

Sendo assim, conforme decidido no julgamento supramencionado, afirmar que as famílias paralelas não são reconhecidas pelo ordenamento jurídico significa dizer que para o mundo jurídico elas não existem, ou seja, são condenadas à invisibilidade. E apesar do consentimento dos membros, como não há formalização do vínculo com a segunda família não haverá a concessão dos direitos decorrentes da união familiar para seus integrantes, algo que afronta diretamente a autonomia privada conferida aos particulares, confere vantagens indevidas ao “infidel” e tem um caráter equivocadamente punitivo (DIAS, 2010, p. 50).

### **3. Não reconhecimento das famílias paralelas e a afronta à autonomia privada**

A autonomia privada garante aos indivíduos a liberdade de escolha para a constituição de sua família, sendo colocada como um princípio regente do Direito de Família, que juntamente com o princípio da intervenção mínima do Estado, permite que os membros de uma entidade familiar desenvolvam livremente suas pretensões, somente sendo justificável a intervenção do Estado para garantir direitos.

Tal princípio é traduzido no artigo 1.513 do Código Civil, que estabelece que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002) e no artigo 1.565, §2º também do Código Civil, que garante que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas” (BRASIL, 2002). Sobre os referidos artigos, Gonçalves (2021, p. 29) classifica como:

Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição (...) intervindo o Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art. 226, § 7º).

Nessa continuidade, Farias e Rosenvald (2017, p. 48), ensinam que:

Nas relações de família, a regra geral é a autonomia privada, com a liberdade de atuação do titular. A intervenção estatal somente será justificável quando for necessário para garantir os direitos (em especial, os direitos fundamentais reconhecidos em sede constitucional) de cada titular, que estejam periclitando. (...) Em tais hipóteses, impõe-se a atuação estatal para evitar a violação frontal a direitos e garantias reconhecidas aos titulares.

Em síntese, a autonomia privada garante ao indivíduo liberdade total para constituir suas relações familiares e fazer suas escolhas individuais da

maneira que preferir, sem que haja a imposição de limites por parte das instituições públicas ou privadas. Diante disso, a conclusão que se chega é clara: se o indivíduo optar por ter uma família paralela e todos os envolvidos tiverem ciência e consentir com o relacionamento simultâneo o Estado não pode intervir nessa decisão, pois, se o cônjuge ou companheiro aceitou o outro companheiro e não tem uma lei expressa que proíba, o Estado apenas deve garantir os direitos aos envolvidos.

Em outras palavras, “não reconhecimento pelo Estado da entidade familiar poliamorista, atenta contra o princípio da autonomia privada, havendo indevida limitação do poder público na livre liberdade de escolha.” (PORTES JUNIOR; GAMBOGI, 2020, p. 89).

Portanto, mesmo que não haja um regulamento específico para as famílias paralelas no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da aplicação do princípio da autonomia privada, os direitos dos envolvidos devem ser reconhecidos sob pena de gerar enriquecimento ilícito, benefício indevido a um e dos participantes ou prejuízo aos filhos advindos da relação, ou seja, “presentes os requisitos legais, é mister que a justiça reconheça que tais vínculos afetivos configuram união estável, sob pena de dar uma resposta que afronta a ética, chancelando o enriquecimento injustificado” (DIAS, 2010, p. 50). E mais:

(...) quando existir simultaneidade de relacionamentos, abster-se de conceder efeitos a um ou a ambas as relações, sob o argumento de se estar ferindo a máxima da monogamia, acabaria permitindo, tão somente o enriquecimento ilícito do par infiel, ficando o mesmo com todo o patrimônio e sem responsabilidade alguma para com o outro. (CHAVES, 2009, p. 41).

Diante disso, considerando que o direito possui o dever de acompanhar as evoluções sociais, não poderia ignorar a realidade da constituição de famílias paralelas ou deixar de conferir direitos aos envolvidos, visto que essa forma de entidade familiar cria vínculos que geram efeitos jurídicos, os quais não podem ser desprezados pelo ordenamento brasileiro, isto é, “negar a existência de famílias paralelas - quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis - é simplesmente não ver a realidade. Com isso a justiça acaba cometendo enormes injustiças.” (DIAS, 2010, p. 51).

#### **4. Obstáculos para o reconhecimento das famílias paralelas e a tutela jurídica atual**

Ante todo o exposto, conclui-se que o reconhecimento das famílias paralelas ainda será um desafio enquanto permanecer o entendimento tradicional monogâmico de família no ordenamento jurídico e a legislação não se adaptar frente as evoluções do conceito de entidades familiares, tendo em vista que “além das entidades familiares previstas em lei, a sociedade contemporânea, devido às suas complexidades, exige uma evolução do conceito de fa-

mília, de modo a assegurar a autonomia privada e a livre liberdade de escolha” (PORTES JÚNIOR, 2020, p. 6).

Enquanto isso, sem a tutela protetiva do estado, as famílias paralelas ainda são tratadas como sociedades de fato, nesse caso, “leva-se em conta o esforço comum do casal que adquiriu patrimônio com possibilidade de partilha do mesmo, para evitar o enriquecimento injusto” (AZEVEDO, 2019, p. 211), por conseguinte, ficam a margem da plena proteção legal conferida às famílias monogâmicas. Neste sentido, afirma Madaleno (2018, p. 61):

A relação adulterina configura, sem sombra de dúvida, um fato social, capaz até de gerar resultados jurídicos no plano do Direito das Obrigações, mas não tem alcançado no âmbito dos Tribunais Superiores a categoria de fato jurídico do Direito de Família, no modelo puro de uma entidade familiar.

Porém, tratar as famílias paralelas como meras uniões fáticas, regidas pelo direito das obrigações, em nada promove o melhor interesse dos envolvidos que integram as entidades familiares, mas “somente reforça o preconceito histórico-social que marginaliza aquelas famílias que fogem do padrão baseado no princípio da monogamia, o qual para muitos é atualmente interpretado como restrito ao casamento.” (BRASILEIRO, 2019)

No entanto, mesmo que atualmente o reconhecimento jurídico das famílias simultâneas não seja garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro não se deve descartar a possibilidade de que poderá vir a ser, de modo a serem editadas regras específicas para aqueles que optem por essa forma de relacionamento. Tanto que o reconhecimento de outros arranjos como entidades familiares não ocorreu tão rapidamente, citando-se como exemplo a união estável que anteriormente era chamada de concubinato puro e foi inserida como modelo familiar apenas na Constituição Federal de 1988 e os relacionamentos homoafetivos que foram reconhecidos apenas em 2011 pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 (BRASIL, 2011).

Portanto, o reconhecimento das uniões estáveis e dos relacionamentos homoafetivos são conquistas que não aconteceram rapidamente, pelo contrário, houve uma longa jornada até se alcançar a condição de família e todos os direitos decorrentes desta. Desse modo, considerando os diversos julgados sobre as famílias paralelas e os pedidos de reconhecimento de direitos aos envolvidos, não se pode descartar a possibilidade de mudança legislativa para reconhecer o *status* de entidade familiar às famílias paralelas e conceder os plenos direitos aos seus integrantes, inclusive, com a alteração do posicionamento do STF frente a essas uniões não monogâmicas.

## Considerações finais

Considerado todos os pontos abordados até o momento, conclui-se

que o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente as normas de natureza infraconstitucional, são insuficientes no tocante a proteção das entidades familiares não monogâmicas, em que pese a Constituição Federal de 1988 não proibir expressamente essas formas de arranjo familiar. Deste modo, dentre essas entidades familiares que ficam a margem da proteção legal estão as famílias paralelas, as quais foram objeto de estudo do presente artigo.

Neste sentido, ante a presença da monogamia como princípio basilar da sistemática legislativa do Brasil, ainda não são reconhecidos direitos plenos aos integrantes das famílias paralelas, ou seja, mesmo que elas sejam comum no plano fático e haja o consentimento de todos os envolvidos, como não há formalização do vínculo com a segunda família não há a concessão dos direitos plenos decorrentes da união familiar, fato que afronta diretamente a autonomia privada.

Como visto, confirmando que é inviável se estabelecer um modelo familiar único como regra, a autonomia privada, regente do Direito de Família, garante aos indivíduos a liberdade de escolha para a constituição de sua família, permitindo que os membros de uma entidade familiar desenvolvam livremente suas pretensões, somente sendo justificável a intervenção do Estado para garantir direitos aos envolvidos.

Sendo assim, a partir do momento que um indivíduo opta por constituir uma família paralela e todos os envolvidos possuem ciência e consentem com o relacionamento simultâneo o Estado não pode intervir nessa decisão, pois o cônjuge ou companheiro aceitou o outro companheiro e não tem uma lei expressa que proíba. De modo que o não reconhecimento acaba gerando graves consequências, como o enriquecimento ilícito do “infel” e o prejuízo aos filhos advindos da relação paralela, além de reforçar o preconceito histórico-social que discrimina as famílias não monogâmicas.

Portanto, tendo em vista o dever do Direito de acompanhar as evoluções sociais, é patente a necessidade de uma mobilização para que haja a inserção das famílias paralelas/simultâneas no ordenamento jurídico brasileiro, passando a existir o reconhecimento desta entidade familiar não monogâmica e a concessão de direitos plenos aos integrantes, de modo a assegurar a autonomia privada garantida aos particulares para a constituição de suas famílias.

## Referências

ALBUQUERQUE FILHO, C. C. Famílias simultâneas e concubinato adúltero. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2839>. Acesso em: 27 jan. 2021.

AZEVEDO, A. V. **Curso de Direito Civil: direito de família**, v. 6. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 26 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1045273. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 21 de dezembro de 2020. **Diário Oficial da União**. Brasília, 09 abr. 2021.

BRASILEIRO, L. **As famílias Simultâneas e seu Regime Jurídico**, v. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CHAVES, M. Famílias paralelas. In: DIAS, M. B.; PINHEIRO, J. D. (coords). **Escritos de Direito das Família: uma perspectiva luso-brasileira uma perspectiva luso-brasileira**. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 39-54.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: famílias**, v. 6. 9. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**, v. 6. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

HIRONAKA, G. M.; TARTUCE, F. Famílias Paralelas: visão atualizada. Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 1-35, 18 set. 2019.

LÔBO, P. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2552>. Acesso em: 21 jan. 2021.

MADALENO, R. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MALUF, A. D.; MALUF, C. D. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NORONHA, M. M.; PARRON, S. F. **A evolução do conceito de família**. 2017. 21 f. Curso de Direito da Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina, Nova Andradina. Disponível em: [http://uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf](http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf). Acesso em: 20 de jan. 2021.

PORTES JUNIOR, O. A.; GAMBOGI, L. C. **Família Poliamorista: uma abordagem filosófica sobre as uniões simultâneas e poliafetivas**. In: XXVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi), 27., 2019, Goiânia. GO, 2019. p. 82-102.

PORTES JÚNIOR, O. A. **Uniões Simultâneas e Poliafetivas sob a ótica da Evolução da Família.** Escola Superior de Advocacia da OAB, Minas Gerais, p. 1-16, 14 set. 2020. Disponível em: [http://www.esamg.org.br/artigo/Artigo%2014.09%20-%20Ot%C3%A1vio%20de%20Abreu%20Portes%20Jr\\_89.pdf](http://www.esamg.org.br/artigo/Artigo%2014.09%20-%20Ot%C3%A1vio%20de%20Abreu%20Portes%20Jr_89.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

RIZZARDO, A. **Direito de Família.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, F. **Direito Civil:** direito de família, v. 5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

# PLANEJAMENTO FAMILIAR COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS NAS FAMÍLIAS MENOS FAVORECIDAS

**Pablo Henrique Faria Oliveira**

Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

Com a crescente população e as discussões para a geração de recursos necessários para a vida humana, a reprodução humana se tornou uma problemática. Uma das respostas é o Planejamento Familiar que se distingue do Controle de Natalidade. O objetivo deste trabalho é identificar e analisar os aspectos socioeconômicos, de qualidade de vida, responsabilidade do Estado quanto ao planejamento familiar. O planejamento familiar previsto no artigo 226 §7º da Constituição brasileira, se limita a ser uma política fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, propicia recursos educacionais e científicos para o exercício do direito de reprodução. Por fim, usando do método hipotético-dedutivo, no planejamento familiar, há diversas perspectivas sobre responsabilidade estatal em propiciar tais recursos e a discussão sobre a Teoria da Reserva do Possível. A principal conclusão é de que a resposta mais condizente com os Direitos Humanos, é o planejamento familiar.

**Palavras-chave:** Planejamento familiar; Políticas públicas; Reprodução humana; Biodireito; Direitos Humanos.

## **1. Introdução**

A partir das discussões econômicas e das projeções populacionais para tempos futuros, foi iniciada uma discussão acerca do controle de natalidade, quase sempre tendo como justificativa as ideias propostas pelo importante economista inglês Thomas Malthus, posteriormente, embasando-se também em novas derivações – o neomalthusianismo. Resumidamente, tais ideias consistem que a população mundial cresce em progressão geométrica (PG), enquanto a produção de alimentos em progressão aritmética (PA), assim a teoria malthusiana explica que o futuro seria intrínseco a falta de comida se a população mundial persistisse crescendo em ritmo acelerado. Desse modo foi pretendido o controle demográfico como uma forma de conter essa fatal su-

peração entre a progressão aritmética de alimentos e a progressão geométrica da população mundial.

Governos autoritários passaram a considerar o controle de natalidade como forma de organizar os setores da sociedade para que não ocorresse a falta de alimentos e demais necessidades em face de um grande e descontrolado crescimento populacional. Muito tem se debatido, desde então, principalmente quanto a legitimidade do Estado em intervir dessa forma no âmbito da autonomia do indivíduo. Consta-se que essa intervenção fere o fundamental princípio de um Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana. Não é razoável, tampouco legítimo que um Governo dito democrático admita tamanha violência contra a autonomia do indivíduo. Assim, o objetivo deste trabalho consiste em identificar e analisar os aspectos socioeconômicos, de qualidade de vida, responsabilidade do Estado quanto ao planejamento familiar, para tanto, usaremos a metodologia científica hipotético dedutivo

A vedação do controle demográfico em Estados Democráticos não inclui o planejamento familiar, uma vez que o primeiro se trata de uma imposição do Estado autoritário, e o segundo se refere a uma escolha do indivíduo, limitando a ação do Estado a propiciar recursos educacionais e científicos para que o indivíduo exerça esse direito. Trocando em miúdos, o planejamento familiar respeita a autonomia de escolha do indivíduo, e por conseguinte, respeita também o princípio da dignidade da pessoa humana, ao contrário do controle de natalidade, que necessariamente regula a concepção, ou seja, estimula a contracepção, não importando a decisão de vontade do indivíduo.

O planejamento familiar enseja reflexos socioeconômicos, isto é, efeitos quanto a condição social e econômica da família, dado que a criação de um indivíduo não é uma tarefa fácil, sendo necessários gastos desde alimentação, saúde, vestimenta, educação e demais gastos comuns do dia a dia. Mesmo com programas sociais que visam a efetivação desses direitos sociais, é evidente que o Estado não consegue executá-los plenamente, oferecendo muitas das vezes serviços precários de saúde, educação e demais direitos sociais, acarretando ao indivíduo o encargo com os custos dos serviços que, pela Constituição, seriam direitos. Vale ressaltar que cabe ao Estado oferecer recursos educacionais e científicos para o indivíduo exercer esse direito, ou seja, o Estado deve nortear e conscientizar o indivíduo quanto a responsabilidade de ter seus filhos. Também cabe ao Estado, à título de recursos científicos, promover, caso o indivíduo não tenha condições naturais, possibilidade de meios de tratamento para que seja possível reprodução. Há de se frisar, não se trata de prover luxo aos filhos, mas sim de proporcionar o mínimo existencial. Dessa forma, o planejamento familiar pode impactar diretamente na condição socioeconômica de famílias menos estruturadas.

O Planejamento Familiar é uma garantia constitucional que assegura, em uma de suas dimensões, a dignidade humana, fazendo-se absolutamente necessário o aprofundamento e dedicação de um capítulo para tratar sobre a

previsão constitucional deste instituto, além de analisar seus ensejos quanto à noção de dignidade. Outro ponto importante, trata-se da distinção necessária entre Planejamento Familiar e Controle de Natalidade, diferenciação do que tem se entendido por meio do senso comum. Por fim, trataremos das perspectivas sobre responsabilidade do Estado e Teoria da Reserva do Possível, uma vez que os recursos do Estado são finitos e os gastos, muitas das vezes beiram o infinito. Passaremos a analisar a previsão constitucional do planejamento familiar.

## **2. Planejamento familiar como garantia constitucional de dignidade humana**

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 6º (BRASIL, 1988), entre os direitos sociais, o direito à saúde, sendo este, disposto especificamente nos artigos 196 e seguintes. Segundo o artigo 196 da Constituição, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O artigo 60, §4º, IV, dessa Lei Maior (BRASIL, 1988), determina cláusula pétrea – isto é, resumidamente, cláusulas que são imutáveis -, os direitos e garantias individuais. Assim, pode-se considerar o direito à saúde uma cláusula pétrea pois, conforme Alexandre de Moraes (2021, p. 437), os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, “são cláusulas pétreas, na medida em que refletem os direitos e garantias individuais do trabalhador uma vez que, nossa Constituição Federal determinou a imutabilidade aos direitos e garantias individuais”.

Decorrente do direito à saúde, o planejamento familiar no Brasil, é um direito previsto no artigo 226, §7º, da Constituição Federal, sendo caracterizado pela livre decisão do casal, e, competindo ao Estado, o dever de propiciar formas educacionais e científicas para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Esse dever do Estado de propiciar formas educacionais e científicas se trata, segundo André Ramos Tavares (2020, p. 804), “de um exemplo de dependência dos direitos sociais para o pleno exercício de uma liberdade individual”. Conforme explica Carlos Gonçalves (2021, p. 13) “quanto planejamento familiar, o constituinte enfrentou o problema da limitação da natalidade, fundando-se nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável [...]”, porém o autor explica que “não desconsiderando o crescimento populacional desordenado, entendeu, todavia, que cabe ao casal a escolha dos critérios e dos modos de agir”. Ou seja, o constituinte não ignorou o crescimento populacional, mas ao invés de limitá-lo, preferiu a instrução e disponibilização de recursos para exercício do direito de reprodução consciente, respeitado a autonomia do indivíduo.

A Lei Nº 9.263/96, conceitua, em seu artigo 2º, o planejamento familiar

como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. A família, segundo Maluf (2018, p. 63), “é concebida como base da sociedade”, e nota-se a forte disposição do legislador para diferenciar o planejamento familiar previsto na Constituição, do controle demográfico, uma vez que no próprio texto constitucional, no parágrafo 7º do artigo 226, dispõe-se claramente “o planejamento familiar é livre decisão do casal”. Além de que no artigo 2º da Lei Nº 9.263/96, o parágrafo único é categórico ao vetar a utilização de ações para qualquer tipo de controle demográfico.

Um dos pilares fundamentais do planejamento familiar, conforme art. 226, §7º, da Lei Maior, (BRASIL, 1988), é o princípio da dignidade da pessoa humana sendo, conforme Rolf Madaleno (2021, p. 194), “conteúdo inerente à liberdade de um casal poder planejar livremente sobre a formação de sua família, restringida a intervenção do Estado apenas para propiciar os recursos educacionais e científicos necessários ao exercício desse direito [...]”. Nesse sentido, a liberdade de escolha sobre o planejamento familiar representa a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme explica Bunhola (2019, p. 37):

“representa dignidade possibilitar à mulher dispor de seu corpo conforme entender, ter o número de filhos que desejar, utilizar dos métodos contraceptivos que melhor atender suas necessidades. Em suma, a liberdade de escolha no planejamento familiar é a concretização viva do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”.

Outro pilar fundamental do planejamento familiar é, segundo o art. 226, §7º da Constituição (BRASIL, 1988), o princípio da paternidade responsável que encontra guarida no artigo 229 do texto constitucional: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Desse modo, atendendo ao princípio da paternidade responsável, o planejamento familiar se encontra em uma perspectiva *ex ante* do nascimento de um filho, pois, como esclarece Bunhola (2019, p. 39):

“[...] é fundamento e base na qual se estrutura a liberdade do planejamento familiar. A conscientização dos ônus e deveres oriundos da maternidade e paternidade devem se fazer presentes antes da decisão final de procriação: trazer uma criança ao mundo é fato que demanda, além de sensato planejamento, imensa responsabilidade e cuidados. Ser mãe e pai hodiernamente representa tarefa árdua, que exige dedicação, tempo, cuidados, gastos financeiros, e uma série de deveres morais, educacionais e de conduta, a serem repassados à prole. Diante de todos esses encargos e condições, a paternidade exige o adequado planejamento familiar”.

### 3. Planejamento familiar e controle de natalidade: uma distinção necessária

Conforme explicitado, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da paternidade responsável se mostram intrínsecos ao planejamento familiar, assim o distinguindo categoricamente da ideia autoritária e descabida (dada perspectiva de um Estado Democrático de Direito), de controle de natalidade.

Planejamento familiar é uma política do Estado que tem em vista o respeito da autonomia do indivíduo, liberdade de escolha da pessoa e, mormente, a dignidade da pessoa humana, e baseia-se “na decisão do casal que só pode receber benefícios de estado, sem sofrer coerção de qualquer espécie” (AZEVEDO, 2019, p. 131). Em outras palavras elucidada Gabriela Pirajá Cecílio Buhnola (2019, p. 35), sobre o planejamento familiar sendo “uma política ampla, não intervencionista, garantidora de direitos fundamentais, calcada no direito à informação, que exige ação estatal, mas ao mesmo tempo delega à mulher, ao homem, e ao casal, o direito de escolha, fundado na autonomia [...]”. Em suma, um planejamento familiar que não leva em conta a autonomia de vontade, ou seja, conforme GUERTECHIN (1986, p. 115), “a participação ativa e socialmente consciente, reduz as famílias, os casais e as mulheres a ‘objetos’ de uma prática controlista”, se distanciando da ideia de planejamento familiar e se amoldando ao significado de controle de natalidade. Deve-se salientar que o planejamento familiar não se restringe ao casamento, pois, conforme (ALMEIDA, 2008, p. 23), “a Constituição estabeleceu proteção para a família, não para o casamento”.

Os debates sobre a contracepção se iniciaram desde a revolução industrial inglesa, tendo em enfoque no controle de natalidade justificado pelo crescimento populacional e aumento da pobreza, ocorrendo no Brasil e no mundo a presença do catolicismo que gerava for influenciar nas esferas estatais (BHERING, 2014, p. 49). Surgido na metade do século XIX, uma diversa definição de controle surgiu com o neomalthusianismo, nesta linha, as formas de controle passaram a ser relacionadas com um controle de natalidade baseado em uma promoção de contraceptivos. Rohden (2003, p. 72), elucidou o neomalthusianismo e o controle de natalidade:

“o movimento ideológico surgido na Europa no século XIX, que defendia a limitação do tamanho das famílias como forma de combater a pobreza e a promiscuidade. Os neomalthusianos retomaram algumas das ideias de Thomas Malthus a respeito do ônus social gerado pela superpopulação e se engajaram na defesa do controle de natalidade através da contracepção”

O controle de natalidade, portanto, distingue-se do planejamento familiar no sentido do respeito a dignidade humana. No controle de natalidade o governo impõe medidas autoritárias de contracepção, sem levar em conta a

autonomia de vontade do indivíduo e, desse modo violando sua dignidade. Por exemplo da China, em que é limitado, salvo exceções, concepção de a um ou dois filhos por casal. A justificativa para esse tipo de postura controladora e paternalista, por parte do Estado, é revestida de argumentos (neo)malthusianos e de questões sociais.

#### **4. Perspectivas sobre responsabilidade do estado e teoria da reserva do possível**

Como já citada, os fundamentos que arrimam a política de controlador de natalidade, possui vieses (neo)malthusianos e de questões sociais. Tais questões tratam em sua maioria das socioeconômicas, argumentando nesse sentido Rizzardo Nunes (2019, p. 171):

“Apesar de tantos os problemas sociais decorrentes da paternidade e maternidade irresponsável, que levam à formação de uma infância e uma juventude desvalidas, abandonadas, marginalizadas, rumo à delinquência, por respeito a princípios de um falso pudor, e ainda sob a influência da mentalidade da existência de espaço territorial ante a dimensão do país, não se implantou um programa franco e corajoso de controle da natalidade”.

No entanto há incoerências à posição, exposta acima, do autor Rizzardo Nunes. A posição deste autor parte do princípio que a paternidade irresponsável leva, não mais que à formação de uma infância e uma juventude desvalidas, abandonadas, marginalizadas e rumo à delinquência. Neste sentido, o autor ignora a possibilidade de outro maior motivo que leve à formação de uma infância e juventude não plenas, como por exemplo, a desigualdade social e a displicência do Estado na responsabilidade de prover os direitos básicos e sociais ao indivíduo, além de objetivar reduzir as distancias sociais conforme previsto no art. 3º, III, da Constituição Federal. Aparenta que a culpa das pessoas terem em sua formação uma infância difícil é única e exclusivamente do genitor, eximindo a responsabilidade da participação ativa do Estado em efetivar e promover direitos e políticas públicas sociais. Desse modo, não é razoável que o Estado limite a autonomia do indivíduo com a justificativa da possibilidade de existência de problemas sociais, pois é dever do Estado Democrático de Direitos, garantir a execução dos direitos, principalmente, de ordem constitucional, como é o caso do previsto no art. 226, §7º da Lei Maior, (BRASIL, 1988).

Essa posição de relativização do dever do Estado de promover as garantias fundamentais no limite dos seus recursos é denominada “teoria da reserva do possível”, que foi importada da Alemanha para o Brasil. Segundo AZEVEDO, ALMEIDA e PORTES, (2017, p. 17), “a responsabilidade do Estado perante a satisfação dos direitos fundamentais, sobretudo os de cunho social, deve limitar-se somente na proporção de seus recursos”. Contudo, essa teoria

pode ser atentatória à efetivação plena dos direitos sociais que são considerados mais custosos. No panorama atual do Brasil, nota-se a aplicabilidade desta teoria em a cada caso, por exemplo, tratando-se de direitos relativos ao mínimo existencial, o Estado é obrigatoriamente forçado a proporcionar estes direitos, no entanto, tratando-se de direitos fora do mínimo existencial, fica sujeita a realização plena destes em conformidade a disponibilidade dos recursos do Estado. Nesta perspectiva, vislumbra-se um embate entre a função do Estado de fornecer em razão planejamento familiar, os recursos educacionais e científicos para o exercício dessa garantia constitucional e a possibilidade de exercício pleno deste dever do Estado. Desse modo, pode-se entender, como todo direito, o direito do planejamento familiar não é absoluto no que tange ao Estado propiciar os recursos para exercício deste direito. Mas, em outra face, configura-se obrigação do Estado ao menos respeitar dignamente a pessoa humana e sua autonomia, assim respeitando suas escolhas e decisões quanto ao planejamento familiar.

Segundo dados do Fundo de População da ONU (UNFPA, sigla em inglês), em terras brasileiras, cerca de 54% do total de nascimentos ocorridos entre 2011 e 2016, não foram planejados. Quanto aos 46% restantes de nascimentos, 28% eram desejados para o futuro, e 18% não foram desejados. Esses dados demonstram o quão atrasado e displicente está o Brasil, com relação ao planejamento familiar. A ausência de planejamento familiar e da paternidade responsável podem gerar a existência de uma afronta direta aos direitos dos da criança e do adolescente, por mais que estes sejam tutelados por meio de princípios e legislações. Contudo, não se pode cair no entendimento antiquado e errôneo de que somente os mais abastados possam ter filhos, na verdade como explica Valéria Cardin (2009, p. 8), “não se trata de pregar que os genitores devam oferecer luxo aos filhos, mas que possam garantir o mínimo, que consiste em afeto, alimentação básica, educação em escola pública, afeto, e direção dessa personalidade em formação através de princípios éticos e morais”.

Outra consequência da ausência de aplicação prática do planejamento familiar e da paternidade responsável, se constitui no âmbito da própria gestante. Dado que mais da metade dos nascimentos, em termos gerais, não são planejados, conforme dados do Fundo de População da ONU, há aí uma porta para a questão do aborto e saúde da mulher. Uma vez que ocorre uma gestação não planejada, somada a realidade subdesenvolvida do Brasil, a qual aproximadamente um quarto da população vive em situação de pobreza (IBGE), as preocupações da gestante quando ao seu próprio futuro e/ou futuro da prole, colocam em *check* a possibilidade de se chegar ao fim da gestação com o parto. Como pontua Cardin (2009, p. 8), “a favor da dignidade da mãe, e em casos bastante específicos, nada obsta que a vida de um feto seja relativizada”. Cabe frisar que os casos para permissão da realização aborto são extremamente específicos, tendo somente a legislação versado no artigo 128 do Código Penal. Há demais hipóteses definidas pela jurisprudên-

cia, por exemplo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54 (STF, 2012), que definiu a permissão para interrupção de gestação de feto anencéfalo.

O planejamento familiar também abarca as pessoas com deficiência, uma vez que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. A Lei Nº13.146/2015 instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, (BRASIL, EDP, 2015), sendo um importante marco na luta da conquista dos direitos das pessoas com deficiência pois, entre as diversas mudanças, alterou o *status* de absolutamente incapazes das pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, transitória ou não, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, disposto no artigo 3º, II, do Código Civil, (BRASIL, 2002). Em outras palavras comenta Flávio Tartuce (2019, p. 92), “o Estatuto da Pessoa com Deficiência, pretendeu igualar a pessoa com deficiência para os atos existenciais, o que representa um notável avanço [...]”.

Este estatuto (EPD), retirou também do sistema a possibilidade de nulidade absoluta do casamento da pessoa enferma mental, tendo sido revogado o art. 1.548, inciso I, do Código Civil, (BRASIL, 2002). Dessa forma, consubstancia que as pessoas com deficiência tiveram uma inclusão familiar plena pelo seu estatuto protetivo uma vez que, segundo o art. 6.º da Lei 13.146/2015, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I- casar-se e constituir união estável; II- exercer direitos sexuais e reprodutivos; III- exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV- conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V- exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária, além dos demais incisos.

## 5. Considerações finais

Diante de todo o exposto, pode-se considerar que a resposta mais condizente com o Estado Democrático de Direito é o planejamento familiar, sendo que, num primeiro momento é o modelo mais respeitoso à dignidade humana e às escolhas do indivíduo e, num segundo momento como uma resposta por exclusão, visto que o controle de natalidade é absolutamente indefensável num contexto democrático, sobretudo na atualidade, considerando as convenções e tratados internacionais as quais o Brasil é signatário sem ressalvas, como por exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica.

Faz-se necessário pontuar que se pode considerar que o planejamento familiar se encontra como uma garantia constitucional por duas razões: I – ser decorrente do direito à saúde, direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal; II – ser previsto expressamente no artigo 226, §7º da Constituição. O legislador reforça o direito de planejamento familiar na Lei nº 9.263/96 (Lei do Planejamento Familiar), e também no Código Civil em seu

artigo 1.565, §2º, sendo transcrito parte do disposto no art. 226, §7º da Lei Maior. Assim, nota-se que o planejamento familiar é, no atual cenário, uma garantia universal aos brasileiros.

Ainda, apesar da Teoria da Reserva do Possível limitar em partes a atuação e implantação desta garantia constitucional, o planejamento familiar ainda se vê com um vasta e ampla seara de resposta à problemática do “bum” demográfico, aliado também, às evoluções tecnológicas, como por exemplo o Ensino à Distância (EAD), ou sistemas automatizados e evoluídos de cultivo de alimentos, afim de sustentar toda a população que está por vir, sem a necessidade da implantação ou se quer consideração de ideias antigas, de séculos passados, e que não consideram a dignidade da pessoa humana como um vetor essencial para ser preservado, uma vez que não existe bem jurídico maior do que a vida humana e suas concepções decorrentes, como a dignidade, a autonomia do indivíduo e concepções de uma vida boa. Isso porque, no fim de toda análise, desenvolvimento da sociedade e do direito, o que se busca ensejar, em última análise, é a realização e promoção da vida humana, se não para que serviria todo este arcabouço de normas, legislações e aparatos do ordenamento jurídico ou ainda mais, para que serviria a evolução da sociedade e desenvolvimento da tecnologia ou surgimento do próprio Estado como protetor e defensor do indivíduo, tendo o Estado o “monopólio da violência”, sendo que o contrato social, teoricamente, foi criado justamente para este fim de promover a vida em “paz”, o Estado como garantidor de toda ordem.

## Referências

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito Civil: família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

AZEVEDO, Eder Marques de; ALMEIDA, Gustavo Barçante de; PORTES, Paola alvarenga. O MITO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais. **Direito e Desenvolvimento**, v. 4, n. 8, p. 33-59, 5 jun. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.edu.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/233>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

BHERING, Marcos Jungmann. **Controle de natalidade no Brasil: um estudo sobre o centro de pesquisas e assistência integral à mulher e à criança (1975-1994)**. 2014. Tese de Doutorado. Disponível em <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/16225>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Aces-

so em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. **Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm)>. Acesso em 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BUNHOLA, Gabriela Pirajá Cecilio. **Políticas Públicas e Planejamento Familiar à Luz dos Direitos Fundamentais.** 2019. 106 f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019. Disponível em: <[https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/190709/Bunhola\\_GPC\\_me\\_fran\\_pdf.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/190709/Bunhola_GPC_me_fran_pdf.pdf?sequence=3&isAllowed=y)>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do Planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPENDI.** São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/223.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/223.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2021.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNFPA, sigla em inglês). **Quase metade das gestações no Brasil não é planejada.** Brasília, 2016. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/73738-quase-metade-das-gestacoes-no-brasil-nao-e-planejada-destaca-fundo-de-populacao-da-onu>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GUERTECHIN, Thierry Linard de. Planejamento Familiar E/Ou Controle Da Natalidade. **Síntese:** Revista de Filosofia, v. 13, n. 37, 1986. Disponível em: <<http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/1975/2277>>. Acesso em 16 abr. 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas Sociais: pobreza aumenta e atinge 54,8 milhões de pessoas em 2017.** Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23299-pobreza-aumenta-e-atinge-54-8-milhoes-de-pessoas-em-2017>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROHDEN, Fabíola. **A Arte de Enganar a Natureza**: contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo Nunes. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

# ADOÇÃO TARDIA NO BRASIL: UM GRANDE DESAFIO NO CUIDADO DE NOSSAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

**Maria Paula Lino Santos**

Graduanda em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie

Email: mariapaulalino@outlook.com.br

## **Resumo:**

A adoção tardia, que consiste na adoção de crianças com idade superior a 3 anos, surge como uma alternativa para garantir direitos fundamentais da criança e do adolescente, como a proteção à vida e o de possuir uma família. No Brasil, se evidencia uma problemática relacionada à expectativa negativa dos adotantes quanto ao perfil das crianças disponíveis para adoção, contribuindo para que muitos permaneçam em abrigos até que completem 18 anos. O objetivo da presente pesquisa consiste em analisar os conceitos e percepções da adoção tardia, destacando as adversidades enfrentadas em relação a incompatibilidade entre os perfis traçados pelas famílias pretendentes e as crianças disponíveis para adoção, e qual a contribuição da adoção tardia para a garantia de direitos fundamentais da criança e do adolescente. Bem como examinar a intervenção estatal integrativa no tocante às crianças que permanecem em abrigos. A pesquisa buscou analisar elementos gerais por meio da coleta de dados em artigos, legislação e convenções, livros, teses, entre outras fontes, sendo assim utilizado o método dedutivo bibliográfico, ademais, as informações obtidas são qualitativas. Assim como todo relacionamento humano, a adoção tardia requer dedicação, atenção e carinho em todas as suas fases de adaptação, tanto dos pais quanto dos adotados.

**Palavras-chave:** Adoção tardia; Família; Direito da criança

## **1. Introdução**

No sistema de adoção brasileiro, evidencia-se uma problemática relacionada à expectativa negativa dos adotantes quanto ao perfil das crianças disponíveis para adoção. A consequência dessa diferença entre expectativa e realidade resulta no prolongamento da estadia de crianças mais velhas nas casas de abrigo que, quando adotadas com idade superior a 3 anos, passam por um processo conhecido como adoção tardia.

Tal modalidade surge como uma alternativa para garantir os direitos fundamentais e proporcionar a inserção do menor de idade em uma nova família, visto que, os dados e estatísticas disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram um número alarmante de crianças abandonadas que precisam ser amparadas.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar os conceitos e percepções da adoção tardia, destacando as adversidades enfrentadas em relação ao desencontro entre as crianças disponíveis e os pretendentes, e qual a contribuição da adoção tardia para a garantia de direitos fundamentais da criança e do adolescente. Bem como examinar a intervenção estatal e sua tutela integrativa no tocante às crianças que permanecem em abrigos.

O estudo e a compreensão do tema são essenciais, considerando a necessidade de assegurar os direitos fundamentais garantidos à criança e ao adolescente por legislação especial da criança e em convenções internacionais, bem como encontrar um caminho para que aqueles que não se encaixam no perfil de preferência, consigam seguir suas vidas de maneira digna e com oportunidades de desenvolvimento pessoal, emocional e, futuramente, profissional.

Existe uma resistência de ambas as partes devido aos questionamentos e inseguranças dos adotantes e das crianças e adolescentes, dessa forma, ao disponibilizar acesso às informações a respeito do processo de adoção e ao incentivar o acompanhamento psicológico e a participação em grupos de apoio, é possível desmistificar a adoção tardia e ajudar aos futuros pais a lidarem com a vida pregressa e sentimento de rejeição do adotado, de modo a proporcionar um ambiente seguro e estável para seu desenvolvimento.

Por fim, a pesquisa buscou analisar elementos gerais por meio da coleta de dados em artigos, legislação e convenções, livros, teses, entre outras fontes, sendo assim utilizado o método dedutivo bibliográfico, ademais, as informações obtidas são qualitativas.

## **2. Desenvolvimento**

O Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA, dispõe sobre os direitos da pessoa menor de 18 anos, e garante que esses devam gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, tal como ser criado e educado no seio de uma família.

Contudo, pode ocorrer de a família se encontrar sem condições de proporcionar um ambiente favorável ao desenvolvimento da criança ou do adolescente, podendo até ser um local de violação de direitos. Isso ocorre por diversos motivos, que transitam entre a entrega voluntária da criança ao Conselho Tutelar, o abandono dos pais biológicos, a perda do poder familiar, entre outros.

Importante ressaltar que a perda do poder familiar, que se encontra delineada nos artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, con-

siste nos pais ficarem privados de exercer o poder que tinham em relação aos filhos (KUBOTA, 2012). Desse modo, o Estado fica responsável por intervir e destinar o menor de idade a uma Instituição com o objetivo de uma posterior adoção. (RIEDE, SARTORI, 2013)

Assim, faz-se necessário, primeiramente, conceituar a adoção, que possui sua definição disposta no artigo 39, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A adoção é uma medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural, ou extensa”.

Riede e Sartori (2013, p. 1), sobre o conceito de adoção, dissertam que:

A adoção é uma medida judicial de colocação em família substituta de criança ou adolescente, como solução para os casos de abandono, quando a família original não se acha em condições de criá-la por não possuir recursos materiais ou estrutura emocional e psicológica para uma adequada formação.

Em suma, a adoção é a melhor forma de cuidar, proteger e incluir uma criança que não possui mais vínculo com sua família biológica, integrando-a em uma família substituta responsável por zelar por sua saúde física e psicológica.

Muitas crianças ficam muito tempo abrigadas em Instituições, atingindo idade suficiente para desenvolver certa autonomia e laços afetivos antes de encontrar uma nova família. Quando adotadas, as crianças que não conseguiram um lar até os três anos de idade, passam por um processo conhecido como adoção tardia, uma das modalidades de adoção existentes que aborda a inserção de crianças com idade avançada em famílias substitutas. Recanello (2013, p. 10) tece suas considerações a respeito do tema:

Deste modo, no que se refere à adoção, é necessário tecer algumas considerações sobre a adoção tardia. Verifica-se que o vocábulo “tardia” é um adjetivo usado para designar a adoção de crianças maiores. Não há uma definição por parte da doutrina a idade que uma criança deve ter para se considerar que a adoção foi realizada tardiamente. Considera-se maior a criança que não é mais um bebê, a maioria dos autores consideram a faixa etária entre dois e três anos como um limite.

Portanto, a adoção tardia surge como uma alternativa para proporcionar uma família saudável às crianças e adolescentes que se desenvolveram nas Instituições ou chegaram nelas com idade avançada, e que precisam ser cuidadas, protegidas e amadas. Além disso, esse modelo de adoção visa eliminar o preconceito e distinções físicas, priorizando o amor e o desejo de transformar a vida de um indivíduo.

## 2.1. Das estatísticas e incompatibilidade de perfis

Um dos principais desafios acerca da adoção é a incompatibilidade entre o perfil das crianças disponíveis e o perfil desejado pelos pretendentes. Tal disparidade tem como consequência a permanência de crianças com idade superior a três anos e personalidade já construída nas casas de abrigo. Quando conseguem ser adotadas, as crianças com mais idade passam pelo processo de adoção tardia.

Segundo o Diagnóstico Sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, ou SNA, realizado em 2020 pelo Conselho Nacional de Justiça, existem 34.443 pretendentes dispostos a adotar, apesar disso, aproximadamente 93,8% deles não estão vinculados a nenhuma das 5.026 crianças ou adolescentes que estão esperando por uma família.

Além disso, 31% das crianças e adolescentes disponíveis para adoção não encontraram pretendentes habilitados. Isso ocorre porque a vinculação automática entre a criança disponível e o pretendente, ambos cadastrados no SNA, só acontece quando há compatibilidade entre o perfil desejado pelos pretendentes e o perfil de crianças e adolescentes disponíveis para adoção. (CNJ, 2020)

O Diagnóstico sobre o SNA (2020) demonstra que a idade é um fator de grande influência na vinculação automática, visto que 93% das crianças cadastradas e não vinculadas possuem 7 anos ou mais de idade. Apenas cerca de 0,3% dos pretendentes demonstram interesse em adotar adolescentes, enquanto estes representam 77% do total disponível e não vinculado ao Sistema Nacional de Adoção. Os adotantes apresentam evidente preferência a crianças com idade inferior a 4 anos, visto que, do total de adoções realizadas com sucesso, 51% foram de crianças com até 3 anos completos, 26% de crianças de 4 até 7 anos completos, 16% de crianças entre 8 e 11 anos e 7% de adolescentes.

A respeito do quadro clínico das crianças e adolescentes disponíveis para adoção, o diagnóstico mostra que cerca de 21,3% possuem problemas de saúde e aproximadamente 8,5% apresentam deficiência intelectual. Sobre a etnia, cerca de 49,1% são de etnia parda e 28,4% brancas. Em relação a sexo, o quantitativo de crianças e adolescentes do sexo masculino disponíveis para adoção é superior ao do sexo feminino em todas as regiões analisadas, o que demonstra preferência dos pretendentes em adotar meninas.

Ao analisar tais estatísticas, é possível definir o perfil das crianças menos e mais desejadas pelos pretendentes dentro do contexto sociocultural brasileiro. Portanto, o perfil almejado pelos pretendentes dentro do contexto sociocultural brasileiro. Assim, conclui-se que o perfil almejado pela população habilitada a acolher uma criança adotada, consiste em crianças menores de três anos, que não sofra de nenhuma moléstia e não possua irmãos, de preferência, brancas e do sexo feminino.

Para mais, o perfil preterido seria o de uma criança parda ou negra, com

mais de três anos, portadora de alguma deficiência. Segundo Camargo (2005), essas crianças estão destinadas a permanecer em abrigos por muito tempo, além de sofrerem múltiplos abandonos.

Portanto, o número de crianças institucionalizadas é alarmante e não há previsão de diminuição, mesmo diante da grande quantidade de pessoas que estão dispostas a adotar. Isso ocorre porque os adotantes desejam crianças que estão inseridas em um perfil específico, padronizado e excludente, que não corresponde com a realidade das crianças e adolescentes que estão sob os cuidados do Estado e disponíveis para adoção.

Assim, frente a essas estatísticas, se torna evidente a necessidade da implementação de políticas públicas que incentivem a adoção tardia, de modo a preservar os direitos desses indivíduos. Tais medidas seriam capazes de adequar os perfis desejados pelos pretendentes ao das crianças disponíveis para adoção.

É necessário incentivar essa modalidade de adoção, porque essas crianças e os adolescentes anseiam por fazer parte de uma família, por terem pais, além de precisarem de muito afeto, de cuidado e de compreensão.

## **2.2 A adoção tardia e os direitos fundamentais da criança e do adolescente**

A família é a primeira instituição em que a criança inicia seu desenvolvimento e começa a se reconhecer como indivíduo. Para Maluf (2010, p. 1), “a família é originariamente o lugar onde o homem se encontra inserido por nascimento ou adoção e nela desenvolve através das experiências vividas sua personalidade e seu caráter.”

Em relação à família, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os direitos fundamentais da criança, do adolescente e do jovem:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente legisla sobre os direitos da pessoa menor de 18 anos, e garante que estes devam gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assim como ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Ou seja, prioriza-se a convivência da criança com sua família biológica, contudo, em casos em que não seja possível, considera-se a adoção.

Frente a esse contexto, resta evidente que essa modalidade de adoção possui um papel importante na garantia dos direitos fundamentais da criança

e do adolescente que estão sob a responsabilidade do Estado e das instituições devido a sua situação familiar original, considerada irregular e sem perspectiva de retorno à convivência.

É uma alternativa para que essas crianças e adolescentes cresçam de forma saudável. Riere e Sartori (2013), afirmam que a finalidade da adoção é “oferecer um ambiente favorável ao desenvolvimento de uma criança que, por algum motivo, ficou privada de sua família biológica.”

Alguns dos direitos concedidos a criança e ao adolescente podem ser destacados devido a sua grande importância, como o direito à convivência familiar e comunitária, previsto no artigo 227 da Constituição Federal Brasileira, e o princípio do melhor interesse da criança, posto que ao atender tais direitos, outros como o direito à saúde, à alimentação, à educação, a cultura, entre outros, também estariam garantidos.

### **2.2.1 Do direito fundamental à convivência familiar**

No que tange ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária, a Constituição Federal de 1988 preceitua que a criança e ao adolescente necessitam estar inseridos em um contexto familiar bem estruturado e amoroso para que os seus outros direitos sejam respeitados.

A convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1989, reconhece que a criança deva crescer no seio da família, “em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”, de modo que desenvolva sua personalidade de maneira plena e harmoniosa.

Na atual Constituição Federal Brasileira, há o reconhecimento e a necessidade de proteção à infância, o direito de atendimento em creches e pré-escolas às crianças, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de proteção de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (GONÇALVES, p. 1, 2016)

A convivência familiar e comunitária ultrapassa o conceito de apenas viver em família, visto que abrange a capacidade dos adultos responsáveis de proporcionar um desenvolvimento saudável na fase infantil e juvenil e de deixar a criança ciente do quanto ela é amada, fornecendo atenção, amor e cuidado. (KUBOTA, 2012) Dessa forma, não se pode presumir que a garantia de tal direito se restringe à convivência com a família biológica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no caput de seu artigo 19, dispõe que:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Em relação a convivência comunitária, Lopes (2008, p. 143) acredita que seja de grande ajuda para que a criança seja adotada:

Muitas das crianças e adolescentes frustrados pela dificuldade de serem colocados em famílias substitutas começam a exprimir seu desejo de não ser adotado, rejeitando qualquer forma de aproximação com possíveis interessados, desistindo das poucas chances que lhes aparecem. O sucesso do trabalho de preparação dos abrigados para colocação destes em família substituta, também depende muito do grau de convivência das crianças e adolescentes na comunidade, uma vez que, participando ativamente das atividades sociais, o abrigado sente-se como uma pessoa digna, querida, sendo aceita, apesar de ainda não ter sido adotado. Essa convivência comunitária também aumenta significativamente as chances de alguém da comunidade onde o abrigo está inserido, que, conhecendo os abrigados, se interesse em adotar um deles.

Isto posto, a adoção, mesmo sendo de caráter excepcional, constitui um meio eficaz de garantir que o direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar seja respeitado, visto que nem sempre as famílias biológicas estarão aptas para proporcionar uma fase de desenvolvimento minimamente digna e saudável.

Ademais, a modalidade de adoção tardia atua como uma ponte que liga a criança abandonada e um lar repleto de amor e desafios, visto que, como anteriormente mencionado, muitas crianças e adolescentes já chegam aos abrigos com idade avançada ou permanecem nas instituições por muito tempo devido a uma série de fatores que as exclui do perfil preferido pelos pretendentes à adoção.

### **2.2.2 Princípio do melhor interesse para a criança**

Atuando como um princípio norteador de toda a política referente ao direito da criança e do adolescente no Brasil, o melhor interesse se consagrou com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente que transformou o conceito de adoção mais específico em relação aos interesses e bem-estar do adotado, assim, surgiu para reforçar a proteção à infância e à juventude de forma ampla. (COLUCCI, 2014)

O princípio do melhor interesse consiste na percepção da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, passíveis de ampla proteção e assistência, visto que são pessoas em condição de desenvolvimento e não apenas objetos sujeitos de intervenção quando em situação irregular (COLUCCI, 2014).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989 e ratificada pelo Brasil, consagra em seu artigo 21 que o sistema de adoção deve garantir que o melhor interesse da criança seja a consideração primordial, para mais, o artigo 3º da mesma convenção dispõe que:

Art.3. Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito

por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança.

No que tange a adoção tardia e sua relação com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, essa pode ser evidenciada durante todo o processo, desde a destituição do poder familiar, até a inserção em uma família substituta.

O menor de idade que antes se encontrava em situação precária e de vulnerabilidade em uma família que não possuía condições de garantir seus direitos, passa a ser protegido pelo Estado, que deverá fazer o necessário para representar interesses e proporcionar bem-estar. Quando não há possibilidade de retorno à família biológica, o menor de idade deve ser inserido em uma família substituta que proporcione um lar seguro e propício para seu crescimento.

Com o intuito de garantir que a criança ou o adolescente se sinta confortável com a adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que o menor de idade seja ouvido por uma equipe interprofissional sempre que possível, assim, sua opinião será considerada, visto que já possui certo grau de autonomia e compreensão a respeito das consequências da medida. (SILVA; ABRÃO, 2021)

Em suma, o desenvolvimento da criança e do adolescente é responsabilidade de suas famílias biológicas e, quando tal compromisso não for cumprido, deve ocorrer intervenção estatal e, em casos excepcionais, a inserção do menor de idade em família substituta que possa lhe proporcionar um ambiente seguro e favorável ao seu amadurecimento físico e psicológico. Todo esse processo ocorre considerando o princípio do melhor interesse da criança, a fim de que os demais direitos fundamentais sejam garantidos.

### **2.3 Tutela estatal integrativa no tocante às crianças abrigadas**

Conforme exposto anteriormente, quando uma família não possui condições materiais ou psicológicas de cuidar de uma criança e assegurar-lhe um bom desenvolvimento, o Estado intervém e o encaminha para uma instituição até que possa retornar para sua família biológica ou encontrar família substituta.

Dessa forma, o Estado passa a ser o principal responsável por encontrar meios de garantir que os direitos fundamentais do menor de idade sejam respeitados. Riede e Sartori (2013) acreditam que “a intervenção do Estado passa a ser necessária para preservar o direito a uma vida digna desta criança ou adolescente”.

As instituições servem como uma rede de atendimento à criança e ao adolescente que se encontram em situação irregular e de abandono. Enquanto o menor de idade se encontra institucionalizado, o Estado construiu mecanis-

mos de proteção para salvaguardar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, entre elas, pode-se citar, primeiramente, uma questão importante restritiva ao processo de adoção: a possibilidade de um segundo abandono.

Quando o menor de idade é encaminhado para família substituta e, por algum motivo, não ocorre adaptação, os adotantes acabam por tentar devolver a criança ou o adolescente, mesmo que a adoção tenha sido efetivada, o que resulta em um segundo abandono (RIEDE; SARTORI, 2013). Contudo, o artigo 39, parágrafo 1º do ECA dispõe que a adoção seja irrevogável.

De modo a prevenir que tal situação ocorra, são adotadas medidas preventivas, como uma investigação detalhada ou exames psicológicos acerca dos adotantes e de seus interesses e expectativas relacionados à adoção, além de um acompanhamento proporcionado por profissionais no período de convivência, com o intuito de coibir casos de devoluções de crianças e adolescentes. (RIEDE; SARTORI, 2013)

Em casos em que o rigoroso sistema implementado no processo de habilitação para adoção falha em relação à integração da criança em nova família, utiliza-se atualmente medida jurídica de indenização e pagamento de pensão alimentícia pelo abandono. (RIEDE; SARTORI, 2013)

Dessa forma, ao construir um mecanismo que instrui os pretendentes e acompanha as crianças e adolescentes aptos para adoção, é possível desmistificar a adoção tardia e ajudar os futuros pais a desmistificar a adoção tardia e a proporcionarem um ambiente seguro e estável para o desenvolvimento do menor de idade.

Além de questões restritivas ao processo de adoção, o Estado também fica responsável por implementar políticas públicas que servem para amenizar a problemática dos indivíduos que não se encaixam no perfil de preferência dos adotantes para adoção e acabam por permanecer nas Instituições de apoio.

Uma das principais dificuldades da adoção tardia é de estabelecer uma relação de parentalidade e amor com as crianças mais velhas, assim, percebe-se um certo receio, posto que não se conhece ao certo o histórico social e genético do adotado, gerando insegurança nos adotantes no que tange a vida pregressa da criança e o tratamento emocional e físico que deve ser oferecido, sendo uma de suas principais barreiras.

Além disso, o rompimento na convivência com as pessoas do abrigo ou casa-lar em que vive pode ocasionar ansiedade e tristeza, visto ser o único tipo de vínculo familiar que teve a oportunidade de conhecer até então, sendo considerada uma fonte de segurança, mesmo que precária.

A criança ou o adolescente adotado têm uma história anterior ao início de seu relacionamento com os pais adotivos, que varia a cada caso: podem ter sido colocados no abrigo recentemente ou há muito tempo, em função de morte, abandono, ou destituição do poder familiar dos pais biológicos. Algumas crianças conseguiram criar laços afetivos com os cuidadores da instituição. Outras passaram por

muitas mudanças de ambiente, e sofreram a falta de um cuidado individualizado. Muitas desenvolvem formas pessoais de sobrevivência à carência emocional. Essas experiências deixarão marcas na criança, que poderão se amainar com o encontro de uma família adotiva carinhosa e presente. (LEVISION, p. 59, 2020)

Diante disso, é comum que exista resistência de ambas as partes, o que torna mais complexo o processo de adoção tardia. A vulnerabilidade de uma criança sem família geralmente é explícita e palpável, assim, deve ter seu bem-estar como prioridade. Segundo Recanello (2013), às crianças e adolescentes institucionalizadas, “encontram-se à mercê do preconceito, da exclusão social, da falta de informação de grande parte da população e principalmente de políticas públicas que promovam a adoção no país.”

Frente a esse cenário, resta claro que a implementação de políticas públicas que incentivem a adoção tardia, a fim de garantir e preservar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes institucionalizadas, se faz imprescindível. Para Recanello (2013), “é essencial a atuação conjunta do magistrado, da equipe multidisciplinar e do Ministério Público, visto que o tempo não é complacente com as crianças institucionalizadas.”

Para o Dr. Sergio Luiz Kreuz (2012): “pensar em direito à convivência familiar de crianças e adolescentes passa, necessariamente, pela estruturação e implantação de políticas públicas, voltadas para a família”

Uma excelente demonstração de fomento à adoção tardia, estão em Tribunais de Justiça realizando campanhas de conscientização e incentivo. Pode-se citar como exemplo o que ocorreu em Pernambuco: O juiz Élio Braz promoveu uma campanha de incentivo à adoção tardia em que ensinou os jovens a serem protagonistas no processo de adoção, além de tentar quebrar paradigmas e preconceitos que cercam o tema e que podem ser superados pela sociedade (FARIELLO, 2017)

Outro exemplo seria a campanha “Esperando por você”, promovida pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em que gravaram diversos vídeos de crianças demonstrando seus sentimentos em relação à família. (FARIELLO, 2017)

Ao incentivar a adoção tardia e mostrar a realidade das crianças abrigadas, é possível transformar o intuito dos pretendentes no momento da decisão de adotar uma criança, que deve ser o de cuidar e ajudar, e não o de satisfazer suas próprias necessidades afetivas. Assim, os pretendentes poderão refletir com responsabilidade sobre seu futuro papel na vida de um indivíduo que se encontra em situação emocionalmente vulnerável, e adequar o perfil desejado para o perfil real das crianças aptas para adoção.

Além do incentivo através de campanhas, o Estado também pode contribuir instaurar programas que beneficiem o adotante, por exemplo, estabelecendo descontos na tributação para pais adotantes ou fornecendo auxílio a famílias que desejam adotar, mas não possuem condições financeiras para tal,

assim, iria aumentar o desejo de adotar e também a possibilidade no que tange as questões financeiras.

Portanto, o cuidado do Estado em relação às crianças institucionalizadas e o incentivo à adoção tardia através de políticas públicas são fatores essenciais para o cuidado das crianças brasileiras. Posto que, para garantir direitos fundamentais às crianças e adolescentes que permanecem abrigados em instituições, é necessário viabilizar a adoção utilizando os meios possíveis, como: incentivando a adoção tardia e a desconstrução de preconceitos, além de estabelecer estratégias eficientes que assegurem ao menor de idade o respeito por sua dignidade.

### **3. Considerações finais**

O tema proposto pela presente pesquisa possui relevância no meio científico, bem como nos meios social e jurídico, considerando que foi observado, através de estatísticas produzidas e disponibilizadas pelo CNJ, que o elevado número de crianças e adolescentes aptos para adoção e dependentes de abrigos é consequência da incompatibilidade entre o perfil de preferência dos adotantes e o perfil de crianças disponíveis para adoção. Ademais, o trabalho analisou como o incentivo à adoção tardia contribui para a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

No decorrer da pesquisa, foram analisados os conceitos e percepções da adoção tardia, que consiste na adoção de crianças com idade superior a dois ou três anos de idade e que possuem certa autonomia. Além de destacadas as principais adversidades enfrentadas no processo de adoção, relacionadas a incompatibilidade entre os perfis desejados pelos pretendentes e o de crianças e adolescentes disponíveis para adoção no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.

Também foi examinado de que forma a adoção tardia pode contribuir para a garantia de direitos fundamentais da criança e do adolescente, como o respeito ao princípio do melhor interesse e o direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

Outrossim, a presente pesquisa expôs qual forma ocorre a intervenção estatal para a proteção da criança, assim como foi relatado o modo como a tutela integrativa estatal no tocante às crianças que permanecem em abrigos até atingirem a maioridade é importante para o cuidado com as crianças brasileiras.

Considerando o que foi exposto durante o desenvolvimento da pesquisa, pode-se notar que a aplicação de políticas públicas é uma boa alternativa para tentar adequar os perfis desejados pelos pretendentes ao das crianças disponíveis e aptas para serem adotadas.

Por fim, ao disponibilizar acesso à informação a respeito do processo de adoção e incentivar o acompanhamento psicológico e a participação em grupos de apoio é possível desmistificar a adoção tardia e ajudar os futuros pais a

lidarem com a vida pregressa e sentimento de rejeição do adotado e proporcionar a ele um ambiente seguro e estável para seu desenvolvimento.

## Referências

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm#art266](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266). Acesso em: 12 jun. 2021.

CAMARGO, Mário Lázaro. **Adoção tardia**: representações sociais de famílias adotivas e postulantes à adoção (mitos, medos e expectativas). 2005. 268 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras de Assis, 2005. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/97679>.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança**: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro. São Paulo, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Brasília, 2020. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat\\_diagnosticoSNA.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA.pdf). Acesso em: 07 jul. 2021.

DA SILVA, Amanda Carollo Ramos; ABRÃO, Jorge Luís Ferreira. **Do acolhimento institucional à família adotiva**: a vivência da criança nesta transição. Estilos da Clínica, v. 26, n. 1, p. 83-98, 2021.

FARIELLO, Luiza. **Adoção tardia**: tribunais dão visibilidade à criança e adolescente. CNJ, 2017 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84763-adoacao-tardia-tribunais-da-ovisibilidade-a-crianca-e-adolescente>. Acesso em: 15 jun. 2021.

FEDERAL, Senado. **Constituição**. Brasília (DF), 1988.

GONÇALVES, Gisele. **A criança como sujeito de direitos**: limites e possibilidades. ANPED SUL, v. 11, p. 1-14, 2016.

KHAFIF LEVINZON, Gina. **Tornando-se pais**: A adoção em todos os seus passos. 2ª Ed. Edgard Blucher Ltda. 11 de março de 2020.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

KUBOTA, A. M. C. et al. **Convivência Familiar e comunitária: ADOÇÃO**. CONDIJ-PR, Parana, v. 1, n. 1, p. 11-75, out./2012. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/>. Acesso em: 22 jun. 2021.

LOPES, Cecília Regina Alves. **Adoção**: Aspectos históricos, sociais e jurídicos da inclusão de crianças e adolescentes em família substitutas. Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2008.

MALUF, Adriana Caldas. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. Orientador: Roberto João Elias. 2010. 348 f. Tese de doutorado (Doutorado em

Direito) - Universidade de São Paulo, 2010.

ONU. **Declaração dos Direitos da Criança**. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-dacrianca.html>. Acesso em: 14 jun. 2021.

RECANELLO, L.D. **Acolhimento institucional x adoção tardia**: o tempo como fator de exclusão social. In: Mariana Ribeiro Santiago; Marcos Alves da Silva; Valéria Silva Galdino Cardim. (Org.). *Direito de Família*. 1 Ed. Florianópolis: FUNJAB, p. 496-511, 2013.

RIEDE, Jane Elisabete; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Adoção e os fatores de risco**: do afeto à devolução das crianças e adolescentes. *Perspectiva*, v. 37, n. 138, p. 143-154, 2013.

# TECNOLOGIAS DE BIOIMPRESSÃO 4D: UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR DO BIODIREITO E BIOÉTICA

**Vitória Faria Paschoalini**

Bacharel em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto/Brasil. Mestranda em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas, da Universidade de Santa Cecília (Unisantia).

“O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001”

## **Resumo:**

O presente artigo propõe assinalar a necessária interdisciplinaridade entre bioética e biodireito face às novas tecnologias de bioimpressão de órgãos 4D. Para tanto, parte do contexto da atual pandemia da Covid-19 e a evolução dos transplantes de órgãos no Brasil nesse período recente.

Trata-se de um estudo de análise descritiva do tipo revisão integrativa da literatura. Como referencial teórico destacam-se entre os principais autores: Maria Helena Diniz; Stefano de Rodotá; Volnei Garrafa; Leo Pessini; Daisy Gogliano; Walter Moraes; Fábio Ulhoa Coelho.

**Palavras-chave:** Transplante de órgãos; Bioimpressão 4D; Bioética; Biodireito.

## **Introdução**

As constantes evoluções tecnológicas da medicina e das ciências da área da saúde impactam a cultura da sociedade e exigem uma resposta do direito para os anseios de diretrizes do que venha a ser adequado ou mesmo moral para uma determinada sociedade na área dos transplantes de órgãos.

Segundo a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO), o Brasil possui o maior programa público de transplantes de órgãos e tecidos do mundo, sendo as diretrizes da política nacional de transplantes pautadas pela gratuidade da doação, beneficência em relação aos receptores e da não maleficência em relação aos doadores vivos, conforme a teoria principialis-

ta da bioética. O conhecimento da legislação por parte dos profissionais que atuam na área pode levar a transformações positivas no atual cenário brasileiro em que a maior barreira para a efetivação da doação de órgãos e tecidos é a recusa familiar.

Nesta perspectiva, além do conhecimento técnico-científico-biológico, é necessário compreender a legislação vigente levando em consideração os princípios éticos, bioéticos e do biodireito de modo a assegurar aos agentes envolvidos seus direitos fundamentais e o exercício pleno de sua dignidade humana.

No final de 2019, o mundo assistiu ao surgimento de uma nova doença, ocasionada pelo Coronavírus 2 (SARS-CoV-2), denominada de COVID-19. Em 11 de março de 2020, ela foi declarada pandêmica pela Organização Mundial da Saúde (OMS). E a sua disseminação global restringiu significativamente os programas de transplante no mundo.

No Brasil, segundo a Organização Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO), apenas no primeiro semestre de 2020, verifica-se uma diminuição dos transplantes de fígado (6,9%), rim (18,4%), coração (27,1%), pulmão (27,1%), pâncreas (29,1%) e principalmente córneas (44,3%), pela suspensão de grande parte dos serviços.

É neste cenário que advém a tecnologia da bioimpressão de órgãos 4D. Esta, ainda em fase de desenvolvimento, busca a reprodução de órgãos humanos em laboratório, que sejam funcionais e sob medida, para cada um dos pacientes e potenciais receptores, revolucionando o cenário dos transplantes no mundo. Essa tecnologia, de impressão de órgãos humanos em 4D, possui estreita ligação com a bioética, pois representa o esforço humano em ultrapassar seus limites biológicos inatos através da ciência e medicina.

## 1. Transplante de órgãos e tecidos humanos

Conforme o Ministério da Saúde, o transplante é um procedimento cirúrgico que consiste na reposição de um órgão (coração, pulmão, rim, pâncreas, fígado) ou tecido (medula óssea, ossos, córneas) de uma pessoa doente (receptor), por outro órgão ou tecido normal de um doador vivo ou morto (BRASIL, 2008).

Os órgãos que podem ser obtidos de doadores vivos (*inter vivos*) são: um dos rins, parte do fígado, parte da medula e parte dos pulmões. Para o transplante de doador não vivo (*post mortem*) obtêm-se os seguintes órgãos: rins, coração, pulmão, pâncreas, fígado e intestino; e tecidos: córneas, válvulas, ossos, músculos, tendões, pele, veias e artérias (BRASIL, 2008).

Os potenciais doadores *post mortem* são pacientes assistidos em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) com quadro de morte encefálica, ou seja, a ausência de todas as funções neurológicas. Morte encefálica é a definição legal de morte. É a completa e irreversível parada de todas as funções do cérebro. Isto

significa que, como resultado de severa agressão ou ferimento grave no cérebro, o sangue que vem do corpo e supre o cérebro é bloqueado e este morre (BRASIL, 2008).

Finda breve contextualização, cabe analisar o panorama normativo que permeia a doação de órgãos e tecidos humanos no Brasil.

## 1.1 Histórico legislativo nacional

A primeira norma a disciplinar de forma legal o transplante de órgãos no Brasil foi a Lei nº 4.280/1963. Esta lei tinha por objetivo dispor sobre a ablação de órgão ou tecido de pessoa falecida (doação post mortem), regulamentando especificamente o transplante de córnea (art. 2º) e sem previsão de doação e transplante *inter vivos* (DANTAS, 2014).

Posteriormente, em 1988, a Constituição Federal, em seu artigo 199, §4º, estabeleceu a necessidade de ser criada uma lei para disciplinar a questão da doação e transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, vedando qualquer tipo de comercialização neste processo de doação e transplante.

Em 1992, foi publicada a Lei nº 8.489, que passou a disciplinar a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano. Esta Lei trazia expressamente à determinação de que a disposição dos órgãos, tecidos e partes do corpo humano somente poderia ser feita de forma gratuita (art. 1º). Em 1997, publicou-se a Lei nº 9.434/1997, conhecida como Lei de Transplantes.

As principais inovações trazidas por esta Lei foram:

- a) impossibilidade de retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo de cadáveres não identificados (art. 6º);
- b) a possibilidade de doação *inter vivos* (art. 9º), limitando a doação entre avós, netos, pais, filhos, tios, sobrinhos, primos, cunhados e cônjuges. Se a doação ocorrer entre pessoas não elencadas, somente com autorização judicial é que a doação e o transplante podem ser realizados;
- c) a indicação de que é preferível que a autorização do doador, na doação *inter vivos*, seja feita por escrito e na presença de testemunhas (art. 9º, §4º);
- d) a definição de morte encefálica, com critérios a serem estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina (art. 3º);
- e) e a presunção de que todas as pessoas falecidas fossem doadoras (art. 4º).

A população ficou insatisfeita em relação a este último ponto da Lei, suscitando a criação e publicação de normas contrárias à presunção de consentimento para doação *post mortem*, culminando com a edição da Lei nº 10.211/2001.

De acordo com esta Lei, o consentimento para a doação *post mortem* deixava de ser presumido, passando a ser necessária a autorização do cônjuge ou

parente do falecido para a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo. Por conseguinte, após a Lei nº 10.211/2001, a família assumiu a responsabilidade pela decisão a respeito da doação, devendo ser obrigatoriamente consultada, posto que a doação somente será realizada com o consentimento familiar.

Em conformidade com a atual redação da Lei 9.434/97, os pressupostos autorizadores para a doação e transplante de órgãos e tecidos são:

- a) Gratuidade: o doador não pode receber pela doação e o receptor também não pode pagar pelo órgão, tecido ou parte do corpo;
- b) Autorização técnica: somente estabelecimentos de saúde e equipes de remoção e transplante previamente autorizados podem realizar o transplante;
- c) Testes de triagem de segurança no doador: o transplante somente pode ser feito após realizados, no doador, todos os testes de triagem para diagnóstico de possíveis infecções e infestações, impedindo eventual contaminação do receptor.

Importante destacar que não há limite de idade fixado em lei para a doação de órgãos, bastando que o quadro clínico do doador seja bom e haja compatibilidade com o receptor. Estes pressupostos são comuns às duas espécies de doação, quais sejam, *inter vivos* e *post mortem*.

Em consonância com as normas legais, aborda-se a Resolução nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, que disciplina o Código de Ética Médica.

Os artigos 43 a 46 do referido código trazem as regras deontológicas, ou seja, os deveres do médico em relação à doação e ao transplante de órgãos. Em síntese, o artigo 43 proíbe o médico pertencente à equipe de transplante de participar do processo de diagnóstico de morte de possível doador. O art. 44 traz como infração ética deixar de esclarecer o doador e o receptor sobre os riscos inerentes às condutas relacionadas à doação e ao transplante. O artigo 45 afirma ser ilícito ético a retirada de órgão de doador vivo de pessoa juridicamente incapaz, salvo nos casos previstos em lei. E, por fim, o artigo 46 veda a participação direta ou indireta do médico na comercialização de órgãos e tecidos humanos.

Após reflexão sobre os aspectos conceituais e legais, faz necessária análise sobre a atual situação de demanda por transplantes de órgãos.

## 1.2 Repercussão do covid-19 nos programas de transplantes

A pandemia impactou de forma negativa a doação de órgãos e tecidos e, conseqüentemente, os transplantes no Brasil. Segundo a ABTO, a margem de doadores de 18,1 por milhão de população (PMP), em 2019, caiu para 15,8, em 2020, configurando uma queda de 11%. O transplante de fígado foi o menos atingido, com uma diminuição de 9,3% e o de pulmão o mais impactado, com uma redução em torno de 60%.

De acordo com o Registro Brasileiro de Transplantes (RBT), no primeiro trimestre de 2021 houve queda na taxa de doadores (26%) e de transplante de pulmão (62%), de rim (34%), de coração (34%), de fígado (28%) e de pâncreas (5%). Também diminuíram as taxas de transplante de medula óssea (29%) e de córnea (25%). A taxa de notificação de potenciais doadores teve um leve aumento (2%), entretanto, a taxa de efetivação da doação caiu 25%, passando de 35% para 26%, devido ao aumento dos casos de contra-indicação (50%), não autorização familiar (14%) e parada cardíaca durante o processo de doação (25%).

Diversos fatores contribuem para a redução da realização dos transplantes, quais sejam: o risco de contaminação pelo coronavírus de potenciais doadores e de pacientes transplantados, devido seu status imunológico baixo; a priorização do uso dos leitos de UTI's para os pacientes de Covid-19; a redução de voos comerciais utilizados para o transporte de órgãos; a recusa familiar para a doação, por questões pessoais, éticas ou religiosas; e a redução do número de mortes por traumas encefálicos.

O ano de 2021 iniciou-se com boa expectativa de retomada dos transplantes, mas a segunda onda da Covid-19, que atingiu de forma homogênea e mais intensa todos os estados, causou, novamente, uma redução das doações e dos transplantes.

Conforme a RBT, a expectativa é que se acelere a vacinação no país, e que, rapidamente, todos os pacientes em lista de espera e transplantados sejam contemplados. Mas, ainda há o temor da menor taxa de imunização pela imunossupressão e, talvez, sejam necessárias alternativas, como vacinação pré-transplante, três doses de vacina ou modificação da imunossupressão num curto período anterior e posterior à vacinação.

Neste cenário de procura por alternativas, advém a tecnologia da bioimpressão de órgãos 4D.

## **2. Novas tecnologias de bioimpressão 3D/4D**

É recente a tecnologia de impressão tridimensional (3D), tendo sido patenteada em 1986 por Charles W. Hull, tornando-se um marco na ciência moderna (Hull *et al.*, 1984). Charles criou a primeira máquina de estereolitografia capaz de imprimir uma estrutura sobre os três eixos: comprimento(X), largura(Y) e altura(Z). Estas eram estáticas e não se faziam apresentar com nenhum material biológico. (SAPTARSHI *et al.*, 2019)

Em virtude da constante evolução das técnicas de impressão e da própria ciência, ampliou-se o conceito de impressão 3D através da adição de material celular ou biológico surgindo a tecnologia de bioimpressão tridimensional.

A bioimpressão 3D possibilita a criação de estruturas com uma microarquitetura apropriada que permite uma estabilidade mecânica e, conseqüentemente, uma melhoria da viabilidade celular (KAČAREVIĆ *et al.*, 2018).

Apesar de ser considerada uma inovação na ciência atual, a bioimpressão está associada a uma grande limitação: as estruturas impressas são estáticas e não apresentam variações da sua forma, acabando por se tornar uma condicionante na impressão 3D e na sua aplicação a nível biológico. Tendo por base esta lacuna nasce então a impressão quadridimensional (4D), em 2014, pelas mãos de Skylar Tibbits, diretor do laboratório de “Self-assembly lab” do Massachusetts Institute of Technology (MIT) (TIBBITS, 2014).

A definição de bioimpressão 4D ainda não reúne consenso por parte da comunidade científica, acabando por ser um termo abrangente. Desta forma, pode ser definida como a técnica de impressão de bioestruturas que têm a capacidade de alterar a sua morfologia com o decorrer do tempo, sendo esta alteração provocada por um estímulo externo (YANG et al., 2020).

O termo impressão 4D pode referir-se a bioimpressão 4D caso satisfaça um dos seguintes requisitos: os objetos impressos devem ser biocompatíveis e possíveis de transplantar para o corpo humano; os objetos impressos podem ter aplicações biomédicas e, por último, os objetos impressos devem ter na sua constituição material biológico (células viáveis ou moléculas biológicas) (YANG et al., 2020).

Atualmente, com o intuito de transplantação, existem protótipos de órgãos humano criados por impressoras 4D. O uso da tecnologia de bioimpressão para fazer órgãos, a partir de células-tronco do próprio paciente, será a solução para o problema da rejeição por incompatibilidade com o sistema imunológico do receptor.

Segundo a Revista Bioemfoco (2017), a área da saúde utilizou-se da impressão 3D para a produção de próteses de reconstrução óssea, na década de 80. Hoje, é possível a fabricação de tecidos da pele e cartilagens (VICENTE, 2019).

Em 2010, a startup de biotecnologia Organovo imprimiu o primeiro vaso sanguíneo e posteriormente, lançou, no mercado, a primeira impressora de tecido humano.

Pesquisadores do Instituto Federal de Tecnologia, de Zurique, na Suíça, utilizam a técnica para imprimir cartilagem, criada a partir da cultura do material genético do próprio paciente, reduzindo as chances de uma rejeição.

O método sinaliza o início de uma espécie de revolução industrial dos transplantes. Uma era em que pode ser possível produzir órgãos em larga escala, até sob encomenda (PONTES, 2020, p. 03).

Um estudo publicado na revista Nature em 2014, mostrou que pesquisadores norte-americanos realizaram o implante de tecidos impressos em 4D em animais. Os cientistas imprimiram estruturas cartilaginosas, ósseas e musculares e a transplantaram nos roedores. Essas células desenvolveram um sistema de vasos sanguíneos e se transformaram em tecidos (MURPHY, Sean. ATALA, Anthony. 2014).

Em 2019, uma equipe da Universidade de Tel-Aviv, em Israel, apresentou um protótipo de coração humano impresso. A estrutura contava com te-

cidos e vasos sanguíneos, porém era do tamanho de uma cereja (LIMA, 2020).

A vascularização ainda é precária, o material biológico para a impressão ainda não é suficientemente estruturado e, sobretudo, há dificuldades em fazer o órgão realizar suas funções principais. O minicoração israelense até bate, mas não consegue bombear sangue. Os cientistas avaliaram que os pontos que ainda precisam de evolução são a multiplicação de uma quantidade suficiente de células cardíacas e o processo de maturação, pelo qual as células do novo coração poderão ser sincronizadas, provocar pulsações e, finalmente, permitir que o órgão funcione de forma autônoma (FOSTER, 2019, p. 5).

É, até este momento, um desafio reproduzir a vascularização e a energia dos órgãos, por exemplo. O problema está no comportamento celular, ou seja, na interação entre a estrutura tridimensionalmente fabricada e o comportamento da célula (VICENTE, 2019).

Segundo o Instituto de Pesquisas com Células-Tronco – IPTC, a pesquisa em bioimpressão de órgãos 4D vem sendo desenvolvida também no Brasil, por pesquisadores da Divisão de Tecnologias Tridimensionais (DT3T), do Centro de Tecnologia da Informação (CTI) Renato Archer, uma das unidades de pesquisa do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Embora as pesquisas estejam nos estágios preliminares, acredita-se que, em menos de 20 anos, será possível produzir órgãos humanos em laboratório, para transplantes. Assim, podemos concluir que diversos cientistas do mundo, estão trabalhando, atualmente, em pesquisas para aprimorar a tecnologia de bioimpressão de órgãos 4D, a fim de reproduzir órgãos humanos, em laboratório, que sejam funcionais e sob medida, para cada um dos pacientes e potenciais receptores de órgãos. Em suma, esta tecnologia transformaria o cenário dos programas de transplantes no mundo, ocasionando uma verdadeira revolução, capaz de salvar milhares de vidas (LIMA, 2020).

Essa tecnologia, de impressão de órgãos humanos em 4D, possui estreita ligação com a bioética, pois representa o esforço humano, em ultrapassar suas limitações biológicas inatas, através da Ciência e da Medicina.

### **3. Bioética e biodireito**

A Bioética é o estudo transdisciplinar entre as Ciências Biológicas, Ciências da Saúde, Filosofia (Ética) e Direito (Biodireito), que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e ambiental. Considera, portanto, questões onde não existe consenso moral, como a fertilização *in vitro*, o aborto, a clonagem humana, a eutanásia, os alimentos transgênicos e as pesquisas com células-tronco, bem como, a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e aplicações na área da saúde (DINIZ & GUILHEM, 2002).

Em contrapartida, o Biodireito é o ramo da Ciência do Direito cujo objetivo é estudar e regulamentar os eventos e evoluções dentro da medicina e da biotecnologia, que desencadeiam uma inovação à vida dos seres humanos,

gerando novas visões e tratamentos, bem como novas perspectivas para vida e morte. Para Diniz,

Como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o biodireito, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar os crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade (DINIZ, 2007).

O biodireito possui grande relevância ao direito como um todo uma vez que versa sobre avanços biotecnológicos e medicinais, fazendo com que uma ciência milenar, que é o direito, acompanhe as inovações hodiernas de uma sociedade em razão de suas evoluções constantes.

Desta forma, o biodireito, inspirado pela bioética, busca tutelar assuntos que acabam por gerar polêmica, às vezes por se tratarem de um desenvolvimento que a própria sociedade tem dificuldade de acompanhar ou por simplesmente tratarem de crenças e ideais. Deste modo, explana temas como a morte digna (eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido), aborto, doação de órgãos intervivos, terapias com células-mãe embrionárias, reprodução humana assistida, dentre outros.

Gradativamente, a sociedade passa a exigir que as pesquisas científicas sejam realizadas de modo a garantir avanços significativos para a ciência, levando em consideração a dignidade e a vida dos agentes envolvidos (OGUISSO, ZABOLI, 2006).

Neste âmbito, o filósofo Tom Beauchamp e o teólogo James Childress, aduzem a ideia de que os conflitos morais poderiam ser mediados por instrumentos morais, os denominados princípios éticos. Dessa forma, tais autores propõem quatro princípios éticos: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça.

A junção destes quatro princípios passa a ser chamados de teoria principialista da bioética (DINIZ, 2007).

O princípio da não maleficência inclui, em princípio, a proibição de qualquer dano intencional ao paciente. O princípio da beneficência afirma que os médicos devem visar os interesses dos pacientes. Beauchamp e Childress foram além e determinaram que tanto médicos quanto cientistas deveriam se basear no princípio da utilidade, visando trazer o maior benefício possível para o maior número de pessoas (PORFÍRIO, 2020).

O princípio da autonomia é respeitar a autonomia do indivíduo, pois ele é responsável por si mesmo, e ele decide se receberá tratamento ou participará de pesquisas científicas. O princípio da equidade visa estabelecer um mecanismo de regulação da relação entre médicos e pacientes, e não é mais restrito apenas pela autoridade médica. O poder conferido ao profissional em razão de seu juramento de conhecimento e ética e comportamento profissio-

nal deve estar sujeito à justiça, e a justiça atuará em caso de conflito de interesse ou prejuízo ao paciente (PORFÍRIO, 2020).

Embora existam várias conceituações sobre bioética, basicamente este é o ramo do conhecimento que se preocupa com as consequências éticas e morais dos avanços científicos biomédicos, norteando princípios a serem observados para sua adequada utilização (SILVA, 2010).

Os princípios bioéticos são excluídos de coerção legal. São indicações morais para o emprego ético das novas técnicas. Estabelece-se, então, a importância de se relacionar a bioética ao direito, que deve valer-se dos princípios da bioética como forma de operacionalizar e responder a questões gerais que nos causam perplexidade. Chega-se, pois, ao biodireito, o direito aplicado à bioética (SILVA, 2010).

Em se tratando da doação e transplante de órgãos e tecidos, a bioética e o biodireito são instrumentos importantes para a efetivação de uma prática segura, visto que a doação e o transplante de órgãos e tecidos implicam temas polêmicos e atuais, sendo sempre de notável importância para a manutenção da saúde da humanidade (ROZA, 2010).

A implementação das novas tecnologias de bioimpressão é recente e carece de regulamentação, sendo necessário desenvolver, uma vez que é uma área em atual expansão. O crescimento destas tecnologias sem a eficaz regulamentação, pode acarretar impactos negativos nas esferas sociais, políticas e econômicas.

Em suma, a bioética e o biodireito elucidam as pluralidades normativas nacionais e internacionais que lidam com esta temática e buscam proteger e beneficiar a todos.

## **Considerações finais**

O Brasil possui o maior programa público de transplantes de órgãos e tecidos do mundo, sendo as diretrizes da política nacional de transplantes pautadas pela gratuidade da doação, beneficência em relação aos receptores e da não maleficência em relação aos doadores vivos, conforme a teoria principialista da bioética.

Restou demonstrado o impacto negativo que a pandemia do Covid-19 gerou nos programas de transplantes brasileiros. Na busca por alternativas que visem a evolução dos transplantes, advém a tecnologia da bioimpressão de órgãos 4D. Esta, ainda em fase de desenvolvimento, apresenta inovações que irão revolucionar o cenário de transplantes mundialmente.

A busca incessante pela melhoria da qualidade de vida e as constantes evoluções tecnológicas da medicina e das ciências da área da saúde, impactam a sociedade em todos os aspectos. Neste cenário, a bioética e o biodireito visam assegurar aos agentes envolvidos seus direitos fundamentais e o exercício pleno de sua dignidade humana.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.**

\_\_\_\_. Lei Federal nº 4.280/1963.

\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.489/1992.

\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.434/1997.

\_\_\_\_. Lei Federal nº 10.211/2001.

\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica. Resolução nº 1.931/2009.**

BRASIL. **Ministério da Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde, 2008.** Disponível em: <[https://bvsm.sau.gov.br/bvs/dicas/142transplante\\_de\\_organos.html](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/dicas/142transplante_de_organos.html)>. Acesso em: 25 jun 2021.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico.** 3ªed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2014, p. 110.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 4a edição, São Paulo, 2007.

DINIZ, Débora. GUILHEM, Dirce. **O que é bioética?** Editora Brasiliense, São Paulo, 2002.

FERNANDES, José de Souza. **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002,** 1ª edição – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FOSTER, Gustavo. Impressão 3D na medicina: o que já existe e o que pode vir por aí. **Revista Eletrônica Gaúcha AZ.** Disponível em

<<https://gauchazh.clicrbs.com.br/sau/vida/noticia/2019/07/impressao-3d-na-medicina-o-que-ja-existe-e-o-que-pode-ir-por-ai-cjxopjti603kq01pkdqx6q4s7.html>>. Acesso em 10 jun 2021.

HULL, Charles W.; ARCADIA; CALIF - **United States Patent (19),** 1984.

IMPRESSÃO DE ÓRGÃOS EM 3D: **O Futuro dos Transplantes? Revista eletrônica Bioemfoco.** Disponível em <<http://bioemfoco.com.br/noticia/impressao-orgaos-3d-futuro-transplante/>>. Acesso em 14 jun 2021.

KAČAREVIĆ, Željka P.; RIDER, Patrick M.; ALKILDANI, Said; RETNA-SINGH, Sujith; SMEETS, Ralf; JUNG, Ole; IVANIŠEVIĆ, Zrinka; BARBECK, Mike - **An introduction to 3D**

**bioprinting: Possibilities, challenges and future aspects.** Materials. . ISSN 19961944.

11:11 (2018). doi: 10.3390/ma11112199.

LIMA, Daniela. **Precisamos Falar Sobre a Bioética e a Bioimpressão ee Órgãos 3D.** Revista de Biodireito e Direito dos Animais. 6. 37. 10.26668/IndexLaw-Journals/2525-9695/2020.v6i2.7047. Acesso em 15 jun 2021.

MURPHY, Sean. ATALA, Anthony. *3D bioprinting of tissues and organs.* **Revista Nature Biotechnology.** v. 32, 773-785 (2014). 05.08.2014. Disponível em <<http://www.nature.com/journal/v32/n8/full/nbt2958.html>>. Acesso em 10 jun 2021.

OGUISSO, Taka. ZOBOLI, Elma. *Ética e bioética: desafios para a enfermagem e a saúde*. Editora Manole, Barueri, São Paulo, 2006.

PONTES, Felipe. **Está mais próximo o dia em que você poderá pedir rim, bexiga e veias sob encomenda ou imprimi-los em 3D. Conheça as tecnologias que prometem uma revolução industrial dos transplantes.** *Revista Eletrônica Galileu*. Disponível em <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,ERT220794-17773,00.html>>. Acesso em 10 jun 2021.

PORFÍRIO, Francisco. **“Bioética”; Brasil Escola**. Disponível em:

<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/bioetica.htm>. Acesso em 10 jun de 2021.

ROZA, BA, Garcia VD, Barbosa SFF, et al. **Doação de órgãos e tecidos: relação com o corpo em nossa sociedade**. Disponível em: <

<https://www.scielo.br/j/ape/a/ZmW8LKZT6QGkztSsTj4fTsq/?lang=pt>> . Acesso em 09 jun 2021.

SAPTARSHI, Sourabh Manoj; ZHOU, Dr. Chi - **Basics of 3D Printing** : Elsevier Inc., (2019).

ISBN 9780323581189. doi: 10.1016/B978-0-323-58118-9.00002-6

SILVA, Antônio Marcos. **Bioética, biotecnologia e biodireito**. Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Distrito Federal. Disponível em: < <https://oabdf.org.br/noticias/artigo-bioetica-biotecnologia-e-biodireito-3/>>. Acesso em 05 jun 2021.

TIBBITS, Skylar - **4D printing: Multi-material shape change**. *Architectural Design*. . ISSN

00038504. 84:1 (2014) 116–121. doi: 10.1002/ad.1710.

VICENTE, João Paulo. **Já imprimimos órgãos humanos; bioimpressão 3D é futuro dos transplantes.** *Revista Eletrônica UOL*. 20.09.2019. Disponível em <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/09/20/bioimpressao-o-futuro-nos-orgaos-humanos-impresos-em-laboratorio.html>>. Acesso em 10 jun 2021.

YANG, Qingzhen; GAO, Bin; XU, Feng - **Recent Advances in 4D Bioprinting**.

*Biotechnology Journal*. . ISSN 18607314. 15:1 (2020) 1–10. doi: 10.1002/biot.201900086.

# A EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO – EDUCAÇÃO E MEIO AMBIENTE: AGENDA 2030

**Roberta Soares da Silva**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora. Advogada

**Roberto Kiraly**

Centro Universitário de Bauru – CEUB/ITE. Mestrando em Direito Constitucional pelo Centro Universitário de Bauru – CEUB-ITE/SP. Professor e Advogado

## **Resumo:**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual assegura o direito à educação. Com isso, o presente artigo visa destacar a educação como direito essencial à dignidade da pessoa humana, tanto no plano internacional, quanto no plano constitucional, como direito fundamental. O presente artigo, discorrerá sobre importância da educação de qualidade, para o aprimoramento de uma educação para o meio ambiente em todas as suas dimensões. Neste artigo, o que se propõe os autores é delimitar a importância da educação de qualidade, como pressuposto para uma educação ambiental, de modo que possa o homem progredir, inventar, criar, aprimorar o convívio social, em um ambiente saudável, equilibrado, construtivo e preservado – em um mundo mais humano. O método de estudo adotado para este artigo será o qualitativo-bibliográfico.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Direitos fundamentais; Educação; Meio ambiente.

## **Introdução**

No contexto da sociedade mundial, emerge uma ambiciosa proposta, um programa de ação denominado Agenda 2030 – um plano de ação para toda a humanidade, em busca da prosperidade, do desenvolvimento, da cooperação, da liberdade, da igualdade e da fraternidade, com o objetivo de uma segunda abolição, da eliminação da pobreza – da pobreza extrema.

É buscar o equilíbrio, a sustentabilidade, pela força da união, da caridade e da solidariedade entre todos os povos do mundo. E que nesse ambicioso

plano de ação global ninguém seja deixado para trás.

Com esse propósito, o artigo pauta-se no pilar da educação como um direito humano.

Na primeira parte, será feita a abordagem da educação como direito humano – perspectivas no âmbito internacional e nacional. No âmbito internacional, pautada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no âmbito nacional na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na segunda parte, o tema da educação e meio ambiente, pautado na Agenda 2030.

O presente artigo traz uma proposta reflexiva dos estudos em direitos humanos, principalmente sobre o programa da Agenda 2030, que busca chamar a humanidade para o verdadeiro sentido de justiça, de liberdade, de desenvolvimento, de sustentabilidade e o modo de poder alcançá-los.

A proteção efetiva do valor humanidade é fundamental para o desenvolvimento das nações do mundo e das sociedades modernas. Eis a proposta da Agenda 2030.

## **Educação como Direito Humano – perspectivas no âmbito internacional e nacional**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo XXVI, é instrumento de viabilização e concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo estes a educação – sendo este direito imanente à condição humana, de o homem ter direito a ter direitos, dignidade e humanidade.

Assim destaca o artigo XXVI da Declaração Universal:

1. Toda a pessoa humana tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais e religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos.

A educação como um direito humano é necessária para o desenvolvimento do homem como pessoa humana, visto que o homem é essencialmente um ser cultural.

A educação tem por objetivo transformar, modificar, aprimorar o devir a ser do homem. Com a educação, o homem evolui, constrói, se modifica culturalmente, essencialmente, como pessoa e como parte do grupo social

(MONDIN, 1995).

A educação é fundamental para a conscientização do homem, quanto à preservação da natureza, de habitat, do meio ambiente, como forma de garantia de sua própria sobrevivência.

A educação no Brasil é um direito social – esta norma valor se encontra inserida no artigo 6º da Carta Magna de 1988:

São direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. (BRASIL, 1988).

A Constituição ao assegurar a educação como um direito de todos, georou no Estado um dever constitucional de provê-la e também definiu como responsável pela sua prestação, a família, com a colaboração da sociedade, propiciando, dessa maneira, em contrapartida, o direito de interferir efetivamente no processo educativo. (SILVA, 2011).

No que diz respeito às regras gerais que definem diretrizes e fixam bases, a competência é privativa da União (Art. 22, XXIV, da CF).

A competência é comum no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, da CF), quanto às matérias relativas aos meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.

A competência é concorrente no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto (art. 24, IX, da CF).

A Constituição Federal, em seu art. 54, VII, alínea “e”, e art. 35, III, dispõe sobre a intervenção nos Estado e Municípios no que diz respeito à educação. A norma, neste particular, procura evitar que as autoridades estaduais e municipais, descumpram o preceito constitucional, de modo a tornar efetivo o pressuposto lógico do sistema normativo – o princípio da universalidade da educação. Educação para todos. Educar o homem, educar o homem todo.

O propósito da educação é articular-se com a democracia integral – uma educação integral. Educação integral é um processo pedagógico permanente que abrande todos os cidadãos, toda a sociedade em suas várias dimensões, sociais, culturais, políticas e econômicas, pois visa educar o homem e o homem todo no exercício sempre mais do pleno poder, tanto na esfera se sua subjetividade, quanto na esfera de suas relações sociais. (BOFF, 2000). Sem esse poder solidário, cooperativo, não surgirá uma democracia integral nem um desenvolvimento centrado na pessoa e, por isso, o único verdadeiramente sustentado.

A educação integral capacita e forma a pessoa humana para gestar a democracia aberta, socioeconômica e um desenvolvimento que garante uma sociedade sustentável, dinâmica e altruísta.

Nessa concepção – na construção de uma sociedade altruísta e sustentável que a ONU – Organização das Nações Unidas lançou a Agenda 2030 – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

A seguir, passamos a analisar o propósito da Agenda 2030 – Educação e

Meio Ambiente.

## Educação e meio ambiente – Agenda 2030

Um povo educado e instruído é um povo consciente de seus valores e de seus direitos sociais, políticos, econômicos e culturais.

Investir em educação é investir na qualidade de vida social e espiritual de um povo, de uma nação de toda uma sociedade. Investir em educação é garantir qualidade de vida, é garantir sustentabilidade.

Nesse aspecto, pode-se assentir de que não resta dúvida da importância da educação no processo cultural, de transformação, de evolução do homem em seu convívio social.

A educação é a mola propulsora para a construção de uma sociedade justa e solidária, crítica e reflexiva, capaz de reconhecer seus problemas sociais e trabalhar na busca do melhor caminho, por meio da inovação tecnológica e sustentável, para o avanço, sem, contudo, comprometer com o planeta e as futuras gerações. Eis o propósito da educação.

E foi com esse espírito que surgiu o ambicioso objetivo 4 – Objetivo de Desenvolvimento Sustentável.

Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos.

Essa meta está diretamente relacionada com a sustentabilidade e o desenvolvimento da cidadania – do homem como sujeito de direitos e deveres.

É sabido por todos nós que o planeta pede socorro. Que o homem, nos últimos tempos, esgotou uma série de recursos naturais (escassez) para promover o desenvolvimento tecnológico, o que culminou em uma série de consequências, vividas na atualidade, como o aquecimento global e o degelo polar, além da extinção de várias espécies de animais.

Essa preocupação levou o Papa Francisco a lançar a Carta Encíclica *Laudato Si'*, sobre o cuidado da casa comum.

A Encíclica traz a lume que o homem necessita refletir sobre a situação da humanidade e do mundo, no sentido de reconhecer o cuidado que devemos ter com a casa comum, ou seja, com o planeta – com o meio ambiente e o cuidado com a natureza.

E a Agenda 2030 tem esse propósito: os desafios impõem uma conscientização internacional – conclamam para ações ambiciosas e inovadoras, com o propósito de buscar soluções para os desafios multidimensionais, que estabeleçam meios de implementação inclusivos, eficientes e transparentes, que possam tornar possíveis o desenvolvimento em escala global.

Mas tudo isso só será possível por meio de uma educação inclusiva e integral – educar o homem, educar todos os homens.

Os objetivos de Desenvolvimento Sustentável têm por mote um programa de ação global com o fim de erradicar a pobreza e a fome, de proteger

o meio ambiente e o clima e de garantir a condição de humanidade, na busca da tão almejada paz social. Esses são os objetivos propostos pelas Nações Unidas.

O propósito da Agenda 2030, na meta 4, tem por objetivo (IPEA, 2021):

#### **Meta 4.1**

Nações Unidas

Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos completem o ensino primário e secundário gratuito, equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes.

Brasil

Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos completem o ensino fundamental e médio, equitativo e de qualidade, na idade adequada, assegurando a oferta gratuita na rede pública e que conduza a resultados de aprendizagem satisfatórios e relevantes.

Indicadores

**4.1.1** - Proporção de crianças e jovens: (a) nos segundo e terceiro anos do ensino fundamental; (b) no final dos anos iniciais do ensino fundamental; e c) no final dos anos finais do ensino fundamental, que atingiram um nível mínimo de proficiência em (i) leitura e (ii) matemática, por sexo.

#### **Meta 4.2**

Nações Unidas

Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos tenham acesso a um desenvolvimento de qualidade na primeira infância, cuidados e educação pré-escolar, de modo que eles estejam prontos para o ensino primário.

Brasil

Até 2030, assegurar a todas as meninas e meninos o desenvolvimento integral na primeira infância, acesso a cuidados e à educação infantil de qualidade, de modo que estejam preparados para o ensino fundamental.

Indicadores

**4.2.1** - Proporção de crianças com menos de 5 anos que estão com desenvolvimento adequado da saúde, aprendizagem e bem-estar psicossocial, por sexo

**4.2.2** - Taxa de participação no ensino organizado (um ano antes da idade oficial de ingresso no ensino fundamental), por sexo.

#### **Meta 4.3**

Nações Unidas

Até 2030, assegurar a igualdade de acesso para todos os homens e mulheres à educação técnica, profissional e superior de qualidade, a preços acessíveis, incluindo universidade.

Brasil

Até 2030, assegurar a equidade (gênero, raça, renda, território e outros) de acesso e permanência à educação profissional e à educação superior de qualidade, de forma gratuita ou a preços acessíveis.

Indicadores

**4.3.1** - Taxa de participação de jovens e adultos na educação formal e

não formal, nos últimos 12 meses, por sexo.

#### **Meta 4.4**

Nações Unidas

Até 2030, aumentar substancialmente o número de jovens e adultos que tenham habilidades relevantes, inclusive competências técnicas e profissionais, para emprego, trabalho decente e empreendedorismo.

Brasil

Até 2030, aumentar substancialmente o número de jovens e adultos que tenham as competências necessárias, sobretudo técnicas e profissionais, para o emprego, trabalho decente e empreendedorismo.

#### **Meta 4.5**

Nações Unidas

Até 2030, eliminar as disparidades de gênero na educação e garantir a igualdade de acesso a todos os níveis de educação e formação profissional para os mais vulneráveis, incluindo as pessoas com deficiência, povos indígenas e as crianças em situação de vulnerabilidade.

Brasil

Até 2030, eliminar as desigualdades de gênero e raça na educação e garantir a equidade de acesso, permanência e êxito em todos os níveis, etapas e modalidades de ensino para os grupos em situação de vulnerabilidade, sobretudo as pessoas com deficiência, populações do campo, populações itinerantes, comunidades indígenas e tradicionais, adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas e população em situação de rua ou em privação de liberdade.

Indicadores

**4.5.1** - Índices de paridade (mulher/homem, rural/urbano, 1º/5º quintis de renda e outros como população com deficiência, populações indígenas e populações afetadas por conflitos, à medida que os dados estejam disponíveis) para todos os indicadores nesta lista que possam ser desagregados.

Indicadores

**4.4.1** - Proporção de jovens e adultos com habilidades em tecnologias de informação e comunicação (TIC), por tipo de habilidade.

#### **Meta 4.6**

Nações Unidas

Até 2030, garantir que todos os jovens e uma substancial proporção dos adultos, homens e mulheres estejam alfabetizados e tenham adquirido o conhecimento básico de matemática.

Brasil

Até 2030, garantir que todos os jovens e adultos estejam alfabetizados, tendo adquirido os conhecimentos básicos em leitura, escrita e matemática.

Indicadores

**4.6.1** - Percentual da população de determinado grupo etário que atingiu pelo menos o nível mínimo de proficiência em (a) leitura e escrita e (b) matemática, por sexo.

#### **Meta 4.7**

Nações Unidas

Até 2030, garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável, inclusive, entre outros, por meio da educação para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida sustentáveis, direitos humanos, igualdade de gênero, promoção de uma cultura de paz e não violência, cidadania global e valorização da diversidade cultural e da contribuição da cultura para o desenvolvimento sustentável.

Brasil

Meta mantida sem alteração.

Indicadores

**4.7.1** - Em que medida (i) a educação para a cidadania global e (ii) a educação para o desenvolvimento sustentável, incluindo a igualdade de gênero e os direitos humanos, são incorporados a todos os níveis de: a) políticas nacionais de educação; b) currículos escolares; c) formação dos professores e d) avaliação dos alunos.

#### **Meta 4.a**

Nações Unidas

Construir e melhorar instalações físicas para a educação, apropriadas para crianças e sensíveis às deficiências e ao gênero e que proporcionem ambientes de aprendizagem seguros, não violentos, inclusivos e eficazes para todos.

Brasil

Ofertar infraestrutura física escolar adequada às necessidades da criança, acessível às pessoas com deficiências e sensível ao gênero, que garanta a existência de ambientes de aprendizagem seguros, não violentos, inclusivos e eficazes para todos.

Indicadores

**4.a.1** - Proporção de escolas com acesso a: (a) eletricidade; (b) internet para fins pedagógicos; (c) computadores para fins pedagógicos; (d) infraestrutura e materiais adaptados para alunos com deficiência; (e) água potável; (f) instalações sanitárias separadas por sexo; e (g) instalações básicas para lavagem das mãos (de acordo com as definições dos indicadores WASH).

#### **Meta 4.b**

Nações Unidas

Até 2020, substancialmente ampliar globalmente o número de bolsas de estudo para os países em desenvolvimento, em particular, os países menos desenvolvidos, pequenos Estados insulares em desenvolvimento e os países africanos, para o ensino superior, incluindo programas de formação profissional, de tecnologia da informação e da comunicação, técnicos, de engenharia e programas científicos em países desenvolvidos e outros países em desenvolvimento.

Brasil

Até 2020, ampliar em 50% o número de vagas efetivamente preenchidas por alunos dos países em desenvolvimento, em particular os países de menor desenvolvimento relativo, tais como os países africanos de língua portuguesa e países latino-americanos, para o ensino superior, incluindo programas de formação profissional, de tecnologia da informação e da comunicação, programas técnicos, de engenharia e científicos no Brasil. +

Indicadores

**4.b.1** - Volume dos fluxos de ajuda oficial ao desenvolvimento para bolsas de estudo por área e tipo de estudo

**Meta 4.c**

Nações Unidas

Até 2030, substancialmente aumentar o contingente de professores qualificados, inclusive por meio da cooperação internacional para formação de professores, nos países em desenvolvimento, especialmente os países menos desenvolvidos e pequenos Estados insulares em desenvolvimento.

Brasil

Até 2030, assegurar que todos os professores da educação básica tenham formação específica na área de conhecimento em que atuam, promovendo a oferta de formação continuada, em regime de colaboração entre União, estados e municípios, inclusive por meio de cooperação internacional.

Indicadores

**4.c.1** - Proporção de professores (a) na pré-escola; (b) nos anos iniciais do ensino fundamental; (c) nos anos finais do ensino fundamental; e (d) no ensino médio, que receberam pelo menos a formação mínima (por exemplo: formação pedagógica), antes ou durante o exercício da profissão, requerida para lecionar num determinado nível de ensino num dado país.

Diante das metas estabelecidas, a educação é a via para a transformação do pensar do homem sobre sua condição humana – o que se quer hoje e o que se deseja para o futuro.

Como ensina (MORIN, 2013):

O conhecimento exige que se pratique sem cessar a reflexividade, ou seja, o autoexame, que, eventualmente, inclui a autocrítica, um modo de pensar o pensamento que implica, igualmente, pensar nas condições históricas, culturais e sociais da própria existência. (MORIN, 2013).

A Agenda 2030, meta 4, é um plano de ação para as pessoas, para o planeta, com o objetivo de alcançar a ambiciosa prosperidade mundial. De fortalecer a paz com mais liberdade, igualdade e fraternidade, em busca de uma efetiva erradicação da pobreza em todas as suas dimensões, incluindo a pobreza extrema, sendo este o maior desafio global desde as ODM, pois essa meta é pressuposto para ser buscado o desenvolvimento sustentável em todas as suas dimensões. É a educação é a via para a efetivação dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

Todos os países e todas as partes interessadas, em uma atuação participativa, em cooperação, se comprometeram a implementar a Agenda 2030. O Brasil e mais outros 192 países que integram a Organização das Nações Unidas (ONU) ratificaram. Todos os signatários envolvidos se comprometeram com a Agenda 2030, com o objetivo de libertar toda a raça humana da tira-

nia – da barbárie da fome e da pobreza extrema – de curar o planeta. Todos os países envolvidos estão determinados a tomar as medidas transformadoras da Agenda 2030, necessárias, de modo a direcionar o mundo para uma via sustentável e resiliente. Todos estão sendo chamados a atuar em prol do bem comum de toda a humanidade.

A Agenda 2030 tem por pressuposto concretizar os direitos humanos em todas as suas dimensões, cujo mote é que toda a humanidade embarque nessa jornada coletiva encarada no compromisso de que ninguém seja deixado para trás.

## Considerações finais

A proteção efetiva dos direitos humanos do valor humanidade é essencial para o desenvolvimento dos povos e das nações, do mundo e das sociedades modernas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o instrumento de concretização desse ideário. Essa proteção implica que o respeito à dignidade humana é que propiciara maior grau de desenvolvimento social, desenvolvimento humano, político, social e cultural e suas várias dimensões. A conscientização do valor humano – do homem com essência, com cultura – do valor humanidade.

Educar é ensinar – é qualificar o homem para uma vida social participativa, inclusiva e consciente. Na atual modernidade – da sociedade da informação, da sociedade tecnológica, a educação é fundamental. É necessário que a instrução seja levada a todas as camadas sociais, sem distinção de qualquer natureza – é necessário democratizar a educação, no sentido de buscar o desenvolvimento social e sustentável, é tornar os homens dignos e respeitados pelos seus valores materiais e morais. É o homem estar preparado e iluminado para essa nova modernidade.

Um povo educado e instruído é um povo consciente de seus valores e de seus direitos sociais, políticos, econômicos e culturais.

Educar é preciso, educar é necessário, educar é primordial, educar é inevitável – por meio da educação, da conscientização, o homem, os povos e as nações do mundo alcançarão o pleno desenvolvimento, pois por meio da educação será possível aniquilar o maior de todos os males humanos: o egoísmo social – é preciso tirar a venda dos olhos – ter uma nova ótica social – um mundo mais humano, mais inclusivo.

## Referências

ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. Tradução Wolfgang Leo Maar. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

BOFF, Leonardo. **Depois de 500 anos: que Brasil queremos?** Petrópolis (Rio de Janeiro): Vozes, 2000.

Constituição Federal de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cciv>

vil\_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. de 2021.

Instituto de Pesquisa Econômica – IPEA. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods4.html>. Acesso em: 24 nov. 2021.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

MONDIN, Battista. **A definição filosófica de pessoa humana**. Bauru (São Paulo): Edusc, 1995.

SILVA, Roberta Soares da. **Direito Social. Aposentadoria**. São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_; NETO, Flávio Estevão. Art. XXI da Declaração Universal dos Direitos Humanos. *In*: BALERA, Wagner (org). **Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: KDP Amazon, 2018.

# VULNERABILIDADES, MEIO AMBIENTE E RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO

**Lucineia Rosa dos Santos**

Professora do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. Mestre em Direito do Trabalho e Doutora em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

**Juliana Melo Tsuruda**

Professora do curso de Direito da Universidade Paulista, *campus* Rangel e da Faculdade Praia Grande. Advogada. Mestre em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## Resumo:

A pesquisa tem por escopo identificar possíveis consequências jurídicas, tanto no âmbito interno, quanto na seara internacional, relacionadas a violações de direitos humanos em conexão com a proteção do meio ambiente, sobretudo no tocante a vítimas em situação de vulnerabilidade. Como metodologia, partiremos de uma pesquisa majoritariamente qualitativa, documental, legislativa, jurisprudencial e bibliográfica. Nossa hipótese inicial, baseada no objetivo 11, meta 11.5, dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, das Nações Unidas, é de que o desrespeito aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, no tocante à essa opção de desenvolvimento sustentável, tem por consequência grave passivo político, social, cultural e, inclusive, econômico, para o Estado, na medida em que podem gerar responsabilidade interna e internacional, inclusive no sistema interamericano de direitos humanos.

**Palavras-chave:** Objetivos de desenvolvimento sustentável; Povos vulneráveis; Sistema interamericano de direitos humanos; Sistema global de proteção; Responsabilidade pelo desenvolvimento.

## Introdução

Os direitos humanos e a proteção ambiental são temas interdependentes, na medida em que precisamos do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para o pleno gozo dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Em que pese a Constituição de 1988 tenha positivado referidos direitos, uma inadequada gestão dos conflitos relacionados aos direitos humanos e ao meio ambiente, como veremos, pode levar à futura responsabilização internacional do Brasil no sistema interamericano de direitos humanos.

Assim, a implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, seria um dos melhores caminhos, tanto para garantir o desenvolvimento humano no Brasil, quanto para preservação ambiental compatíveis com os direitos internacionalmente consagrados e propugnados pela Constituição de 1988.

## 1. Compromisso normativo com os direitos humanos e com o meio ambiente

A Constituição de 1988, marco na redemocratização do país, inaugura, no constitucionalismo brasileiro, o compromisso com os direitos humanos, alicerçado na consagração da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da república, logo no Artigo 1º, III.<sup>1</sup>

Foram reconhecidos pela norma fundamental, como objetivos fundamentais a serem perquiridos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme dispõe o Artigo 3º.<sup>2</sup>

Também nos princípios que devem reger as relações internacionais do Brasil, de que trata o Artigo 4º, II, consta a prevalência dos direitos humanos.<sup>3</sup>

No Artigo 5º, § 2º, que introduz os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988, podemos relacionar a abertura da Lei Maior aos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil fizer parte. No próprio Artigo 5º, § 3º, há previsão de que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por votos de três quintos dos membros, ingressam no ordenamento jurídico pátrio com hierarquia de emenda constitucional.<sup>4</sup>

Ademais, no Artigo 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, temos o compromisso de que o Brasil propugnará pela criação de um tribunal internacional de direitos humanos.<sup>5</sup>

Como vemos, há bastantes previsões relacionadas à garantia e respeito aos direitos humanos no texto constitucional brasileiro.

E quanto ao meio ambiente?

---

1 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 17 out. 2020.

2 Ibid.

3 Ibid.

4 Ibid.

5 Ibid.

Além de a defesa do meio ambiente ser um dos princípios que deve emoldurar a ordem econômica, cujo fim é assegurar a vida digna, conforme os ditames da justiça social, por expressa previsão do Art. 170, VI, da Constituição de 1988, no Art. 225, identificamos mais ampla proteção ambiental, no sentido de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que além de ser bem de uso comum do povo, é essencial à sadia qualidade de vida, de modo que sua defesa e preservação, são deveres do Poder Público e da coletividade, em benefício das presentes e futuras gerações.<sup>6</sup>

## 2. Direitos Humanos e meio ambiente no âmbito do direito internacional dos direitos humanos

A primeira questão a ser enfrentada é: no que consiste o desenvolvimento?

O vocábulo, que filosoficamente exprime a ideia de “movimento em direção ao melhor”<sup>7</sup>, conforme explica Wagner Balera, no âmbito do direito, “é o equipamento jurídico apto a constituir, por intermédio da normatividade, a nova ordem econômica internacional”<sup>8</sup>, fundada na cooperação dos povos.

Para especificar a ideia que aqui buscamos transmitir, nos valeremos da contribuição de Louis Joseph Lebreton<sup>9</sup>, para quem o desenvolvimento consiste na passagem, para um conjunto de populações, de níveis de vida menos humanizados, a níveis de vida mais humanizados.

Reconhecido nos quadros do direito internacional dos direitos humanos em 1986, através da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento<sup>10</sup>, o direito ao desenvolvimento trata-se, resumidamente, do reconhecimento da interdependência dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que titularizam as pessoas e os povos.

Nesse ponto, são significativos os direitos enunciados no Artigo 1º da Declaração, de que toda pessoa humana e todos os povos têm direito de contribuir e desfrutar o desenvolvimento econômico, social, cultural e político, incluindo a plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Importante destacar, conforme aponta Antônio Augusto Cançado Trindade, que a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos foi tema,

6 Ibid.

7 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007, p. 241.

8 BALERA, Wagner. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento anotada**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 11.

9 LEBRET, Louis-Joseph. **Économie et civilisation. Tome II. Science économique et développement**. Paris: Économie et Humanisme Les Éditions Ouvrières, 1958.

10 NATIONS UNIES. **Résolution Adoptée par l'Assemblée Générale. Déclaration sur le droit au développement**. Disponível em: <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/41/128](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/41/128)>, conforme consulta em 31 de julho de 2015.

primeiramente, da Proclamação do Teerã, fruto da I Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 1968 e, depois, da Declaração e Programa de Ação de Viena, resultado da II Conferência Mundial, realizada em 1993, em Viena<sup>11</sup>.

A preocupação em fazer avançar a humanidade, foi tema dos decênios do desenvolvimento, no âmbito das Nações Unidas e, já nos 2000, da Declaração do Milênio, contendo 8 objetivos para serem atingidos por todas as nações, no prazo de 15 anos<sup>12</sup>.

Os chamados Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, foram seguidos pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, conjunto de 17 objetivos e 169 metas, estabelecidas para serem buscadas entre os anos de 2015 e 2030, ancoradas nas seguintes palavras-chaves: pessoas, prosperidade, paz, parceria e planeta.<sup>13</sup>

O documento que instituiu os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, na verdade, está inserido em um contexto de reconhecimento internacional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, possibilitando uma vida saudável para as presentes e futuras gerações<sup>14</sup>.

### 3. O direito ao desenvolvimento sustentável

O desenvolvimento, conforme explicam Celso Furtado e Carla Rister, difere da ideia de simples crescimento econômico, porquanto, sendo mais amplo, para além do crescimento econômico, abrange a mudança das estruturas sociais.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Amartya Sen, para quem a pobreza é uma privação de capacidades, pois cerceia as condições de liberdade de escolha da pessoa. O desenvolvimento econômico e social, compreendendo o gozo dos direitos humanos, seria a solução para o problema.

Cabe, aqui, apontar os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, que o concerto das nações, inclusive o Brasil, comprometeram-se a alcançar perante a Assembleia Geral da ONU: 1. Erradicação da pobreza; 2. Fome zero e agricultura sustentável; 3. Saúde e bem-estar; 4. Educação de qualidade; 5. Igualdade de gênero; 6. Água potável e saneamento; 7. Energia limpa e acessível; 8. Trabalho decente e crescimento econômica; 9. Indústria, inovação e infraestrutura; 10. Redução das desigualdades; 11. Cidades e comunidades

11 TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. **A conferência mundial dos direitos humanos: lições de Viena**. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/69396/39163>>. Acesso 21 nov. 2021.

12 TSURUDA, Juliana Melo. **Justiça e fraternidade: o mínimo existencial como concretizador do direito ao desenvolvimento**. Dissertação de mestrado apresentada no PPGD da PUC SP em 2016.

13 NATIONS UNIES. **Res. A/RES/70/1 : «Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030»**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/90/PDF/N1529190.pdf?OpenElement>>. Acesso: 23 mar 2021.

14 NATIONS UNIES. **Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de gestion des forêts**. Disponível em: <<http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>>. Acesso em: 10 agosto 2015.

sustentáveis; 12. Consumo e produção responsáveis; 13. Ação contra a mudança global do clima; 14. Vida na água; 15. Vida terrestre. 16. Paz, justiça e instituições eficazes; e, 17. Parcerias e meios de implementação.<sup>15</sup>

Como demonstram os enunciados acima, os objetivos de desenvolvimento sustentável trazem ideais próximos tanto dos objetivos fundamentais da república, quanto da busca pela vida digna, que propugna a ordem econômica, ambos reconhecidos pela Constituição de 1988.

Para alcançar tais desideratos, é preciso que o Estado assuma seu papel como planejador e coordenador, não apenas do processo econômico, mas também das políticas sociais, conforme afirma Gilberto Bercovici.

#### 4. Possível responsabilidade civil no âmbito interno: dano social

O ODS 11 “Cidades e comunidades sustentáveis”, traz como meta 11.5 a seguinte incumbência:

Até 2030, 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.<sup>16</sup>

Ora, a insuficiência da resposta estatal, sobretudo no tocante à prevenção, com o fito de evitar ocorrências como a tragédia de Mariana, de 2015, em que 300 mil pessoas perderam suas casas, devido ao rompimento de uma barragem de rejeito de minério, que fez com que 80% da cidade fosse destruída, pela inundação de 62 milhões de metros cúbicos de lama tóxica; bem como de Brumadinho, também acometida com o rompimento da barragem de rejeito de minério, em 2019, cujo passivo humano foram 270 mortes<sup>17</sup>, demonstra que não há ações suficientes dos Poderes Executivo e Legislativo a fim de que a ODS 11.5 seja cumprida<sup>18</sup>.

15 NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso: 22 nov. 2021.

16 NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de desenvolvimento sustentável. – ODS 11** Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/11>>. Acesso: 22 nov. 2021.

17 ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian. “Apresentação” *In Quanto vale?: Uma análise interdisciplinar do direito sobre as tragédias de Mariana e Brumadinho*. Coord. Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian; Izabela Zonato Villas Boas. Edição do Kindle, p. 14.

18 IPEA. **ODS 11.5 Cidades e comunidades sustentáveis**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/ods/ods11.html>>. Acesso: 22 nov. 2021: “1. Optou-se por tornar explícito na meta que serão considerados desastres de origem hidrometeorológica e climatológica, que são os tipos de desastres mais adequados a realidade brasileira. 2. Inclui-se na proposta de nova redação da meta a redução do número de pessoas expostas ao risco de desastres, o que refletiria de maneira mais direta os avanços que o país tem feito sobre o tema de redução do risco de desastres e dos seus impactos sociais, econômicos e ambientais. 2.1. adoção de uma meta dessa natureza se beneficiaria do fato de que o Brasil já propôs uma Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei 12608/2012), que precisa

Uma possível resposta do direito, no âmbito interno, seria o reconhecimento do que Antonio Junqueira de Azevedo denominou como “dano social”, uma categoria autônoma de responsabilidade civil, relacionada a danos em que não se pode mensurar quem e quantas são as vítimas e a extensão dos danos por elas suportados.

Em nosso entendimento, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado e a consequente criação de obrigações – inclusive de indenizar – pela violação do direito ao desenvolvimento sustentável, pode se tornar uma ferramenta de mudança do *status quo*, inclusive sob a perspectiva do litígio estratégico o qual, pela constante provocação ao Poder Judiciário e consequente numerosidade de decisões, insta os poderes Legislativo e Executivo a criarem normas e implementarem políticas e públicas destinadas a sanar ou, ao menos, minimizar, o problema.

## 5. Proteção jurídica dos direitos humanos e do meio ambiente no sistema regional interamericano

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, a proteção do meio ambiente, além da Resolução 70/1, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que instituiu os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, também conta com direitos reconhecidos no sistema regional interamericano, sob a égide da Organização dos Estados Americanos.

Como primeiro documento normativo, nesse sentido, podemos apontar a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em 1948 – antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, também de 1948, do sistema global ou onusiano de proteção dos direitos humanos –, a qual, no Artigo I, enuncia que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa” e, no Artigo XI, consagra que “toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”<sup>19</sup>.

Ora, tanto a vida, a liberdade e a segurança, de que tratam o Artigo I, quanto o direito à saúde, disposto no Artigo XI, somente são possíveis de

---

ser regulamentada, de modo que estados e municípios possam implementar planos de gestão de riscos de desastres naturais. 2.2. Os indicadores eventualmente propostos para acompanhamento dessa meta também podem se valer do e monitoramento de riscos e emissão de alertas de desastres naturais já estruturado no MCTIC pelo Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais (CEMADEN) (disponível em: <http://www.cemaden.gov.br/>). 3. A redação original coloca a preocupação de se diminuir perdas econômicas diretas causadas por desastres naturais em relação ao produto interno bruto global. O grupo optou por manter esse trecho da redação original da meta, embora se reconheça os desafios metodológicos e de disponibilidade de dados para sua aferição no Brasil.”

19 OAS. **Declaração Americana dos direitos e deveres do homem**. Disponível em: < [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm)>. Acesso: 22 nov. 2021.

usufruir com o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>20</sup>, de 1969, também denominada Pacto de San Jose da Costa Rica, promulgada no Brasil através do Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992, a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente, está encartada na obrigação dos Estados de respeitar os direitos, prevista no Artigo 1.1; no direito à vida, que deve ser respeitado por força do Artigo 4.1; no direito de toda pessoa de que sua integridade física, psíquica e moral seja respeitada, conforme Artigo 5.1; no direito de toda pessoa ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade, prevista no Artigo 11.1.

De igual sorte, o respeito aos direitos humanos como um todo e, especificamente, a preservação da vida, da integridade pessoal e da dignidade, perpassam pelo usufruto do desenvolvimento sustentável.

No âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, destaca-se, também, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>21</sup>, de 1988, também denominado Protocolo de San Salvador, promulgado no Brasil através do Decreto n° 3.321 de 1999. Referido instrumento normativo toca a ligação entre direitos humanos e meio ambiente, na medida em que prevê o direito de toda pessoa à saúde e ao gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social, previsto no Artigo 10.1, bem como no compromisso dos Estados de reconhecer a saúde como bem público e adotar medidas para prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outras naturezas, conforme Art. 10.2, “d”, além do dever de garantir a satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, especialmente em razão da pobreza, estejam em maior vulnerabilidade, nos termos do Art. 10.2, “f”, do Protocolo.

Este é o perfil de vulnerabilidade das vítimas que vimos em relação às tragédias ambientais de Mariana e Brumadinho.

O Protocolo de San Salvador, ademais, prevê textualmente o direito ao meio ambiente sadio como um direito humano, abrangendo, inclusive, o dever dos Estados de protegê-lo, preservá-lo e melhorá-lo, consoante dispõe seu Artigo 11.

## **6. Possível responsabilidade do Brasil no sistema interamericano de direitos humanos**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, emitiu, em 15 de novem-

---

20 BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada no Brasil através do Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso: 22 nov. 2021.

21 BRASIL. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no Brasil através do Decreto n° 3.321 de 1999.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm)>. Acesso: 22 nov. 2021.

bro de 2017, a opinião consultiva OC-23/17, solicitada pela República da Colômbia, sobre meio ambiente e direitos humanos<sup>22</sup>.

Foram analisadas as obrigações estatais relacionadas ao meio de ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade física, Artigos 4.1 e 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com relação aos Artigos 1.1 e 2 do mesmo diploma internacional.

Em sua análise, a Corte destacou que os Estados têm obrigação de prevenir danos ambientais significativos, além de supervisionar e fiscalizar atividades que possam resultar em danos graves ao meio ambiente; realizar estudos de impacto ambiental; estabelecer plano de contingência e procedimentos para serem colados em prática caso danos significativos ocorram. Ademais, entendeu a Corte que os Estados devem atuar conforme o princípio da precaução, na proteção do direito à vida e à integridade pessoal em relação a danos graves e irreversíveis ao meio ambiente<sup>23</sup>.

Assim, uma vez que o Brasil é signatário e, ademais, ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana, caso não incorpore as medidas profiláticas apontadas na OC-23/17, corre o risco de ser denunciado à Comissão Interamericana e ter o caso levado à Corte, para julgamento e responsabilidade internacional do Estado.

## Considerações finais

Conforme verificamos em nossa exposição, assumir os compromissos firmados perante a Assembleia Geral das Nações Unidas, de implementar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, evitando que populações em situação de extrema vulnerabilidade em razão da pobreza, sofram as piores consequências relacionadas a catástrofes ambientais, teria também o condão de prevenir que o Brasil seja responsabilizado no sistema interamericano de direitos humanos, por violações ao Pacto de San Jose da Costa Rica e ao Protocolo de San Salvador.

Na opinião consultiva OC-23/17, verificamos que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já construiu entendimento sobre a responsabilidade do Estado por danos ambientais, uma vez que, tais eventos, invariavelmente, implicam na violação dos direitos humanos.

Cumprir tal desiderato, seria, também, atuar como o ente planejador e fomentador do desenvolvimento, contribuindo para o alcance dos objetivos fundamentais da república e das finalidades da ordem econômica nacional: garantir uma vida digna e justiça social para todas as pessoas.

22 CORTE IDH. **Opinião consultiva OC-23/17**. Disponível em: < [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)>. Acesso: 22 nov. 2021.

23 Ibid., p. 97, parágrafo 5.

## Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007.

ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian. “Apresentação” *In Quanto vale?: Uma análise interdisciplinar do direito sobre as tragédias de Mariana e Brumadinho*. Coord. Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian; Izabela Zonato Villas Boas. Edição do Kindle.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 211-218, 2004.

BALERA, Wagner. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento anotada**. Curitiba: Juruá, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **A persistência das “normas programáticas” no debate constitucional brasileiro**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 22, ano 18, agosto de 2019. Diretor: Paulo Bonavides. Disponível em: < [https://www.academia.edu/41288160/A\\_Persistência\\_das\\_Normas\\_Programáticas\\_no\\_Debate\\_Constitucional\\_Brasileiro](https://www.academia.edu/41288160/A_Persistência_das_Normas_Programáticas_no_Debate_Constitucional_Brasileiro)>. Acesso: 18 out. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e dignidade da pessoa humana**. Revista da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, 2007. Disponível em: < [https://www.academia.edu/16397175/Constituição\\_econômica\\_e\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana](https://www.academia.edu/16397175/Constituição_econômica_e_dignidade_da_pessoa_humana)>. Acesso 18 out. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. “COVID-19, o direito econômico e o complexo industrial da saúde” *in* MASCARO, Alysson Leandro. **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro** (p. 208). Editora Contracorrente. Edição do Kindle.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 17 out. 2020.

BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada no Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso: 22 nov. 2021.

BRASIL. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no Brasil através do Decreto nº 3.321 de 1999**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm)>. Acesso: 22 nov. 2021.

CORTE IDH. **Opinião consultiva OC-23/17**. Disponível em: < [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)>. Acesso: 22 nov. 2021.

DANTAS BISNETO, Cícero. SANTOS, Romualdo Baptista dos. CALVET, Caroline Amadori. **Responsabilidade civil do Estado por omissão e por incitação na pandemia da covid-19**. Revista IBERC, v. 3, n. 2, p. 71 - 92, maio/ago. 2020 [www.iberc.org.br](http://www.iberc.org.br)

responsabilidadecivil.org/revista - iberc DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v3i2.111>.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, Cento Internacional Celso Furtado, 2008, p. 147.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. 3ª ed. rev. pelo autor. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

IPEA. **ODS 11.5 Cidades e comunidades sustentáveis**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/ods/ods11.html>>. Acesso: 22 nov. 2021.

LEBRET, Louis-Joseph. **Économie et civilisation. Tome II. Science économique et développement**. Paris: Économie et Humanisme Les Éditions Ouvrières, 1958.

NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso: 22 nov. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de desenvolvimento sustentável. – ODS 11** Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/11>>. Acesso: 22 nov. 2021.

NATIONS UNIES. **Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de gestion des forêts**. Disponível em: <<http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>>. Acesso em: 10 agosto 2015.

NATIONS UNIES. **Res. A/RES/70/1 : «Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030»**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/90/PDF/N1529190.pdf?OpenElement>>. Acesso: 23 mar 2021.

NATIONS UNIES. **Résolution adoptée par l'assemblée général. Déclaration sur le droit au développement**. Disponível em: <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/41/128](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/41/128)>, conforme consulta em 31 de julho de 2015.

OAS. **Declaração Americana dos direitos e deveres do homem**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm)>. Acesso: 22 nov. 2021.

OHCHR. **Déclaration et programme d'action de Vienne**. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_fr.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_fr.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2020.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento - antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A conferência mundial dos direitos humanos: lições de Viena**. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/69396/39163>>. Acesso 21 nov. 2021.

TSURUDA, Juliana Melo. **Justiça e fraternidade: o mínimo existencial como concretizador do direito ao desenvolvimento**. Dissertação de mestrado apresen-

tada no PPGD da PUC SP em 2016.

WEDY, Gabriel. **Relatório 2020 dos ODS: pandemia e o desenvolvimento sustentável.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/ambiente-juridico-relatorio-2020-ods-pandemia-desenvolvimento-sustentavel?imprimir=1>>. Acesso: 23 mar. 2021.

# A SOCIEDADE CIVIL COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL NAS CONFERÊNCIAS DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS

**Enéas Xavier de Oliveira Junior**

Advogado, mestre em direito pela Universidade Metodista de Piracicaba/Brasil, doutorando pela Université de Montréal/Canadá

## **Resumo:**

As mudanças climáticas impõem à comunidade internacional o desafio da reformulação do arcabouço jurídico atualmente vigente considerado ineficaz para o seu enfrentamento. Apesar dos avanços nas últimas décadas, tem-se que o processo de tomada de decisão ainda se concentra no ultrapassado modelo tradicional do direito internacional que considera o Estado como único sujeito de direito, e reserva à sociedade civil papéis secundários. E a crise climática proporciona a reflexão sobre novos caminhos a se percorrer em busca de soluções. Sabe-se que a melhor forma de se tratar os desafios ambientais é por meio da participação direta da sociedade civil no debate político. O presente artigo propõe uma abordagem sobre o quadro jurídico internacional vigente para o enfrentamento das mudanças climáticas, e apresenta dentre suas considerações finais a urgência de se modificar o quadro jurídico para contemplar a sociedade civil no processo de tomada de decisões no debate climático.

**Palavras-chave:** Mudanças climáticas; Sociedade civil; Participação.

## **Introdução**

O enfrentamento das mudanças climáticas exige o esforço conjunto e imediato da comunidade internacional, sendo que as negociações protagonizadas pelos Estados no âmbito das Nações Unidas são caracterizadas pelo debate polarizado em que posicionamentos políticos são priorizados em detrimento de compromissos jurídicos necessários para contornar a crise climática. Neste contexto, o presente trabalho propõe uma breve análise sobre a participação da sociedade civil no debate climático.

Debruça-se inicialmente sobre as constatações científicas das mudanças climáticas e a estrutura jurídica atualmente vigente no âmbito internacional – especificamente, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas.

ças do Clima (Convenção-Quadro) e a Conferência das Partes (COP). Em seguida, apresenta-se o caráter político característico do posicionamento dos Estados como principal obstáculo no combate das mudanças climáticas. A sociedade civil é tratada sob a perspectiva de sua participação sem poder direito no processo de tomada de decisões.

As conclusões finais consideram o quadro jurídico atualmente vigente como falho, ao passo em que se concentra no protagonismo dos Estados e não contempla a sociedade civil ator coadjuvante no debate climático.

## As mudanças climáticas

O planeta encontra-se atualmente mergulhado no período antropoceno, caracterizado por desequilíbrios nos sistemas de interação da Terra em razão de uma pressão sem precedentes pela utilização de seus recursos naturais para suportar uma população crescente, uma agricultura para o seu abastecimento e sua matriz energética essencialmente dependente de combustíveis fósseis, que resulta na emissão de gases-estufa, modificação da composição da atmosfera, perda de biodiversidade, derretimento das calotas polares, aumento dos níveis dos oceanos, aumento da temperatura média no planeta, dentre outras marcas profundas da intervenção humana<sup>1</sup>. As mudanças climáticas devem ser compreendidas como um resultado direto da capacidade humana de alterar o equilíbrio destas interações, a partir da exploração de recursos naturais<sup>2</sup>.

A partir do final da década de 1960, o meio ambiente passa a ocupar um espaço de destaque na política internacional com os contornos atualmente verificados, diante da crescente preocupação com a capacidade de resiliência do planeta para sustentar o desenvolvimento da sociedade moderna e a ausência de um quadro jurídico adequado para o enfrentamento desta situação<sup>3</sup>. Tem-se testemunhado a ocorrência de fenômenos climáticos extremos no mundo, sem precedentes na história humana moderna<sup>4</sup>, e a regulamentação legal surge no âmbito do direito internacional como resposta<sup>5</sup>.

- 1 ZALASIEWICZ, Jan, *et al.* The New World of the Anthropocene. **Environmental Science and Technology**, v. 44 (7), February 2010, p. 2228-31, p. 2230. Disponível em: <<https://doi.org/10.1021/es903118j>>. Acesso em : 4 nov. 2021.
- 2 WILLIAMS JR, Richard S., FERRIGNO, Jane G. Satellite Image Atlas of Glaciers of the World. **U.S. Geological Survey Professional Paper 1386**. United States Geological Survey, 1988, p. 21. Disponível em: <<https://doi.org/10.3133/pp1386>>. Acesso em : 4 nov. 2021.
- 3 The development of international environmental law. In: **British Journal of International Studies**. V. 3, n. 2., julho 1977, Cambridge University Press, p. 169-190, p. 172. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/20096800>>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- 4 HANSEN, James *et al.* Perception of climate change. **Proceedings of the National Academy of Sciences**. September 2021, v. 109 n. 37, p. E2415-E2423, p. E2420. Disponível em: <<https://doi.org/10.1073/pnas.1205276109>>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- 5 VENTURINI, Gabriella. International disaster response law in relation to other branches of international law. In: GUTTRY, Andrea de *et al.* (Eds.). **International disaster response law**. Hague : T.M.C. Asser Press, 2021, p. 45-64, p. 59. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-90-6704-882-8.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

A Convenção-Quadro introduz o conceito de mudança climática, como aquela “que possa ser direta ou indiretamente atribuída à atividade humana que altere a composição da atmosfera mundial e que se some àquela provocada pela variabilidade climática natural observada ao longo de períodos comparáveis”<sup>6</sup>.

O último relatório publicado pelo IPCC apresenta dados claros e inequívocos sobre a ocorrência das mudanças climáticas e a influência humana, a partir do aprimoramento das técnicas e metodologia aplicada aos estudos de períodos comparados<sup>7</sup>. Dentre as principais conclusões, afirma-se inequivocamente a influência antrópica na alta concentração de gases-estufa na atmosfera, a alta na temperatura média global, e futuros cenários de aumento da temperatura média de acordo com as projeções de políticas públicas a serem adotadas de redução de emissão de gases-estufa.

Em recente pesquisa publicada em outubro de 2021, Lynas *et al.*<sup>8</sup> analisaram 3000 (três mil) trabalhos científicos aleatoriamente selecionados a partir de um acervo de 88.125 (oitenta e oito mil cento e vinte e cinco) artigos datados a partir de 2012, em que as mudanças climáticas são abordadas. As conclusões asseveram que uma quantidade superior a 99% (noventa e nove por cento) das pesquisas afirmam o consenso científico da origem antrópica das mudanças climáticas.

## A Convenção-Quadro e as COPs

A Convenção-Quadro foi concebida na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, contando com a adesão imediata de 154 países<sup>9</sup>. O tratado apresenta uma estrutura de disposições fechadas e definitivas de obrigações estabelecidas no combate às mudanças climáticas. Ao contrário, traz em seu conteúdo disposições-base para o desenvolvimento de negociações futuras e sucessivas<sup>10</sup>.

6 BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº. 2.652**. Promulca a Convenção-Quadro das nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. 1 julho 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm). Acesso em 11 nov 2021.

7 IPCC. **Summary for Policymakers. In: Climate Change 2021 – The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change**. Masson-Delmotte, V. *et al.* (EDs.). 2021. Cambridge University Press. In Press, p. 5. Disponível em: <[https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_WGI\\_Full\\_Report.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report.pdf)>. Acesso em: 5 nov. 2021.

8 LYNAS, Mark *et al.* Greater than 99% consensus on human caused climate change in the peer-reviewed scientific literature. **Environmental Research Letters**, v. 2021 Environ. Res. Lett. 16 114005

9 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l’environnement et le développement**. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. 1). 3-14 juin 1992, v. 1 – résolutions adoptées par la Conférence. Résolution I, article 1.

10 ST-GENIÈS, Géraud de Lassus. Changements climatiques – à quoi servent les cops? In: **Le Climatoscope**. V. 1, septembre 2019, p. 59-62, p. 60. Disponível em: <<https://climatoscope.ca/article/changements-climatiques-a-quoi-servent-les-cop/>>. Acesso em

O objetivo da Convenção-Quadro encontra-se disposto no corpo do próprio tratado, de “estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático”<sup>11</sup>. A responsabilidade da persecução deste objetivo e da concretização da Convenção-Quadro como um todo recai sobre a COP, que deverá analisar as obrigações assumidas e, também, negociar novas medidas a serem tomadas na luta contra as mudanças climáticas<sup>12</sup>.

Desde 1995, ocorrem reuniões anuais no formato da COP, com a participação de 197 Estados-membros que procedem em negociações sob diferentes formatos e abordagens desde então, em que os países se organizam em coalisões, cada qual com características ou interesses em comum, e as obrigações no combate às mudanças climáticas são determinadas<sup>13</sup>. Trata-se de uma tarefa de difícil desenvolvimento, em que o contexto precisa ser constantemente revisado. A título de exemplo, as negociações que precederam a conclusão do Acordo de Paris consideraram uma China economicamente pujante, em posicionamento político muito diverso daquele onde se encontrava no início das discussões climáticas nos anos 1990 – anteriormente, dividia as mesmas preocupações com países mais vulneráveis; atualmente, passa a sofrer pressões internacionais no mesmo nível que os países desenvolvidos<sup>14</sup>.

O Acordo de Paris estabelece o compromisso de se “(...) manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e envidar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C (...)”<sup>15</sup>. A abordagem proposta de compromisso voluntário para a redução de emissão de gases-estufa por cada estado-membro, diferentemente da abordagem anteriormente adotada de imposição obrigatória, permitiu a submissão imediata de NDC por 180 países – comprometimento até então inédito no âmbito da diplomacia climática<sup>16</sup>. Estas contribuições estão sujeitas

---

2 nov. 2021.

- 11 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto nº. 2.652**. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992, Anexo, artigo 2. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm)>. Acesso em 10 nov. 2021.
- 12 COLLARD, Fabienne. Les COP sur les changements climatiques. In: **Courrier hebdomadaire du CRISP**. 2021/1, nº 2486-2487, p. 5-68, p. 19. Disponível em: <<https://doi.org/10.3917/cris.2486.0005>>. Acesso em : 10 nov. 2021.
- 13 COLLARD, Fabienne. Les COP sur les changements climatiques. In: **Courrier hebdomadaire du CRISP**. 2021/1, nº 2486-2487, p. 5-68, p. 19-20. Disponível em: <<https://doi.org/10.3917/cris.2486.0005>>. Acesso em : 10 nov. 2021.
- 14 CLÉMENÇON, Raymond. The Two Sides of the Paris Climate Agreement: Dismal Failure or Historic Breakthrough? **The Journal of Environment & Development**, vol. 25, no. 1, Sage Publications, 2016, p. 3-24, p. 17-18. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/26197961>>. Acesso em: 18 out. 2021.
- 15 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto nº. 9.073**. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. 5 de junho de 2017, Anexo, artigo 2.1, ‘a’. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm)>. Acesso em : 2 nov. 2021.
- 16 CLÉMENÇON, Raymond. The Two Sides of the Paris Climate Agreement: Dismal

serão revistas a cada cinco anos, atentando-se às disposições da decisão 1/CP.21, decisões tomadas pela COP e os resultados da avaliação global prevista no artigo 14<sup>17</sup>.

## O posicionamento político como obstáculo no debate climático

Decisões tomadas no âmbito do direito internacional, no sentido de se vincular (ou não) a um tratado, estão intrinsecamente relacionadas a questões políticas<sup>18</sup>. E uma das características do debate climático é a condução de natureza política da matéria, em que países tendem a rever compromissos anteriormente assumidos<sup>19</sup>.

O formato da Convenção-Quadro que exige negociações contínuas entre os Estados, o que representa um desafio de difícil persecução, pois, as discussões são frequentemente polarizadas<sup>20</sup>. Observa-se que uma COP dificilmente termina sem que se tenha uma manifestação do Secretário Geral das Nações Unidas em que se lamenta o resultado dos trabalhos, seja em razão da ausência de vontade política para se avançar em determinadas matérias<sup>21</sup>, ou pela perda de oportunidade com decisões postergadas para um próximo encontro<sup>22</sup>, acompanhadas de advertências veementes de que a ausência de

---

Failure or Historic Breakthrough? **The Journal of Environment & Development**, vol. 25, no. 1, Sage Publications, 2016, p. 3-24, p. 17-18. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/26197961>>. Acesso em: 18 out. 2021.

- 17 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto nº. 9.073**. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. 5 de junho de 2017, Anexo, artigo 4.9. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm)>. Acesso em : 2 nov. 2021.
- 18 GUZMAN, Andrew T. Rethinking International Law as Law. **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**. vol. 103, 2009, p. 155–157, p. 156. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/10.5305/procanmctasil.103.1.0155](http://www.jstor.org/stable/10.5305/procanmctasil.103.1.0155)>. Acesso em : 2 nov. 2021.
- 19 UNITED NATIONS. 65th Annual United Nations Department of Public Information/Non-Governmental Organizations Conference. New York, August 29th, 2014. Final Report. 2015 and Beyond – our action agenda, the role of civil society in the post-2015 development agenda, p. 43. Disponível em: <<https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/final-report-2015-dpingo-conference-new-york.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2021.
- 20 UNITED NATIONS. 65th Annual United Nations Department of Public Information/Non-Governmental Organizations Conference. New York, August 29th, 2014. Final Report. 2015 and Beyond – our action agenda, the role of civil society in the post-2015 development agenda. Disponível em: <<https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/final-report-2015-dpingo-conference-new-york.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2021.
- 21 UNITED NATIONS. Secretary General. **Secretary-General's statement on the conclusion of the UN Climate Change Conference COP26**. 13 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.un.org/sg/en/node/260645>>. Acesso em 14 nov. 2021.
- 22 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. **Statement by the UN Secretary-General António Guterres on the Out come of COP 25**. 15 dec. 2019. Disponível em: <<https://unfccc.int/news/statement-by-the-un-secretary-general-antonio-guterres-on-the-outcome-of-cop25>>. Acesso em 14 nov. 2021.

avanços representaria um “suicídio”<sup>23</sup>. Esta tem sido a tônica dos encontros, em denúncia há longa data da falta de vontade política para lidar com a crise climática<sup>24</sup>, o que conduz à constatação proferida em artigo recentemente publicado pelo professor Paulo de Bessa Antunes, de que “as COPs se sucedem e pouco produzem de útil”<sup>25</sup>.

Um vazamento de documentos às vésperas da realização da COP 26 denunciou o lobby praticado por alguns países na tentativa de pressionar o corpo de cientistas responsável pela elaboração dos relatórios do IPCC, para que algumas de suas recomendações fossem suavizadas ou mesmo retiradas dos trabalhos finais<sup>26</sup>. Estados cuja economia depende diretamente das atividades petrolíferas, historicamente, posicionam-se contra a adoção de compromissos vinculantes com datas e metas para a redução de emissão de gases-estufa<sup>27</sup>.

Os Estados Unidos denunciaram o Acordo de Paris durante o mandato do então presidente Donald Trump, para posteriormente retomar se reintegrarem ao tratado com o presidente seguinte Joe Biden<sup>28</sup>. O Brasil que já foi grande expoente e liderança política no debate climático internacional é atualmente recebido com desconfiança durante as negociações, diante do atual posicionamento da gestão do presidente Jair Bolsonaro de enfraquecimento das políticas públicas ambientais e dos registros recordes de desmatamento da Amazônia<sup>29</sup>.

Mesmo o tão celebrado mecanismo de contribuições nacionalmente determinadas enfrenta dificuldades para resultar em efetiva solução contra as

---

23 UNITED NATIONS. UN NEWS. **Failing to agree on climate action would ‘not only be immoral’ but suicidal’, UN chief tells COP24**. 18 dec. 2021. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2018/12/1028311>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

24 UNITED NATIONS. Secretary General. **Statement and messages n. 11164**. SG/SM/11164. Press Release. Transcript of Press Conference by Secretary-General Ban Ki-Moon at United Nations Headquarters. 18 September 2007. Disponível em : <<https://www.un.org/press/en/2007/sgsm11164.doc.htm>>. Acesso em 14 nov. 2021.

25 ANTUNES, Paulo de Bessa. Uma convenção-quadro, um protocolo, um acordo e 26 COPs. **Consultor Jurídico**. 10 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-10/antunes-convencao-quadro-protocolo-acordo-26-cops>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

26 ROWLATT, Justin. GERKEN, Tom. COP26 – document leak reveals nations lobbying to change key climate report. **BBC News**. 21 octubre 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/science-environment-58982445>>. Acesso em : 3 nov. 2021.

27 FAUCHEUX, Sylvie. JOURNI, Haitham. L'état des connaissances scientifiques. In: FAUCHEUX, Sylvie. **Économie et politique des changements climatiques**. Paris: La Découverte, Repères, 2005, p. 6-28, p. 12. Disponível em: <<https://www.cairn.info/economie-et-politique-des-changements-climatiques--9782707143822-page-6.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

28 CARVALHO, Ricardo Cintra Torres. O aquecimento global e o Acordo de Paris I. 25 de setembro de 2021. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-25/ambiente-juridico-aquecimento-global-acordo-paris>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

29 DA SILVA, Luis Ricardo B. R.. CHECCO, Guilher. Brasil no clima – de protagonista à pária ambiental internacional. 28 de abril de 2021. **Congresso em Foco**. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/blogs-e-opiniao/forum/brasil-no-clima-de-protagonista-a-paria-ambiental-internacional/>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

mudanças climáticas. Às vésperas da COP 26, há uma preocupante projeção do aumento das emissões de gases-estufa na ordem de 16% (dezesseis por cento) para 2030, quando comparadas às emissões registradas em 2010, o que resultaria num aumento de temperatura média do planeta em 2,7°C até o final do século<sup>30</sup>. Neste sentido, estudos afirmam uma pífia probabilidade de 5% (cinco por cento) de se atingir a meta do Acordo de Paris de manutenção da temperatura média global abaixo de 2°C, quando comparada às medições pré-industriais<sup>31</sup>.

## A sociedade civil como sujeito de direito nas COPs

O Professor Paulo Affonso Leme Machado destaca a importância histórica da participação da sociedade civil na proteção do meio ambiente, a partir de associações, organizações e movimentos capazes de ecoar os problemas sociais, cujas ações representam a socialização da política em atuação conjunta ao Estado<sup>32</sup>. Neste sentido, o jurista Antonio Augusto Cançado Trindade<sup>33</sup> afirma que o reconhecimento da capacidade jurídica do indivíduo no direito internacional é uma realidade do século XXI, fruto do processo histórico de humanização do direito internacional.

A sociedade civil é ator inerente à tomada de decisões políticas internacionais, sendo que, sua atuação não mais se limita a funções consultivas<sup>34</sup>. Há uma relação direta entre a eficácia de políticas climáticas e a participação ativa da sociedade civil em suas formulações, persistindo, todavia, questionamentos às fronteiras desta participação<sup>35</sup>, que deve contemplar o processo de tomada

---

30 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. **Nationally determined contributions under the Paris Agreement – synthesis report by the secretariat**. FCCC/PA/CMA/2021/8. 17 September 2021, Executive Summary, item 10.b. Disponível em: <[https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2021\\_08\\_adv.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2021_08_adv.pdf)>. Acesso em: 4 nov. 2021.

31 LIU, P.R., RAFTERY, A.E. Country-based rate of emissions reductions should increase by 80% beyond nationally determined contributions to meet the 2°C target. **Commun Earth Environ**. V. 2, n. 29, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/s43247-021-00097-8>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

32 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24ed, São Paulo: Malheiros, 2016, p 134.

33 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The emancipation of the individual from his own state: the historical recovery of the human person as subject of the law of nations. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. LEAL, César Oliveira de Barros (Orgs.). **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 7, n. 7, 2006-2007. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/14/10>>, pp 11-36, p. 24. Acesso em: 16 nov. 2021.

34 SIMMONS, P.J. Learning to Live with NGOs. **Foreign Policy**. V. 112, 1998, Slate Group, LLC, p. 82-96, p. 91. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1149037>>. Acesso em: 22 out. 2021.

35 HÜGEL, Stephan. DAVIES, Anna R. Public participation, engagement, and climate change adaptation – a review of the research literature. **Wires Climate Change**. V 11, n. 4, 27 mars 2020, p. 12. Disponível em: <<https://doi.org/10.1002/wcc.645>>. Acesso em: 22 octobre 2021.

de decisão<sup>36</sup>, em consonância com o princípio 10 da Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. Todavia, o que se observa no debate climático é a ausência de poder deliberativo da sociedade civil, que permanece restrito aos Estados enquanto Partes das COPs.

A Convenção-Quadro contempla a participação de organizações não-governamentais na qualidade de observadora junto às COPs, desde que seja competente nos assuntos abrangidos, e ainda submetida à possibilidade de veto de um terço dos países-membros<sup>37</sup>. De acordo com o *site* oficial da Convenção-Quadro<sup>38</sup>, a primeira COP, realizada em 1995, contou com a participação de 163 organizações não governamentais observadoras. Individualmente, a COP 15, realizada em 2009, contou com a participação de 344 organizações não governamentais observadoras. Até a COP 23, realizada em 2017, um total de 2133 organizações não governamentais tomaram parte como observadoras nas negociações climáticas.

Em conjunto com as COPs, são realizados eventos paralelos (os *side events*) que ocorrem em ambiente separado ao processo de negociações entre os Estados-Parte da COP, geralmente sob o formato de painéis temáticos envolvendo a pluralidade de atores, tanto da sociedade civil como também de representantes diplomáticos, em abordagens focadas para possíveis soluções contra as mudanças climáticas. Há uma percepção dentre os integrantes de eficácia das propostas discutidas e suas conclusões, face à dificuldade comparada de se obter consenso no debate diplomático entre representantes governamentais, cujo foco recai sobre interesses políticos<sup>39</sup>.

Os eventos paralelos às COPs constituem o fórum de maior destaque da sociedade civil no debate climático, pois, conta com a participação frequente de integrantes diplomáticos (principalmente dentre o grupo do G77), que os classificam como valiosa fonte de informações e subsídios para a condução das negociações<sup>40</sup>. Observa-se que ao longo de negociações para formulação de conceitos e estruturas jurídicas a sociedade civil consegue subsidiar os re-

36 FEW, Roger *et al.* Public participation and climate change adaptation – avoiding the illusion of inclusion. **Climate Policy**, vol. 7, n. 1, janvier 2007, p. 46-59, p. 47. Disponível em: <<http://www.doi.org/10.1080/14693062.2007.9685637>>. Acesso em: 30 out. 2021.

37 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto nº. 2.652**. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992, Anexo, artigo 7.6. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm)>. Acesso em 10 nov. 2021.

38 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. **Statistics on Admission**. Disponível em: <<https://unfccc.int/process-and-meetings/parties-non-party-stakeholders/non-party-stakeholders/statistics-on-non-party-stakeholders/statistics-on-admission>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

39 SCHROEDER, Heike. LOVELL, Heather. The rôle of non-nation-state actors and side events in the international climate negotiations. **Climate Policy**. V. 12, n. 1, p. 23-37, p. 30. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/14693062.2011.579328>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

40 HJERPE, Mattias *et al.* **The function of side events at the Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change**. CSPR Report 08 :02. Norrköping: Centre for Climate Science and Policy Research, 2008, p. 45.

presentantes diplomáticos com dados suficientes para o debate. Todavia, tem-se que os esforços produzem resultados irrelevantes sobre o posicionamento de países-chave em matéria de mudanças climáticas, cuja adesão a metas e comprometimentos correspondem mais a critérios políticos de troca e de *barganha* no cenário internacional<sup>41</sup>.

## Considerações finais

As mudanças climáticas são uma realidade inegável. Há consenso científico quanto a sua ocorrência e sua origem antrópica. Os tratados internacionais atualmente vigentes são fruto de um longo debate e esforço conjunto da comunidade internacional no seu enfrentamento.

O atual quadro jurídico tem-se demonstrado ineficaz contra as mudanças climáticas, ao passo em que confere aos Estados o protagonismo nos processos de tomada de decisão, enquanto relega à sociedade civil um papel coadjuvante. O posicionamento político adotado pelos Estados apresenta-se como principal obstáculo à adoção de medidas suficientes no combate às mudanças climáticas.

As questões ambientais devem ser enfrentadas com a participação da sociedade civil. Todavia, no debate climático, os processos de tomada de decisão contemplam tão somente a participação direta dos Estados. À sociedade civil reservam-se espaços paralelos incapazes de determinar o rumo das medidas a serem adotadas pela comunidade internacional.

A crise climática persiste, apesar dos esforços empreendidos ao longo das últimas décadas em busca de soluções. E o cenário de fracasso das negociações em razão da insistência dos Estados em postergar seus compromissos enseja a reflexão por novos formatos de debate e quadros jurídicos que viabilizem a participação da sociedade civil enquanto sujeito de direito internacional. Há de se modificar a Convenção-Quadro e as Conferências das Partes para contemplar a sociedade civil no debate climático com capacidade jurídica para tomada de decisões.

## Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. Uma convenção-quadro, um protocolo, um acordo e 26 COPs. **Consultor Jurídico**. 10 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-10/antunes-convencao-quadro-protocolo-acordo-26-cops>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

BIRNIE, Patricia. The development of international environmental law. In: **British Journal of International Studies**. V. 3, n. 2., julho 1977, Cambridge University Press, p. 169-190. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/20096800>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

41 SÉNIT, Carole-Anne. Leaving no one behind? The influence of civil society participation on the Sustainable Development Goals. **Sage Journals**. Environment and Planning C: Politics and Space. V. 38, n. 4, 25 outubro 2019, p. 693-712, p. 702-703. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/2399654419884330>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº. 2.652**. Promulta a Convenção-Quadro das nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. 1 julho 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm). Acesso em 11 nov 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº. 9.073**. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. 5 de junho de 2017, Anexo, artigo 2.1, 'a'. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm)>. Acesso em : 2 nov. 2021.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres. O aquecimento global e o Acordo de Paris I. 25 de setembro de 2021. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-25/ambiente-juridico-aquecimento-global-acordo-paris>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

CLÉMENÇON, Raymond. The Two Sides of the Paris Climate Agreement: Dismal Failure or Historic Breakthrough? **The Journal of Environment & Development**, vol. 25, no. 1, Sage Publications, 2016, p. 3-24, Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/26197961>>. Acesso em: 18 out. 2021.

COLLARD, Fabienne. Les COP sur les changements climatiques. In: **Courrier hebdomadaire du CRISP**. 2021/1, nº 2486-2487, p. 5-68. Disponível em: <<https://doi.org/10.3917/cris.2486.0005>>. Acesso em : 10 nov. 2021.

DA SILVA, Luis Ricardo B. R. CHECCO, Guilher. Brasil no clima – de protagonista à pária ambiental internacional. 28 de abril de 2021. **Congresso em Foco**. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/blogs-e-opinioao/forum/brasil-no-clima-de-protagonista-a-paria-ambiental-internacional/>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

DUNLAP, Riley E. McCRIGHT, Aaron M. Organized climate change denial. In: DRYZEK, John S. *et al* (Orgs.). **The Oxford Handbook of Climate Change and Society**. Janeiro 2012. Disponível em: <<http://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199566600.003.0010>>. Acesso em : 15 nov. 2021.

FAUCHEUX, Sylvie. JOURNI, Haitham. L'état des connaissances scientifiques. In: FAUCHEUX, Sylvie. **Économie et politique des changements climatiques**. Paris: La Découverte, Repères, 2005, p. 6-28. Disponível em: <<https://www.cairn.info/economie-et-politique-des-changements-climatiques--9782707143822-page-6.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

FEW, Roger *et al*. Public participation and climate change adaptation – avoiding the illusion of inclusion. **Climate Policy**, vol. 7, n. 1, janvier 2007, p. 46-59. Disponível em: <<http://www.doi.org/10.1080/14693062.2007.9685637>>. Acesso em: 30 out. 2021.

GUZMAN, Andrew T. Rethinking International Law as Law. **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**. vol. 103, 2009, p. 155–157. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/10.5305/procanmeetasil.103.1.0155](http://www.jstor.org/stable/10.5305/procanmeetasil.103.1.0155)>. Acesso em : 2 nov. 2021.

HANSEN, James *et al*. Perception of climate change. **Proceedings of the National Academy of Sciences**. September 2021, v. 109 n. 37, p. E2415-E2423. Dispo-

nível em: <<https://doi.org/10.1073/pnas.1205276109>>. Acesso em : 15 nov. 2021.

HJERPE, Mattias *et al.* **The function of side events at the Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change.** CSPR Report 08 :02. Norrköping: Centre for Climate Science and Policy Research, 2008.

HÜGEL, Stephan. DAVIES, Anna R. Public participation, engagement, and climate change adaptation – a review of the research literature. **Wires Climate Change.** V 11, n. 4, 27 mars 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1002/wcc.645>>. Acesso em: 22 octobre 2021.

IPCC. **Summary for Policymakers. In: Climate Change 2021 – The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change.** Masson-Delmotte, V. *et al.* (EDs.). 2021. Cambridge University Press. In Press. Disponível em: <[https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_WGI\\_Full\\_Report.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report.pdf)>. Acesso em : 5 nov. 2021

LIU, P.R., RAFTERY, A.E. Country-based rate of emissions reductions should increase by 80% beyond nationally determined contributions to meet the 2°C target. **Commun Earth Environ.** V. 2, n. 29, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/s43247-021-00097-8>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

LYNAS, Mark *et al.* Greater than 99% consensus on human caused climate change in the peer-reviewed scientific literature. **Environmental Research Letters**, v. 2021 Environ. Res. Lett. 16 114005. Disponível em: < <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/ac2966>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 24ed, São Paulo: Malheiros, 2016.

NATIONS UNIES. **Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement.** A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. 1). 3-14 juin 1992, v. 1 – résolutions adoptées par la Conférence.

ROWLATT, Justin. GERKEN, Tom. COP26 – document leak reveals nations lobbying to change key climate report. **BBC News.** 21 octobre 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/science-environment-58982445>>. Acesso em : 3 nov. 2021.

SCHROEDER, Heike. LOVELL, Heather. The rôle of non-nation-state actors and side events in the international climate negotiations. **Climate Policy.** V. 12, n. 1, p. 23-37. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/14693062.2011.579328>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SÉNIT, Carole-Anne. Leaving no one behind? The influence of civil society participation on the Sustainable Development Goals. **Sage Journals.** Environment and Planning C: Politics and Space. V. 38, n. 4, 25 outubro 2019, p. 693-712. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/2399654419884330>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SIMMONS, P.J. Learning to Live with NGOs. **Foreign Policy.** V. 112, 1998, Slate Group, LLC, p. 82-96. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1149037>>. Acesso em: 22 out. 2021.

ST-GENIÈS, Géraud de Lassus. Changements climatiques – à quoi servent les

cops? In: **Le Climatoscope**. V. 1, septembre 2019, p. 59-62. Disponível em: <<https://climatoscope.ca/article/changements-climatiques-a-quoi-servent-les-cop/>>. Acesso em 2 nov. 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The emancipation of the individual from his own state: the historical recovery of the human person as subject of the law of nations. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. LEAL, César Oliveira de Barros (Orgs.). **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 7, n. 7, 2006-2007. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/14/10>>, pp 11-36. Acesso em: 16 nov. 2021.

UNITED NATIONS. Secretary General. **Secretary-General's statement on the conclusion of the UN Climate Change Conference COP26**. 13 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.un.org/sg/en/node/260645>>. Acesso em 14 nov. 2021.

UNITED NATIONS. Secretary General. **Statement and messages n. 11164**. SG/SM/11164. Press Release. Transcript of Press Conference by Secretary-General Ban Ki-Moon at United Nations Headquarters. 18 September 2007. Disponível em: <<https://www.un.org/press/en/2007/sgsm11164.doc.htm>>. Acesso em 14 nov. 2021.

UNITED NATIONS. UN NEWS. **Failing to agree on climate action would 'not only be immoral' but suicidal', UN chief tells COP24**. 18 dec. 2021. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2018/12/1028311>>. Acesso em : 14 nov. 2021.

UNITED NATIONS. 65th Annual United Nations Department of Public Information/Non-Governmental Organizations Conference. New York, August 29th, 2014. Final Report. 2015 and Beyond – our action agenda, the role of civil society in the post-2015 development agenda. Disponível em: <<https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/final-report-2015-dpingo-conference-new-york.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. **Nationally determined contributions under the Paris Agreement – synthesis report by the secretariat**. FCCC/PA/CMA/2021/8. 17 September 2021, Executive Summary. Disponível em: <[https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2021\\_08\\_adv.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2021_08_adv.pdf)>. Acesso em: 4 nov. 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. **Statement by the UN Secretary-General António Guterres on the Outcome of COP 25**. 15 dec. 2019. Disponível em : <<https://unfccc.int/news/statement-by-the-un-secretary-general-antonio-guterres-on-the-outcome-of-cop25>>. Acesso em 14 nov. 2021.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. **Statistics on Admission**. Disponível em: <<https://unfccc.int/process-and-meetings/parties-non-party-stakeholders/non-party-stakeholders/statistics-on-non-party-stakeholders/statistics-on-admission>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

VENTURINI, Gabriella. International disaster response law in relation to other branches of international law. In: GUTTRY, Andrea de *et al.* (Eds.). **International disaster response law**. Hague : T.M.C. Asser Press, 2021, p. 45-64. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-90-6704-882-8.pdf>>.

Acesso em: 15 nov. 2021.

ZALASIEWICZ, Jan, *et al.* The New World of the Anthropocene. **Environmental Science and Technology**, v. 44 (7), February 2010, p. 2228-31. Disponível em : <<https://doi.org/10.1021/es903118j>>. Acesso em : 4 nov. 2021.

WILLIAMS JR, Richard S., FERRIGNO, Jane G. Satellite Image Atlas of Glaciers of the World. **U.S. Geological Survey Professional Paper 1386**. United States Geological Survey, 1988. Disponível em : <<https://doi.org/10.3133/pp1386>>. Acesso em : 4 nov. 2021.

# HABITAÇÃO UM CAMINHO DA OPORTUNIDADE PARA ALCANÇAR A DIGNIDADE

**Oduwaldo José Harmbach**

Escrevente e doutorando em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

## **Resumo:**

Este artigo defende a isenção de impostos diretos na aquisição de habitação por cidadão deficiente físico. Esta defesa parte da hipótese de que essa isenção poderá representar promoção da efetividade dos direitos humanos. Esses impostos no Brasil são os que representam maior percentual nos gastos dessas aquisições. Existe uma forte ligação entre habitação e dignidade, portanto, se faz necessária uma habitação digna para suprir as necessidades básicas do ser humano. Imperioso pontuar que, atualmente, no Brasil, mais de quatro milhões de cidadãos não têm acesso a esse serviço. Isso leva a compreender o desastre posto, humanitário e ecológico, o esgoto não tratado jogado diretamente nos rios, ou na própria superfície, é uma das piores mazelas em termos de degradação ambiental e humana. Por fim, o tema escolhido se justifica por destacar sua importância e relevância no contexto atual da sociedade, que inova ao defender a isenção desses impostos.

**Palavras-chave:** Deficiência; Dignidade; Globalização; Habitação; Saneamento.

## **Introdução**

Nestas linhas iniciais, observa-se o momento contemporâneo sob influência do fenômeno econômico-financeiro da globalização e da necessidade de preservação do meio ambiente. Essa mesma Globalização tem como um dos seus aspectos a produção de menor custo, e lucro maximizado

Existe um abismo entre a necessidade de preservação e reparação ambiental (meio ambiente equilibrado) como um todo, e as diferentes atividades decorrentes da produção, consumo e poluição. O resultado é claro: agressões e degradações excessivas ao meio ambiente, levando à extinção de espécies da flora e da fauna e comprometimento do clima.

Hodiernamente, menciona-se o “compromisso com as futuras gerações”, de fato a preocupação é enorme. Sem dúvida, a solução é a preserva-

ção e reparação ambiental. Há muito tempo, os cientistas fazem alertas e previsões a esse respeito. Mesmo assim, a falta de compromisso e implementação de ações e políticas dos países ricos e de governos de políticos contrários ou negacionistas chama atenção e causa grandes preocupações.

Uma resposta a essa passividade ou inércia se deu pela própria ONU (Organização das Nações Unidas), ao elaborar o instrumento ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável), também conhecido como agenda 2030, em que muitas metas e objetivos devem ser atingidos até 2030. Entretanto, se essas implementações não se fizerem efetivas, pode-se chegar a um ponto de irreversibilidade climática, que certamente colocará a vida dos seres humanos e do próprio planeta em risco.

O desenvolvimento econômico da população de um país – que pode ser medido pela qualidade de sua alimentação, educação, saúde e meio ambiente equilibrado não está atrelado ao seu crescimento econômico. O Brasil serve como exemplo, já há algumas décadas entre as dez maiores economias do mundo, no entanto, ao observar o seu índice de desenvolvimento humano, não está presente nem entre os setenta países com melhor IDH.

O grande desafio desta pesquisa é comprovar a hipótese de que uma habitação digna contribui para um ambiente ecológico positivo, com impacto na saúde humana, melhorias de condições de vida e de produtividade da sociedade como um todo. Também tem como objetivo a demonstração de que a isenção de impostos diretos na aquisição de habitação por pessoa com deficiência está diretamente relacionada com a promoção e a efetividade dos direitos humanos.

O método utilizado será o indutivo, ou seja, partindo da observação de fatos que se repetem em um caso particular, para uma generalização.

O primeiro capítulo da presente pesquisa diz respeito aos conceitos de pessoa, dignidade e deficiência, são conceitos que se fazem necessários para avançar na presente pesquisa.

## **Conceito de pessoa, dignidade e deficiência**

O conceito de “Ser Humano”, sob uma perspectiva biológica, está ligado à espécie (*homo sapiens*). Já pessoa está totalmente ligado ao direito, ao fato de ter personalidade.

Personalidade é a aptidão genérica de ter direitos e contrair obrigações, tal qual mencionado no artigo 1º do Código Civil Brasileiro. Não se pode tratar coisas como pessoas diante da ausência de personalidade. Menciona-se uma triste constatação histórica: escravos não eram considerados pessoas, e sim coisas.

Os escravos não eram pessoas, não têm qualquer personalidade jurídica. A teoria tradicional não nega que pessoa e homem são dois conceitos distintos, se bem que pense também poder afirmar que, segundo o Direito moderno, diferentemente do que sucedia com o direito

antigo, todos os homens são pessoas ou têm personalidade jurídica (KELSEN, 2009, p. 192).

A dignidade humana, como conceito, abrange uma grande diversidade de valores existentes. É uma qualidade inata da pessoa, aquilo que o ser humano tem de maior valor, atributo visceral à sua condição humana. Seu mínimo irreduzível enquanto parte da humanidade:

No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, já no seu preâmbulo, a necessidade de proteção da dignidade humana por meio da proclamação dos direitos elencados naquele diploma, estabelecendo, em seu art. 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos”. Os dois Pactos Internacionais (sobre direitos civis e políticos e sobre direitos sociais, econômicos e culturais) da Organização das Nações Unidas têm idêntico reconhecimento, no preâmbulo, da “dignidade inerente a todos os membros da família humana”. A convenção Americana de Direitos Humanos exige o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (art. 5º) (RAMOS, 2018, p. 77).

## **Deficiência**

Esta pesquisa em relação à deficiência evidencia a mudança de enfoque. Diniz (2007, p. 23) destaca que “para o modelo médico, lesão levava à deficiência; para o modelo social, sistemas sociais opressivos levavam pessoas com lesões a experimentarem a deficiência”.

Com essa mudança de perspectiva, fica claro que o modelo social é mais abrangente e abre possibilidades de inclusão das pessoas deficientes, o que sob o panorama médico não é possível.

O fato deficiência física, passando a ser visto pelo enfoque social e do direito adquire uma outra grande interpretação. Segundo Diniz (2007, p. 19), “um deficiente [...] diria; minha lesão não está em não poder andar. Minha deficiência está na inacessibilidade dos ônibus”.

## **Convenção internacional dos direitos da pessoa com deficiência**

Esta convenção foi assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, e seu protocolo facultativo aprovado pelo Congresso Nacional através do decreto legislativo nº 186 de 9 de julho de 2008, posteriormente em 25 de agosto de 2009, através do decreto nº 6.949, que passou a ter o *status* de Emenda Constitucional, conforme a Constituição Federal, nos termos do seu artigo 5º parágrafo 3º. Por esse decreto, a Convenção foi incorporada à Constituição da República, com o Estado brasileiro se comprometendo a criar e respeitar todas as medidas e regulações da citada convenção.

Conforme se vê, foi em atendimento do artigo 4º da mencionada convenção, que foi promulgado por lei ordinária o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão – nº 13.146/2015.

O Estatuto interpela o termo deficiência tendo o critério de modelo biopsicossocial e não o modelo médico. Essa mudança, em relação à deficiência, salienta que a deficiência não está no cidadão e sim na sociedade, que deve ser inclusiva na igualdade dos direitos desses cidadãos.

## **Habitação**

### **Considerações iniciais**

No início, a existência do ser humano acontecia dentro do conjunto das florestas (fauna e flora), interagindo e respeitando seus ciclos naturais, integrando parte do ecossistema. Como abandono da vida nômade, começaram as interferências locais: praticando a agricultura, e domesticando animais, por exemplo. Dessa maneira, iniciou-se uma linha de progresso, que, com o tempo, culminou nas cidades.

Como as cidades são acima de tudo concentrações de pessoas, a própria população é a medida mais simples para definir uma cidade. Só para começar: não existe nenhuma definição, nem a mais vaga, sobre o número de pessoas necessárias para formar uma cidade (RYBC-ZNSKI, 1996, p. 34).

### **Conceitos**

A habitação está ligada à ideia da estrutura física (a construção em si, onde ser humano pode habitar) do local de residência, ou onde uma pessoa individualmente, ou coletivamente pode viver. A habitação difere do conceito de lar, uma vez que este é mais conectado ao lado subjetivo, é abrigo das mais diversas emoções, tais como dor, solidão e alegria. Onde se tem conforto e prazer em viver.

Em uma habitação é possível cidadãos sem qualquer vínculo emocional ou de amizade estabelecerem sua moradia, no conceito de lar, isso não é possível. O conceito de moradia é conexo ao sentido de onde o cidadão está residindo, enraizando, criando um relacionamento com o local.

Observando a questão por outra ótica, como direito à moradia, tem-se a ligação entre o indivíduo e determinado local como o direito irrenunciável e indisponível de fixar-se a determinado lugar que proporcione segurança, conforto e privacidade, permitindo a existência e o desenvolvimento dignos do ser humano (MONTEIRO, 2015, p. 25).

São muitas as necessidades atendidas por uma habitação, até mesmo envolvendo questões de saúde pública, como saneamento básico e coleta de lixo. Importante assinalar que o direito à moradia adequada é indispensável à preservação da dignidade:

O direito à moradia adequada se expressa muito mais em uma noção ampla e coletiva do que na perspectiva física da unidade habitacional;

contudo, possui também grande influência na dimensão familiar e individual, representando um componente indispensável à preservação da dignidade humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O panorama atual do déficit habitacional no país serve como um importante referencial para a compreensão da questão da moradia no âmbito do Estado brasileiro, funcionando como um norte para o desenvolvimento de políticas públicas no campo habitacional (MONTEIRO, 2015, p. 155).

Por tudo que foi exposto e asseverado acima, a moradia adequada não é simplesmente um teto, paredes, um poço e uma foça, muito embora não se pode deixar de pontuar, que não raro, existem muitos cidadãos vivendo em condições até piores. Fica expresso que a habitação deve conseguir equacionar as necessidades do ser humano, e é muito mais que um simples espaço físico. É um direito que está consagrado no artigo XXV da “Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como no artigo 6º da Constituição da República.

### **Problemas habitacionais existentes no Brasil**

O Brasil tem um grave problema habitacional, que precisa ser superado para dar efetividade ao direito de moradia, já que ainda existem moradores de rua, favelas, construções em áreas de risco, invasões de áreas públicas e loteamentos irregulares.

O déficit habitacional total de identificado no Brasil, em 2008, foi 5.546.310 milhões de habitação, o que equivale a 9,6% do total de domicílios particulares. Desse total 4.629.832 moradias necessárias em área urbana e 976.478 moradias necessárias em zona rural. O Estado de Alagoas apresenta um déficit habitacional da ordem de 85.780 unidades habitacionais, sendo 63.353 em área urbana e 22.427 em área rural. Confrontando esse número com o número de moradias particulares identificou-se um déficit de 10,2%. O índice percentual mais alto de déficit habitacional foi identificado no Estado do Maranhão, com 434.750, o que equivale a 26,9% do total de domicílios particulares (MONTEIRO, 2015, p. 118).

### **Habitação, dignidade e meio ambiente equilibrado**

Com o andamento desta pesquisa, buscando uma possível intersecção dos conceitos de Habitação, Dignidade e Meio Ambiente Equilibrado, constatou-se que o saneamento básico é o que promove uma habitação digna, contribuindo assim para dignidade dos cidadãos que lá têm sua moradia e ainda preservação ambiental.

De acordo com o sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, vinculado ao Ministério das Cidades, aproximadamente 33 milhões de brasileiros não tinham acesso direto à água potável em 2011, ou seja, 17,6% da população. Este dado apresenta-se ainda mais preocu-

pante quando considerado que a perda de água na distribuição chega a 38,8%. Os índices referentes ao acesso à rede de esgoto são ainda mais preocupantes: somente 48,1% da população brasileira era atendida por coleta de esgotos e somente 37% de todo o esgoto produzido recebia tratamento (COELHO, 2017, p. 353).

## **Saneamento Básico**

Em linhas gerais, são serviços e estruturas físicas fundamentais para proporcionar o abastecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto e resíduos, que possibilitam o desenvolvimento social e econômico, promovendo a saúde e preservando o meio ambiente

Saneamento é o conjunto de medidas que visa preservar ou modificar as condições do meio ambiente com a finalidade de prevenir doenças e promover a saúde, melhorar a qualidade de vida da população e à produtividade do indivíduo e facilitar a atividade econômica (O QUE É SANEAMENTO..., 2021).

A falta de saneamento básico para as habitações, ou cidades que não contam com coleta de água e tratamento de esgotamento sanitário são problemas gravíssimos, que acarretam no aparecimento de doenças, degradação ambiental, e impactos negativos na economia e no social.

Os impactos da falta de saneamento básico sobre a população brasileira revelam-se perversos sob os mais distintos aspectos. Informamos o Instituto Trata Brasil e a Fundação Getúlio Vargas, no relatório “Benefícios econômicos da expansão do saneamento brasileiro”, que 217 mil trabalhadores se afastam anualmente de seus postos em razão de problemas gastrointestinais ligados à falta de saneamento. São dados como esses que nos despertam para a grande lacuna existente entre o texto da Constituição Federal de 1988 e a realidade do Brasil. O artigo 186 da Constituição Federal estabelece ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado, devendo seu acesso ser universal e igualitário. Logo em seguida, no inciso IV do artigo 199, ao recém-criado Sistema Único de Saúde é atribuída a função de participar da formulação da execução das políticas de saneamento básico (COELHO, 2017, p. 354).

## **Aquisição de moradia no Brasil**

O direito de moradia acontece, quando se adquire, ou recebe a título de doação um determinado bem imóvel (casa, apartamento, etc.), onde se pode habitar ou morar. Mantendo a direção da presente pesquisa, o conceito de aluguel não será abordado.

De tal forma, cabe afirmar que o direito de propriedade é protegido pelo Direito, mas ela – a propriedade – não é um direito: ela é um bem, uma utilidade, uma riqueza. O que o proprietário tem é uma

coisa, um bem, não é um direito (GUERRA; BENACCHIO, 2011, p. 147).

No Brasil, a transmissão da propriedade imobiliária ocorre por meio do registro. A transmissão não ocorre somente com lavratura e assinatura da escritura pública, mas existe também a necessidade de efetuar o registro, conforme artigo 1.245 do Código Civil e seus parágrafos.

Estamos na fase do chamado homem jurídico. Está ele envolto em leis, decretos, regulamentos, diferentemente do homem da caverna, do caçador, do guerreiro, do teocrata, do econômico. A nítida distinção entre Estado e Governo valoriza sobremaneira a segurança jurídica e as instituições da comunidade. Nem tudo que é bom para o governo é bom para o cidadão. Instituições da comunidade devem ser subtraídas do controle do governo do momento, porque estes passam, e as instituições ficam. A Revolução Francesa destacou bem tal circunstância. A verdadeira função do sistema registral imobiliário está tutelada à propriedade privada, bem como assim em combater a clandestinidade, irmã gêmea da fraude (DIP, 2004, p. 171).

## Custos com aquisição de habitação

Partindo do que foi pesquisado acima, não se adquire o direito de moradia, o que é possível adquirir é um imóvel (casa, apartamento), que tem substanciado o direito à moradia. Os impostos diretos ligados a esta aquisição são o ITBI (imposto sobre a transmissão de bens imóveis) e o ITCMD (imposto sobre a transmissão de *causa mortis* e doação), sendo o primeiro com a receita destinada ao município e o segundo ao Estado.

Nesse momento, esta pesquisa vai demonstrar o que ocorre na cidade e no Estado de São Paulo, uma vez que é, respectivamente, a maior cidade e estado brasileiro, em termos populacionais e em volume e importância econômico-financeiro. Importante pontuar que as legislações que disciplinam os impostos acima mencionados são de competências diferentes, quando se tratando de ITBI, a legislação será municipal e, quando for ITCMD, será estadual.

Usando a regulamentação e legislação do Estado de São Paulo e tendo como exemplo hipotético a doação ou inventário (*causa mortis*) de um imóvel no valor de R\$ 500.000,00.

Com o exemplo acima, segue abaixo a discriminação dos valores a serem custeados:

- a) R\$ 20.000,00 com ITCMD alíquota de 4%;
- b) R\$ 4.109,41, com Escritura – tabela disponibilizada pelo Colégio Notarial;<sup>1</sup>

<sup>1</sup> COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. **Tabela de Custas e Emolumentos**, São Paulo, 2021. Disponível em: <<http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X190YWJlbGFzX-2Vtb2x1bWVudG9z>>. Acesso em: 9 set. 2021.

- c) R\$ 2.517,43, com Registro de Imóveis – tabela disponibilizada pelo Colégio Notarial;<sup>2</sup>

Total das despesas com regularização da transação de R\$ 26.626,84, sendo assim, pode-se visualizar que o percentual ou proporcional maior de gastos está diretamente ligado ao ITCMD, que representa percentualmente 75% dos custos com a aquisição do imóvel.

Ainda, mantendo-se o exemplo, com a regulamentação e legislação do município de São Paulo, agora se trata de compra de um imóvel no mesmo valor, R\$ 500.000,00:

- a) R\$ 15.000,00 com ITBI alíquota de 3%;  
b) R\$ 4.109,41, com Escritura – tabela disponibilizada pelo Colégio Notarial;<sup>3</sup>  
c) R\$ 2.517,43, com Registro de Imóveis – tabela disponibilizada pelo Colégio Notarial;<sup>4</sup>

O total das despesas com regularização dessa transação é de R\$ 21.626,84, sendo assim, pode-se ver que o percentual maior de gastos está diretamente ligado ao ITBI, que representa percentualmente 69% dos custos com a aquisição do imóvel.

## Isenções

Isenção é uma hipótese de não incidência de determinado tributo, o conceito de isenção é extremamente complexo, e existem diferentes correntes na doutrina:

“Isenções” sempre foi tema complexo, ainda que intensamente presente na economia das relações tributárias brasileiras. Seus efeitos liberatórios, suas consequências no campo negocial; seu perfil de instrumento eficaz para a obtenção de resultados extrafiscais entre outros seriam aspectos relevantes para identificar o instituto como algo de fácil manejo, sempre à disposição das autoridades que legislam, tendo em vista calibrar o impacto da percussão dos tributos, atenuando distorções e aperfeiçoando os microssistemas de incidência. É larga a utilização do mecanismo das isenções na tradição jurídica de nosso país, oferecendo conteúdos amplamente discutidos, quer na esfera dos órgãos administrativos, quer nos domínios do Poder Judiciário. Tudo se conciliara, portanto, para fazer do assunto matéria rica em construções doutrinária com propostas teóricas aptas para descrever

2 COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. **Tabela de Custas e Emolumentos**, São Paulo, 2021. Disponível em: <<http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X190YWJlbGFzX-2Vtb2x1bWVudG9z>>. Acesso em: 9 set. 2021.

3 COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. **Tabela de Custas e Emolumentos**, São Paulo, 2021. Disponível em: <<http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X190YWJlbGFzX-2Vtb2x1bWVudG9z>>. Acesso em: 9 set. 2021.

4 COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. **Tabela de Custas e Emolumentos**, São Paulo, 2021. Disponível em: <<http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X190YWJlbGFzX-2Vtb2x1bWVudG9z>>. Acesso em: 9 set. 2021.

esse fenômeno jurídico em termo de elucidação fecunda (CARVALHO, 2015, p. 613).

Por questões de tempo e delimitação temática, esta pesquisa não irá perseguir o debate doutrinário, prosseguindo no entendimento adotado pelo sistema jurídico vigente, a isenção só pode ser alcançada por lei, conforme o parágrafo sexto, artigo 150, da Constituição Federal. Em perfeita consonância com este artigo da Constituição Federal da Republica está o artigo 176 do Código Tributário Nacional.

## **Isenção e aquisição de moradia por pessoa com deficiência**

No item “5.1” deste artigo, constatou-se que o percentual com os impostos diretos na transmissão de uma moradia ou habitação (ITBI e ITCMD) fica entre 69% e 75%, representando o maior percentual das despesas que são suportadas pelos adquirentes.

Na pesquisa acima não foi encontrado nenhum critério de isenção pelo termo ou conceito de deficiência, nas respectivas legislações estadual e municipal, enquanto existem isenções para outros termos ou critérios.

Por outro lado, existe para pessoas com deficiência de mobilidade: uma lei isenção de IPI (imposto sobre produtos industrializados), de competência federal, que é a lei 8.989 de 24 de fevereiro de 1995, modificada pela lei 10.754 de 31 de outubro de 2003.

Por tudo que foi pesquisado, os impostos diretos não somente incidentes sobre residências (casas, apartamentos) e sim mais abrangentes, lojas, terrenos, entre outros. Propor a isenção a esses impostos para pessoas com deficiência, que estão adquirindo imóvel residencial para sua moradia, não se trata de um privilégio e sim uma questão de justiça social.

Não se configura mais como expressão de justiça tratar a todos igualmente, mas sim, tratar os iguais igualmente, e os desiguais, na medida da sua desigualdade. Esta não é uma descoberta recente, sendo que desde a Grécia Antiga, com o grande filósofo Aristóteles, já era possível perceber esta nuance normativa (BALERA, 2008, p. 8).

O objetivo deste capítulo foi demonstrar que as isenções ou imunidades propostas por esta pesquisa podem proporcionar, quando utilizado um acesso efetivo para conquista da dignidade.

As imunidades tributárias são verdadeiramente dimensão dos direitos fundamentais e, no que toca à dignidade da pessoa humana, em vários enunciados prescritivos, diretamente imbricadas com esse sobre princípio (CASTRO, 2018, p. 155).

## **Desenvolvimento**

Este artigo, não desdenha em compreender o conceito de desenvolvi-

mento. O conceito desenvolvimento passou a ser maior do que simplesmente um progresso econômico financeiro.

A diferença de padrões de vida é que distingue os planos do subdesenvolvimento até atingir o desenvolvimento. Como tão explícita e repetidamente o disse a *Enciclica Populorum Progressio*, o desenvolvimento é um conjunto de condições e não apenas um nível de vida material (LIMA, 1974, p. 154).

Dentro do fenômeno da globalização é importante diferenciar o crescimento do desenvolvimento, este não nega a importância do crescimento econômico desde que este crescimento proporcione efetivamente uma evolução nas melhorias de condições de vida.

Diferentemente da perspectiva do crescimento econômico, que vê o bem-estar de uma sociedade apenas pelos recursos ou pela renda que ela pode gerar, a abordagem de desenvolvimento humano procura olhar diretamente para as pessoas, suas oportunidades e capacidades. A renda é importante, mas como um dos meios do desenvolvimento e não como seu fim (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2021).

## **Índice de Desenvolvimento Humano**

O Índice de Desenvolvimento Humano é uma medida para conferir o grau de desenvolvimento nas melhorias e na qualidade de vida da população.

O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida resumida do progresso a longo prazo em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. O objetivo da criação do IDH foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, o IDH pretende ser uma medida geral e sintética que, apesar de ampliar a perspectiva sobre o desenvolvimento humano, não abrange e nem esgota todos os aspectos do desenvolvimento (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2021).

Retomando o que foi mencionado na introdução, o Brasil, nas últimas décadas, se encontra dentro das dez maiores economias do mundo, no entanto não avança no IDH. A estagnação ou piora de IDH se deve, entre outros, à desigualdade social, por volta de um quarto da população vive na pobreza ou extrema pobreza, sem acesso ao saneamento.

O Brasil atualmente encontra-se na 79ª posição no ranking do IDH mundial (uma lista com mais de 180 países), como divulgado pelo PNUD, em 2018. Há três anos, o país está nessa posição, encon-

## Considerações finais

Buscando uma conclusão por tudo que foi apresentado neste artigo, se faz necessário que as cadeias produtivas da indústria, do comércio, serviços, em tempos de globalização, tenham o enfoque não somente da lógica do lucro, mas, sim do desenvolvimento e a preservação da existência do ser humano e do planeta. Se assim não o fizer estará colocando a humanidade em risco. Este artigo, por tudo que foi pesquisado, ratifica que se faz necessário realizar todas as implementações mencionadas nos objetivos de desenvolvimento sustentável e suas metas.

Esta pesquisa defende e demonstrou que ter a oportunidade do direito a uma moradia ou habitação digna é de fundamental importância para se alcançar a dignidade. Habitação, para o ser humano, está totalmente ligada ao conceito de dignidade. É importante destacar que, no Brasil, o problema habitacional é grave e perverso, mais de quatro milhões de cidadãos não têm condições de acesso a um banheiro.

Uma habitação adequada não é somente um teto com paredes. Também não se trata de uma mansão com suítes e outras sofisticações.

Conclui-se que a hipótese levantada na introdução se mostrou verdadeira, que uma habitação digna está ligada ao saneamento básico e este implementado é capaz de fazer a intersecção entre os conceitos de habitação, dignidade e meio ambiente equilibrado.

Por fim, o caminho percorrido pela pesquisa e exposto neste artigo comprovou que a isenção de impostos diretos na aquisição de moradia por pessoa com deficiência se mostrou verdadeira, uma vez que os custos com estes ficam entre 69% e 75%.

Contribuindo mais ainda para essa constatação, esta pesquisa utilizou método indutivo, o que ocorre em termos de percentual de impostos em relação ao município e o Estado de São Paulo, possivelmente deve ocorrer em todo o país, ou seja, um caso particular que se reflete nos demais.

Com esta pequena contribuição, acredita-se que esta pesquisa poderá abrir a possibilidade para novos estudos ou trabalhos para o acesso dos cidadãos mais simples ou necessitados, na obtenção de mais segurança na aquisição de sua habitação.

## Referências

BALERA, W. **Comentários à Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Brasília: Fortium Editora, 2008.

BECK, U. **O que é Globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, N. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- CARVALHO, P. B. **Direito Tributário** - Linguagem e Método. São Paulo: Noeses, 2015.
- CASTRO, A. L. M. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Norma Jurídica Tributária**. São Paulo: Noeses, 2018.
- COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. Tabela de Custas e Emolumentos, São Paulo, 2021. Disponível em: <<http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X190YW-JlbGFzX2Vtb2x1bWVudG9z>>. Acesso em: 9 set. 2021.
- DINIZ, D. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Coleção Primeiros Passos).
- DIP, R. **Introdução ao Direito Notarial e Registral**. Porto Alegre, Irib, 2004.
- GUERRA A.; BENACCHIO M. **Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.
- LIMA, A. A. **Os Direitos do Homem e o homem sem direitos**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974.
- MONTEIRO Vitor de Andrade. **Direito à Moradia Adequada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- O QUE É SANEAMENTO? **Trata Brasil**, São Paulo, 2021. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/o-que-e-saneamento>>. Acesso em: 10 set. 2021.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. **Desenvolvimento Humano e IDH**, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>>. Acesso em: 9 set. 2021.
- RAMOS, A. D. C. **Curso de Direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- RYBCZNSKI, W. **Vida nas Cidades: expectativas urbanas no novo mundo**. Rio de Janeiro: Record, 1996.
- SANTOS, B. S. **Conhecimento Prudente para uma Vida Decente**, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.
- SANTOS, M. **Por uma Outra Globalização**. Editora Record: Rio de Janeiro, 2001.
- SACHS I. **Desenvolvimento incluyente, sustentável sustentado**. Rio de Janeiro, 2008.
- SEN, A. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SEVERINO A. J. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo: Cortez, 2007.

Apoio Cultural:



[www.edbrasilica.com.br](http://www.edbrasilica.com.br)  
[contato@edbrasilica.com.br](mailto:contato@edbrasilica.com.br)



[www.edicoesbrasil.com.br](http://www.edicoesbrasil.com.br)  
[contato@edicoesbrasil.com.br](mailto:contato@edicoesbrasil.com.br)

# Anais de Artigos Completos - Volume 9 VI CIDHCoimbra 2021

## Organizadores:

Vital Moreira

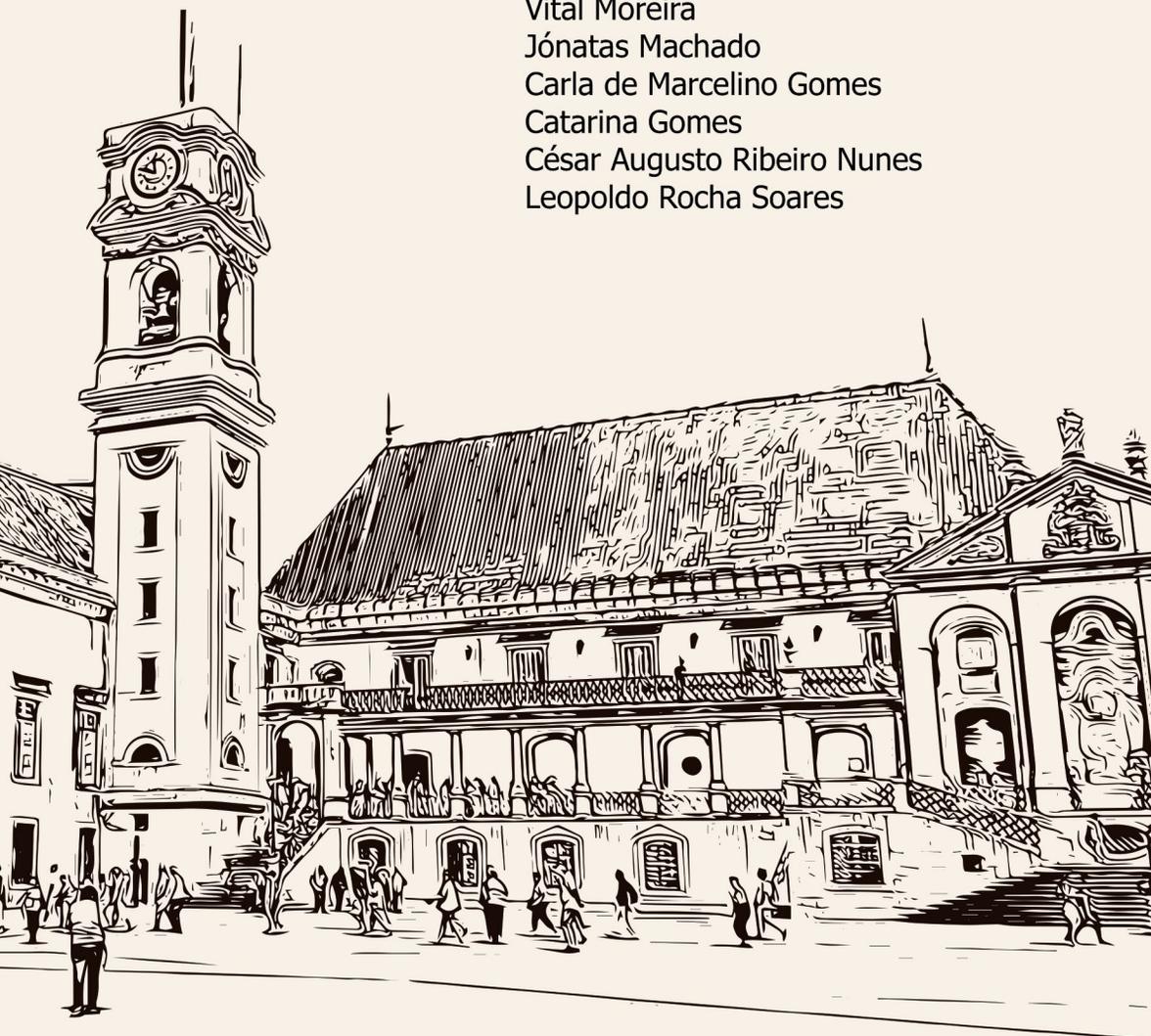
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-89537-24-3



9 786589 537243

