

Escola da Ajuris

no enfrentamento da
discriminação

Hilbert Maximiliano Akihito Obara
Org.



No âmbito da escola, a profusão do conhecimento científico se faz por meio dos núcleos de estudo. Organizados por temas e englobando diversas áreas do conhecimento, os núcleos buscam integrar a magistratura à academia, por meio da promoção de cursos, encontros, palestras de produção e difusão dos conhecimentos jurídicos e multidisciplinares, voltados à interação das políticas sociais, jurídicas e econômicas e à construção da cidadania. Os núcleos também desenvolvem projetos de pesquisa e formam grupos específicos de estudos junto aos magistrados, intensificando e incentivando a produção científica e o estudo por meio de publicações, inclusive na Revista da AJURIS. Por meio de sua atuação segmentada, os núcleos produzem conhecimento e geram, resultados, como a obra ora publicada, que além de dar visibilidade às ações da ESM, incrementam o diálogo desta com a sociedade, contribuindo para a construção de um ensino jurídico de excelência. Por ocasião da publicação desta obra, parabenizamos todos os coordenadores que, de forma voluntária, contribuem com seu dinamismo e dedicação ao sucesso dos núcleos de estudo da Escola Superior da Magistratura.

Patrícia Antunes Laydner
Diretora.



Editora Fundação Fênix



Escola da Ajuris no enfrentamento da discriminação

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Adalberto de Souza Pasqualotto – PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas – Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Maria DÁvila Lopes – UNIFOR

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos – UERJ

Angélica Lucía Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo – Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino

Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento – UERJ

Daniel Wunder Hachem – PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero – UFRGS

Denise Pires Fincato – PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza – PUCRS

Eugênio Facchini Neto – PUCRS

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer – UniRio

Fabio Siebeneichler de Andrade – PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan – PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet – PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino – PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra – Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna – PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho – PUCRS
Ivar Alberto Martins Hartmann – FGV Direito Rio
Jane Reis Gonçalves Pereira – UERJ
Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ
Laura Schertel Mendes
Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub
Luis Alberto Reichelt – PUCRS
Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School
Miriam Wimmer - IDP - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP
Petryck de Araújo Ayala – UFMT
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil
Phillip Gil França - UNIVEL – PR
Richard Pae Kim – UNISA
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP
Thadeu Weber – PUCRS

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão – Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo – Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho – Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa
Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP
Cristina Maria de Gouveia Caldeira – Universidade Europeia
César Landa Arroyo – PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites – Pontifícia Universidade Católica do Peru
Elena Alvites Alvites - PUCP
Francisco Pereira Coutinho – Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón – Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva – Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porrás Ramirez – Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Pedro Paulino Grandez Castro – Pontifícia Universidad Católica del Peru
Richard Pae Kim – Professor do Curso de Mestrado em Direito Médico da UNSA
Víctor Bazán – Universidade Católica de Cuyo

Hilbert Maximiliano Akihito Obara
Organizador

Escola da Ajuris no enfrentamento da discriminação



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2023

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Série Direito – 64

Catlogação na Fonte

E74 Escola da Ajuris no enfrentamento da discriminação [recurso eletrônico] / Hilbert Maximiliano Akihito Obara; Organizador. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2023.
307 p. : il. (Série Direito ; 64)

Disponível em: <<http://www.fundarfenix.com.br>>

ISBN 978-65-5460-037-8

DOI <https://doi.org/10.36592/9786554600378>

1. Direito. 2. Discriminação. 3. Violência. 4. Sociedade. 5. Filosofia.
I. Obara, Hilbert Maximiliano Akihito (org.).

CDD: 340

Responsável pela catalogação: Lidiane Corrêa Souza Morschel CRB10/1721

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Patrícia Antunes Laydner 11

PREFÁCIO

Hilbert Maximiliano Akihito Obara 13

1. ANTIDISCRIMINAÇÃO E HUMANIDADE: CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS E JURÍDICAS

Hilbert Maximiliano Akihito Obara 19

2. DE PROTEÇÃO À ESTIMAÇÃO: AS DIFERENÇAS VALORATIVAS DA FAUNA EXPOSTAS NO CASO DE TERESA GIMENES

Diógenes V. Hassan Ribeiro
Rodrigo de Medeiros Silva 43

3. GRUPOS REFLEXIVOS DE GÊNERO NA MODALIDADE ON-LINE: UMA EXPERIÊNCIA NO SUL DO BRASIL

Ivete Machado Vargas
Mariana G. Boeckel 59

4. RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS E O NECESSÁRIO COMPROMISSO COM A PREVENÇÃO E O COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Madgéli Frantz Machado 75

5. DIREITO PROBATÓRIO NA ANTIDISCRIMINAÇÃO: MODELOS DE CONSTATAÇÃO E ÔNUS DA PROVA

José Eduardo Aidikaitis Previdelli 91

6. A EXPERIÊNCIA INTERDISCIPLINAR DO NÚCLEO DE ESTUDOS EM DIREITO, SAÚDE, BIOÉTICA DA ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA DO RIO GRANDE DO SUL (ESM) - AJURIS

Márcia Santana Fernandes
Rosana Garbin
José Roberto Goldim 109

7. METATEORIA DO DIREITO FRATERNAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA

Marco Beck

Uda Schwartz 119

8. PELO DIREITO AO ESTUDO E EXERCÍCIO PROFISSIONAL: A HISTÓRIA DE UMA ENTRE TANTAS LUTAS DE MINERVA MIRABAL

Marcia Kern

139

9. O PAPEL DA SOFT LAW NO GERENCIAMENTO DE PRECEDENTES ENVOLVENDO CONFLITOS ESTRUTURAIS NO BRASIL: UMA PROPOSTA CONCRETA

Cíntia Teresinha Burhalde Mua

151

10. PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL E ASSÉDIO DE CONSUMO DOS HIPERVULNERÁVEIS, COM FOCO NA CRIANÇA E NO IDOSO: APORTES NEUROCIÊNCIAS PARA SUPERAÇÃO DA INEFICIÊNCIA DA CONTRAPROPAGANDA NA INTERNET

Cíntia Teresinha Burhalde Mua

195

11. O PROBLEMA ESTRUTURAL DA DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA POR CONDIÇÃO PESSOAL: DOENÇA GRAVE, DEFICIÊNCIA E INCAPACIDADE PERMANENTE PARA O TRABALHO

Cíntia Teresinha Burhalde Mua

Tael João Selistre

245

12. SER-HUMANO-JUIZ: UMA VISÃO INTRODUTÓRIA SOBRE OS IMPACTOS DO NEURODIREITO NA TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS

Ana Maria Bezerra

Renato César Cardoso

275

13. LABORATÓRIOS DE INOVAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO: MODELO DE NEGÓCIO DE GESTÃO JUDICIÁRIA COM FOCO NO CIDADÃO E NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Káren Rick Danilevicz Bertocello

Daniel Neves Pereira

297

APRESENTAÇÃO

Os núcleos de Estudo da Escola Superior da Magistratura.

A trajetória de quase 60 anos da Escola Superior da Magistratura da AJURIS - ESM, iniciada com o primeiro Curso de Preparação para a Judicatura nos idos dos anos 60, é marcada pelo pioneirismo e pela preocupação constante com a qualificação da magistratura e do Poder Judiciário.

Escola judiciária voltada à formação e aprimoramento da magistratura gaúcha, referência para a concepção de instituições congêneres no Brasil e na América Latina, a ESM tem seus objetivos estratégicos permeados pelos valores e pelo ideal de humanismo que regem, desde sua fundação, suas ações educacionais. Dentre estes objetivos, que estão traçados no Plano de Desenvolvimento Institucional, podemos destacar:

- Contribuir para o desenvolvimento do direito, desenvolvendo o pensamento crítico e de vanguarda, estimulando a criatividade na busca de soluções jurídicas inovadoras.
- Representar um espaço e um canal de produção de conhecimento e reflexão crítica da relação entre magistratura e sociedade.
- Incrementar os convênios e as parcerias com instituições renomadas, nacionais e internacionais, para o intercâmbio de conhecimento e de boas práticas.

A ESM também considera a pesquisa como função indissociável do ensino e que produz novos conhecimentos e técnica, incentivando assim o cultivo da atitude científica.

No âmbito da escola, a profusão do conhecimento científico se faz por meio dos núcleos de estudo. Organizados por temas e englobando diversas áreas do conhecimento, os núcleos buscam integrar a magistratura à academia, por meio da promoção de cursos, encontros, palestras de produção e difusão dos conhecimentos jurídicos e multidisciplinares, voltados à interação das políticas sociais, jurídicas e econômicas e à construção da cidadania. Os núcleos também desenvolvem projetos

12 | Escola da Ajuris no enfrentamento da discriminação

de pesquisa e formam grupos específicos de estudos junto aos magistrados, intensificando e incentivando a produção científica e o estudo por meio de publicações, inclusive na Revista da AJURIS.

Por meio de sua atuação segmentada, os núcleos produzem conhecimento e geram, resultados, como a obra ora publicada, que além de dar visibilidade às ações da ESM, incrementam o diálogo desta com a sociedade, contribuindo para a construção de um ensino jurídico de excelência.

Por ocasião da publicação desta obra, parabenizamos todos os coordenadores que, de forma voluntária, contribuem com seu dinamismo e dedicação ao sucesso dos núcleos de estudo da Escola Superior da Magistratura.

Patrícia Antunes Laydner

Diretora.

PREFÁCIO

Os núcleos de estudos da Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul buscam a contínua produção do conhecimento, tendo forte preocupação com as temáticas sensíveis e atuais. Episódios de violências e ataques contra o outro, discriminado, fizeram surgir o interesse na promoção de diálogos a respeito do tema. A Escola e os Núcleos fizeram, então, um ciclo de palestras, em que vários coordenadores de núcleos expuseram suas pesquisas relacionando-as ao tema da discriminação. Em seguida, foi ventilada a possibilidade de manter o eixo central da discriminação para que fossem apresentados escritos que pudessem estar relacionados a ele. Um grupo de coordenadores realizou as escritas e/ou indicou membros dos núcleos para realiza-las, dando origem ao presente livro.

A relevância acadêmica e jurídica da obra está na disseminação do pensamento e preocupação que os órgãos produtores de conhecimento da Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, os seus núcleos de estudos, trazem sobre a discriminação na sociedade contemporânea brasileira e gaúcha. Os diversos coordenadores e participantes dos núcleos produzem percepções oriundas de suas pesquisas específicas, dentro do campo de estudo de seus núcleos, para integrar os capítulos que compõem o presente livro. Disso surgem elementos interessantíssimos com aptidão para nortear o indispensável debate sobre o enfrentamento de discriminações presentes e prevenção de discriminações futuras, nas variadas facetas que as injustas diferenças podem vir a alcançar.

São variados os aspectos discriminatórios racionalizados e trabalhados nos escritos. Somente a leitura integral de cada trabalho é capaz de trazer os subsídios necessários para o devido aprofundamento nas complexidades das temáticas. No entanto, na busca da instigação para a leitura de temas tão complexos, é trazido, de forma muito resumida, referências das produções.

No primeiro capítulo, escrito por mim, Hilbert Maximiliano Akihito Obara, sugiro que a filosofia, a viragem linguística, abra as portas para que a intersubjetividade racional e dialética promova transformações sociais e jurídicas. Em face dessa condição incessantemente renovadora é reconhecida a necessidade do jurídico colaborar com o enfrentamento da discriminação, mormente em relação

àquele reconhecido como diferente, como outro, como discriminado. Percurso em que é trazida uma percepção crítica do direito, adotando-o como sistema capaz de prestar relevante colaboração para esse anseio humanístico e democrático, aperfeiçoando, no final das contas, o sentido do igualitarismo constitucional.

No segundo capítulo, Diógenes V. Hassan Ribeiro e Rodrigo de Medeiros Silva tratam do combate ao preconceito indigenista, trazendo o caso da Teresa Gimenes, Mbyá-Guarani, que, em 2018, foi detida com seus filhos, por um deles portar um macaco bugio, um animal de proteção para a sua cultura. A partir desse caso é trazida a discussão constitucional do direito à diferença em face de imposições da cultura colonial ainda tardiamente presente a ensejar abusos.

No terceiro capítulo, Ivete Machado Vargas e Mariana G. Boeckel destacam a importância dos grupos reflexivos de gênero. De forma especial, trazem a contribuição dos espaços reflexivos para apontar caminhos de prevenção e repressão da violência doméstica, com a promoção de relações mais saudáveis, de modo a reverter essa racionalidade em benefícios para os envolvidos, para a sociedade e para as gerações futuras.

No quarto capítulo, Madgéli Frantz Machado, também preocupada com a discriminação de gênero e violência contra a mulher reforça a existência do compromisso do Estado e da sociedade para a concretização dos direitos humanos. Nesse percurso é somada a responsabilidades das empresas às outras ações dos sistemas de justiça e instituições governamentais e não governamentais. Esse caminho é muito interessante, cabendo a devida visibilidade e incentivo, porque permite tanto o relevante auxílio que pode ser prestado pelas empresas quanto a contrapartida de repercussões positivas em favor da empresa.

No quinto capítulo, José Eduardo Aidikaitis Previdelli registra a preocupação com os direitos humanos de natureza processual. Sugere que o direito humano à prova, com o desenvolvimento de seu conteúdo científico e técnico, sobretudo por meio dos modelos de constatação e de ônus da prova, são capazes de gerar maior proteção e efetividade à antidiscriminação.

No sexto capítulo, Márcia Santana Fernandes, Rosana Garbin e José Roberto Goldim apresentam o Núcleo de Estudos em Direito, da Saúde e Bioética da Escola Superior da Magistratura (ESM) reconhecendo-o como espaço para o debate da

temática discriminatória, com aptidão para promover novos olhares e o (re) pensar do sempre vivo e indispensável combate à discriminação.

No sétimo capítulo, Marco Beck e Uda Schwartz mostram a Justiça Restaurativa como expressão de um Direito Fraternal, conseqüentemente antidiscriminatório. Nessa perspectiva, apostam no reforço dos vínculos humanos, na aproximação, na igualdade e compartilhamento de vida, como uma nova forma, diversa dos modelos soberanos, de promoção da justiça.

No oitavo capítulo, Marcia Kern apresenta um estudo de gênero por meio da análise dos acontecimentos que marcaram o dia 25 de novembro de 1960 quando as irmãs Pátria, Minerva e Maria Teresa Mirabal junto com Rufino de la Cruz foram mortas em uma emboscada na Província de Salcedo, região norte da República Dominicana, durante o período de ditadura trujillista implantada no país. Desse enredo é destacada uma das tantas lutas travadas por Minerva Mirabal em busca de acesso ao saber e livre exercício profissional.

No nono capítulo, Cíntia Teresinha Burhalde Mua salienta a força persuasiva da *soft law* no direito internacional e interno; acentuadamente, seu papel indutor no processo coletivo que envolva conflitos estruturais e precedentes a eles correlatos. Inclusive traz proposta de minuta de Resolução do Conselho Nacional de Justiça para a definição de standards mínimos para o controle das políticas públicas, de diretrizes básicas para a redação analítica dos precedentes pelo Poder Judiciário e orientação aos magistrados para a identificação da *ratio decidendi*, dos *obiter dicta*, dos critérios para *distinguish* e ressalva de entendimento, mormente quando o precedente envolva conflitos de natureza estrutural.

No décimo capítulo, Cíntia Teresinha Burhalde Mua identifica o problema do assédio de consumo de hipervulneráveis, sob o recorte da criança e do idoso no ambiente da rede mundial de computadores. Ressalta a ineficiência da imposição de contrapropaganda e traz algumas reflexões e proposições, pautadas em estudos neurocientíficos, focando alternativas para a eficiência dos instrumentos de controle.

No décimo primeiro capítulo, Cíntia Teresinha Burhalde Mua e Tael João Selistre estudam o direito à antidiscriminação da pessoa com deficiência, acometida de doença grave e aposentada por incapacidade laborativa, na tentativa de realização de contrato de seguro de vida por morte natural. São produzidos

argumentos para o reconhecimento de discriminação estrutural na recusa sumária da seguradora na realização da mencionada contratação e sugeridas formas de enfrentamento do problema.

No décimo segundo capítulo, Ana Maria Bezerra e Renato César Cardoso valorizam o neurodireito, o intercâmbio entre ciências cognitivas e direito para a tomada de decisões judiciais. Trilha em que é reforçada a condição humana do magistrado, como pessoa em sua integralidade, como qualquer outro ser humano, com o que está presente a inviabilidade de desprendimento da sua condição de ser no mundo. Resultando disso o interesse sobre o impacto que essa humanidade produz nas decisões judiciais e no direito.

No décimo terceiro capítulo, Káren Rick Danilevicz Bertoncello e Daniel Neves Pereira propõem a reflexão sobre o aperfeiçoamento da gestão pública, sobre a busca da maior eficiência, sobretudo da prestação jurisdicional. Destacam a relevância da inteligência estratégica antecipativa e a adoção dos laboratórios de inovação, na gestão judiciária, onde os problemas podem ser analisados sob perspectivas diversas, encontrando soluções não convencionais, que podem estar mais alinhadas aos interesses da sociedade. Com isso é criado um espaço de empoderamento do cidadão propício para a prevalência de valores atrelados à igualdade e não-discriminação.

Dessa forma, muito sucintamente exposta, é possível perceber que todos os escritos trazem profundos e complexos meandros da temática discriminatória, sem prejuízo de outras diversas abordagens. Também é notável o quanto o tema do combate à discriminação possui transversalidade em campos de pesquisas muito diferentes, o que permite explorá-lo de forma inesgotável. Portanto, o desejo é de dar os passos iniciais para uma incessante ampliação do debate.

Todos os escritos, além de trazerem importantes elementos de pesquisa, ainda servem de importante registro sobre a reflexão dos núcleos, dos seus participantes, a promover novos olhares e o (re) pensar, de modo que o combate à discriminação sempre esteja vivo. Caminho importante para uma sempre presente preocupação igualitária dos magistrados, demais juristas, comunidade acadêmica e comunidade em geral, em uma sociedade com pretensão democrática.

Deposito nesta obra a esperança de que esta seja a primeira de muitas outras e que possa externar a importância das pesquisas que são realizadas por cada núcleo, trazendo ainda mais fortalecimento e reconhecimento para a Escola da AJURIS. Tudo isso sem deixar de destacar que este livro será sempre lembrado por inaugurar a exposição escrita coletivizada dos estudos dos núcleos de estudos da Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul.

Finalmente, registro a honra de escrever o prefácio deste livro e de ter participado ativamente deste projeto como coordenador geral dos núcleos de estudo e do núcleo específico de filosofia, partilhando do mesmo espaço com tantos renomados e promissores juristas. E que esta obra só foi possível pelo empenho e apoio dado pela direção, coordenadores de núcleos e funcionários da Escola Superior da Magistratura.

Hilbert Maximiliano Akihito Obara
Coordenador.

1. ANTIDISCRIMINAÇÃO E HUMANIDADE: CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS E JURÍDICAS



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-01>

Hilbert Maximiliano Akihito Obara

1 Introdução

O direito contemporâneo ainda está preso à relação sujeito-objeto, na percepção de muitos “operadores jurídicos”, que continuam acreditando que sua atividade é meramente reprodutiva e sem compromisso social. Porém, a viragem linguística auxilia o jurista a ter uma compreensão diversa, com o compromisso de formação de um direito em que há a criação ininterrupta de sentidos a serem intersubjetivamente compartilhados. Nessa noção nasce a responsabilidade racional do jurista que vai além do texto legal, incorporando temas que permitam um jurídico afinado com a sociedade.

Há um outro problema que chama a atenção que é a crença jurídica monológica, apoiada em um sujeito supostamente capaz de criar aquilo que o direito exige ou de construções que devam ser igualmente aprovadas por ele, em um agigantamento do individual em prejuízo do coletivo. No entanto, o Estado democrático de direito está em direção oposta, centrado na pluralidade e não na singularidade, onde o jurídico encontra segurança nas significações consensuais decorrentes do compartilhamento de sentidos, advindos de uma razão intersubjetiva e dialógica. Disso, surge a necessidade de averiguar a superação do sujeito da relação sujeito-objeto e do monológico pelo sujeito da viragem linguística e dialógico com o fito de aperfeiçoar o jurídico e o social, bem como de estudar as consequências da superação do sujeito preso a sentido preestabelecidos desde sempre e/ou fechado em si, por outro que procura construir, aprofundar e aperfeiçoar seus argumentos para o direito e para a sociedade.

No discernimento de um jurídico intersubjetivo e dialógico atento ao social, emerge a relevância de questionar a formação da percepção do outro, em um reforço do sentido igualitário, em que esse outro é ser humano, com características distintas do padrão da dominação, mas que goza da mesma condição humana e é capaz de

trazer contribuições progressivas para qualquer sociedade. Nessa seara, há um padrão ainda presente no jurídico, no filosófico e no social a ser analisado criticamente a fim de que, na afirmação da condição igualitária do outro, possa ser visibilizada e arrostada a percepção do eu e do nós enraizada em preconceitos e estereótipos que criam e reforçam a discriminação e seus nefastos efeitos humanísticos.

O *establishment* da discriminação do outro está fundado na crença de hierarquia humana, em degraus de humanidade, em seres humanos mais humanos que outros, aproximando os últimos de animais ou coisas (reificação/coisificação), Essa percepção equivocada faz um conjunto de pessoas sentir-se superior aos demais e com direito de discriminar e dominar, de fazer prevalecer sempre o seu querer, sem discussão, por uso da força, desconsiderando quaisquer interesses em contrário. Orientação que origina a cisão dos nós e do eles, dualidade que arquiteta o medo e o ódio do outro, ensejando o desejo de controle, de dominação, com a completa subserviência do outro, sob pena de destruição, como denunciam os inúmeros atentados humanitários históricos e que ainda são repetidos nos dias de hoje, contrariando o ideal de igualitarismo humano.

O padrão discriminatório de ser e de estabelecer relações acaba, não raro, sendo assumido pelo próprio discriminado, sobretudo porque se enreda nas teias invisíveis da temporalidade da sociedade contaminada em que está inserido. Esse discriminado entende-se inferior, assumindo e reproduzindo a perversidade simbólica que lhe foi transmitida e que lhe aprisiona. Por conseguinte, além da discriminação daqueles que pertencem à classe dominante há um fator próprio, subjetivo, com idêntica aptidão para causar dor. Assim, a desumanidade discriminatória aparenta agregar elementos extrínsecos e intrínsecos ao discriminado, que devem ser explorados na presente pesquisa, a fim de que possam ser adequadamente combatidos por meio da ampliação da emancipação cidadã, de modo a fazer reconhecer e disseminar o igualitarismo.

O escrito procura lançar luzes e conclamar para o enfrentamento do estado de coisas desumanas da discriminação. Linha em que serão investigadas as causas da hierarquização humana, da discriminação, e as suas consequências humanisticamente deletérias. Há a pretensão de verificar a influência de causas

históricas de diretrizes sociais e jurídicas, desenrolar em que a exploração da superação da relação sujeito-objeto pela relação sujeito-sujeito, sobretudo no direito, poderá apontar a (in)diferença do jurídico (ao)no social, de modo a auxiliar (ou não) na perseguida ampliação democrática da autonomia cidadã, no enfrentamento das discriminações, preconceitos e desumanidades.

A pesquisa é direcionada ao combate dos sistemas sociais historicamente pavimentados pelo dinheiro-poder geradores de classes de seres humanos e de discriminação. Para tal fim, busca a ultrapassagem desses fatores perversos por meio da racionalidade dialética, inclusive no direito, propondo a viabilidade de aprofundamento racional da temática igualitária a despertar interesse jurídico no pressuposto democrático. Então, o escrito traz a esperança de auxiliar na observância do respeito às humanidades, ao outro, reconhecendo nas singularidades individuais e características distintas dos diversos grupos humanos a possibilidades de avanços do jurídico e social brasileiros.

2. Viragem linguística, sociedade e direito

Nos dias de hoje ainda está presente no direito a perspectiva filosófica da objetividade, da relação sujeito-objeto. Por essa visão, sobretudo na tradição da *civil law*, a lei, o texto legal, possui sentidos intrínsecos que devem ser desvendados pelo "operador jurídico", com o que a lei tem um limite semântico de origem, independente do intérprete e do contexto (OBARA, 2020, p. 212 - 221). Porém, em uma revolução copernicana, a filosofia passou a reconhecer que o conhecimento não se move, não se orienta, de acordo com o objeto, mas ao contrário, que o objeto é que se movimenta, se orienta, de acordo com o conhecimento, conforme referiu Kant ao tratar do fundamento a priori:

Até hoje admitia-se que o nosso conhecimento se devia regular pelos objetos; porém, todas as tentativas para descobrir a priori, mediante conceitos, algo que ampliasse o nosso conhecimento, malogravam-se com este pressuposto. Tentemos, pois, uma vez, experimentar se não se resolverão melhor as tarefas da metafísica, admitindo que os objetos se deveriam regular pelo nosso conhecimento, o que assim já concorda melhor com o que desejamos, a saber, a possibilidade de

um conhecimento a priori desses objetos, que estabeleça algo sobre eles antes de nos serem dados. (KANT, 2001, v. XVI, XVII).

A partir disso, é possível reconhecer que as coisas estão de acordo com a forma do sujeito representar, de acordo com o seu horizonte próprio (HABERMAS, 2004, p. 27). Portanto, as significações, ontológicas e deontológicas, estão nos sujeitos, em sua precedência temporal e contextual (OBARA, 2021c, p. 308 - 310). Esse pressuposto filosófico que não pode ser ignorado pelo direito quando a busca é de segurança, de correção, de adequação, de coerência e integridade, sem perder a condição evolutiva, em respostas baseadas em entendimentos intersubjetivamente compartilhados, distante do monológico e solipsista (OBARA, 2020b, p. 154-167).

No nosso ordenamento jurídico da herança da *civil law*, em que pese a presença da influência horizontal da *common law*, (OBARA, 2021 c, p. 201 - 209) ainda é marcante a força da lei, do texto legal, que faz sobressair os metafísicos métodos interpretativos para alcançar a semântica jurídica, inclusive, não raro, afastando a necessidade de interpretação, quando a aplicação por subsunção já se fizer suficiente. Esses equívocos positivistas ignoram que os sentidos não estão no texto da lei, como não estão na essência do objeto. Revolução copernicana desveladora de que ao invés do intérprete ser guiado pelo texto da lei, buscando um sentido objetivo, deve ser reconhecido que os sentidos da lei é que devem ser postos de acordo com o sujeito, nos limites e nas potencialidades de sua capacidade de produzir sentidos (OBARA, 2020a, p. 117-136).

A viragem linguística, por outro lado, não admite que a subjetividade possa ser arbitrária, que o guia dos sentidos (objeto/ texto jurídico) possa ser simplesmente ignorado. Muito pelo contrário, a fala é do reconhecimento de que os sentidos são produzidos sem dispensar o ente ou o texto compartilhado, a "mesmidade" heideggeriana. A propósito, em relação ao texto, não é demais registrar que a subjetividade arbitrária dos sentidos textuais seria impeditiva da própria comunicação, criando a Torre de Babel bíblica, por isso há necessariamente pontos de partida, limites linguísticos comunicativos, a partir dos quais são construídos e reconstruídos, na contextualidade intersubjetiva, significações. Esse porto seguro tem potencial para evitar retrocessos no direito, movidos pela

subjetividade assujeitadora (OBARA, 2021b, p. 61-76) e garantir avanços construídos na intersubjetividade, na racionalidade dialética do direito.

Para além de Kant, em uma segunda revolução copernicana, partindo das ideias habermasianas, é ultrapassado o paradigma monológico para o estabelecimento do dialógico. Ao invés de um conhecimento centrado no sujeito singular, é o sujeito singular que deve se orientar por uma razão de compartilhamento intersubjetivo. O conhecer algo, da preocupação ontológica, tanto quanto o estabelecimento das regras sociais, do deontológico, deixam de ser do sujeito singular e passam a girar em torno de todos os outros sujeitos, na medida em que o conhecimento decorre da comunicação entre eles. Assim, o pressuposto filosófico sai do eu no mundo para assumir um eu que compartilha o mundo.

No tema deontológico, onde está inserida a moral e o direito, o dialógico permite a segurança das respostas. No direito é marcante a carência da teoria dialógica a dar segurança ao direito. Essa insegurança é expressa através de críticas que afirmam a vivência jurídica brasileira em uma "loteria judiciária" ou "manicômio judiciário", a revelar que o sistema jurídico brasileiro ainda tem muito forte a crença monológica, seja na busca de respostas de acordo com a filosofia da consciência ou seja na procura por um rigor hercúleo apto a permitir o alcance da resposta que o sujeito-singular tem para si como a correta. Em face disso, deve ser reforçada a busca de respostas jurídicas para além de modelos anteriormente dados e aceitos acriticamente (OBARA, 2020b, p. 154-167), na construção baseada em entendimentos plurais, que são essencialmente mutáveis na temporalidade e no aperfeiçoamento do melhor argumento.

Na construção intersubjetiva, dialógica jurídica, são agregados elementos da teoria da ação comunicativa, classificada por Habermas em seu sentido forte, para a busca de entendimentos, em detrimento da ação comunicativa em sentido fraco e do agir estratégico (HABERMAS, 2014, p. 117-121) Tudo isso, sem olvidar que há um conhecimento técnico específico a condicionar o entendimento e a capacidade argumentativa, gerando uma resposta jurídica consensualmente pressuposta para todos, de uma adequação social pressuposta do consenso alcançado no direito. Porém, como o debate jurídico interessa ao todo da sociedade a qual está vinculado, persiste o desejo de permitir a maior participação possível, que o maior número de

peças possa estar receptivo às pretensões de validade jurídica e que possam formular pretensões diversas, sempre buscando por meio do diálogo a produção e o acolhimento do melhor argumento, de forma a estabelecer hipóteses jurídicas de entendimento.

Em toda essa fala subjaz o pensamento habermasiano. Está presente o pensamento crítico não só à perspectiva da razão pura, guiada pela relação sujeito-objeto, mas também ao pensamento ontológico ocidental, em sua estreiteza da relação cognitiva do sujeito com o mundo objetivo. A proposta vai distante do mundo objetivo, da filosofia ontológica, buscando alinhamento à fundamentalidade da estrutura intersubjetiva, de sujeitos dotados de fala e ação, que alcançam o conhecimento de algo no mundo por meio do entendimento compartilhado entre os sujeitos. Desse modo, na primazia da intersubjetividade dialética a filosofia volta seus olhos também para o mundo subjetivo e mundo social (HABERMAS, 2012, p. 217).

O sujeito transcendental kantiano, solitário, que reflete sobre si mesmo e sobre o conhecimento do seu objeto, da preocupação ontológica, passa a sujeitos essencialmente da fala e ação, que inevitavelmente conhecem algo no mundo a partir do compartilhamento com outros sujeitos. Com isso o pensamento habermasiano lança a outro patamar a intersubjetividade heideggeriana, da relação do ser-com-o-outro da perspectiva do ser, fazendo pressupor que algo que possa ser conhecido está no entendimento compartilhado. De onde é possível estender para o deontológico o mesmo pressuposto, a trazer para o direito a segurança baseada no entendimento. No entanto, em face da limitação participativa da construção do direito ao jurista, decorrente do conteúdo técnico inerente, é preciso trabalhar com a pretensão de um discurso que busca uma hipótese cabível em uma consensualidade pressuposta (OBARA, 2021 a, p. 38).

A segurança baseada no entendimento é muito distante da positivista, sobretudo legalista, que vem apoiada filosoficamente na relação sujeito-objeto. Diferentemente desse posicionamento não se tem o texto legal como fundamento último, ou primeiro, que enceta significados intrínsecos e imanentes desde sempre em si, a permitir o juiz boca da lei do liberalismo burguês ou instrumentos interpretativos de extração semântica. Linha criticada formadora de uma percepção

inepta que comumente condiciona a mudança do direito à mudança da lei, em que o direito sempre está atrasado em relação às exigências sociais. Longe disso, na mencionada centralidade intersubjetiva e não objetiva do texto da lei, a percepção é de um direito muito mais complexo, textual, contextual e intersubjetivo, que prima pela construção de entendimentos racionais dialéticos.

A mudança copernicana sugerida para o direito coloca em xeque pretensões epistemológicas arraigadas no direito clássico, como a de uma verdade absoluta e imutável latente presente nos elementos do direito, sobretudo na lei. É desvelada a inexistência de uma semântica extraível instrumentalmente, na medida em que os métodos interpretativos não revelam a vontade da lei ou de qualquer ente. Somente o ser é que tem consciência e vontade que serão expressas independentemente de procedimentos metodológicos, afinal gozam dos atributos da fala e ação. Na utilização dessas potências de fala e ação devem expor suas pretensões de validade jurídicas, sujeitando-as à eventuais contraposições dos demais. Direção em que a racionalidade intersubjetiva dialética no jurídico é expressa, trazendo a capacidade de uma produção progressiva e segura.

Há outro desencanto a ser revelado, o de que o direito nunca foi, não é e nunca será uma completude em si, como o pensamento metafísico da relação sujeito-objeto no direito, fez crer um dia, especialmente com as pretensões de exaurimento dos problemas sociais em uma previsão legal, gerador, na *civil law*, dos movimentos codificantes. Imprescindível que o jurista viva o social e que busque o aprofundamento em outros campos do saber de modo a permitir a direção sempre humanisticamente progressiva, sempre democrática. Então, quando a intersubjetividade promotora de consensos alcança essencialidade no jurídico surge a necessidade de investir nos juristas ampliando-lhes a capacidade de promoção de um jurídico adequado aos avanços do mundo da vida e dos mais diversos sistemas sociais, no pressuposto de uma totalidade movediça do direito, sempre passível de ser conformado por meio da comunicação.

No direito pós-irrigação linguística de pressuposto discursivo, defendido aqui, a segurança do jurídico vem apoiada na racionalidade dialética e não em pretensões fundamentalistas, com o que se afasta de uma circularidade viciosa a servir apenas para a manutenção do *status quo*. A incessante construção e reconstrução do saber,

inclusive jurídico, é essencialmente falível e, portanto, criticável, exigindo, portanto, a receptividade para possibilidades originais, para argumentos jurídicos inéditos que possam instaurar renovados consensos. Por isso, são defendidas formulações argumentativas produtoras de entendimentos hipotéticos, ou seja, condicionados temporariamente, com o que o direito adquire a capacidade de acompanhar as mudanças sociais, e atender aos interesses democráticos sempre progressivos.

Outrossim, a construção do argumento jurídico deve levar em consideração as transformações sociais. Cabe ao jurista assumir duas perspectivas distintas e complementares. Conhecer a linguagem jurídica técnica e o conjunto simbólico social, adquirindo aptidão tanto para os temas duros da ciência do direito quanto para ser o porta-voz do contexto temporal intersubjetivo, levando ao direito as temáticas sociais a serem incorporadas dialeticamente na formação dos consensos jurídicos. Por isso, as rupturas sociais, os confrontos a padrões da heteronomia, devem ser interpretados juridicamente, amparando argumentos favoráveis ou contrários ao fato social de relevo, de modo a barrar retrocessos ou permitir progressos para o direito e para a própria sociedade. Assim, não há o risco de a sociedade perder os rumos da busca do bem comum, da busca dos interesses coletivos, com a instauração de uma perniciosa anomia social, pois o direito na intersubjetividade dialética sempre servirá de guia para o social.

Fundamental que seja favorecida a emancipação cidadã, que seja ampliada a consciência humanística, bem como que o jurista possa dar-se conta de seu papel renovado, que está além da racionalidade instrumental ou funcional. Nessa concepção geradora de novos encargos ao jurista está a predisposição para acolher o argumento alheio, a receptividade ao discurso contrário, para a construção comum das normas jurídicas. Dessa maneira, o jurídico defendido neste texto vai além da percepção estritamente técnica e científica, imune ao social, ao humano e ao dialético, bem como distante da percepção de um direito que pode ser utilizado como meio para alcançar fins egoísticos, sobretudo decorrentes de uma colonização do mundo da vida pelos sistemas, em especial o econômico, que acaba gerando efeitos contra humanitários, como a discriminação do outro. Caminho em que a acoplabilidade entre mundo da vida e sistemas ganha relevo para atender um fim verdadeiramente igualitário.

A teoria do agir comunicativo confirma a possibilidade aberta de ligações e acoplagens entre sistemas e mundo da vida. Nesse sentido o mundo da vida deve ser descolonizado por tudo aquilo que gera perniciosas discriminações humanas. Há um vínculo entre a racionalidade instrumental, capitalismo e discriminação do outro que deve ser desvelado e combatido por meio da racionalidade dialética. O direito não pode permanecer a par do bom combate, portanto, deve incorporar o procedimento dialético da forma mais ampla possível para que possa aperfeiçoar seus entendimentos a respeito da igualdade humana e servir de farol para a sociedade, para o mundo da vida e para os sistemas, em uma circularidade virtuosa.

O acoplamento defendido segue o pensamento habermasiano exposto em *Verdade e Justificação* (2004), ou seja, é dialético e não simplesmente sobreposto. Novamente na intersubjetividade serão formulados os discursos advindos de cada campo próprio, com a seleção da melhor proposta. Dentro de cada campo são apurados os discursos de modo a permitir a identificação de insuficiências e aporias. A partir desse primeiro trabalho são trazidos novos argumentos fundamentados em campos diversos que passam por uma testagem de acoplagem, de verificação racional e dialética de fornecimento de respostas adequadas, novas, que satisfaçam incompletudes e inconsistências apuradas na percepção anterior. Rumo em que o direito mantém sua autonomia, sua diferenciação sistêmica e progride em direção aos interesses sociais humanos e democráticos.

Importante ressaltar que a acoplagem sugerida é teoricamente viável entre os sistemas autossuficientes, especializados em razão de suas complexidades próprias, entre si e com o mundo da vida, interessando neste escrito, mais especificamente, o do sistema jurídico com o do mundo da vida. Portanto, aderindo a Habermas contra seus críticos, é defendido que o mundo da vida não é capaz de ficar isento da influência sistêmica. Os simbolismos, os conceitos de ordem, dos sistemas acabam afetando e sendo afetados pelo mundo da vida, em quaisquer de suas dimensões (subjetiva, objetiva e social). Isso porque o desacoplamento de mundo da vida e de sistemas só é possível para fins analíticos, já que, na realidade, eles são inseparáveis um do outro.

Na percepção habermasiana os sistemas e o mundo da vida operam por lógicas distintas. Enquanto nos sistemas impera o binômio poder-troca, no mundo

da vida sobrepõe-se a busca pelo entendimento. Portanto, as influências do mundo da vida nos sistemas buscam a implementação da lógica do entendimento enquanto que, na direção inversa, o mundo da vida acaba incorporando a racionalidade do poder-dinheiro, configurando a mediatização ou colonização do mundo da vida. Situação responsável por patologias contra humanitárias que acometem o mundo da vida ao instituir objetivos egoísticos, bélicos, discriminatórios e de reificação do outro.

No acoplamento do sistema jurídico ao mundo da vida é viável e democraticamente fundamental o incremento do elemento dialético de modo a produzir entendimentos conformadores das normas jurídicas. Esse esforço é capaz de produzir a aproximação do sistema jurídico ao mundo da vida, sem desprezar as complexidades que lhe são próprias, mas de modo a atender com maior vigor os interesses de uma sociedade com pretensão humanisticamente progressiva, em detrimento da lógica econômica. Direção em que é possível constituir no jurídico uma racionalidade que prima pelo humanístico, fraterna, de entendimento, apta a produzir efeitos remediadores e preventivos de patologias sociais, de crises humanitárias, como a da discriminação do outro.

3. O direito e o enfrentamento da discriminação do outro

Adotada a condição de possibilidade linguística, com o desacoplamento analítico de mundo da vida e sistemas, para introduzir a racionalidade dialética no jurídico, na busca de entendimentos conformadores das normas de direito, de modo a reconhecer um fim humanístico progressivo ao direito, cabe trazer a discussão para o direito de temas sociais. Esse paradigma torna imprescindível que o jurista desperte de seu sonho positivista-cientificista, de um direito imune a discussões sociais, tomando consciência da aquisição de competências para além da "técnica interpretativa" da lei. Ponto em que o escrito aponta para uma intersubjetividade com pretensão mediadora entre o social e o jurídico (OBARA, 2021a, p. 34-35), fomentando a discussão racional e crítica para a formação de entendimentos válidos juridicamente a respeito de um tema social relevantíssimo: a discriminação do outro.

A racionalidade instrumental movida pelo poder econômico acaba produzindo o choque entre entendimentos sobre o bem comum, que primam por humanidade e fraternidade, oriundos do mundo da vida, com interesses egoísticos movidos pelo desejo de poder e de acumulação de riquezas originados nos sistemas, que, não raro, produzem desumanidades. Na perversa colonização do mundo da vida, que introduz como função do ser humano o lucro, a riqueza, em uma espécie de "bancocracia" (NUSSBAUM, 2015, p. 142-144), surge um campo propício para egoísmo, para a competitividade extrema, para o desejo de vencer e de ser melhor que o outro a qualquer custo, que vão amalgamados a pretensões supremacistas ufânicas em relação ao diverso, dentre outras tantas patologias discriminatórias. Situação que não raro ganha coro, sobretudo na modernidade legalista, com o implemento de legislações discriminatórias (OBARA, 2021a, p. 39)

O direito deve incorporar os discursos antidiscriminatórios favorecendo normatizações que primam pela humanidade, pela igualdade, nas mais diversas esferas, na perspectiva de um direito e de uma constituição vivificados e dinâmicos (OBARA; VIGNOCHI OBARA, 2020, p. p. 294-309), mitigando as produções em sentido contrário, oriundas do poder – capital, subserviente a uma racionalidade meramente instrumental. A lógica do poder-capital incentiva o egoísmo, a competitividade, o desejo de dominação, com o que dá vazão ao sentimento de ser melhor ou pior que o outro, por critérios diversos, como territoriais e/ou congênicos. Na ultrapassagem dessa lógica presente no sistema jurídico está a adoção da perspectiva do agir comunicativo, da receptividade de falas que introduzem sentidos diversos oriundos do mundo da vida, sentidos que privilegiem a igualdade, com o que o direito assumiria legitimamente a condição de farol a iluminar os caminhos a serem trilhados pela sociedade.

Os seres humanos são naturalmente singulares e essa diversidade antes de ser motivo para repúdio discriminatório, deve ser razão de celebração. O repúdio discriminatório que inferioriza um ser humano em face do outro, criando a percepção de que o outro não é digno de ser comparado a si, de que não goza da mesma humanidade, traz a reificação do outro, em que esse outro deixa de ser pessoa humana para ser entificado, se aproximando da condição de coisa, a justificar e legitimar atos abomináveis contra eles, na perspectiva do

autoproclamado dominante. Por outro lado, quando a singularidade é vista como mola propulsora da diversidade, sendo encarada com naturalidade, quando é celebrada a diversidade étnica, racial e cultural (SANTOS, 2012, p. 19-22), fica desautorizada a reificação do singular e do diverso, são diagnosticadas e estranguladas todas e quaisquer formulações contra humanitárias e discriminatórias. Os discursos e entendimentos elaborados a partir da segunda perspectiva possuem um potencial inimaginável de progressos, de melhoria social, de resolução e prevenção de patologias sociais, para os quais o direito deve ser receptivo, de modo a colaborar com o fim social e humanístico antidiscriminatórios, em direção a novas perspectivas humanísticas, que primam pela compreensão e respeito recíprocos entre os seres humanos (FANON, 2008, p. 25-26).

Na perspectiva criticada geradora da discriminação, do capital-poder, é somada a racionalidade funcional, onde a própria linguagem acaba sendo instrumentalizada, prejudicando o seu valor, prejudicando o espaço público de debate e consensos, descolando de fins humanísticos, de propósitos compartilhados, de formação de uma comum-idade (MBEMBE, 2017, p. 238-241). Constatação vinculada à reprodução irrefletida da colonialidade eurocêntrica, de uma historicidade sórdida, intimamente vinculada à lógica do poder e do mercado (FANON, 2008, p. 54-66), da mediatização do mundo da vida e da discriminação do outro. A propósito, não é demais reforçar que na história colonial está um dos capítulos mais lamentáveis da humanidade, em um enredo de extermínio e escravidão de povos inferiorizados, subjugados pelo poder econômico colonial. Essa colonialidade, da visão do outro como ameaça constante à sobrevivência (MBEMBÉ, 2018, p. 17-20), acaba sendo o sustentáculo moderno para todas as violências contra humanitárias em relação ao outro. Por isso, é imprescindível que a racionalidade esteja sempre aliada às humanidades, que o materialismo não tenha maior valor que as pessoas, que o egoísmo não vença o altruísmo.

A discriminação além de um passado desastroso pré-moderno, também percorre todo o período moderno, como demonstram as diversas guerras movidas pela falsa ideia de superioridade humana, como no lamentável exemplo nazista, e perduram nos dias de hoje, como nos noticiados casos de atitudes discriminatórias do outro, em nível local e global. A amplitude do problema discriminatório atual é

revelador da presença global de moléstias persistentes identificáveis na “paranóia do outro” e no “complexo de bode expiatório”, em uma mistura de medo, ódio (MBEMBE, 2017, p. 178-179) e imposição de responsabilidades inexistentes ao diferente, por aqueles auto-proclamados “homens de bem”, mascarando problemas e banalizando a maldade, trazendo de volta, na essência, postulados nazistas, absolvendo Hitler e criando cúmplices (FANON, 2008, p. 86 - 89).

A propósito, na política de morte nazista está a soma do criticado modelo colonialista com a racionalidade instrumental (MBEMBE, 2017, p. 118-119) Há, portanto, um despertar anticolonial a ser sempre renovado na racionalidade dialética humanística, de modo a implementar atitudes pacificadoras, permissoras de um intercâmbio cultural (HEEMANN, 2017, p. 5-6), que vão ao encontro das ações em favor de minorias, contra discriminatórias, visibilizando e repudiando a maldade contra o outro, na busca da igualdade e justiça social. Nisso está a admissão de uma comunhão de humanidade que faz enxergar, por uma lente fraterna, que a luta dos outros é a de toda a humanidade, pois todos compartilhamos do mesmo destino e a maldade contra qualquer ser humano atinge a todos.

O contexto histórico e atual discriminatório deve ser exposto e discutido para fazer imperar a lógica racional e humanística. Nesse trabalho devem surgir duras lições cujo aprendizado teria o condão de prevenir novas atitudes idênticas ou análogas. Porém, infelizmente, o indivíduo tacanho, de concepções preconceituosas impermeáveis à racionalidade humanística, adere a atitudes opostas, parece sentir-se encorajado pelo mal exemplo a exteriorizar a sua intolerância ao outro, encorpendo o movimento discriminatório. Por isso, em face do recrudescimento da opressão discriminatória sustentada por uma herança perversa, no pressuposto dialético racional humanístico, é inevitável ser resistência e procurar formas pacíficas de implementação de um verdadeiro igualitarismo.

É necessário buscar caminhos para combater vigorosamente as atitudes vis da discriminação, para mudar o estado de coisas aparentemente consolidado. A teia discriminatória é reforçada pela racionalidade liberal burguesa que traz a visão embaçada de que todos partem da mesma condição e dependem exclusivamente, de si, de seu esforço pessoal para alcançar o sucesso (vendido como sinônimo de riqueza). Um olhar mais atento é revelador de que a discriminação contribui muito

para injustas diferenças de tratamento, em face de pontos e condições de partida distintos e distantes. Portanto, não pode deixar de ser democraticamente desejável que haja o enfrentamento de todas as dificuldades acrescidas pela discriminação, sobretudo com o implemento de ações afirmativas em prol das minorias, resgatando dívidas históricas e gradativamente eliminando os efeitos deletérios infelizmente ainda presentes nos dias de hoje.

O padrão sistêmico do poder-dinheiro é perceptível na empreitada colonial, sendo, portanto, também sustentáculo da discriminação. Os séculos dessa influência perversa acabam sendo expressados de forma exógena e endógena em relação ao outro. Situação responsável, por exemplo, na discriminação racial, pela perseguição do branqueamento, presente tanto nas ex-colônias europeias, logo após cessadas as possibilidades escravocratas, por medidas governamentais do branco no poder, como a de "importação" da mão de obra europeia, quanto do suposto desejo do negro de se tornar branco ou de ter os seus herdeiros branqueados (FANON, 2008, p. 27). Assim, é criado um círculo vicioso histórico discriminatório que só pode ser quebrado com o compartilhamento do entendimento da igualdade, de onde são trazidos para o debate público um dos grandes problemas da humanidade (NUSSBAUM, 2015, p. 94). Dessa interação podem surgir ações fortes em favor da verdadeira igualdade, com um combate implacável a cada partícula que compõe as estruturas sociais discriminatórias, de modo a permitir uma nova percepção empoderada do ser humano discriminado e de todos que o cercam.

Na colonização do mundo da vida é criada uma estrutura de diferenciação humana, de inferiorização do semelhante, pelos mais variados critérios. O enfrentamento desse estado de coisas exige uma descolonização do mundo da vida a ser empreendida por meio do agir comunicativo, em que o econômico perde seu caráter englobante, em que a materialização, a reificação, do ser humano é desfeita em favor da retomada da sua prioridade e diferença em relação às coisas (FANON, 2008, p. 28-31) e da construção e fortalecimento dos laços humanos, elevando a consciência da real igualdade. Nessa colonização do mundo da vida é forjado um passado irreal, mítico, a justificar as dominações, sobretudo eurocêntrica, onde a falta de aprofundamento humanístico faz aceitar tais versões da fala dominante sem quaisquer filtros, o que produz e reproduz a discriminação. Então, a principal

mudança está na tentativa de ampliação do senso crítico humanístico, na tarefa emancipatória, combatendo a alienação, diminuindo a quantidade de alienados, de pessoas humanisticamente apáticas, que simplesmente deixam ser levados pelas circunstâncias de seu tempo.

É mais fácil enxergar a apatia naquele que não sofre as consequências discriminatórias diretas por estar fora do grupo atacado. Esse indivíduo alienado, por não ter consciência crítica humanística acaba, não raro, incentivando o modo de agir dado pelo padrão da dominação, com o que se torna alienante, enredo em que a discriminação não só ganha salvo conduto, mas também acaba sendo favorecida. No cerne desse favorecimento está a lógica individualista do poder-dinheiro, que sustenta que quando o atingido é o outro, o problema exclusivo é dele. Por tudo isso é necessário combater a passividade, a alienação, para ser alcançada uma percepção humana mais aprofundada, que faz ver no ataque discriminatório a um ou a um grupo específico, um ataque a toda humanidade, gerando um problema para todos. Assim, na comunhão de humanidade, portanto, de dores e angústias, a discriminação exige o enfrentamento por todos, com a busca conjunta por soluções.

A perniciosa tradição forjada pela força do capital e do poder é tão insidiosa, tão traiçoeira que acaba por contaminar o próprio discriminado. Na percepção daquele discriminado que acolhe de bom grado o discurso da dominação, que abandona os seus, comumente, a sua cultura e o seu povo, está a falsa percepção de que a cultura dominante está correta e/ou é melhor. Desse modo, o dominado, outro, afasta-se o máximo que pode de sua origem, assumindo a condição de inferioridade pessoal e cultural que lhe é impingida, rebaixando a si e a seus semelhantes discriminados. Cria em sua cabeça, uma hierarquia humana de acordo com a ótica da dominação, onde o dominante ocupa o topo, ele está em segundo lugar e no fim da fila vem aquele que não assumiu as vestes impostas pelo dominante (MBEMBE, 2017, p. 184-185). Na percepção mistificada da dominação eurocêntrica 'civilizatória', do ocidente europeu como farol a iluminar o mundo, no odioso escalonamento humano, o alienado discriminado agradece por enxergar um outro mais distante, na crítica de Fanon à discriminação racista, um "selvagem mais selvagem" do que ele (2008, p. 30-43).

O legado da dominação incute no dominado a percepção equivocada de que

todos os seus revezes são merecidos, são justificáveis, cabendo-lhe aderir, sem ressalvas, ao pensamento dominante, acolher e ser acolhido, no limite do possível, pelo lado do dominante. No limite do possível porque o dominante tem seus enquadramentos, aceita o outro desde que se encaixe no estereótipo fixado, pois é nesse espaço de complementariedade e somente nele que está o acolhimento. De todo modo, o discriminado posto em caráter de complementariedade passa a se enxergar de forma diferente, superior, àquele que não baixou a cabeça ou que não teve a oportunidade para tanto e passa a reforçar a cultura discriminatória.

Um outro caminho igualmente indesejado é o do dominado inverter a prática discriminatória, o ódio que, não raro, lhe é dirigido, ou ainda semear e espalhar a discriminação em face de outros que não sejam do seu grupo e que também são diferentes do grupo da dominação. Situação indesejável, de fundo revanchista, mas que segue a logicidade que lhe foi imposta pela dominação, como verificável recentemente em jogo do Brasil contra o Marrocos, em que algum marroquino, pertencente a um povo que passa por episódios de discriminação na França, onde foi realizado o jogo, praticou atitude racista contra os brasileiros, por ocasião da comemoração de um dos gols, sendo protegido, no momento, de identificação por outros indivíduos da mesma torcida (BORGES, 2022). No cerne dessa atitude reprovável, demonstrativa da força da discriminação está a reprodução das mesmas violências físicas e simbólicas que a falta da consciência humanística produz, na assunção da língua e da cultura daquele que discrimina (FANON, 2008, p. 44-48).

Infelizmente a situação exemplificada não é rara, a demonstrar que contra a discriminação, a dominação, a agressividade, o ódio e a conquista cabe um enorme esforço para gravar em cada um e em todos ou, ao menos, na maior quantidade possível de pessoas a percepção de empatia, de compartilhamento de humanidade, no viver em sociedade, de doação de si contra o egoísmo. No fundo desse embate está a desejável pavimentação de um percurso em direção ao outro e não contra o outro, em um dar-se conta de que os antigos muros que supostamente permitiam sobreviver já não mais existem, que é imprescindível para além do viver, o conviver (NUSSBAUM, 2015, p. 79-94).

No enfrentamento dessa discriminação está a receptividade ao outro, a

receptividade ao seu modo diverso de ser e de existir, a receptividade ao seu discurso. No reconhecimento da imprescindibilidade da intersubjetividade, em que a fala é existir para o outro, é a expressão do seu pensar, do seu ser no mundo, da sua história pessoal, de suas vivências, alcança relevo o ouvir e tentar compreender o outro para o progresso próprio e comum, de uma vida inevitavelmente compartilhada. Portanto, nessa percepção é ilógico o estabelecimento de discriminações pré-estabelecidas, que partem de uma herança discriminatória, que sepultam a fala do discriminado (FANON, 2008, p.. 33-34), arrastando com ela todas as possibilidades construtivas que a sua vivência diversa poderia produzir.

Na pluralidade e igualdade defendidas é bem-vinda a busca de convergências e entendimentos humanísticos, respeitando os diferentes modos de ser, e o enriquecimento discursivo decorrente, na busca da melhor hipótese formadora do entendimento. Nessa empreitada está a ampliação de condutas aptas a combater a discriminação em nossa sociedade, a proporcionar a conscientização dos efeitos atentatórios à humanidade como um todo na discriminação, formando majoritariamente cidadãos e juristas que prezam pela harmonia entre todos os seres humanos em detrimento daqueles de pensamento enclausurado (NUSSBAUM, 2015, p.13 -26).

A aspiração democrática humanística contrária à discriminação exige uma mudança nas estruturas sociais para que haja o reconhecimento da mesma humanidade no outro. Senda amalgamada ao procedimento dialético, ao aprofundamento crítico humanístico, enraizando percepções antidiscriminatórias, que passam a ancorar a estrutura do espírito de todos os sujeitos capazes de falar e agir. Nessa procedimentalização podem ser racionalizadas novas pretensões de correção normativa, resgatadas discursivamente (HABERMAS, 2004, p. 120), a respeito de questões discriminatórias, inclusive no direito, pressupondo a maior ampliação possível da participação racional e dialética, fazendo surgir uma compreensão bilateral, diria melhor, multilateral, da perspectiva dialógica, do reconhecimento e valorização do *alter*, apta a deixar para trás tanto a violência decorrente dos preconceitos do passado do discriminador quanto o eventual desejo de vingança no presente do discriminado, impulsionadas pelo *ego*, de modo a trazer novos postulados configuradores e reconfiguradores das possibilidades de existir,

de viver e sobretudo de conviver humanisticamente.

4 Conclusão

O escrito constata a discriminação no enfeixamento de uma condição filosófica da racionalidade instrumental com o capitalismo-poder. Essa liga perversa é formadora de uma percepção atual de hierarquia humanística discriminatória, fundante do ódio e do medo do outro que leva à reificação, apta a esconder a maldade das desumanidades, a permitir que o outro introjete a sua menos valia e se julgue menos que humano. Disso surgem percepções ufânicas supremacistas geradoras de violências contra aquele supostamente inferior e não digno de compartilhar da mesma humanidade, que ao tomar proporções maiores geram guerras e escravidão e genocídio, como no nazismo e na empreitada colonial. Assim, na tradição criticada são criadas e repassadas percepções discriminatórias a justificar a violência contra o outro. Situação que acaba por amalgamar um *status quo* discriminatório social e sistêmico, inclusive no sistema jurídico. Por isso, é fundamental assumir novas percepções filosóficas, sociais e jurídicas de modo a permitir mudanças humanísticas.

Na filosofia é necessário abandonar a relação sujeito-objeto, a gerar um aprisionamento, uma incapacidade de alteração do *stablishment* na precedência de limites semânticos, de um mundo já dado desde sempre. Enredo que desemboca no jurídico em um direito igualmente estático preso a sentidos engessados, supostamente presentes, sobretudo, na lei. Igualmente inaceitável é a filosofia da consciência por seu potencial antidemocrático, na medida em que acaba sendo permissora da fantasia de um mundo próprio, em que o mais relevante ou a única coisa que importa é o eu cogito, em que é possível a colocação de tapumes impeditivos da influência do mundo e do outro, que no direito leva a decisões arbitrárias, solipsísticas, que podem desconsiderar as produções jurídicas, fazendo com que o direito tenha pouca ou nenhuma relevância, sujeitando-o a mudanças contra humanitárias, inclusive discriminatórias.

Na percepção filosófica da relação intersubjetiva, da perspectiva dialógica, as

mudanças sociais são incessantes e devem buscar uma adequação ao humanismo, às construções dialéticas, criando entendimentos compartilhados, o que pode ser levado ao direito de forma a agregar-lhe característica móvel, dinâmica, progressiva, sem perder a capacidade de manter as conquistas, sendo, assim, humanístico e democrático. Trajetória suficiente para mitigar a força perversa da aliança do poder com o dinheiro em prol do humanístico, do racional e dialético, tornando bem visto o acoplamento do direito e da sociedade, por promover uma virtuosa circularidade de conquistas e progressos contra discriminatórios, reciprocamente implementados, com o que o direito deixa de cumprir papel exclusivamente produtivo da indesejada colonialidade do mundo da vida habermasiana, servindo de farol para caminhos humanitários, inclusive anti discriminatórios.

A viragem linguística traz o sujeito como guia de sentidos, com o que, no direito, a compreensão adequada ao caso concreto deixa de estar na lei e passa para a compreensão intersubjetiva, inclusive sobre os sentidos da lei e de todos os elementos indispensáveis para a construção do jurídico, de modo dialético/racional. Tudo sem prender o intérprete a um sentido objetivo que é pré-dado e predado, bem como sem permitir o assujeitamento, o arbítrio, na interpretação jurídica, modo pelo qual o jurídico passa a ser capaz de manter as garantias sociais incorporadas sem perder a força progressiva humanística e democrática.

A pretensão de um direito humanamente adequado, seguro e sensível aos avanços democráticos, na condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, dispensa a validação monológica para adotar a dialógica. Modo pela qual a segurança jurídica é resgatada do subjetivismo acentuado fundante da loteria ou manicômio judiciário, com a prevalência do melhor discurso jurídico, a criar consensos linguisticamente compartilhados, mantendo a mobilidade e capacidade de acompanhamento dos fins sociais na admissão de respostas sempre passíveis de modificação na temporalidade.

No percurso da formação do sujeito do direito dialético há o rechaço do sujeito que extrai sentidos metafísicos da lei e o de reflexão centrada em si. O sujeito do direito da viragem linguística procura aprofundar e aperfeiçoar seus argumentos, tanto sob o aspecto jurídico quanto social, para sujeitá-los à prova dialética, buscando uma melhoria não só individual, socializando o saber e as respostas

hipotéticas, Isso sem desconsiderar o conhecimento técnico do direito a especificar as propostas, a exigir uma consensualidade de pressuposição da melhor resposta para todos, para a resposta jurídica socialmente mais adequada.

No trabalho do jurista está um papel crítico de manutenção de conquistas e promoção de avanços jurídicos em direção ao bem comum, de modo que o direito seja o farol da sociedade. O jurídico e o social devem andar juntos no desvelamento e promoção dialética dos interesses humanos por meio da ação comunicativa. Assim, é imprescindível incrementar a ampliação da emancipação cidadã e da formação de juristas tecnicamente competentes, abertos ao agir comunicativo e conscientes de seu dever crítico humanístico a gerar produções jurídicas com responsabilidade social.

Os pressupostos linguísticos e comunicativos no direito permitem agregar um objetivo humanístico, democrático ao direito, tornando relevante a racionalização a respeito dos temas sociais, dentre os quais o da discriminação. O desacoplamento analítico de sistemas e mundo da vida permite identificar a colonização do último, fazendo com que sejam fixados e reproduzidos interesses egoísticos, conflitivos, incentivadores de um agir estratégico contrário ao comunicativo. Nessa rota são desenvolvidas falsas noções supremacistas, que acabam sendo reproduzidas no jurídico por meio de legislações e sentidos discriminatórios.

O confronto de um direito crítico com o estado de coisas discriminatórios exige um campo que vá além do aprisionamento semântico legalista, de uma racionalidade funcional, que estabelece uma linguagem instrumentalizada, privilegiando a intersubjetividade comunicativa apta a filtrar elementos socialmente nocivos, como no caso da discriminação, de forma a valorizar a igualdade, na percepção constitucional vivificada e dinâmica. Nisso está o reconhecimento de uma igualdade de humanidade que valoriza os demais aspectos diferenciais de cada indivíduo ou grupo de pessoas, deslegitimando quaisquer produções jurídicas em sentido contrário, mantendo conquistas e assumindo avanços democráticos, nos pressupostos da compreensão e respeito recíprocos entre os seres humanos

No rumo racional e dialético está a investigação histórica da discriminação, com a revelação de um passado a trazer lições de combate a pretensões

supremacistas humanas. Nos dias de hoje esse passado traz consequências de medo e ódio ao ser humano diverso que na patologia da dominação é gerador de enclausuramentos simbólicos, físicos e destruição que devem ser visibilizados e estancados. Portanto, é imprescindível avolumar as investigações críticas a respeito para favorecer o surgimento de cidadãos emancipados e juristas críticos na mesma medida da diminuição dos fechados e/ou apáticos.

A racionalidade dialética social e jurídica deve ser direcionada para a abertura ao outro, para a inclusão, em uma sensibilidade ao humano geradora de aceitação e empatia, de modo a valorizar a diversidade. Percurso em que é detectada e rejeitada a maldade discriminatória de agressões do discriminador e de revanchismo do discriminado, de fundo egoístico, da díade poder e dinheiro, em seus variados aspectos na colonização do mundo da vida e nos sistemas, inclusive no jurídico. Disso surge a imprescindibilidade de concentrar esforços para a elaboração de alternativas sociais e jurídica que propiciem o empoderamento das minorias, de modo a fortalecer os primados da igualdade de condição humana e de justiça social, no inevitável e cada vez mais presente compartilhamento de mundo e de destino de todos os seres humanos.

Bibliografia

BORGES, Diego. Torcida atira banana durante comemoração do Brasil, na goleada sobre a Tunísia, na França. Esportes DP, Recife, 27 de setembro de 2022.

Disponível em:

<https://www.esportesdp.com.br/noticias/selecaobrasileira/2022/09/torcida-atira-banana-durante-comemoracao-do-brasil-na-goleada-tunisia.html>

FANON, Frantz. Pele negra, máscaras brancas. Salvador: EDUFBA, 2008.

HABERMAS, Jürgen. Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo. Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Verdade e Justificação. Ensaios Filosóficos. São Paulo. Edições Loyola, 2004.

HEEMANN, Thimotie Aragon. Por uma releitura do direito dos povos indígenas: do integracionismo ao interculturalismo. Revista de doutrina jurídica. Brasília, v. 109, n. 1, p. 5-18, 2017. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/164> Acesso em: 04

out 2022.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 5ª ed. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2001.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica. Biopoder, soberania, Estado de exceção, política da morte*. São Paulo: N-1 edições, 2018.

MBEMBE, Achille. *Política da inimizade*. São Paulo: Editora Antígona. 1ª ed., 2017.

NUSSBAUM, Martha Craven. *Sem fins lucrativos: por que a democracia precisa das humanidades*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. "A excepcionalidade constitucional e democrática da concretização de políticas públicas pelo judiciário no Brasil: Análise da decisão que determinou o fornecimento de materiais de prevenção para servidores públicos em face da pandemia do coronavírus". In: *Políticas Públicas no Brasil: ensaios para uma gestão pública voltada à tutela dos Direitos Humanos*. Organizado por Anderson Vichinkeski Teixeira, Marcelo Dias Jaques, Giancarlo Montagner Copelli. - Blumenau/ SC: Editora Dom Modesto, 2020a. 494 p. v.2, t.1, p. 117-136.

OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. *Facetas da jurisdição: da justiça greco-romana à aplicação positivista da lei*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 46, n. 147, Dezembro, 2019, p. 197-225. Disponível em: http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1052/Ajuris_147_DT7 Acesso em: 06 out 2022.

OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. *Conformação constitucional à causa indígenista*. In: *Indígenas e imigrantes: problemas jurídicos e sociais da Atualidade*. Diógenes V. Hassan Ribeiro, José Alberto Antunes de Miranda. Canoas - RS: Ed. Unilasalle, 2021a. p. 33-44.

OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. *O giro linguístico e a normatização constitucional no caso concreto: conformação na decisão que determinou o serviço de tele-entrega de restaurante em shopping no período de pandemia do coronavírus*. Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v. 15, n. 2, maio/ago. 2020b, p. 154-167. Disponível em: <https://repositorio.unilasalle.edu.br/handle/11690/1524?locale=pt> Acesso em: 06 out 2022.

OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. *O imprescindível limite democrático da atuação judicial: Análise da decisão que indeferiu o pedido liminar de abertura comercial em meio à pandemia do coronavírus*. Revista da procuradoria geral do município de Porto Alegre, Porto Alegre, v. 32, n. 33, janeiro 2021b, p. 61-76. Disponível em: <https://repositorio.unilasalle.edu.br/handle/11690/1522?locale=pt> Acesso em: 06 out 2022.

OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. Reversibilidade das tutelas de urgência: a ponta do iceberg. 1. ed., Curitiba, Appris, 2021c.

OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito.; VIGNOCHI, Bárbara Caroline. A Constituição escrita dinâmica, o Poder Judiciário e a emancipação cidadã nos países periféricos. *Cadernos de Direito Actual*, Espanha, v. 14, número ordinário, p. 294-309, dezembro, 2020. Disponível em: <http://cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/554>
Acesso em: 04 out 2022.

SANTOS, Boaventura de Souza. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Org: Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. La Paz, Bolívia, p. 11-48, 2012

2. DE PROTEÇÃO À ESTIMAÇÃO: AS DIFERENÇAS VALORATIVAS DA FAUNA EXPOSTAS NO CASO DE TERESA GIMENES



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-02>

Diógenes V. Hassan Ribeiro¹

Rodrigo de Medeiros Silva²

INTRODUÇÃO

Com uma longa estiagem uma lagoa da região veio a secar. Passado algum tempo, depois de uma chuva intensa, esta lagoa voltou a encher e de emoção as rãs choraram por muitos dias. A partir disto, os Kaiowá e Guarani de Te'yíkue passaram a chamar a região de Ju'i Rase (o choro da rã) (CARMO, 2012, p.130).

No dia 29 de abril de 2018, logo no mês de mobilização dos povos originários, a indígena Teresa Gimenes da etnia Guarani Mbya, foi detida junto com seus dois filhos, porque um deles levava um filhote de macaco bugio. O fato ocorreu no Parque Farroupilha, conhecido como Parque Redenção, em Porto Alegre, RS, sob a alegação de ser um animal da fauna silvestre e que não poderia ser apreendido, conforme o ordenamento jurídico. Em matéria do Jornal Gaúcha Zero Hora, chega-se a levantar a possibilidade de Teresa estar expondo a venda o macaco (VARGAS, 2018, s/p).

Isto ocorreu pela manhã, a Guarda Municipal, que foi acionada, por ela ser indígena, entendeu de levá-la à Superintendência da Polícia Federal. Teresa só foi liberada, com os seus filhos, após a atuação do cacique Werá Jaime, da comunidade do Cantagalo, e do advogado Henrique de Oliveira, às 16 horas, após ser lavrado um termo circunstanciado da ocorrência. A questão não teve prosseguimento, com o

¹ Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul; possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1987); mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2001); doutorado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006) e Pós-doutorado pelo CES - Centro de Estudos Sociais/ FEUC/ Universidade de Coimbra, Portugal (jan/2017). Advogado. Coordenador do Curso de Direito da Unilasalle/Canoas-RS.

² Advogado, membro da Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares (RENAP); doutorando em Direito e Sociedade na Universidade La Salle, na condição de bolsista CAPES/ PROSUC; mestre em Direitos Humanos pela UniRitter, Porto Alegre/RS (2019), na condição de bolsista CAPES; é especialista em Direito Civil e Processual Civil, pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural - IDC, em Porto Alegre-RS (2016); e graduou-se em Direito pela Universidade de Fortaleza-UNIFOR, Fortaleza/CE (2003).

Ministério Público Federal tendo pedido o arquivamento, por não considerar um ato criminoso (OLIVEIRA, 2019, p.10)

A Lei nº 9.605/1998, que trata, dentre outras questões, de crimes ambientais, estabelece que apanhar espécime da fauna silvestre, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, é conduta vedada (artigo 29). Incorre, nas mesmas penas, quais sejam, detenção de 6 meses a 1 ano e multa, quem vende ou expõe a venda (artigo 29, §1º, III). Esta norma fundamenta-se na Constituição Federal, que determina ao poder público proteger a fauna, vedando na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade (artigo 225, §1º, VII). Importante também saber que a Resolução nº 394/2007 do CONAMA estabeleceu que o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA tinha 6 meses para publicar a lista das espécies que poderão ser criadas e comercializadas como animais de estimação. Entretanto, esta lista até hoje nunca foi publicada (TRAJANO; CARNEIRO, 2019, p.14).

Assim, verifica-se que se fosse constatada a veracidade da acusação de expor à venda, haveria tipo penal a ser enquadrado no caso. Todavia, esta compreensão desconhece a condição de indígena de Teresa, a sua cultura, a sua forma de se relacionar com a natureza. Claro, se o comportamento de Teresa visava realmente à comercialização, caberia o cumprimento da legislação ambiental supracitada, como se verá a seguir. Porém, se não, se o bugio trazido junto ao seu filho tinha uma significação própria da cultura Guarani Mbya, o ato de detenção de Teresa e de seus filhos, mesmo que não tenha resultado em ação penal, e apreensão no animal configuraram-se em preconceito, discriminação e, inclusive, provavelmente abuso de autoridade.

1 O CASO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Os povos originários possuem proteção de sua cultura, usos e costumes, desde normas internacionais introduzidas no ordenamento jurídico, como também a partir da Constituição e da legislação infra. Assim é estabelecido nos artigos 2º, 4º, 5º, 7º, 10, 13, 22, 23, 25, 27, 30, 31 e 32, da Convenção nº 169, da OIT; artigo 3º, 5º, 8º,

11, 12, 14, 15, 16, 31, 32 e 36, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; e artigos 2º, 3º, 6º, 10, 13, 15, 17, 18, 20, 22, 25, 26, 28, 29 e 31, da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. De igual forma, a Constituição Federal diz que são reconhecidos aos indígenas os costumes, crenças e tradições (artigo 231).

No caso, se o macaco bugio foi apenas apanhado, para se impor a sanção prevista dos crimes ambientais, deveria ser levada em conta as características culturais desta relação. O sentido dado ao animal deveria levar à interpretação do fato, como de não incidência da norma penal em questão, por se tratar de um costume, de uma tradição do Povo Guarani Mbya.

Uma deturpação da visão ocidental, que leva a um totalitarismo da forma de ser no mundo, buscando, muitas vezes fundamentos religiosos, serve, tão somente, à discriminação. O cristianismo, por exemplo, desde os tempos coloniais, chegando à abordagem de alguns ramos das atuais igrejas neopentecostais ou da Igreja Católica tentam classificar a cultura alheia, a partir da sua, terminando por distorcer a visão do outro e contribuir com estigmas e preconceitos, como se vê nesta tentativa de endemonizar a cultura guarani:

Ir e voltar desses mundos e dessas relações interpretativas do conhecimento das divindades e dos muitos jaras, perfaz os caminhos do xamanismo indígena. Ou seja, eles são uma espécie de agenciadores das performances demônicas dos diferentes seres e deles próprios, uma vez que têm que lidar, continuamente, com as situações limites de falas e ações que constroem e distorcem o mundo de sentido e seu rebatimento na construção social da realidade (REIS, 2016, p.200).

Da mesma maneira, não se pode transplantar a aplicação ou entendimento do ordenamento jurídico penal aos povos originários. Isto seria, além de incompatível, contrário a própria previsão constitucional e legal. Não à toa, editou-se a Resolução nº 287/2019, do CNJ, para guiar a atuação do sistema de justiça, quando necessário.

Certo que, se ocorresse o comportamento fora dos costumes, como apanhar o referido animal para a venda, no intuito de lucro, estar-se-ia fora dos ditames de sua cultura, aí sim, incidindo a comentada legislação ambiental:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. COMÉRCIO DE PRODUTOS DA FAUNA SILVESTRE SEM AUTORIZAÇÃO. FORNECIMENTO POR MEMBROS DE TRIBO INDÍGENA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MULTA MANTIDA. APELAÇÃO PROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009848-68.2013.4.03.6100/SP

Relator- Desembargador Federal Antonio Cedenho

Apelante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis IBAMA

Apelado: IANDE PRESENTES LTDA -ME

Entretanto, cabe ainda a ressalva de que, as regras gerais, não específicas, do permissivo administrativo municipal, em relação ao comércio, não deveriam impedir a prática de venda de artesanatos³, atividade secular destes povos⁴. Até mesmo, porque esta atividade encontra proteção no artigo 22, da Convenção nº 169, da OIT. O artesanato foi forjado, para os guarani, justamente, como uma modalidade de troca a partir do contato com a sociedade englobante (ASSIS, 2006, p. 247). Inclusive, sendo a relação mercantil acionada na interação com os juruá (homens brancos), para ser a principal via de contato, secularmente (ASSIS, 2006, p. 276).

³ Taquara, brejaúba, cipó imbé: para os índios guarani, os itens que servem de matéria-prima para peças de artesanato são enviados pelos deuses e possibilitam que eles continuem sendo o que são de fato. "Para eles, transformar materiais em objetos, trabalhar a matéria-prima em outro sentido, é a própria vida", afirmou a antropóloga Marília Ghizzy Godoy, professora da Universidade Santo Amaro, em São Paulo, em conferência na manhã desta terça (18).

De acordo com Marília Godoy, os objetos estão inseridos no universo da cultura do povo. "Um cesto, que serve para guardar alimentos, tem uma função vital. Não é mera mercadoria, porque é feito sob força vital. Penas de aves e sementes são símbolos da visão cosmogônica dos guarani", explicou a pesquisadora, que, há cerca de dez anos, assessora grupos de três aldeias paulistas em projetos culturais. Uma das iniciativas coordenadas por Marília é de ensino de artesanato para crianças, o que exige esforço especial, diante da "tentação do celular" (SBPC/UFMG. 2017, s/p).

⁴ **Ementa:** RECURSO INOMINADO. MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. COMÉRCIO DE ARTESANATO POR INDÍGENAS, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO. MERCADORIAS COMERCIALIZADAS QUE NÃO SE ENQUADRAVAM NO PERMISSIVO MUNICIPAL. ABORDAGEM REALIZADA POR GUARDA MUNICIPAL, EM AGIR ESTRITO DO PODER DE POLÍCIA. RETIRADA DOS PRODUTOS E ENCAMINHAMENTO À DELEGACIA. EXCESSO NO AGIR FISCALIZATÓRIO NÃO COMPROVADO. NÃO CONFIGURADO ILÍCITO PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO. Núm.:71009540386/ Tipo de processo: Recurso Cível/ Tribunal: Turmas Recursais/ Classe CNJ: Recurso Inominado/ Relator: Mauro Caum Gonçalves/ Órgão Julgador: Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública/ Comarca de Origem: CAXIAS DO SUL/ Seção: CIVEL/ Assunto CNJ: Indenização por Dano Moral/ Decisão: Acórdão

Dessa forma, pode-se afirmar que a presença de Teresa Gimenes, para vender seus artesanatos, acompanhada de seus filhos, portando um animal de proteção, não se configura, em hipótese alguma, crime. Se assim o fosse, seriam desconsiderados alguns direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade religiosa e o livre exercício de culto (artigo 5º, VI, da Constituição Federal) e o livre exercício do trabalho (artigo 5º, XIII, da Constituição Federal). Também desrespeita fundamentos da ordem econômica, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (artigo 170, da Constituição Federal). Importante também saber que, a relação diferenciada da criança com o animal, que não o considera um bem móvel, não o coisifica, não atrai as exigências dispostas na Consolidação Normativa Notarial e Registral instituída pelo Provimento nº 001/2020-CCJ (artigo 404, §1º e §2º), que impõe registros e certidões (TJ-RS, 2020, p.131)

Descabida qualquer argumentação que busque instrumentalizar a defesa do meio ambiente, utilizando o princípio da ordem econômica da defesa do meio ambiente (artigo 170, VI, da Constituição Federal) e o dever de proteção da fauna e da flora (artigo 225, VII, da Constituição Federal). É de conhecimento público que a forma tradicional de relação dos povos originários com a natureza não prejudica o meio ambiente, pelo contrário:

O manejo destes povos sobre a biodiversidade teve um papel fundamental na formação de diferentes paisagens no Brasil, seja na Amazônia, no Cerrado, no Pampa, na Mata Atlântica, na Caatinga, ou no Pantanal. Os povos indígenas sempre usaram os recursos naturais sem colocar em risco os ecossistemas. Estes povos desenvolveram formas de manejo adequadas e que têm se mostrado muito importantes para a conservação da biodiversidade no Brasil. Esse manejo incluiu a transformação do solo pobre da Amazônia em um tipo muito fértil, a Terra Preta de Índio. Estima-se que pelo menos 12% da superfície total do solo amazônico teve suas características transformadas pelo homem neste processo.

No sul do Brasil, por exemplo, a TI Mangueirinha ajuda a conservar uma das últimas florestas de araucária nativas do mundo, enquanto que no Sul da Bahia, os Pataxó da TI Barra Velha, ajudam a proteger uma das áreas remanescentes de maior biodiversidade da Mata Atlântica. Na Amazônia, maior

Bioma brasileiro, enquanto 20% da floresta já foi desmatada nos últimos 40 anos, juntas as Terras Indígenas perderam apenas 2,4% de suas florestas originais (SANTOS, 2022, s/p).

Não cabe aqui também falar da Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção – CITES (LIMA, 2007, p.97) e do Decreto nº 3.607/2000. Apesar do macaco bugio (*Alouatta palliata*) encontrar-se no Anexo II da do referido dispositivo, que traz as espécies que poderão chegar ao perigo de extinção se o comércio destas espécies não esteja sujeito a regulamentação rigorosa a fim de evitar exploração incompatível com sua sobrevivência. Isto porque, como induz a falta de desdobramento do termo circunstanciado de ocorrência, e como alegado pelos guarani, o animal não estava exposto ao comércio, muito menos ao comércio internacional.

A ação de apreensão é que causou dano ao animal. O Ministério Público Federal chegou a abrir Procedimento sob o nº 129.000.00.1548.2018-31, que posteriormente se tornou um Inquérito Civil Público de mesmo número, visando recuperar o animal para a comunidade guarani (OLIVEIRA, 2019, p.10). Todavia, não obteve êxito, pois o macaco terminou sendo entregue a uma clínica para a sua reinserção na vida selvagem.

Entende-se que a prática de portar animal pela criança guarani está dentro de sua cultura, de sua tradição, não a respeitar é que se configura ato ilícito. Isso demonstra que o Estado brasileiro, ao menos na informação da população em geral e na formação dos seus agentes públicos, obrigação instituída pelo artigo 31, da Convenção nº 169, da OIT, está em falta. Também que não teriam sido tomadas medidas especiais para salvaguardar a cultura dos povos originários (artigo 4º, da Convenção nº169, da OIT). E, ainda, que não estão sendo reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais dos mesmos (artigo 5º, da Convenção nº 169, da OIT).

Partindo, então, desta compreensão, conclui-se que se praticou, induziu ou incitou o preconceito, a discriminação de raça, etnia e religião, vedado pela Lei nº 7.716/1989 (artigo 20). E os agentes, tanto da Guarda Municipal de Porto Alegre,

como da Polícia Federal, teriam também cometido abuso de autoridade (artigo 9º, 27 e 30, da Lei nº 13.869/2019).

2 O DIREITO À DIFERENÇA EXPOSTO NO CASO TERESA GIMENES: AS RELAÇÕES DESOBJETIFICADAS DOS GUARANI COM O MEIO AMBIENTE EM CONFLITO NA CIDADE

A fauna, a flora, os recursos minerais não são percebidos como mero objetos pelos Mbyá-Guarani, não são consideradas categoriais apartadas do humano (SILVA, 2013, p.44). Determinados povos, incluindo aí os guarani, entendem que é possível, inclusive, a comunicação com o vento (CARMO, 2012, p.133). Tratando, por exemplo, de cães abandonados pela sociedade envolvente, e adotados pelos Guarani-Mbya das terras indígenas no Jaraguá, zona oeste do Município de São Paulo, Santos (2017, p.75) explica:

Os cães são como uma segunda vida, nos termos de Paraty, pois eles veem espíritos que a gente não vê, protegendo os humanos contra eles. A maior agressividade dos cães durante a noite deve-se ao fato de que é nesse período que os anjinhos caminham pela Terra e podem fazer mal às pessoas. Nos trabalhos de Toffolo (2016) e Borges (2002) essa noção de segunda vida é pensada por meio da analogia com um anteparo de proteção contra feitiços, os quais atingem, principalmente, as crianças e motivam os pais a criarem cães. Segundo Toffolo (2016) há um gradiente de maior vulnerabilidade a esses ataques, sendo que os primeiros a padecer são os cães, seguidos pelas crianças e, só então, os adultos.

Essa visão de mundo choca-se com a sociedade envolvente, que os sobrepujou em números de pessoas, mas que não retira deles o direito de estarem onde milenarmente vivem, muito menos devem impor um determinado modo de vida. Se diferente fosse o entendimento, isto conflitaria com o princípio democrático da Constituição de 1988, que carrega um sentido material, que não se limita a instituir um governo da maioria, mas para todos, incluindo e respeitando direitos fundamentais das minorias (BARROSO, 2020, p.63).

Vale salientar, segundo Fabrício Viscroski, arqueólogo do Núcleo de Pré-História e Arqueologia da Universidade de Passo Fundo, onde está hoje a região metropolitana de Porto Alegre, como comprovam diversos sítios arqueológicos, encontram-se registros de ocupações de 1500 a 1800 anos atrás, com manifestações de três diferentes culturas: a cultura Vieira, a Guarani e a Taquara (ALMEIDA, 2021, s/p). Quer dizer, o modo de vida ocidental europeu é que se constitui em novidade nesta área, se for comparado o tempo de ocupação:

Em março de 2009, durante o Seminário 'Povos Indígenas na Bacia Hidrográfica do Lago Guaíba', Vherá Poty, então chefe da comunidade da Terra Indígena Cantagalo, expressou sua perplexidade sobre os pensamentos de muitos não-indígenas em relação ao seu povo: "*Às vezes quando ouço os brancos falarem certas coisas sobre nós, dou risada sozinho, é muito engraçado. Quando eles dizem que os Mbyá-Guarani não podem estar hoje nas cidades, que aqui não é o nosso lugar, me pergunto: se os Mbyá-Guarani não podem viver nas cidades, quem disse que os brancos poderiam entrar nas nossas matas quando eles não foram convidados?*" (SMDH/ PREFEITURA DE PORTO ALEGRE, 2009, s/p).

Todavia, há a dificuldade de reconhecer o humano, um outro, uma outra pessoa que tenha voz igual, por historicamente tratar-se com uma diferença que a limita, a diminui, a discrimina negativamente, por parte da sociedade, das instituições e até das normas (SIMMONS, 2011, p.9). A condição de tutela imposta pelo Código Civil anterior aos indígenas era também reflexo do projeto existente no país, que os queria disciplinar, num processo de integração violador, herdeiro da política de assimilação colonial, que apagava a sua identidade, para aí sim, alcançar cidadania. Com este sentimento, a senhora que portava um animal de estimação, um cachorro, sentiu-se à vontade para denunciar Teresa Gimenes e seus filhos (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO- REGIONAL SUL; CONSELHO ESADUAL DOS POVOS INDÍGENAS/RS, 2018, s/p), que portavam um animal de proteção, também de estimação, em um entendimento mais amplo do termo.

Muito comum ocorrer o preconceito, quando as diferenças se mostram marcantes, como também negar os direitos, advindos da diferença, quando se

adquirem determinados usos e costumes, gostos da sociedade envolvente, como se isto apagassem, por completo, a etnicidade:

A negação da identidade indígena na produção das cidades aparece desde sua constituição como núcleo urbano, até as formas de reprodução social, política, econômicas e culturais da mesma. Neste processo visualiza-se uma reprodução contraditória, ora de incorporação do indígena na formação dos primeiros núcleos urbanos, ora de negação desse mesmo sujeito em sua condição étnica na reprodução das cidades. Processo nitidamente marcado em todas as suas expressões desde a colônia até o contexto atual pela negação da identidade étnica como elemento integrante da questão urbana. Como herança desses processos civilizatórios, os indígenas são comumente pensados tanto do ponto de vista das políticas públicas como do ponto de vista epistemológico, a partir de uma conexão ancestral com os seus territórios, e, por conseguinte definidos como espacialmente estáticos e pertencentes a territórios fixos, o que dá substância para uma narrativa que limita a identidade a direitos territoriais (MALHEIRO, 2019, p. 2624 e 2625).

A não aceitação dos indígenas em contexto urbano, talvez seja um pouco pela contrariedade à expectativa de assimilação, integração. Demonstra que a incorporação à sociedade nacional não se efetivou (LIMA, 2010, p.50). A colonização, a constituição de um país não suplantaram a multiplicidade étnica, apesar de toda violência física, psicológica, econômica e política. De toda forma, dever-se-ia caminhar no sentido do ordenamento jurídico, de uma inclusão que não apaga a diversidade existente no país. Afinal, a pluralidade é condição humana (ARENDR, 2005, p. 16), e a não discriminação traz uma riqueza para a sociedade, que proporciona uma interação, que faz respeitar as diferenças, colocando-as em diálogo para o seu aprimoramento, criando um ambiente cada vez mais realizador do bem comum, do bem de todos, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, IV, da Constituição Federal).

Esta aceitação também significa compreender que a História não é estanque, que tanto as raízes culturais da sociedade ocidental se encontram, assim como dos povos indígenas, em transformação constante até os dias atuais (ANDRADE;

FERNANDES, 2018, p.104). Deve-se abandonar a ideia simplista de que uso de tecnologias ou de outros aparatos da sociedade dita branca constituem-se em critério para definir identidade étnica (CORRÊA, 2021, p.6). Também de que o brasileiro não é só o mestiço, como sentenciou Gilberto Freyre (2003, p.96), ou um mestiço que não reivindica identidades outras, com legitimidade. Certo estava Darcy Ribeiro (2015, p.18), a urbanização criou formas citadinas de ser, contribuindo para a uniformização dos brasileiros no plano cultural, mas não borrou as diferenças, ao menos, não por completo.

Os guarani no contexto urbano demonstram a resistência, a resiliência deste povo, apesar do ambiente adverso a preservação de elementos da sua cultura. Certo que sofreram enorme perda populacional e de território, sofreram genocídio, por manterem sua identidade. Mas os que sobreviveram a todo esse processo, ainda não interrompido, de extermínio, ao expediente colonial de conquista, com a instrumentalização do *cunhadismo* (RIBEIRO, 2015, p.63); com às guerras justas; com às doenças; e com os assassinatos; dentre outros males; continuam preservando diferencial, para além do fenótipo, seja pela língua, pelo modo de agir, de ver e se colocar no mundo. Assim, que alguns usos e costumes convivem com a falta do meio ambiente natural ou resistem à degradação deste. O animal de proteção, o filhote de macaco bugio, carregado pelo filho de Teresa Gimenes é prova disso.

Assim, pode-se afirmar que alguns usos e costumes convivem com a falta do meio ambiente natural ou resistem à degradação deste. O animal de proteção, o filhote de macaco bugio, carregado pelo filho de Teresa Gimenes demonstra isto. Da mesma forma, a prática do poraró, por vezes, preconceituosamente, confundida com mendicância:

O poraró é uma forma de ocupar o espaço urbano e se instaura a partir da matriz sociocultural tradicional Mbyá-Guarani, pautada por uma alta mobilidade espacial que contribui para a manutenção e atualização das relações de sociabilidade estabelecidas entre os parentes Mbyá e que possibilita o filtro através do qual se interpreta o mundo do outro – o mundo dos brancos - e os seus diferentes caracteres – espaço urbano, bens de consumo e dinheiro – a

partir de uma lógica simbólica própria. É importante ressaltar que tal sociabilidade também é parte do poraró, sendo considerada uma relação de troca espiritual dentro da cosmologia guarani e que, dentro desta lógica, a presença de crianças justifica-se na perspectiva guarani pelo fato destas alimentarem-se espiritualmente da mãe. Nessa perspectiva cosmológica, nota-se também que os espaços ocupados pelas mulheres Mbyá são circundados por praças arborizadas que, além de servirem de abrigo do sol nos dias quentes, servem de referência na ligação do Mbyá-Guarani com a natureza e na troca espiritual entre indivíduo e ambiente. Estes "espaços verdes" no centro da Capital correspondem, também, a referências geográficas para a localização das mulheres Guarani no espaço urbano, pois elas não conhecem os nomes das ruas ou avenidas. Num mesmo espaço onde Juruá se localizam por fachadas de prédios, direções de ruas, mulheres indígenas se situam pelo "cheiro das árvores, canto dos pássaros" (OTERO, 2008, s/p).

Para os guarani os objetos rituais não podem ser adquiridos por trocas comerciais (ASSIS, 2006, p.231). Se a senhora que denunciou Teresa e os agentes públicos envolvidos conhecessem a cultura guarani, não pensariam que o bugio estaria sendo exposto à venda. Olharam para a Teresa e as crianças partir de sua visão de mundo, no qual a relação com a fauna e a flora dá-se a partir do valor que adquirem como mercadoria. A substituição da natureza por concreto, então, não é único fator hostil aos guarani, que mesmo assim, colocam-se, de sua maneira, a conviverem, coabitarem o mesmo espaço físico com os não guarani. As pessoas que ignoram sua cultura e os discriminam são sujeitos da manutenção de relações conflituosas com estes povos.

CONCLUSÃO

Sem folha não tem sonho

Sem folha não tem vida

Sem folha não tem nada (BETÂNIA, 2022, S/P).

O ocorrido com a Teresa Gimenes, as crianças guarani e o seu animal de proteção, expõe, mais uma vez, como é falsa a democracia racial (RIBEIRO, 2015, p.20), tão propagandeada. Com certeza, um episódio de incompreensão, de discriminação, de preconceito da sociedade brasileira e suas instituições que, em tese, veda, tipifica como crime tais condutas. Somente o Ministério Público Federal, neste caso, agiu conforme a previsão normativa. Mesmo assim, ainda não logrou êxito em reaver o macaco para a comunidade guarani. Fato este que poderia dar ensejo a uma ação de reparação (artigo 927, do Código Civil).

O que se percebe, a partir deste caso, é que o ordenamento jurídico que estabelece o Brasil como um país que busca ser uma sociedade justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem nenhuma forma de preconceito de raça (artigo 3º, I e IV, da Constituição Federal) e que garante aos povos indígenas sua organização social, seus costumes, crenças e tradições (artigo 231, da Constituição Federal), ainda está longe de se efetivar. A legislação nacional e a internacional incorporada, assim, podem ser classificadas como uma legislação simbólica, por ser normativamente ineficaz (NEVES, 2018, p.51).

Entretanto, essa ineficácia não deve servir de fundamento para desacreditar do ordenamento e das instituições públicas, pelo contrário. Cabe maior apreço ao disposto, aos valores que resguardam, refletindo isto no aperfeiçoamento da sociedade e do Estado em observar e fazer cumprir esta legislação. O caso de Teresa Gimenes não é o mais violento, por certo, mas ajuda a entender o abismo que se coloca entre a sociedade brasileira predominante e os povos que a compõem e que não abandonaram a sua marca étnica diferencial. O mito das oportunidades, da inclusão, está exposto como falso na ignorância, na incompreensão de quem leva seu cachorro a passear no Parque e não aceita que o animal de proteção dos guarani possa compartilhar o mesmo espaço.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Katia. **A arqueologia em busca do passado perdido**. Disponível em: <https://www.matinaljornalismo.com.br/matinal/desapagapoa/o-tesouro-arqueologico-os-aldeamentos-e-o-trabalho-indigena-em-porto-alegre/>. Acesso em: 04 jul 2022. Publicado em: 24 jun 2021.

ANDRADE, Rafael Ademir Oliveira de; FERNANDES, Estevão Rafael. **Etnicidade e identidade em contexto urbano: os cassupá de Porto Velho (RO)**. Revista Mosaico, v. 11, p. 101-106, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/6111-20054-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 jul 2022. Publicado em: 2018.

ARENDR, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 16

ASSIS, Valéria Soares de. **Dádiva, mercadoria e pessoa: as trocas na constituição do mundo social Mbyá-Guarani**. Tese. Antropologia Social. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BETÂNIA, Maria. **Salve as folhas**. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/maria-bethania/887254/>. Acesso em: 10 jul 2022.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO- REGIONAL SUL; CONSELHO ESADUAL DOS POVOS INDÍGENAS/RS. **A detenção de Teresa Gimenes Guarani Mbya pela Guarda Municipal de POA e o direito à diferença**. Disponível em: <https://cimi.org.br/2018/05/a-detencao-de-teresa-gimenes-guarani-mbya-pela-guarda-municipal-de-poa-e-o-direito-a-diferenca/>. Acesso em: 08 jul 2022. Publicado em: 02 maio 2018.

CORRÊA, Antenor Ferreira. **Indígenas em contexto urbano e identidade: uma colaboração artística com os Wapichana**. ARJ | v. 8, n. 2 | jul./dez. 2021. Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/paulosilveira,+Antenor+F+Corr%C3%AAa_Ind%C3%ADgenas+em+contexto+urbano+e+identidade_ARJ_v8_n2_2021.pdf. Acesso em: 10 jul 2022. Publicado em: 2021.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48 ed. São Paulo: Global, 2003.

LIMA, Carmen Lúcia Silva. **Etnicidade indígena em contexto urbano: uma etnia sobre os Kalabaça, Kariri, Potiguara, Tabajara e Tubinambá de Crateús**. Tese. Programa de Pós-Graduação em Antropologia. Recife: UFPE, 2010.

LIMA, Gabriela Garcia Batista. **A situação da convenção sobre o comércio internacional das espécies da flora e fauna selvagens em perigo de extinção – cites – no brasil:** análise empírica. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 4, n. 2, p. 97-113, jul./dez. 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/364-2595-2-PB.pdf>. Acesso em: 06 jul 2022. Publicado em: 2007.

MALHEIROS, Tatiane de Cássia da Costa. **(Des) Encontros entre etnicidade indígena e urbanização na Amazônia.** Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/aleitedebarros,+Tatiane+de+C%C3%A1ssia+da+Costa+Malheiro.pdf>. Acesso em: 08 jul 2022. Publicado em: 2019.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Osmarina de. **Do bambu ao macaco:** Análise da violência contra as práticas culturais Guarani na contemporaneidade. RELACult – Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade. V. 05, ed. especial, mai., 2019, artigo nº 1597. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/1597-Texto%20do%20Artigo-5841-1-10-20190607.pdf>. Acesso em: 06 jul 2022. Publicado em: 2019.

OTERO, Andrea Grazziani. **O "esperar troquinho" no centro de Porto Alegre: tradição e inovação na cultura Mbyá-Guarani.** Disponível em : REIS, Gustavo Soldati. **O Xamanismo Indígena Guarani como Expressão Demônica da Cultura.** Revista Eletrônica Correlatio v. 15, n. 2 - Dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/COR/article/viewFile/7334/5604>. Acesso em: 04 de jul 2022.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro:** a formação e o sentido do Brasil. 3 ed. São Paulo: Global, 2015.

SANTOS, Bruno Silva. **Dó e alegria:** relações entre os Guarani-Mbya e seus cães no Jaraguá/SP. Dossiê: Socialidades Interespecíficas. V.5 • N.10 • p. 49 – 81 • Jul-Dez/2017. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/7641-Texto%20do%20artigo-24182-2-10-20201229.pdf>. Acesso em: 06 jul 2022. Publicado em: 2017.

SANTOS, Tiago Moreira dos. **Terras Indígenas protegem a floresta.** Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/faq/tis-e-meio-ambiente>. Acesso em: 05 jul 2022.

SBPC/UFMG. **Para povo guarani, artesanato é a própria vida, diz antropóloga.** Disponível em: <https://www.ufmg.br/sbpcnaufmg/para-povo-guarani-artesanato-e-a-propria-vida-diz-antropologa/>. Acesso em: 04 jul 2022. Publicado em: 18 jul 2017.

SILVA, Sergio Baptista da. **Cosmo- ontológica Mbyá-Guarani**: discutindo o estatuto de "objetos" e "recursos naturais". Revista de Arqueologia. Volume 26 - N.1: 42-54 – 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/admin,+6..pdf>. Acesso em: 06 jul 2022. Publicado em: 2013.

SIMMONS, William Paul. **Human Rights Law and the Marginalized Other**. New York: Cambridge University Press, 2011.

SMDH/ PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. **Polinizando o mundo com cores, aromas e sabo/e/res indígenas**. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smdh/default.php?p_secao=105. Acesso em: 04 jul 2022. Publicado em: 2019.

TJ-RS. **Consolidação Normativa Notarial e Registral**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/static/2022/01/Consolidacao-Normativa-Notarial-Registral-2022-TEXTO-INTEGRAL-25-01-2022.pdf>. Acesso em: 05 jul 2022. Publicado em: 17 jan 2020.

TRAJANO, Marcela de Castro; CARNEIRO, Larissa Pereira. **Diagnóstico da criação comercial de animais silvestres no Brasil**. Brasília: Ibama, 2019.

VARGAS, Bruna. **Índigena é detida com macaco na Redenção, em Porto Alegre**. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2018/04/indigena-e-detida-com-macaco-na-redencao-em-porto-alegre-cjgmigvb4015d01paordltzag.html>. Acesso em: 30 jun 2022.

3. GRUPOS REFLEXIVOS DE GÊNERO NA MODALIDADE ON-LINE: UMA EXPERIÊNCIA NO SUL DO BRASIL



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-03>

Ivete Machado Vargas

Mariana G. Boeckel

Introdução

A violência contra a mulher é um grave problema de Direitos Humanos que afeta a saúde de mulheres e meninas no mundo todo. O Brasil, apesar de adotar constitucionalmente a igualdade como um dos seus princípios, lidera o ranking entre os países que mais praticam violência contra a mulher, estando em 5º lugar na prática de feminicídios (WAISELFISZ, 2015, p.27). A discriminação da população LGBT também é uma prática cotidiana e o Brasil, lamentavelmente, se tornou o número um na prática de assassinatos a esta população, tendo 445 casos de assassinatos de LGBT em 2017, 276 em 2020, 300 em 2021 (OLIVEIRA; MOTT, 2022, p. 12; 23). Além disso, o país ignora o racismo estrutural que atravessa séculos de permanência, o que pode ser visto pela alta taxa de mortalidade da população negra (homicídios e feminicídios) e a maior taxa de aprisionamento desta população. Neste sentido, as mulheres negras representaram 66,0% do total de mulheres assassinadas no Brasil em 2019 (CERQUEIRA, 2021, p. 49).

Combater estas violências tão enraizadas na população brasileira, especialmente, as direcionadas às mulheres e minorias, precisa ser prioridade de todos e de todas. Neste sentido, a Lei Maria da Penha (11.340/2006) surgiu como uma condenação/recomendação do/ao Brasil pela Organização dos Estados Americanos (OEA) por não garantir o processo justo e o combate à violência e à discriminação contra as mulheres e meninas, por omissão, negligência e tolerância em relação a crimes contra os direitos humanos das mulheres. A Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo considerada uma das mais avançadas Leis do Mundo.

Em 2020, um avanço importante na Lei Maria da Penha foi a inclusão do ofensor em programas de reeducação. Conforme a alteração do artigo 22, inciso VI, da referida Lei, o juiz poderá aplicar como medida protetiva, de imediato, a obrigação do ofensor comparecer a programas de recuperação e reeducação (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020). Também, como medida protetiva, pode o juiz determinar o acompanhamento psicossocial do ofensor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio (artigo 22, inciso VII, incluído pela Lei nº 13.984, de 2020). Essa iniciativa foi de suma importância para o olhar e a atenção aos homens para além das ações punitivas.

Partindo desta breve introdução, o presente capítulo objetiva apresentar os grupos reflexivos de gênero direcionado aos homens acusados de violência doméstica, realizados no Tribunal de Justiça do RS, mais especificamente em parceria com a Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul. A violência contra a mulher é um fenômeno complexo que exige diversas modalidades de ação com vistas a sua erradicação. É preciso trabalhar com as vítimas, preventivamente com a sociedade como um todo, assim como, é de suma importância o trabalho com os homens que cometem as violências.

Contextualização dos Grupos Reflexivos de Gênero

Os grupos reflexivos de gênero ganharam destaque recentemente na realidade brasileira, ainda que as iniciativas sejam incipientes. No Rio Grande do Sul, o Governo do Estado assinou o Decreto 55.430, de 7 de agosto de 2020, instituindo o Comitê Interinstitucional de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher (Portal "EmFrente, Mulher"), no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, com a finalidade de acompanhar, prevenir e combater a violência contra a mulher. Entre os objetivos do Comitê estão: I - monitorar e propor políticas públicas e estratégias que promovam e assegurem os direitos das mulheres em situação de violência, por meio de um conjunto articulado de ações voltadas à rede de enfrentamento e atendimento à violência contra as mulheres, ao acesso à informação, à promoção da autonomia feminina e às políticas preventivas com foco no agressor; II - acompanhar, monitorar e analisar os indicadores da violência contra as mulheres no Estado; III - acompanhar,

monitorar e avaliar o cumprimento das metas propostas e da execução do Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres¹; e IV - elaborar relatórios com a análise das dificuldades, bem como as sugestões para a resolução dos problemas diagnosticados. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) faz parte deste Comitê, atuando junto com outros órgãos do governo, justiça, assembleia legislativa, municípios, sociedade civil, entre outros².

Ademais, o Comitê Interinstitucional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher possui quatro linhas de atuação: a rede de atendimento, o acesso à informação, a autonomia feminina e políticas protetivas com foco no agressor. Onze projetos surgiram a partir desta iniciativa. A serem executados em curto prazo estão: a própria criação e organização do Comitê; o Monitoramento do agressor; Ações nas escolas; Informar, Prevenir, Proteger; e os Grupos Reflexivos de Gênero. A médio prazo: Espaço Mulher Trabalhadora; Parceria com iniciativa privada para contratação de mulheres vítimas de violência; e Habilitação de novos serviços. Já com implementação em longo prazo: Centros de Atendimento; Centro de Referência de Atendimento Socioeducativo Reabilita; Garantia de vagas em educação infantil. Os grupos reflexivos de gênero, como já referido, já estão sendo desenvolvidos no Estado do RS com a parceria do TJRS, o qual assumiu o compromisso, conforme o Acordo de Cooperação FPE nº 1233/2021, de formar facilitadores para tais grupos, com vistas à criação desses espaços em todas as comarcas do RS até 2049. Em 2022 já existem os grupos reflexivos de gênero em 42 comarcas (de 164 ao total no RS) e mais 105 facilitadores já fizeram a formação. Portanto, é um projeto de longo prazo, mas que já está sendo implementado de forma intensa.

¹ Importante destacar que, em geral, as tipologias ocorrem de diversas formas em cada caso, ou seja, o mais comum é a sobreposição de violências.

² Celebrado entre o Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio do Gabinete do Vice-Governador, da Secretaria da Segurança Pública, com a interveniência da Polícia Civil e da Brigada Militar, da Secretaria de Justiça e Sistemas Penal e Socioeducativo, com a interveniência da Superintendência dos Serviços Penitenciários, da Secretaria da Igualdade, Cidadania, Direitos Humanos e Assistência Social, da Secretaria da Saúde, o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, o Ministério Público do RS, a Defensoria Pública do RS, a Federação das Associações de Municípios do RS - FAMURS - e a Rede Minha Porto Alegre, que tem por objeto a cooperação mútua entre os Partícipes no estabelecimento de medidas que possibilitem dar efetividade à ampliação e à implementação dos Grupos Reflexivos de Gênero no RS. Disponível em: https://transparencia.mprs.mp.br/media/convenios/convenio/Acordo_de_Coopera%C3%A7%C3%A3o_Qw4P7Hj.pdf consulta em 21 set. 2022.

Antes mesmo das alterações de 2020 na Lei Maria da Penha e das iniciativas supracitadas, surgiram, em 2011, os Grupos Reflexivos de Gênero no Foro Central de Porto Alegre, conduzidos desde então pela primeira autora e, desde 2016, por voluntários que passaram a contar com a formação do Centro de Formação e Desenvolvimento de Pessoas do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Os grupos Reflexivos de Gênero são grupos direcionados aos homens encaminhados pelos magistrados, por força de medida protetiva, por condenação, como condição para não ser preso ou para ser solto (nos casos de prisão preventiva) e se constituem de encontros semanais presenciais de duas horas de duração, onde são tratados temas como: violência contra a mulher, tipos de violência, ciclos da violência, masculinidades, mitos sobre o comportamento agressivo dos homens, importância da cultura em suas diversas frentes (política, religiosa, educativa, mídia) na manutenção de padrões que inferiorizam a mulher e que desqualificam a violência contra ela, usos de poder e subordinação, comunicação não violenta, habilidades sociais, regulação emocional, estratégias de resolução de conflitos, entre outros temas.

Desde sua criação, em 2011, a avaliação destes grupos, desenvolvida pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Porto Alegre, tem sido realizada por intermédio da mensuração da reincidência, ou seja, se houve um novo registro de ocorrência policial após o homem ter participado do Grupo Reflexivo de Gênero (e não a condenação transitada em julgado). Através dessa, verificou-se que a reincidência tem sido em torno de 4,33% (VARGAS; MACHADO, 2017, p. 97-114), o que é extremamente baixo, comparado a dados de reincidência criminal no Brasil.

Com objetivo de ampliar as iniciativas e estudar ainda mais os grupos reflexivos, em 2014, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Porto Alegre firmou convênios com Universidades, passando a contar com profissionais da Psicologia de diferentes universidades, inclusive com a Universidade de Ciências de Saúde de Porto Alegre (UFCSPA). Desde então, estudantes de Psicologia têm colaborado no atendimento e acolhimento às mulheres vítimas de violência na sala de acolhimento, enquanto estas aguardam audiências. Os estudantes podem, inclusive, acompanhá-las na audiência, visando um melhor atendimento das necessidades da mulher. A partir de 2016, quando surgiu a

capacitação pelo Tribunal de Justiça do RS, nos Grupos Reflexivos de Gênero, voluntários (de diversas áreas e serviços, incluindo estudantes de pós-graduação), também, começaram a participar da condução dos grupos com homens. As trocas entre os estudantes de diferentes Universidades e diferentes profissionais mostrou-se de grande valia para o serviço e para o atendimento ao público-alvo, pois diversos olhares e perspectivas foram trazidos nas reuniões de discussão e de supervisão. Atendendo às necessidades acadêmicas e do serviço (Projeto Borboleta), a Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre (UFCSPA), por intermédio de alunos do Curso de Psicologia e do Programa de Pós-Graduação em Psicologia e Saúde, aderiu de forma mais intensa aos Grupos Reflexivos de Gênero.

A parceria entre o TJRS e a UFCSPA: Protocolo do Grupo Psicoeducativo para Homens Acusados de Violência Conjugal (GPHAV)

Em 2019, a UFCSPA, por intermédio do Grupo de Pesquisa Famílias & Contextos do Programa de Pós-Graduação em Psicologia e Saúde - o qual é coordenado pela Profa. Mariana Gonçalves Boeckel, segunda autora deste capítulo, deu início a um projeto de pesquisa com vistas à elaboração de um protocolo psicoeducativo em grupo direcionado aos homens acusados de violência doméstica, mais especificamente, de violência conjugal. O grupo de pesquisa já participava como parceiro na aplicação dos Grupos Reflexivos de Gênero e, com o objetivo de pesquisar o impacto dos grupos, iniciou a organização de um protocolo, ou seja, de uma intervenção estruturada que pudesse ser estudada cientificamente. Inicialmente foi desenvolvida uma revisão sistemática acerca das intervenções desenvolvidas com homens acusados de violência por parceiro íntimo (VPI), publicadas entre 2013 e 2018 (Goulart, Gomes & Boeckel, 2020, p.270-292), a qual foi norteadora para o desenvolvimento das intervenções baseadas em evidência que compõem o protocolo em Grupo Psicoeducativo para Homens Acusados de Violência Conjugal (GPHAV). Na época, o protocolo foi aplicado na modalidade presencial, sendo composto por doze encontros semanais, de 1h30min a 2h cada encontro, sendo as temáticas principais: construção social acerca de gênero, vida a

dois, violência, estratégias de resolução de conflitos, reconhecimento e manejo emocional, responsabilização pelos atos violentos.

Faz-se fundamental trabalhar dois pilares centrais com essa população: a psicoeducação, ou seja, intervenções que viabilizem o aumento no repertório de conhecimentos baseados em evidência científica acerca de temas importantes, e o estímulo a processos reflexivos, auxiliando na ampliação das formas de ser e de se relacionar com o outro. Neste sentido, é preciso fomentar um contexto que viabilize a livre expressão e o estabelecimento de um vínculo seguro entre os participantes e os facilitadores do grupo, bem como a inclusão de forma ativa dos homens no processo, sendo esse ponto um grande desafio e, ao mesmo tempo, uma questão fundamental. Assim, os participantes acolhem de forma mais verdadeira as novas concepções que emergem a partir da psicoeducação, abrindo espaços para o surgimento de ideias do e no grupo, auxiliando no processo de mudança. À vista disso, é importante destacar, também, o eixo transversal ao longo dos encontros: a conscientização e a responsabilização pelos próprios atos, não de forma culpabilizadora, mas sim como uma oportunidade de repensar suas ações e consequências. O processo de mudança perpassa pela reflexão acerca dos próprios comportamentos. É por intermédio da autorresponsabilização que o enfoque psicoeducativo e reflexivo mostra sua relevância nas intervenções com homens autores de violência (ALVAREZ, 2006, p. 5-31; ANTEZANA, 2012, p. 9-27).

Neste sentido, o movimento para a reflexão e a adequada responsabilização dos homens com vistas à erradicação da violência vem acontecendo de forma mais intensa no Brasil nos últimos anos (BEIRAS, MARTINS, SOMMARIVA & HUGILL, 2021, p. 19-277). E dentre as diretrizes para tal, destaca-se a necessidade da conscientização dos autores de violência acerca de seus atos, acerca da violência de gênero como uma violação dos direitos humanos das mulheres, e, conseqüentemente, a auto responsabilização pela violência cometida (BRASIL, 2008; BEIRAS et al, 2021, p. 19-277). Para tal, as intervenções que compõem o grupo devem incluir uma perspectiva de gênero, contribuindo para a desconstrução de estereótipos, para a transformação da visão de uma concepção hegemônica de masculinidade e, então, para o reconhecimento de novas masculinidades (BRASIL, 2008).

É fundamental trabalhar com os homens estes tópicos, assim como com a população em geral. Vivemos em uma sociedade na qual as desigualdades e o machismo atravessam o cotidiano da população. Ao nos depararmos com o problema da violência contra a mulher e da discriminação contra mulheres e meninas, bem como de violências e discriminações contra outras minorias, percebe-se que é um problema de todos e todas a responsabilização por tais discriminações. Tratar destes temas é fundamental para pensar o combate e a prevenção. A própria Lei Maria da Penha pontua a responsabilização de todos no combate à violência e à discriminação contra mulheres e meninas, incluindo a rede familiar, a comunitária, o sistema de justiça, os organismos de proteção, a assistência e a sociedade civil. A Lei considera a violência contra a mulher um problema de gênero, como uma construção social das diferenças tradicionalmente aceitas na sociedade, que ocultam a sobreposição de um sexo e a inferiorização de outro em todas as relações. Adota como referência os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW); a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará); e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), entre outros, promovendo salientando a necessidade da igualdade de gênero.

Apesar de todos os esforços no desenvolvimento de iniciativas e de programas voltados à erradicação da violência doméstica, a Pandemia da Covid-19 trouxe desafios impensáveis até então, dentre os quais o acesso às tecnologias digitais. Neste sentido, a parceria com a UFCSPA, mais especificamente com o Programa de Pós Graduação Psicologia e Saúde - Grupo de Pesquisa Famílias & Contextos, viabilizou o desenvolvimento de um modelo on-line dos grupos reflexivos de gênero, por intermédio da adaptação do Grupo Psicoeducativo para Homens Acusados de Violência Conjugal (GPHAV - on-line) para a modalidade remota, transformando-se na principal via de acesso aos homens, pois os grupos presenciais face a face só voltaram a acontecer em outubro de 2021.

O modelo on-line do GPHAV foi elaborado após os primeiros meses de isolamento devido à Covid-19. Estimava-se que esse período fosse curto e o

cotidiano voltasse à normalidade em poucas semanas, no entanto, o cenário mostrou-se distinto e a suspensão das atividades prolongou-se para muito além do que era imaginado. Neste contexto, a violência na esfera privada do lar apresentou um crescimento expressivo, já nos primeiros meses houve o aumento de 27% das denúncias de violência doméstica e 22,2% de casos de feminicídios (BASTOS; CARBONARI; TAVARES, 2020, p. 1-20). Ao mesmo tempo, estima-se que a subnotificação desse tipo de violência tenha sido ainda maior do que comumente é, tendo em vista o empobrecimento da rede de apoio, a dificuldade de acesso aos serviços e às políticas públicas de assistência, o medo das consequências da denúncia, dentre outros estressores importantes. A constatação do agravamento do panorama de violência contra a mulher fez com que o grupo de pesquisa Famílias & Contextos (Programa de Pós-Graduação Psicologia e Saúde - UFCSPA) trabalhasse na adaptação do protocolo GPHAV presencial para a modalidade on-line, a qual exigiu ajustes bastante específicos.

O acesso às tecnologias digitais é um ponto muito importante a ser considerado, tendo em vista que exclui uma parte considerável da população (11,8 milhões de domicílios sem computador e sem Internet - CGI.br., 2021). Àqueles homens que não tinham internet suficiente para chamadas de vídeo ou seus aparelhos celulares não comportavam tal tecnologia, infelizmente, ficaram impossibilitados de participar do GPAHV on-line e ingressaram nos grupos presenciais que retomaram em novembro de 2021. Ademais, o contato intragrupo e entre facilitadores e participantes trouxe diversos desafios, como a perda nos detalhes da comunicação não verbal. Ainda, o próprio ambiente do participante (sua casa, por exemplo) está inserido na chamada, mostrando-se, por vezes, como um dificultador para o bom andamento do grupo, tendo em vista o risco de interferências fora do controle dos facilitadores, como por exemplo, a participação de outras pessoas. Neste enquadramento, é preciso atentar para a organização na comunicação e adesão às tarefas e, simultaneamente, fomentar um ambiente participativo e espontâneo (BEIRAS & BRONZ, 2016, p. 10-45). Ao mesmo tempo, os participantes estarem desde os seus próprios ambientes mostrou-se, também, como um recurso interessante: o acesso às suas opiniões e concepções de forma mais direta, diminuindo a deseabilidade social e possibilitando intervenções mais

assertivas. De forma geral, a adaptação ao modelo remoto revelou-se bastante promissora, viabilizando o acesso aos homens e o alcance aos objetivos propostos.

Com intuito de compreender um pouco mais as especificidades desta nova realidade, é interessante conhecer a população encaminhada ao GPHAV on-line. Durante o ano de 2021, foram encaminhados 42 homens. A situação dos processos, no período de levantamento dos dados (de 30/08/2022 a 04/09/2022), era: 21 medidas protetivas estavam arquivadas, 12 estão em andamento, 9 tiveram condenação (os que foram encaminhados pela VEPMA - Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas). Quanto aos processos em si, 5 respondem na vara de família (separação/divórcio, guarda e alimentos), 4 respondem por processo contra os filhos (estupro de vulnerável - 1, ameaça - 2 e negligência - 1). No que tange às tipologias de violência³, com base nas ocorrências policiais, foram verificados: violência física (entre vias de fato e lesão corporal), com 31 casos; injúria/difamação, com 21 casos; psicológica (incluindo ameaça, perseguição, não aceitar o fim, sentimentos de posse controle), com 12 casos; patrimonial (geralmente acompanhadas de violência física), com 11 casos; sexual, com 3 casos. Entre os casos de violência física estão dois casos que incluíram atropelamento (1) e arrastar a companheira presa no carro (1). Em três casos, filhos tentaram intervir e também foram agredidos. Três deles tiveram processos de violência doméstica e familiar com outras mulheres.

Estes dados nos permitem inferir que grande parte destes comportamentos vem sendo aprendidos e transmitidos no seio intrafamiliar (inclusive colocando em risco os filhos que intervêm ou que testemunham), se dão numa cultura de controle e desvalorização da mulher, como não aceitar o fim do relacionamento, ameaçar, controlar bens e possibilidades de independência da companheira, praticar violência contra outras mulheres, usar da violência sexual como estratégia de controle (como descrito em três casos, dos analisados). São exemplos de fatores de risco, conforme Nicolls et al (2013, p. 76-168): histórico de violências, uso de faca e ou de arma de fogo, agressões físicas graves e comportamento de ciúme excessivo e de controle. Esses fatores devem ser alerta para risco elevado de letalidade (Nicolls et al, 2013,

³ Lançado em 2007, consiste num acordo federativo entre o governo federal, os governos dos estados e dos municípios brasileiros para o planejamento de ações que consolidassem a Política Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres por meio da implementação de políticas públicas integradas em todo território nacional (BRASIL, 2011).

76-168). O comportamento de ciúme excessivo e de controle sobre a vítima está associado a episódios de violência grave e potencialmente letal (AMCV, 2013, p.58). Em estudo coordenado por Machado (2015), alegações relativas a ciúmes ou sentimento de posse em relação à vítima aparecem na maioria dos casos de feminicídio analisados. Além disso, são comuns ocorrências policiais ou pedidos de medidas protetivas anteriores envolvendo as mesmas partes. Ocorrências policiais, assim como pedidos de medidas protetivas anteriores podem revelar padrões de agressões e contribuir para a análise da probabilidade de ocorrência de violências futuras (MACHADO, 2015, p. 43). Sendo esse, um aspecto muito importante a ser observado.

Ao abordar os homens nos grupos de reflexão estes temas devem ser explorados, a fim de permitir outros modelos mais saudáveis de relacionamento numa perspectiva de gênero e de direitos humanos, prevenindo o escalonamento da violência. Outro aspecto de suma importância a trabalhar com os homens refere-se às tipologias de violência, as quais, conforme os dados aqui descritos, ocorrem de forma sobreposta, sendo o mais comum a violência doméstica acompanhar todas as outras formas de violência. Os homens precisam compreender o que é violência e suas diversas formas, pois é perceptível, entre essa realidade, uma minimização dos atos violentos cometidos.

No que tange às idades dos homens: 9 tinham de 20 a 29 anos, 15 de 30 a 39 anos, 12 de 40 a 49 anos, 4 de 50 a 60 anos e 2 de 60 a 69 anos. Em relação à raça/cor declarada, houve predominância da branca (29 homens), seguido da preta (11), e parda (2). Com relação à situação familiar com as companheiras e ex-companheiras envolvidas no processo, somente um homem referiu continuar com a companheira. E quanto ao tempo de relacionamento com as mesmas: 3 homens tiveram menos de um ano de relacionamento, 3 um ano, 6 de 2 a 4 anos, 7 tiveram 5 anos, 7 de 6 a 10 anos, 5 de 11 a 15 anos, 3 de 16 a 20 anos, 2 de 21 a 25 anos, e 2 tiveram mais de 25 anos. No que concerne à escolaridade: 13 tinham ensino fundamental, 4 ensino fundamental incompleto, 8 ensino médio incompleto, 6 ensino médio completo, 7 ensino superior completo e 7 tinham ensino superior incompleto. Dos com ensino superior, 5 não estavam exercendo funções na área de formação. As profissões que mais apareceram foram: motorista de aplicativo, área da segurança formal e informal,

construção e obras. Relativamente à renda: 13 recebiam de um a dois salários mínimos, 12 de 3 a 4 salários, 8 mais de quatro salários, 2 desempregados (sem renda) e 7 não responderam. No tocante ao uso de álcool e outras drogas, 9 referiram uso abusivo de álcool e outras drogas, 3 de álcool e 1 de outras drogas. Ainda, 10 referiram problemas de saúde na família (uso de drogas, depressão, saúde mental). Esses dados suscitam reflexões pertinentes. Práticas de violências desde o início do relacionamento podem ser vistas como um indicador importante de risco para o aumento da violência. Um casal que está em fase inicial e já não consegue lidar com seus conflitos cotidianos de forma adequada estará mais suscetível a entrar em escaladas no aumento da intensidade dos conflitos, aumentando as violências. Ademais, a presença de violência por longos anos de relacionamento pode indicar maior vulnerabilidade e padrões culturais arraigados de submissão da mulher (HIRIGOYEN, 2006, p.92).

Com relação às vítimas: 11 tinham entre 20 a 29 anos; 16, entre 30 a 39 anos; 11, entre 40 a 49; uma, entre 50 a 59 anos e uma, entre 70 a 79 anos. Duas não constavam as idades. Sobre a raça/cor: 28 branca; 6 preta; 3 parda; 1 amarela, e não constou em 4 processos. Em relação às escolaridades: 11 com o ensino fundamental, 11 com segundo grau, 6 com ensino superior completo e 4 com ensino superior incompleto, já 10 não constavam informações referentes à escolaridade. Dessas mulheres, 6 tinham outros processos por violência doméstica contra outros homens.

A escolaridade mostra-se um fator importante para a diminuição dos índices de violência em uma sociedade. Assim, podemos inferir que maior permanência na escola para as mulheres, associada à independência financeira, pode ser um fator de proteção muito importante, enquanto que maior nível educacional associado à dependência financeira pode ser um fator de risco para a violência doméstica. Neste sentido, o fortalecimento feminino se dá por intermédio de escolaridade, oportunidades de trabalho e renda (MARTINS & TEIXEIRA, 2020, p. 156). Além disso, padrões culturais arraigados de submissão da mulher, de desigualdade de gênero, são fatores que colocam mulheres em risco em qualquer nível sociocultural.

Em relação à reincidência, ou seja, o registro de nova ocorrência de violência doméstica contra mulher (independente de ser a que deu origem ao encaminhamento ou outra mulher), dos homens participantes do GPHAV - on-line,

até o presente momento, não houve reincidência. Para além desse dado, é muito importante o desenvolvimento de pesquisas com intuito de avaliar o impacto e a avaliação da intervenção. Resultados qualitativos preliminares, mais especificamente a avaliação de processo (LINNAN & STECKLER, 2002, p.20)⁴ acerca da aplicação do GPHAV on-line, apontam aspectos interessantes e promissores. Por intermédio do espaço de acolhimento, de escuta e de segurança, foi possível alcançar o propósito reflexivo e psicoeducativo, evidenciando novas concepções a respeito de temas como masculinidades, gênero e violência. Perspectivas rígidas acerca dos estereótipos de gênero, mais especificamente no que concerne ao homem como o provedor, o forte, o que não manifesta o sofrimento, e à mulher como a frágil, a possuidora do amor intrínseco e a que ocupa o lugar do cuidado foram flexibilizadas, abrindo espaço para a reflexão acerca das características e condições humanas, independente do gênero. O desenvolvimento socioemocional, também, mostrou-se um ponto alto ao longo do protocolo. A identificação de emoções como raiva, medo e tristeza foi trabalhada e experiências foram compartilhadas no grupo. Os homens participantes referiram melhorias no manejo da raiva e ampliação nas estratégias de resolução de conflitos. A experiência no grupo fomentou a escuta e o compartilhar experiências, auxiliando na abertura emocional e no fomento à empatia. Todos esses aspectos destacam a relevância de espaços de escuta, de psicoeducação e de reflexão para os homens. É preciso criar ambientes para dialogar acerca das diversas formas de masculinidades possíveis na atualidade; assim como, acerca da importância da busca pela equidade de gênero para todo ser humano (BEIRAS et al, 2021, p. 19-277). O olhar e a intervenção para o homem acusado de violência doméstica, para além das práticas punitivas, são fundamentais para a erradicação da violência doméstica nesta e nas próximas gerações.

⁴ A avaliação de processo (LINNAN & STECKLER, 2002) tem como objetivo avaliar os seguintes critérios ao longo de toda a intervenção, encontro por encontro: recrutamento, contexto, fidelidade, dose entregue, dose recebida, alcance e implementação.

Considerações Finais

Espaços de escuta, de fala e de reflexão direcionados aos homens acusados de violência doméstica e às mulheres vítimas, sem julgamento e com técnicas evidenciadas cientificamente, têm se mostrado altamente benéficos para a prevenção de novas ocorrências de violência, assim como para a promoção de relações íntimas mais saudáveis. A ampliação das possibilidades de masculinidades e a busca pela equidade de gênero trazem benefícios para os envolvidos, para a sociedade e para as gerações futuras.

É preciso, enquanto sociedade, produzirmos espaços reflexivos acerca das dinâmicas relacionais saudáveis, das estratégias assertivas de resolução de conflitos, da expressão e regulação emocional, das questões de desigualdade de gênero tão arraigadas no cotidiano e minimizadas nas suas expressões. Precisamos dialogar sobre o assunto nos grupos, nas escolas, nas famílias, nas comunidades, nas instituições, nas empresas. Cabe a todos a busca pela erradicação na violência doméstica em nossa sociedade.

Por fim, salientamos que os grupos reflexivos de gênero que foram apresentados no presente capítulo, mais especificamente o GPHAV - on-line, estão em processo de estudo e validação. Em breve resultados mais específicos serão produzidos com intuito de multiplicar os conhecimentos adquiridos e a experiência, fomentando e inspirando a produção de Ciência com essa realidade em nosso país.

Referências

ALVAREZ, A. Criterios de calidad para intervenciones con hombres que ejercen violencia en la pareja. Cuadernos para el Debate, Madrid: Fundación Mujeres, 2006.

ANTEZANA, Alvaro Ponce. Intervenção com Homens que praticam violência contra seus cônjuges: reformulações teórico-conceituais para uma proposta de intervenção constutivista-narrativista com perspectiva de gênero. Rev. Nova Perspectiva Sistêmica, Rio de Janeiro, n. 42, p. 9-27, abr. 2012.

AMCV - Associação de Mulheres Contra a Violência. Manual Sobre Avaliação e Gestão de Risco em Rede. Manual para profissionais. Lisboa, 2013. Disponível em https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/avaliacao_de_risco_-_manual.pdf

BEIRAS, Adriano; BRONZ, Alan. Metodologia de grupos reflexivos de gênero. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2016.

BEIRAS, Adriano; MARTINS, Daniel Fauth Washington; SOMMARIVA, Saete Silva & HUGILL, Michelle de Souza Gomes (Orgs). Grupos reflexivos e responsabilizantes para homens autores de violência contra mulheres no Brasil: mapeamento, análise e recomendações. Florianópolis: CEJUR, 2021.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL. Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres. Diretrizes gerais dos serviços de responsabilização e educação do agressor. Brasília, DF, 2008.

BRASIL. Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Brasília, SPM, 2011.

CERQUEIRA, Daniel. Atlas da Violência 2021 / Daniel Cerqueira et al., – São Paulo: FBSP, 2021.

Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br. (2021). Pesquisa TIC Domicílios 2020. São Paulo: CGI.br. Ver <https://www.cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/>

GOULART, Anderson Duarte; GOMES, Juliana Motta; BOECKEL, Mariana Gonçalves. Intervenções com Homens Acusados de Violência por Parceiro Íntimo: revisão Sistemática da Literatura. Contextos Clínicos, 13(1), p. 270-292, 2020. <http://dx.doi.org/10.4013/ctc.2020.131.13>.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Decreto 55430/2020. Institui Comitê Interinstitucional de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <https://leisestaduais.com.br/rs/decreto-n-55430-2020-rio-grande-do-sul-institui-comite-interinstitucional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-a-mulher-no-ambito-do-estado-do-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 28 ago.2022.

HIRIGOYEN, Marie. (2006). A violência no casal. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. (org.). A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil. Diálogos sobre Justiça. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2015.

MARTINS, Jayne Cecília; TEIXEIRA, Evandro Camargos. Determinantes da violência doméstica contra a mulher no Brasil. Pesquisa e Planejamento Econômico, v. 50, n. 2, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.38116/ppe50n2art6>

NICOLLS, Tonia L.; PRITCHARD, Michelle M.; REEVES, Kim A. & HILTERMAN, Edward (2013). Risk assessment in intimate partner violence: a systematic review of contemporary approaches. *Partner Abuse*, v. 4, n. 1, 2013.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil. Relatório 2021. Grupo Gay da Bahia e Aliança Nacional LGBTI+. 2022 Disponível em <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2022/03/mortes-violentas-de-lgbt-2021-versao-final.pdf>. Acesso em 18 set. 2022

VARGAS, Ivete Machado; MACHADO, Madgéli Frantz. Grupo Reflexivo de Gênero: uma experiência exitosa para a prevenção, atenção e enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. Leituras de direito: violência doméstica e familiar contra a mulher/Cornélio Alves; Deyvis de Oliveira Marques (Org.). – Natal: TJRN, 2017. 308p. Disponível em https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nucleo-judiciario-da-mulher/parceiros/material-informativo-e-instrucional/fonavid_-_leituras-de-direito-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-edicao-2017.pdf. Acesso em: 28 ago. 2022.

WASELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015. Atualização: homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: FLACSO, 2015.

4. RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS E O NECESSÁRIO COMPROMISSO COM A PREVENÇÃO E O COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-04>

Madgéli Frantz Machado

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A violência contra a mulher é um fenômeno sócio-cultural, que se apresenta tanto no âmbito privado como em todos os espaços sociais. Trata-se de violência de gênero¹ (LISBOA, 2003 apud Núcleo Judiciário da Mulher TJDFT, 2021), a expressão de violência mais difundida no mundo, que atinge mulheres, indiscriminadamente.

A causa estruturante dessa violência é a desigualdade de gênero, potencializada pelo entrelaçamento com outros marcadores sociais, como raça, cor, etnia, classe social, orientação sexual, nacionalidade, religião, deficiência, idade, constituindo-se a chamada **interseccionalidade**², termo criado por Kimberlé Crenshaw para chamar a atenção sobre as “consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação” (AKOTIRENE, 2020, p. 21), gerando diferentes formas de opressão, ou, ainda, “um sistema de opressão interligado” conforme conceituado por Akotirene (2020, p. 21).

A propósito, em razão da relevância e impactos produzidos, Lélia Gonzalez, no Brasil, muito antes, já discutia o tema em seus estudos e publicações, em que pese não utilizasse a terminologia “interseccionalidade”, que nasceu com Crenshaw somente em 1989.

A desigualdade de gênero estrutura, legítima e perpetua a violência e todas as formas de discriminação contra as mulheres.

¹ Violência de gênero contra a mulher, pode ser entendida como uma relação de poder, caracterizada pela dominação do homem e pela submissão da mulher. Desta forma, quando a soberania masculina se sente ameaçada, a violência aparece com um mecanismo manifesto para manter a ordem estabelecida (LISBOA, 2003 apud Núcleo Judiciário da Mulher TJDFT, 2021).

² “(...) Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento (...)”, cujo inteiro teor pode ser encontrado em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/?format=pdf&lang=pt>.

Inspiradas na Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU,1948), normativas internacionais e nacionais de proteção dos direitos humanos das mulheres, a exemplo da Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW, Convenção de Belém do Pará e, no Brasil, da Constituição Federal de 1988 bem como da Lei nº 11. 340/06 – Lei Maria da Penha -, têm sido instrumentos valiosos para o reconhecimento da igualdade de gênero entre homens e mulheres e para o enfrentamento da violência e de todos os tipos de discriminação contra a mulher.³

Entretanto, para além da proteção estatal, é imprescindível uma mudança estrutural. **E de que forma é possível promover essa mudança?**

Para transformar essa realidade é necessário o envolvimento de toda a sociedade, em busca de novos conceitos e paradigmas, do reconhecimento e da efetivação dos direitos humanos, visando a construção de uma vida com igualdade, sem violência e livre de estereótipos e preconceitos.

É nesse viés que as empresas, em razão da função social que exercem, encontram espaço para desenvolver ações focadas na construção de um mundo melhor, tornando-se uma **empresa socialmente responsável**, que contribui para o desenvolvimento de toda a sociedade e não apenas para seu resultado financeiro.

A violência contra a mulher é uma grave violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, e suas consequências vão muito além da própria vítima, atingem a família, a sociedade, e, por responderem, as mulheres, por 54,5% da força de trabalho brasileiro (IBGE, 2021), os danos também impactam negativamente na economia das empresas e do país.

Os dados sobre a violência contra a mulher são impactantes. No mundo, “estimativas globais publicadas pela OMS indicam que aproximadamente uma em cada três mulheres (35%) sofreram violência física e/ou sexual por parte do parceiro ou de terceiros durante a vida”⁴. E, no Brasil, a 3ª edição da pesquisa Visível e Invisível⁵ “lança luz sobre os impactos da atual pandemia de Covid-19, sobre a

³ Além dessas normativas, importante referir a Convenção 190 da OIT, primeiro tratado internacional sobre violência e assédio no mundo do trabalho, que entrou em vigor em 25/06/2021. Todavia, ainda não foi ratificada pelo Brasil.

⁴ Dados coletados pela OPAS e OMS.

⁵ O inteiro teor da pesquisa pode ser acessado no seguinte endereço eletrônico:

vitimização de mulheres e como a crise vem afetando homens e mulheres de maneiras diferentes”:

(...) Mostra que uma em cada quatro brasileiras acima de 16 anos sofreu algum tipo de violência ao longo dos últimos 12 meses no país, o que representa um universo de aproximadamente 17 milhões de mulheres vítimas de violência física, psicológica ou sexual no último ano. Desse total, 25% apontaram a perda de renda e emprego como os fatores que mais influenciaram na violência que vivenciaram em meio à pandemia de Covid-19.

Portanto, é imprescindível que as empresas desenvolvam ações voltadas ao enfrentamento à violência contra a mulher, somando-se àquelas desenvolvidas pelos demais setores da sociedade e pelo sistema de justiça. Ações articuladas, em rede, para dar conta de enfrentar essa violência, que é multifacetária, e exige atuação multidisciplinar E que implantem negócios responsáveis e sustentáveis, inseridos nessa pauta, dialogando com normativas nacionais e internacionais de proteção de direitos humanos das mulheres e com os ODS da Agenda 2030 da ONU, viabilizando a certificação como Empresa Socialmente Responsável.

Nesse passo, este artigo, desenvolvido a partir da exploração de literatura especializada, textos e pesquisas, tem por objetivos: demonstrar a imperiosidade de desenvolvimento de ações de prevenção e combate à violência contra a mulher, pois a eliminação dessa violência é condição necessária para a efetivação dos direitos humanos e para a construção de uma sociedade justa e igualitária; demonstrar que essa luta deve ser um compromisso de toda a sociedade; sensibilizar as empresas acerca da necessidade de assumir esse compromisso, adotando práticas de responsabilidade social voltadas para essa temática, atuando, assim, para além dos esforços que visam obter lucro e cumprir obrigações legais.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O que é Responsabilidade Social Empresarial?

Os primeiros estudos teóricos sobre Responsabilidade Social Empresarial (RSE) surgem em 1950, a partir dos pressupostos conceituais da sociedade pós-industrial, já que o liberalismo não estimulava a prática de ações sociais pelas empresas. A partir da década de 1970 o tema ganha destaque internacional, intensificando-se, no Brasil, somente na década de 1990. Propõe um rompimento com a ideia de que o objetivo único das empresas é a geração de riqueza e empregos, criando a cultura de que, em que pese a atividade empresarial tenha natureza privada, a empresa presta um serviço público e, em consequência, deve, necessariamente, atender ao interesse público, inclusive como pressuposto para a sua sobrevivência, “adaptando o comportamento corporativo às necessidades sociais” (BORGES, 2002, p. 44 apud TENÓRIO, 2006).

Segundo destaca Tenório (2006):

Posteriormente, há o desenvolvimento da teoria do stakeholder, que incorpora ao arcabouço teórico da responsabilidade social empresarial a visão sistêmica, segundo a qual as companhias interagem com vários agentes, influenciando no meio ambiente e recebendo influência deste. A finalidade é atingir vários objetivos, tanto os da companhia quanto os propostos pelos agentes envolvidos.

Através dessa visão sistêmica, a RSE visa promover uma gestão ética e transparente, relacionada ao bem-estar dos envolvidos, como investimentos em saúde e segurança do trabalhador e de seus familiares, integração e valorização da comunidade, recrutamento responsável, inclusão e diversidade, redução do impacto ambiental causado pela atividade empresarial, promoção dos direitos humanos, da cultura e da educação.

⁶ No início, limitava-se ao ato filantrópico, com caráter pessoal, doação por empresários ou criação de fundações. “Posteriormente, com as pressões da sociedade, a ação filantrópica passou a ser promovida pela própria empresa, simbolizando o início da incorporação da temática social na gestão empresarial, conforme se vê no <https://amz.onl/gVRWfZx>

A empresa social ou socialmente responsável tem como pressuposto a transformação profunda e efetiva na cultura e no comportamento da corporação, materializada em ações concretas e perenes, tornando-se uma organização de múltiplos objetivos, ajustando-se ao meio social e ecológico, “numa verdadeira conectividade social, numa ética cujo nome é inclusão” (OLIVEIRA, 2022).

2.1.1 Os três pilares da Responsabilidade Social nas empresas e a inserção do compromisso com a prevenção e o combate à violência contra a mulher

Meio ambiente, economia e sociedade são considerados os 3 pilares da Responsabilidade Social Empresarial.



No quadro acima⁷ (eSOLIDAR, 2022, p. 10) temos a descrição de cada um dos pilares, e a demonstração da necessária inter-relação entre eles para a implementação de **negócios sustentáveis e responsáveis**⁸. E, sem descuidar dos

⁷ As principais informações sobre Os três pilares da Responsabilidade Social nas empresas e a inserção do compromisso com a prevenção e o combate à violência contra a mulher em: https://f.hubspotusercontent20.net/hubfs/8443374/Ebook%20Manual%20de%20RS%20para%20Empresas.pdf?utm_medium=email&_hsmi=103514698&_hsenc=p2ANqtz-9_2pLe4SIQ515_PpX1MbCtV2vBe5e1jWBtuqhaRiT598G_4qHSw6dox-xchWDuzG13RJNvrN9fFkUMKRVm_SEw0_sfzQ&utm_content=103514698&utm_source=hs_automation

⁸ **Negócio sustentável e responsável** é a atividade econômica orientada para a geração de valor econômico-financeiro, ético, social e ambiental, cujos resultados são compartilhados com os públicos

pilares econômico e ambiental, é justamente no **pilar social** que encontramos a porta aberta para a inclusão de ações de prevenção e combate à violência contra a mulher. Isso porque as violações dos direitos humanos das mulheres produzem impactos não somente sociais, mas também econômicos e ambientais.

Essas ações, voltadas tanto para o público interno como para o externo, devem iniciar com a necessária transformação da “mentalidade” da empresa. Ou seja, com a adoção de medidas visando à promoção da diversidade e da equidade de gênero, proporcionando igualdade de oportunidades para homens e mulheres, ampliando a participação destas nos processos de decisão e na liderança das organizações, criando espaços seguros para a discussão de temas relativos aos direitos humanos, instituindo comitês temáticos, espaços para acolhimento e recebimento de denúncias de violações dos direitos das mulheres, para que estas, especialmente, não encontrem barreiras como descaso e medo da demissão. Imprescindível, no caso, que esses espaços contem com agentes capacitados, a fim de evitar a revitimização, procedendo adequadamente os encaminhamentos à rede e proporcionando efetividade às ações empreendidas.

Soma-se a isso, a importância do protagonismo em ações educativas, propagandas, incentivos a projetos sociais, que disseminem valores éticos de respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e suas interseccionalidades, de forma a coibir os papéis estereotipados que reproduzem e legitimam a violência contra a mulher.

A propósito, convém salientar que a Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir **a violência doméstica e familiar contra a mulher**, prevê, em seu art. 8º, caput, que a política pública para o enfrentamento dessa violência deve-se dar de forma articulada, mediante ações da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **bem como de ações não-governamentais, aqui incluídas, portanto, as ações de responsabilidade social promovidas pelas empresas.**

afetados. Sua produção e comercialização são organizadas de modo a reduzir continuamente o consumo de bens naturais e de serviços ecossistêmicos, a conferir competitividade e continuidade à própria atividade e a promover e manter o desenvolvimento sustentável da sociedade.

2.2 Por que a Responsabilidade Social é importante para as empresas e para a sociedade?

Para Lourenço (2022), os benefícios obtidos pelas ESR são incalculáveis, destacando, dentre outros: melhoria na reputação da marca, atraindo mais investidores; elevação do grau de engajamento dentro do trabalho; maior capacidade de atrair talentos para a empresa; favorece parcerias; obtenção do retorno dos seus investimentos, redução dos riscos e melhoria na alocação de seus recursos.

Para “estimular que os negócios sejam sustentáveis e responsáveis e não simplesmente identificar ou reconhecer os que já o são”, o Instituto Ethos criou os **Indicadores Ethos para Negócios Sustentáveis e Responsáveis**, ferramenta que explicita o “entendimento de que a responsabilidade social é uma forma de gestão que deve estar presente em qualquer debate sobre sustentabilidade”.⁹

Por outro lado, a Certificação de Responsabilidade Social (PBCRS)¹⁰ demonstra aos clientes e à sociedade que a organização atende aos princípios da responsabilidade social, constituindo-se em mecanismo de estímulo para que outras organizações adotem uma política de gestão responsável, ampliando o impacto social com vista à transformação da sociedade. E, no caso, como efetivo instrumento para o enfrentamento da violência contra a mulher.

No Brasil, o Inmetro é o responsável pela gestão do Programa de Certificação, e a ABNT coordena a elaboração de normas técnicas para a obtenção da certificação.

2.3 Empresas e corporações no Brasil que conduzem iniciativas internas e externas de prevenção e combate à violência contra a mulher

Conforme Barbosa (2022), gerente de causas do Instituto Avon, braço social da gigante de cosméticos e uma das precursoras em ações dessa natureza, “O setor

⁹ Indicadores ETHOS é uma ferramenta que tem como foco avaliar o quanto a sustentabilidade e a responsabilidade social têm sido incorporadas nos negócios, auxiliando na definição de estratégias, políticas e processos para negócios sustentáveis e responsáveis. In **Indicadores ETHOS – MM360. Promoção de Equidade de Gênero**. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/cedoc/indicadores-ethos-mm360-para-a-promocao-da-equidade-de-genero/>

¹⁰ A certificação no Sistema de Gestão da Responsabilidade Social (SGRS), com base na ABNT NBR 16001, envolve as três principais dimensões da sustentabilidade: econômica, social e ambiental.

privado precisa se enxergar como parte do todo no enfrentamento à violência contra as mulheres".

No Brasil, além do Instituto Avon, são exemplos bem sucedidos dessas iniciativas, as empresas Magazine Luíza, Marisa, Assurant, Uber, Sodexo ¹¹, Falconi,¹², Natura,¹³ que desenvolvem ações como: 1) criação de espaço em suas corporações para acolhimento, orientação, recebimento de denúncias, discussão de temas que envolvem mulheres, violência e discriminação; 2) suporte financeiro, jurídico, psicológico, nutricional; 3) abrigo temporário; 4) acesso digital no site de compras para denúncias de violências; 3) capacitação de funcionários e colaboradores; 4) campanhas publicitárias e educativas; 5) adesão, incentivo e financiamento de projetos de prevenção, educação, capacitação para o trabalho e geração de renda.

Além disso, em 2019, foi lançada a Coalizão Empresarial pelo Fim da Violência Contra Mulheres e Meninas, parceria do Instituto Avon com a Fundação Dom Cabral e a ONU Mulheres, "focada no enfrentamento ao assédio sexual e moral no ambiente de trabalho, com suporte às mulheres em situação de violência de gênero nas corporações e em suas cadeias de valor", contando com 133 empresas parceiras e cerca de 2 milhões de colaboradoras impactadas pelas ações.

No Poder Judiciário, em Porto Alegre/RS, o **Projeto Borboleta**, que há mais de uma década desenvolve ações multidisciplinares nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher¹⁴, construiu importantes parcerias, dentre elas, com universidades públicas e privadas, com a Panvel Farmácias¹⁵ e com o terceiro setor - SENAC RS¹⁶, Banco de Alimentos e Bancos Sociais¹⁷, Themis – Gênero,

¹¹ Ações desenvolvidas pelas 6 empresas selecionadas pela Forbes, disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-mulher/2021/08/15-anos-da-lei-maria-da-penha-o-que-6-mpresas-estao-fazendo-no-combate-a-violencia-contra-as-mulheres/>

¹² Para saber mais sobre as ações desenvolvidas pela Falconi, acessar: https://www.linkedin.com/posts/cassidakerber_direitoshumanos-combateaviolencian%C3%A3oagress%C3%A3oamulher-activity-6869291844128268288-zYSH

¹³ Para conhecer a campanha Isoladas sim sozinhas não, da Natura, acesse: <https://www.natura.com.br/isoladas-sim-sozinhas-nao>

¹⁴ A autora é Juíza de Direito, titular do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Porto Alegre/RS, e Coordenadora do Projeto Borboleta.

¹⁵ Projeto Aromas de Esperança, desenvolvido no ano de 2019.

¹⁶ Para conhecer o SENAC RS, acesse: <https://www.senacrs.com.br/>

¹⁷ Para conhecer o Banco de Alimentos e Bancos Sociais, acesse: <https://www.bancodealimentosrs.org.br/Inicial> <https://bancossociais.org.br/>

Justiça e Direitos Humanos¹⁸ e Mulher em Construção¹⁹ -, que propiciam atuação em rede, nos termos da Lei Maria da Penha. Ações e parcerias como essas são disseminadas em diversas comarcas gaúchas e integram, ainda, projetos institucionais do Tribunal de Justiça do RS²⁰, e do Poder Judiciário, no universo nacional, a exemplo da Campanha Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica²¹, que congregam empresas de diversas áreas de atuação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora diversas experiências exitosas no Brasil, inclusive com parcerias institucionais do setor público, verifica-se que há, ainda, um longo caminho a percorrer. Apenas 19% das empresas combatem a violência contra a mulher no Brasil²² e, em contrapartida, essa violência é uma verdadeira pandemia, agravada pela sobreposição de outra pandemia, a do COVID-19, que impactou, ainda, no aumento de feminicídios no Brasil, já no primeiro semestre de 2020.²³

Pesquisa realizada pela Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais revelou que “se esse tipo de violência acabasse, o PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro, em 10 anos, teria um aumento de mais de R\$ 214 bilhões; que a violência contra a mulher provoca o fechamento de 1,96 milhão de postos de trabalho no Brasil, o que responde por uma massa salarial de R\$ 91,44 bilhões e de arrecadação de R\$ 16,44 bilhões em tributos em 10 anos²⁴”. Além disso, importante salientar que,

¹⁸ A Themis é uma organização não-governamental e tem o objetivo de enfrentar a discriminação contra a mulheres no sistema de justiça, promovendo a educação em direitos humanos, a articulação das demandas coletivas e individuais com o Poder Público e o amparo jurídico na proteção e promoção dos direitos das mulheres. Acesse: <https://themis.org.br/>

¹⁹ Mulher em Construção, organização da sociedade civil que trabalha o empoderamento feminino através de oficinas de capacitação na construção civil. Acesse: www.mulheremconstrucao.org.br

²⁰ Para conhecer projetos e ações institucionais do Poder Judiciário do RS e parceiros, acessar CEVID TJRS: <https://www.tjrs.jus.br/novo/violencia-domestica/> .

²¹ Campanha Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contr-a-mulher/campanha-sinal-vermelho/>

²² Para conhecer a pesquisa, o inteiro teor está disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-12/uma-em-cada-cinco-empresas-combate-violencia-contr-a-mulheres>.

²³ Para saber mais, a matéria está disponível em : <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/assassinatos-de-mulheres-sobem-no-1o-semester-no-brasil-mas-agressoes-e-estupros-caem-especialistas-apontam-subnotificacao-durante-pandemia.ghtml>

²⁴ Matéria completa está disponível em:

“a curto prazo, mulheres em lares abusivos tendem a trabalhar menos horas e serem menos produtivas no trabalho. A longo prazo, índices elevados de violência doméstica podem reduzir a quantidade de mulheres na força de trabalho, minimizar a aquisição de qualificações e a educação e resultar em menos investimento público global, uma vez que mais recursos públicos são destinados aos serviços de saúde e justiça ”. ²⁵

Outros dados importantes foram revelados na Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar, que acompanhou a vida de 10 mil mulheres nas nove capitais nordestinas desde 2016: salário menor e menos tempo empregada²⁶, o que impacta diretamente na geração de renda às mulheres e, pela via transversa, contribui para a manutenção do relacionamento violento, já que a dependência econômica da vítima é fator preponderante nas relações abusivas.

Delineamos um cenário impactante, muitas vezes despercebido pela sociedade e pelos gestores das corporações, ainda distantes dos propósitos da RSE e da importância de tornar o enfrentamento à violência contra a mulher como objetivo intrínseco à organização e à estratégia do negócio.

Em Mulheres de minha alma, ALLENDE (2021) refere que “o indicador mais determinante do grau de violência de uma nação é a que se exerce contra a mulher, que normaliza outras formas de violência”. Desta forma, se queremos ter um país livre da violência de gênero contra a mulher e produtivo, é imprescindível que a comunidade empresarial também faça a sua parte e que a proteção aos direitos humanos esteja em primeiro lugar.

Os benefícios com a adoção dessas estratégias foram apresentados, e sendo a comunidade empresarial brasileira considerada uma das mais dinâmicas do mundo, espera-se, com brevidade, o incremento de adesões, proporcionando mudanças significativas na sociedade. Para impulsionar esse movimento, é

<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/10/14/violencia-contra-mulher-pode-reduzir-pib-do-brasil-em-r-214-bi-diz-fiemg.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 10 mai. 2022.

²⁵ Para conhecer mais, a matéria está disponível em:

<https://www.imf.org/pt/News/Articles/2021/11/24/blogs-how-domestic-violence-is-a-threat-to-economic-development>. 24 nov.2021. Acesso em 10 mai. 2022.

²⁶ O inteiro teor dos dados pode ser encontrado em:

<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/08/24/economia-brasileira-impacto-violencia-domestica-pesquisa.htm?cmpid=copiaecola>.

fundamental que, paralelamente a ações de sensibilização, existam ações governamentais que proporcionem incentivos fiscais, estímulos creditícios e acreditação com certificação de selos de responsabilidade social para as empresas²⁷, já que, nos termos do art. 226, § 8º, da CF/88, cabe ao Estado criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares e afetivas. E essa estratégia, sem dúvida, contribuirá para que o Brasil se afaste, definitivamente, dos primeiros lugares no ranking de violência contra as mulheres no mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. **Uma em cada cinco empresas combate violência contra mulheres**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-12/uma-em-cada-cinco-empresas-combate-violencia-contra-mulheres>. Acesso em: 07 maio 2022.

AKATU, Instituto. **Relatório Brasil. Pesquisa Vida Saudável e Sustentável**, 2019. Disponível em: https://akatu.org.br/wp-content/uploads/2021/01/Apresentac%CC%A7a%CC%83o-Webinar-VSS_com-me%CC%81dia-internacional_final_v.3_final_utilizada_FF.pdf. Acesso em 30 abr. 2022.

_____. Instituto. **Relatório Brasil. Pesquisa Vida Saudável e Sustentável**, 2020. Disponível em: https://akatu.org.br/wp-content/uploads/2021/01/Pesq-VSS_2020-GlobeScan-e-Akatu-Publico.pdf. Acesso em 30 abr. 2022.

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. Série Feminismos Plurais, coord. Djamila Ribeiro. São Paulo: Jandaíra, 2019.

ALLENDE, Isabel. **Mulheres de Minha Alma**. E-Book Kindle, disponível em: <https://ler.amazon.com.br/kp/kshare?asin=B08MQZGBDW&id=rlkhlczhhzgnplozb3wphedmji&reshareId=PGQ876A6GJFDKY869QTF&reshareChannel=system>. Acesso em 20 dez. 2021.

²⁷ Está em andamento no Congresso Nacional o PL 3974/20 que cria o Selo Empresa Parceira na Luta ao Enfrentamento à Violência Doméstica, e concede incentivos fiscais. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258826>; e, recentemente, em 21/09/2022, entrou em vigor a Lei 14.457/22, que criou o Programa Empresa + Mulher e o Selo Emprega + Mulher, estratégias que impulsionam a adoção da RSE pelas empresas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/.htm

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades: os limites da democracia no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BORGES, Fernanda Gabriela. **Responsabilidade social: efeitos da atuação social na dinâmica empresarial**. 2001. Tese (doutorado) – USP, São Paulo, 2001. In: TENÓRIO, Fernando Guilherme (Org); colaboradores Fabiano Christian Pucci do Nascimento... (et al.). **Responsabilidade social empresarial: teoria e prática**. Ebape. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. E-book Kindle, disponível em: <https://ler.amazon.com.br/kp/kshare?asin=B01695S2JK&id=pmstqszs2zaaxhra24kx5uveju&reshareId=X3GT8ZDG7Q7QZ1AS6V4S&reshareChannel=system> .

BRASIL. Inmetro. **Programa Brasileiro de Certificação em Responsabilidade Social**. Disponível em: http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/programa_certificacao.asp. Acesso em: 06 mai. 2022.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. . **Lei Maria da Penha**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

_____. Nações Unidas. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 20 mar. 2022.

CEVID TJRS. Coordenadoria Estadual das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/violencia-domestica/>. Acesso em 20 abr.2022.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Campanha Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/violencia-contra-a-mulher/campanha-sinal-vermelho/>. Acesso em 12 mai. 2022.

CRENSHAW, Kimberlé. **Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero**. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 06 mai. 2022.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Pesquisa Visível e Invisível**. 2021. Disponível em: <https://dssbr.ensp.fiocruz.br/wp-content/uploads/2021/06/infografico-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3-3.pdf> ; <https://dssbr.ensp.fiocruz.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>). Acesso em: 30 mar. 2022.

ESOLIDAR. **Manual de RS para Empresas**. E-book. Disponível em https://f.hubspotusercontent20.net/hubfs/8443374/Ebook%20Manual%20de%20RS%20para%20Empresas.pdf?utm_medium=email&_hsmi=103514698&_hsenc=p2ANqtz-9_2pLe4SIQ515_PpX1MbCtV2vBe5e1jWBtuqhaRiT598G_4qHSw6dox-xchWDuzG13RJNvrN9fFkUMKRVm_SEw0_sfzQ&utm_content=103514698&utm_source=hs_automation. Acesso em 22 abr. 2022.

ETHOS, Instituto. **Indicadores ETHOS para negócios sustentáveis e responsáveis. Indicadores ETHOS – MM360. Promoção de Equidade de Gênero**, p.10. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/cedoc/indicadores-ethos-mm360-para-a-promocao-da-equidade-de-genero/>. Acesso em 08 abr. 2022.

G1GLOBO. **Assassinatos de mulheres sobem no 1º semestre no Brasil**. Disponível em : <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/assassinatos-de-mulheres-sobem-no-1o-semester-no-brasil-mas-agressoes-e-estupros-caem-especialistas-apontam-subnotificacao-durante-pandemia.ghtml>. 16 set.2020. Acesso em: 12 jan.2022.

GONZALES, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. **Revista Ciências Sociais Hoje**, São Paulo, p.223-244, 1984.

_____. Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n.92/93. P.69-82, jan./jun. 1988.

IBGE, **Estatísticas de Gênero. Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil**. 2ª ed, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf; <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=o-que-e> . Acesso em 07 mai. 2022.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **A violência doméstica é uma ameaça ao desenvolvimento econômico**. Disponível em: <https://www.imf.org/pt/News/Articles/2021/11/24/blogs-how-domestic-violence-is-a-threat-to-economic-development>. 24 nov. 2021. Acesso em 10 mai 2022.

LINKEDIN. **Direitos humanos. Combate à Violência**. Disponível em:: https://www.linkedin.com/posts/cassidakerber_direitoshumanos-combateaviolencia-n%C3%A3oagress%C3%A3oamulher-activity-6869291844128268288-zYSH. Acesso em 02 dez.2021.

LOURENÇO, Luana. A importância da responsabilidade social nas empresas. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/288883/a-importancia-da-responsabilidade-social-nas-empresas>. Acesso em 30 abril 2022.

MELLO, Adriana Ramos de. Femicídio. **Uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

_____. Adriana Ramos de; PAIVA, Livia de Meira Lima. **Lei Maria da Penha na Prática**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MILL, John Stuart. **A sujeição das Mulheres**. Tradução Debora Ginza. São Paulo: Lafonte, 2019.

NATURA. **Campanha Isoladas sim sozinhas não**. Disponível em: <https://www.natura.com.br/isoladas-sim-sozinhas-nao> . Acesso em: 01 mar. 2022.

OLIVEIRA, Heitor Chagas de. **Responsabilidade social empresarial: teoria e prática. Prefácio**. Ebape. E-book Kindle.

OPAS, OMS. **Estimativas globais da violência**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>. Acesso em 06 mai. 2022.

PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Andamento projeto de lei 3974/20, que Cria o Selo Empresa Parceira na luta ao enfrentamento à violência doméstica**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258826>. Acesso em 15 mai. 2022.

REVISTA FORBES. **15 Anos da Lei Maria da Penha. O que 6 empresas estão fazendo no combate à violência contra as mulheres**. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-mulher/2021/08/15-anos-da-lei-maria-da-penha-o-que-6-empresas-estao-fazendo-no-combate-a-violencia-contra-as-mulheres/>. Acesso em 07 mai. 2022

SAFFIOTTI, Heleieth I.B. **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

TELES, Maria A. de Almeida. MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

TENÓRIO, Fernando Guilherme (Org); colaboradores Fabiano Christian Pucci do Nascimento... (et al.). **Responsabilidade social empresarial: teoria e prática**. Ebape. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. E-book Kindle, disponível em: <https://ler.amazon.com.br/kp/kshare?asin=B01695S2JK&id=pmstqszs2zaaxhra24kx5uveju&reshareId=X3GT8ZDG7Q7QZ1AS6V4S&reshareChannel=system>

UOL. **violência contra a mulher pouparia R\$214 bi em 10 anos** Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/10/14/violencia-contra-mulher-pode-reduzir-pib-do-brasil-em-r-214-bi-diz-fiemg.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 10 mai. 2022.

____ **País perde R\$ 1bi por causa da violência contra a mulher.** Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/08/24/economia-brasileira-impacto-violencia-domestica-pesquisa.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 08 mai. 2022.

5. DIREITO PROBATÓRIO NA ANTIDISCRIMINAÇÃO: MODELOS DE CONSTATAÇÃO E ÔNUS DA PROVA



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-05>

José Eduardo Aidikaitis Previdelli¹

1 Introdução

O estudo dos direitos humanos de natureza processual passou a ocupar ponto de destaque no âmbito de proteção dos Direitos Humanos desde o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e seus pactos posteriores. Tal condição emerge da superação do debate sobre o fundamento daqueles direitos, centrando-se o debate nos mecanismos de garantia dos Direitos Humanos (BOBBIO, 2004).

Neste cenário, dentre os direitos humanos de natureza processual (espécies) decorrentes do gênero direito ao processo justo (CAMBI, 2001), aquele relacionado à prova passa a ocupar ponto de destaque na pauta de proteção processual dos direitos postos em tela. Tal condição é reforçada por Bentham (1959, p. 10) ao afirmar que *“el arte del proceso no es esencialmente outra cosa que el arte de administrar las pruebas”*.

A proposta da presente análise, primeiramente, é estabelecer marcos conceituais de dois dos elementos integrantes do direito humano à prova – o estabelecimento de modelos de constatação e a distribuição do ônus probatório – para, então, delinear os parâmetros de sua incidência no direito à antidiscriminação – insculpido em pactos de direitos humanos e na Constituição Federal de 1988.

No desenvolvimento do artigo destaca-se o uso do método indutivo, a partir de pesquisa exploratória bibliográfica em doutrina nacional e internacional e documentos legais pertinentes.

¹ Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter (2018). Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter (2016). Pós-Graduado em Formação Pedagógica de Professores pelas Faculdades QI (2015). Professor convidado de cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Assessor de Desembargador no TJRS. Membro do Grupo de Direito Constitucional da Ajuris. edprevidelli@gmail.com

Para tal finalidade, a primeira parte do estudo será direcionada à definição dos modelos de constatação – dentre as classificações doutrinárias encontradas - e suas características principais, de acordo com a natureza das demandas. Da mesma forma, será delimitado o conteúdo e a função do ônus da prova, assim como suas modalidades.

Já na segunda parte, após o lançamento das bases para a compreensão do direito da antidiscriminação, serão observados quais dos modelos de constatação são adequados para a incidência nas demandas em que se tutela tal direito. Ao fim, a análise versará sobre a distribuição no ônus probatório em tal panorama, tudo com a finalidade de alcançar a maior proteção e efetividade à antidiscriminação.

2 Considerações sobre o Direito Humano à Prova: modelos de constatação e ônus probatório

O direito à prova, mesmo não emergindo de previsão expressa na Constituição Federal ou nos pactos de Direitos Humanos, “é composto (ou decorre) de um conjunto de garantias” (PREVIDELLI, 2021, p. 49). Desta forma, emerge de previsões do texto constitucional vinculadas ao devido processo legal, defesa ou vedação à provas ilícitas ou, no plano internacional, do rol de garantias processuais estabelecidas no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Sob tal prisma, o reconhecimento do direito à prova como fundamental e humano resulta no estabelecimento de exigência ao legislador e ao julgador, para que observem elementos decorrentes daquele direito. Na lição de Marinoni e Mitidiero (2012, 656), são cinco desses elementos:

- (i) a existência de *relação teleológica* entre prova e verdade (art. 369 do CPC de 2015); (ii) a *admissibilidade* da prova e dos *meios* de prova; (iii) a distribuição adequada do *ônus da prova* (art. 373 do CPC de 2015); (iv) o momento de *produção* da prova; e (v) a *valoração* da prova e formação do *convencimento* judicial.

E dentre os aspectos que decorrem de tal direito humano processual, merecem especial relevo as questões atinentes à atenta valoração da prova e formação do convencimento do órgão julgador. Aqui se apresenta fértil campo de estudo dos modelos de constatação (ou *standard* de prova) e da distribuição do ônus da prova, para posterior relacionamento com o direito à antidiscriminação.

Os modelos de constatação (ou *standards* de prova), por sua vez, estão relacionados ao "estabelecimento de critérios para aferir o *quantum* de convencimento, do órgão julgador, é necessário para resultar em um julgamento favorável à pretensão apresentada" (FORSTER; PREVIDELLI; COSTANZA, 2019, p. 156). No magistério de Humberto Ávila (2018, p. 117):

O peso ou força probatória de um argumento indutivo depende, em primeiro lugar, do *standard* de prova exigido para cada caso, isto é, da força ou do peso requerido para que se possa *considerar comprovada* determinada conclusão.

Importante destacar que estes não se confundem como ônus probatório, por se tratar de atividade prévia à aplicação das regras do ônus, onde há a valoração do acervo probatório produzido e a aferição da suficiência daquele. O ônus da prova, por sua vez, somente é analisado na hipótese de insuficiência de elementos hábeis a formar o convencimento do julgador, ou seja, na hipótese de insuficiência da atividade probatória.

Em outras palavras, o ônus da prova somente será aferido em momento posterior ao do modelo de constatação, na hipótese de o acervo processual constante dos autos não ter atingido aquele patamar suficiente de prova para formar o convencimento do julgador da veracidade de determinada afirmação de fatos, como forma de evitar o pronunciamento de *non liquet*. Aliás, para Reichelt (2011, p. 134), a aplicação das regras versando sobre o ônus da prova somente se justifica quando a atividade probatória desenvolvida se mostrar insuficiente para "atender ao grau de exigência próprio do *standard* de prova estabelecido como referencial para fins de convencimento judicial".

Feita esta prévia e necessária diferenciação dos institutos processuais, pode-se analisá-los individualmente.

No que diz respeito aos modelos de constatação, diante da ausência de seu estabelecimento nas legislações processuais, a doutrina os tem definido de acordo com a natureza do procedimento a ser adotado e suas peculiaridades relacionadas aos direitos envolvidos e das alegações pendentes de prova (PREVIDELLI, 2021). Segundo Knijnik (2001):

[...] o emprego dos modelos de constatação ou standards permite que se traga ao debate, regrado e inteligível, critérios decisoriais importantes (p. ex., o optar o juiz por um indício a outro, o entender 'subjetivamente' insuficiente a prova produzida, o pretender a parte a prevalência de determinada interpretação ou inferência etc.), que, até então, não possuíam um código comum e, de certo modo, ficavam à margem de uma discussão crítica.

A doutrina, por sua vez, não é uníssona no estabelecimento dos diferentes modelos, resultando em divergências em relação à sua quantidade ou conteúdo. Para fins deste estudo, será adotada a classificação com quatro modelos apresentada por Knijnik (2007) 2 - preponderância da prova; prova clara e convincente; prova além da dúvida razoável; e razoável excludente de qualquer hipótese de inocência – colocados em "grau crescente de exigência da qualidade do material probatório apresentado". (FORSTER; PREVIDELLI; COSTANZA, 2019, p. 158). Aliás, como observado por Knijnik (2007, p. 36), mesmo não sendo possível quantificar matematicamente o grau de certeza necessário para formar o convencimento judicial, "pode-se perfeitamente diferenciar enunciações do tipo: (i) é provável que algo tenha ocorrido; (ii) é alternadamente provável que algo tenha ocorrido; (iii) é quase certo que algo tenha ocorrido; (iv) é praticamente impossível que algo não tenha ocorrido".

O primeiro dos modelos de constatação, o da *preponderância da prova*, é típico do processo civil e apresenta grau de exigência da prova dividido de forma idêntica (KNIJNIK, 2007), entre o autor e o réu da demanda que "suportam igualmente o risco de um julgamento equivocado". (ROSITO, 2008, p. 62). Em outras palavras, a

² Em sentido diverso, Gerhard Walter (1985) defende apenas três modelos de constatação: convicção da verdade, controle por terceiros e o modelo da verossimilhança.

procedência ou improcedência do pedido dependem unicamente da apresentação de elementos que confirmam probabilidade superior à da parte adversária, com baixo grau de certeza.

Segundo Luís Filipe Pires de Sousa (2017, p. 06):

- (i) Entre as várias hipóteses de facto deve preferir-se e considerar-se como verdadeira aquela que conte com um grau de confirmação relativamente maior face às demais; (ii) Deve preferir-se aquela hipótese que seja "mais provável que não", ou seja, aquela hipótese que é mais provável que seja verdadeira do que seja falsa.

Derivando de tal modelo de constatação, apresenta-se aquela da *prova clara e convincente*, destinado aos processos de natureza civil cujo objeto não se limita a questões patrimoniais (KNIJNIK, 2007), a exemplo de demandas de natureza eleitoral ou de improbidade administrativa. Neste caso, não se fala em distribuição igualitária do encargo entre as partes, exigindo-se maior "quantidade" de prova para a veracidade da alegação de fato, ainda que não alcance o mesmo patamar de exigência do *standard* relacionado ao processo penal, que se verá adiante.

Exemplo de aplicação de tal modelo de constatação é encontrado no julgamento do Recurso Eleitoral nº 33160, de relatoria do Juiz Paulo Henrique Lucon, pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo:

[...] decorre a necessidade de a parte "convencer o julgador de que a verdade de sua proposição é altamente provável, mais do que simplesmente 'mais provável do que não'", o que se traduz pelo *standard* de prova clara e convincente, marcado por ser mais rigoroso do que a mera "preponderância de provas" própria dos litígios civis comuns, embora seja menos exigente do que a "ausência de dúvida razoável" típica dos processos penais. (TRE-SP, 2010, p. 343).

A *prova além da dúvida razoável* é o modelo de constatação típico do processo penal e decorre diretamente da garantia à presunção de inocência conferida ao acusado, prevista, entre outras, no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos

Humanos³ e artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal brasileira⁴. Esta garantia “se revela como um condicionante do trabalho judicial, obrigando o julgador a interpretar situações de deficiência probatória em favor do acusado” (FORSTER; PREVIDELLI; COSTANZA, 2019, p. 162).

Justamente por tal decorrência, este modelo exige maior *quantum* de prova, não bastando “alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador”. (KNIJNIK, 2007, p. 41) para a condenação do réu, necessitando de elementos muito mais próximos à certeza do fato alegado, considerando o direito envolvido. A análise da Jurisprudência indica a recepção desse modelo, a exemplo da Ação Penal nº 719/DF, quando o Superior Tribunal de Justiça expressamente reconheceu que “em razão do estado jurídico de inocência, corolário da dignidade da pessoa humana, exige-se certeza além de uma dúvida razoável para a que se edite sentença condenatória criminal, não sendo suficiente a alta probabilidade” (STJ, 2014, p. 20).

Decorrendo deste modelo, a *razoável excludente de qualquer hipótese de inocência* exige que o juízo condenatório deve decorrer de acervo probatório capaz de “eliminar todas as hipóteses de inocência”. (ROSITO, 2008, p. 60) do réu. É o mais exigente dos *standards* ao passo que igualmente se destina ao processo de natureza criminal – pautado pela presunção de inocência – agravado por incidir naqueles baseados exclusivamente em prova indiciária. Nesta situação, o grau de certeza do julgador deve ser ainda mais severo, diante da natureza das provas que alicerçam a pretensão condenatória.

Como adiantado, não havendo a satisfação do *quantum* probatório necessário – definido pelo modelo de constatação incidente à espécie – compete ao julgador a análise do acervo probatório sob o prisma do ônus da prova.

O ônus da prova, vale observar, apresenta duas funções: função subjetiva, estabelecendo regra de conduta das partes integrantes da relação processual e a objetiva, que se apresenta como regra de julgamento (RAMOS, 2015). Nesse sentido, vale observar o apontamento de Marinoni e Mitidiero (2012, p. 660-661) sobre a questão:

³ Artigo 8.2 - Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...]

⁴ Artigo 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

As normas sobre o *ônus da prova* possuem dupla função: em primeiro lugar, são *regras de instrução*, na medida em que visam a *informar as partes* quem suporta o *risco de ausência de esclarecimento* das alegações de fato no processo. Em segundo lugar, são *regras de julgamento*, já que visam a *possibilitar ao juiz decidir*, quando em *estado de dúvida*, quanto à veracidade das alegações fáticas.

A primeira delas (função subjetiva), tem por finalidade “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade” (CARPES, 2010, p. 52), ou – em outras palavras – permitir que as partes tenham ciência antecipada do encargo probatório que lhe incumbe, de forma a que possa desenvolver adequadamente a produção da prova necessária ao acolhimento de sua pretensão. Por sua vez, a função objetiva tem como finalidade estabelecer regra que vede pronunciamento de *non liquet*, sob o fundamento de insuficiência de prova para a formação da convicção do julgador.

Vale observar que o *ônus da prova* via de regra é conceituado de acordo com sua função subjetiva (SCHÄFER; PREVIDELLI; BITENCOURT, 2018), ou seja, como o encargo processual atribuído à cada uma das partes da relação processual “consubstanciado na demonstração daqueles fatos alegados no curso da relação processual, necessários ao convencimento do julgador” (SCHÄFER; PREVIDELLI, 2017, p. 101).

Finalmente, o *ônus probatório* pode ser observado segundo as Teorias que, mesmo diversas, não são excludentes: “a da distribuição estática do *ônus da prova* e aquela que oportuniza a dinamização daquele *ônus* inicialmente atribuído de forma estática” (PREVIDELLI, 2021, p. 99).

A *Teoria Estática* encontra previsão no *caput* e incisos I e II, do artigo 373 do Código de Processo Civil vigente⁵ – reproduzindo substancialmente o artigo 333, incisos I e II, do CPC de 1973 – estabelecendo, prévia e objetiva – o *ônus probatório* do autor e do réu, de acordo com suas alegações. Esta forma de distribuição tem origem no postulado da segurança jurídica (ROSENBERG, 1956) e resultaria em regras “objetivas e fixas, distribuídas de forma imutável pelo legislador” (AZEVEDO, 2008, p.18).

⁵ Art. 373. O *ônus da prova* incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Todavia, desconectada das peculiaridades dos casos, esta aplicação poderia “resultar em encargo processual de tamanha magnitude que represente efetivo e concreto impedimento ao exercício” (PREVIDELLI, 2021, p. 101) da tutela de direitos. Desta forma, mantida a distribuição estática como regra geral, a doutrina e a jurisprudência deram impulso à *Teoria Dinâmica* do ônus da prova, que acabou por ser incorporada pelo legislador ao CPC, no parágrafo primeiro, do artigo 373:

Art. 373 [...] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Esta forma de distribuição do encargo probatório tem por “força motriz o dever de colaboração entre os participantes do processo, distribui-se o encargo processual ao litigante que tenha melhores condições de aportar elementos necessários à solução da controvérsia” (PREVIDELLI, 2021, p. 103). Não se constitui de mecanismo de aplicação obrigatória, havendo necessidade de avaliação fundamentada do julgador (*ope judicis*, portanto) para equilibrar situação fática onde se verifique desequilíbrio na capacidade de produção de determinada prova, necessária ao desate da questão.

Apresentadas tais premissas vinculadas ao direito probatório, passamos a analisar a sua aplicação no direito da antidiscriminação.

3 Direito da Antidiscriminação: elegendo o modelo de constatação e distribuindo o ônus da prova

O ponto de partida do estudo do direito da antidiscriminação é o reconhecimento da proteção e promoção dos direitos humanos sem qualquer diferenciação, como um dos seus princípios basilares (PETERKE 2009, p. 163), reforçado no período no pós-guerra em razão das práticas discriminatórias levadas

a efeito pelos regimes totalitários (RIOS; LEIVAS; SCHÄFER, 2017). Todavia, tal constatação não resulta em situação menos tormentosa, já para traçar os parâmetros da discriminação, a iniciar pela ausência de sua definição nos principais textos legais.

Efetivamente, apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos garantir que “todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação” (artigo 7º)⁶, não defini o que é discriminação. Da mesma forma, a Constituição brasileira, mesmo estabelecendo como objetivo da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, inciso IV), não traça seus elementos definidores.

Somente em outros Pactos de Direitos Humanos é que se evidencia a busca por tais definições, a exemplo da constante no artigo I da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial:

Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

No mesmo sentido, emerge do artigo 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher que:

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que

⁶ Também, o artigo 2º prevê que “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”.

tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Socorrendo-se da Doutrina, Moreno (2009, 144) conceitua a discriminação como a prática de quaisquer atos de "distinção contra pessoa do qual resulta desigualdade ou injustiça" Da mesma forma, Roger Rios e Rodrigo da Silva (2017, p. 44-45) a definem como a prática de qualquer ato de "distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o feito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública".

Deste panorama emerge um chamado direito da antidiscriminação, assim entendido como "a área do conhecimento e da prática jurídica relativa às normas, institutos, conceitos e princípios, relativos ao direito de igualdade como mandamento proibitivo da discriminação, aí incluídos os instrumentos normativos, nacionais e internacionais" (RIOS; LEIVAS; SCHÄFER, 2017, p. 131). Aqui se apresenta de especial importância a absorção no âmbito jurídico brasileiro do direito internacional dos direitos humanos, reforçando os mecanismos nacionais e conferindo interpretação mais protetiva às normas existentes, além de agregar fundamentos jurídicos provenientes dos pactos de direitos humanos.

Sob o regime deste direito da antidiscriminação, necessária a compreensão das suas duas perspectivas jurídicas- antidiferenciação e anti-subordinação – que resultam em diferentes formas de abordagem da igualdade que serve se elemento subjacente àquele direito.

A perspectiva jurídica da *antidiferenciação* toma por ponto de partida a ótica do próprio agente da discriminação e tem por finalidade afastar a prática de todo e qualquer ato que resulte em tratamento diferenciado – independentemente de ser prejudicial ou favorável ao sujeito discriminado – atentando para a "*a neutralidade das medidas tomadas por indivíduos e instituições*" (RIOS, 2008, p. 33). Por sua vez,

a *anti-subordinação* adota como ponto de observação a visão do discriminado e se insurge contra as condutas que tenham por finalidade criar ou perpetuar situações de subordinação de um determinado grupo a outro e somente reconhece a possibilidade de tratamento diferenciado quando “*objetivem superar situações de discriminação, assim como considera discriminatórios tratamentos neutros que reforcem a subordinação de quem quer que seja*” (RIOS, 2008, p. 36).

Traçadas tais bases acerca do direito da antidiscriminação, a avaliação dos modelos de constatação aplicáveis deve levar em consideração a natureza das demandas – como já apontado – que debatem tais situações. Não se pode ignorar a possibilidade de processos de natureza cível e criminal, alternativa ou cumulativamente colocados, cada um deles demandando a análise e eleição do *standard* adequado.

Nas demandas de natureza criminal, em razão da presunção de inocência, deve ser observado modelo de constatação mais severo, de forma a somente ser emitido juízo condenatório quando presente situação que conforte *prova além da dúvida razoável*. Exemplo dessa aplicação é o julgamento da Ação Penal nº 858/DF, oportunidade na qual o relator – Ministro Gilmar Mendes, assim se manifestou:

[...] a condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se “*beyond all reasonable doubt*” (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.

Quando de tratar de ação de natureza cível, aplica-se o *standard* probatório que exija menor grau de certeza para a satisfação da atividade, da *preponderância da prova*, onde compete ao sujeito vítima de discriminação, apresentar elementos minimamente superiores àqueles apresentados para roborar eventual tese defensiva. É simples constatação de que a situação de discriminação narrada seja “do mais provável que sim do que não” (FORSTER; PREVIDELLI; COSTANZA, 2019, p.

158), o que se apresenta inclusive de forma benéfica aquele que se socorre do direito à antidiscriminação, por não se exigir grande grau de certeza das suas alegações de fato.

Em relação ao ônus da prova, da mesma forma, deve ser observada a natureza da demanda, para estabelecer a sua incidência na forma estática e a possibilidade, ou não de dinamização. Quando se trata de ação penal - erigido sobre a garantia da presunção de inocência, de onde decorre o princípio do *in dubio pro reo* – o ônus da prova se apresenta exclusivamente sob a teoria estática e é imputado total e unicamente à acusação.

Assim, nas ações lastreadas na antidiscriminação que tenham natureza criminal, não é possível que “se imponha ao acusado qualquer ônus probatório na ação penal condenatória, mesmo em relação às excludentes de ilicitude e de culpabilidade”, que sequer deve ser incumbido de buscar gerar a dúvida razoável no julgador (BADARÓ, 2003, p. 233). Nesse mesmo passo, Aury Lopes Júnior (2008, p. 504) defende que “incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação”, por se tratar de demanda criminal.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Peru*, reconheceu que “a dinamização do ônus da prova, resultando na imputação ao réu do encargo de provar a sua inocência em razão da dúvida gerada pelos indícios contrários, na forma realizada no julgado nacional resultou na violação do princípio da inocência” (SCHÄFER; PREVIDELLI; BITENCOURT, 2018, p. 113).

Situação em sentido diverso é aquela que se apresenta nas demandas de natureza Cível, onde o ônus da prova é imputado tanto à parte autora (fato constitutivo) quanto à ré (fato impeditivo, extintivo ou modificativo), de acordo com suas alegações e segundo a Teoria Estática. Exemplo de tal situação é a hipótese ilustrativa “de edital para concurso público que, hipoteticamente, veda a inscrição de indivíduos de determinada etnia ou orientação religiosa” (SCHÄFER; PREVIDELLI, 2017, p. 110)⁷, recaindo sobre o demandante a prova de fato constitutive de seu

⁷ Os mesmos autores apontam como exemplos concretos o “julgamento da Apelação Cível Nº 70072252539 (Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti,

direito, sem dificuldades que impeçam o exercício de sua pretensão.

Todavia, nas situações nas quais a discriminação não se apresenta de fácil demonstração, como apontado por Viana (2000, p. 360) em relação à seara trabalhista, onde “a prova da discriminação pode ser difícil. Raramente o empregador ou seu preposto irá admiti-la, e como ninguém é obrigado a dizer por que razão não contrata, bastará negar em silêncio”. Neste panorama é possível a dinamização do ônus da prova por “levar em conta aspectos como a verossimilhança das alegações, as constelações de indícios, as funções do processo (instrumentalidade) e a ponderação harmônica dos direitos fundamentais em colisão” (FELICIANO, 2008, p. 111).

O cuidado que se deve ter nestas condições é de não transferir ônus de provar fato negativo ao réu – ausência de discriminação – mas efetivamente permitir que seja imputado a quem tem maiores condições de fazê-lo, “a apresentação de elementos que indiquem os parâmetros da conduta impugnada”. (SCHÄFER; PREVIDELLI, 2017, p. 112).

4 Considerações finais

O reconhecido o direito humano à prova como integrante do catálogo de direitos humanos processuais que decorrem do processo justo, resulta na observância de diversos elementos necessários para sua efetiva garantia. A valoração da prova e a correta distribuição do ônus da prova são dois desses elementos, que orientaram o presente estudo do direito à antidiscriminação.

Quando da valoração da prova, é necessário definir o modelo de constatação, ou seja, o quantum de prova é necessário para reputar provada determinada alegação de fato e são padrões para avaliação do material probatório disponível em cada uma das demandas, de acordo com suas naturezas e especificidades. Nos

Julgado em 19/04/2017) que reconheceu a discriminação a transgênero em casa noturna, onde foi compelida a adquirir ingresso masculino, bem como interpelada e ofendida ao usar o sanitário feminino” assim como do “Recurso Cível Nº 71006020721 (Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais do RS, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Julgado em 25/11/2016), onde reconhecida a discriminação de candidato com sobrepeso que foi considerado “inapto” para o exercício de cargo público, sem qualquer motivação do laudo médico” (SCHÄFER; PREVIDELLI, 2017, p. 110).

processos de natureza cível, temos os modelos da preponderância de prova e também da prova clara e convincente, enquanto que na seara criminal, pautada pela presunção de inocência, observamos os modelos da prova além da dúvida razoável e o da dúvida razoável excludente de qualquer hipótese de inocência.

Igualmente, quando se trata da correta distribuição do ônus da prova – constatadas suas funções subjetiva e objetiva – leva-se em consideração os conteúdos das Teorias Estática e Dinâmica. Na primeira delas, o encargo é previa e rigidamente distribuído à cada uma das partes de acordo com a vontade do legislador; na segunda, por decisão fundamentada o julgador pode atribuir o ônus àquele que possui melhores condições de se desincumbir dele, em atenção à concretização do direito humano à prova.

Tais diferenciações devem ser observadas também no direito da antidiscriminação, de acordo com natureza dos processos que tenham este como pauta. Naqueles cíveis, utiliza-se a preponderância de prova, bastando ao discriminado apresentar elemento que se sobreponha ao da parte adversa, sem maior grau de certeza. Em se tratando de processo penal, incumbe à acusação, superando a presunção de inocência, apresentar prova além da dúvida razoável que autorize o juízo de condenação.

Não é diferente com o ônus da prova. Nas demandas penais, este é distribuído exclusivamente sob a teoria estática, incumbindo exclusivamente à acusação a comprovação dos elementos do tipo; por sua vez, nas naturezas cíveis – indenizatória u trabalhista, por exemplos – ainda que o ônus seja inicialmente do autor, pela aplicação da Teoria Estática, pode ser dinamizado quando a parte ré possuir melhores condições de produzir determinada prova, segundo a Teoria Dinâmica, assegurando a tutela do direito vindicado.

Em ambos os casos, resta evidente que nas demandas que tutelam o direito da antidiscriminação a avaliação da prova e a distribuição de seu ônus são elementos primordiais para a promoção e garantia daqueles. Para tal finalidade, é necessário que seja eleito e observado o correto *standard* de prova e distribuído adequadamente o ônus probatório, tudo de acordo com o direito vindicado e a natureza do processo eleito.

Referências

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 282, p.113-139, ago. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v.11, n.14, p. 15-30, maio 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ejea, 1959. 2 v.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7ª reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 65.810**, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.377**, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil de 2015. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 719**. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Gutemberg Guimarães de Souza; Ronaldo Euripedes de Souza. Santa Tereza Distribuidora de Materiais Básicos para Construção e Transporte Ltda. Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 05 de novembro de 2014. DJe. Brasília, 18 nov. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&s>

equencial=41411395&num_registro=201301062619&data=20141118&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 858**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Eduardo Cosentino da Cunha. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 04 de setembro de 2014. DJe. Brasília, 26 ago. 2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=171&dataPublicacao=04/09/2014&incidente=4480919&capitulo=4&codigoMateria=3&numeroMateria=22&texto=5137863>. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Recurso Eleitoral nº 33160. Recorrente: Partido Popular Socialista - PPS. Recorridos: Miderson Zanello Milleo; Erso Dognani. Relator: Juiz Paulo Henrique Lucon. São Paulo, SP, 27 de maio de 2010. Djesp. São Paulo, 10 jun. 2010. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sadpPush/ExibirDadosProcessoJurisprudencia.do?nproc=33160&sgcla=RE&comboTribunal=sp&dataDecisao=27/05/2010>. Acesso em: 31 ago. 2022.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3).

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú**. Sentença de 25 de novembro de 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf. Acesso em 02 jan. 2018.

FORSTER, João Paulo Kulczynski, PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; COSTANZA, Grazielle Silva. Direito humano à prova e os *standards* probatórios nos processos penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 160, p. 147-176, out. 2019.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. **Os "standards" do convencimento judicial**: paradigmas para o seu possível controle. 2001. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Cap. 4. p. 615-681.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis. **O Direito Probatório na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Curitiba: Appris, 2021.

REICHELDT, Luís Alberto. A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial. **Revista de Processo**, v. 197, p. 127-143. São Paulo: Ed. RT, jul. 2011.

ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 157, p.51-71, mar. 2008.

SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis. Carga dinâmica da prova e o direito de antidiscriminação. In **Processo, jurisdição e efetividade da justiça II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI.Coordenadores: Elda Coelho De Azevedo Bussinguer; Flávio Luís de Oliveira; Mônica Bonetti Couto -Florianópolis: CONPEDI, 2017. pp. 99-116. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/q99td847/L1sOH2jI36K799NA.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022.

SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; BITENCOURT, Daniella. Ônus da prova em matéria penal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caderno de Relações Internacionais**, vol. 9, nº 16, jan-jun. 2018. p. 101-120. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/700/577>. Acesso em: 25 ago. 2022.

MORENO, Jamile Coelho. Conceito de minorias e discriminação. **Revista USCS Direito**, São Caetano do Sul, v. 10, n. 17, p. 141-156, jul. /dez. 2009.

PETERKE, Sven et alli. **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PINHO, Pedreira. A discriminação indireta. **Revista Ltr**; Legislação do Trabalho. São Paulo, 2001. v.65, n.4, p.402-406.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Democracia e direito da antidiscriminação: interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 69, n. 1, p. 44-49, Mar. 2017. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252017000100016&lng=en&nrm=iso. Acesso em 30 set. 2022.

RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. Direito da Antidiscriminação e Direitos de Minorais: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 1, p. 126–148. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/852/491>. Acesso em 30 set. 2022.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-america, 1956. Tradução de: Ernesto Krotoschin.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. O standard de prova no processo civil e no processo penal. 2017. Antecipando o livro "**Prova por presunção no direito civil**", 3ª edição, revisada e ampliada, Almedina (no prelo). Disponível em: <http://www.trl.mj.pt/PDF/O%20standard%20de%20prova%202017.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios. In: VIANA, Marcio Tulio. RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coord). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**: Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Bogotá: Temis Librería, 1985. Tradução de: Tomás Banzhaf

6. A EXPERIÊNCIA INTERDISCIPLINAR DO NÚCLEO DE ESTUDOS EM DIREITO, SAÚDE, BIOÉTICA DA ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA DO RIO GRANDE DO SUL (ESM) - AJURIS



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-06>

*Márcia Santana Fernandes*¹

*Rosana Garbin*²

*José Roberto Goldim*³

1 Introdução

O Núcleo de Estudos em Direito, da Saúde e Bioética da Escola Superior da Magistratura (ESM) foi formado no ano de 2008. A sua formação inicial foi de iniciativa da magistrada e professora universitária Dra. Maria Cláudia Crespo Brauner. A proposta inicial continha em seu objetivo central o estudo interdisciplinar para o estudo das matérias em razão de sua natureza, incluindo além da visão jurídica outras áreas do conhecimento, como a medicina, enfermagem, psicologia, gestão em saúde, entre outras. A proposição era manter um espaço aberto ao estudo, ao debate, reconhecendo a importância da discussão de temas que envolvessem a vida e a saúde.

¹ Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito, Saúde e Bioética da ESM/AJURIS. Pós-Doutora pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina em Ciências Médicas- UFRGS. Doutora em Direito-UFRGS. Especialista em Direito Internacional-USP. Professora do Mestrado Profissional em Pesquisa Clínica do HCPA e Pesquisadora Associada do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência do Centro de Pesquisas do Hospital de Clínicas de Porto Alegre-LAPEBEC/HCPA. Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação de Direito-PUCRS e Pesquisa de Pós Doutorado - PUCRS. Membro da Direção do Instituto de Estudos Culturalistas – IEC.

² Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela FDUL. Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora visitante em cursos de pós-graduação lato-sensu. Formadora da ENFAM. Membro do Núcleo de Estudos em Direito, Saúde e Bioética da ESM/AJURIS. Membro do Comitê de Bioética do HCPA.

³ Doutor em Medicina-UFRGS. Mestre em Educação-UFRGS, Biólogo-UFRGS. Chefe do Serviço de Bioética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre –HCPA. Pesquisador Responsável do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência do HCPA- LAPEBEC e Professor Titular da Escola de Medicina da PUCRS, Professor do Mestrado Profissional em Pesquisa Clínica-HCPA e dos Programas de Pós Graduação em Medicina: Ciências Médicas-UFRGS e de Gerontologia Biomédica-PUCRS (Mestrado e Doutorado). Membro do Núcleo de Estudos em Direito, Saúde e Bioética da ESM/AJURIS. Autor de inúmeros livros e artigos na área de Bioética, responsável pelo site www.bioetica.ufrgs.br

No período de 2010 até 2016 a coordenação do Núcleo esteve sob os cuidados das Desembargadoras Rosana Broglio Garbin e Denise Oliveira Cezar e, de 2016 até a presente data, sob a coordenação da professora Dra. Márcia Santana Fernandes e subcoordenação da Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Durante os quatorze anos de atividade o Núcleo de Estudos em Direito, da Saúde e Bioética (NEDSB), contribui com estudos, discussões, enunciados, pareceres e interlocuções sobre temas relacionados. O Núcleo integra o conjunto de mais 27 Núcleos de Estudos promovidos pela ESM/AJURIS, sob coordenação geral do magistrado Hilbert Obara.

Os 14 anos de existência do Núcleo de Estudos de Direito, Saúde e Bioética estão marcados pela interdisciplinaridade e colaboração de seus integrantes e de pesquisadores de instituições parceiras, como o Tribunal de Justiça do Estado; o Núcleo Interinstitucional de Bioética; o Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência e Comitês de Bioética, entre outros.

O propósito central do NEDSB é promover um espaço interdisciplinar de reflexão complexa e integrada sobre situações concretas relacionadas à área da saúde, por meio da aproximação de disciplinas na área do Direito com outras áreas como a Bioética, a Medicina, a Psicologia, a Enfermagem, a Saúde Pública, entre outras.

Assim, com a finalidade de apresentar as atividades realizadas pelo Núcleo nestes 14 anos, organizamos o texto na seguinte forma: - Bioética como um campo interdisciplinar; - Temas centrais tratados pelo NEDSB; - Atividades e práticas; e - Ações presentes e futuras; - Linhas conclusivas.

2 A bioética como campo interdisciplinar

A Bioética, como afirma O'Neill Onora, não é uma disciplina, nem mesmo uma nova disciplina. Ela se tornou um campo de encontro para numerosas disciplinas, discursos e organizações envolvidas com questões levantadas por questões éticas, legais e sociais trazidas pelos avanços da medicina, ciência e biotecnologia. (ONORA, 2002)

Na compreensão da Bioética como um campo interdisciplinar, dois conceitos de Bourdieu são centrais, a noção de *campo* e de *habitus*. O *campo* é um espaço

social de ação e influência em que determinadas relações sociais possam convergir, estabelecendo uma rede de relações objetivas entre posições. O *habitus*, produz o indivíduo e faz com que ele *interiorize os valores e as regras de pertencimento da sociedade*. (BOURDIEU, 2004)

Refletir sobre a nossa sociedade e sobre temas envolvidos com a existência humana, com a saúde, com a sua *vida e o seu viver*, exige uma abertura à complexidade, evitando as visões dicotômicas de certo e errado. Assim, a percepção complexa e interdisciplinar é essencial: interdisciplinar para abrir o espectro de compreensão de situações e complexa no sentido, conforme aponta Morin, de permitir múltiplas perspectivas. (MORIN, 2002) As situações podem apresentar *verdades contrárias*, ao contrário de *verdades únicas ou isoladas*. Como diz Morin (MORIN, 2022):

Eu diria, inicialmente, que complexo é tudo aquilo que não pode se reduzir a uma explicação clara, uma ideia simples e, muito menos, a uma lei simples. Mas isso, evidentemente, não é suficiente. Vou referir-me à origem latina da palavra *complexus* que significa 'o que é tecido em conjunto'. O conhecimento complexo procura situar seu objeto na rede à qual ele se encontra conectado. De maneira inversa, o conhecimento simplificador visa a conhecer isolando seu objeto, ignorando, portanto, o que o liga a seu contexto e, mais amplamente, a um processo ou organização global. O conhecimento complexo objetiva reconhecer o que liga ou religa o objeto ao seu contexto, o processo ou organização que ele se inscreve. (MORIN, 2022)

O conhecimento complexo, exige a percepção e o estudo interdisciplinar, pois é este que permite observar a situação e suas nuances. O ponto de partida do NEDSB foi introduzir na percepção jurídica envolvendo situações complexas envolvendo a saúde, perspectivas além do Direito. A Bioética, por exemplo, também tem inúmeras contribuições a dar. (EDELMAN, 1999) Aliás, a própria reflexão bioética permite múltiplas abordagens e modelos possíveis para a sua realização. Nesta perspectiva, Bioética Complexa é uma *reflexão complexa, compartilhada e interdisciplinar sobre a adequação das ações envolvendo a vida e o viver*.(GOLDIM, 2006)

O modelo da Bioética Complexa utiliza diferentes referenciais éticos para elaborar as suas reflexões sobre a adequação das ações propostas. Estes referenciais servem como instrumentos para buscar argumentos ou verificar a validade argumentativa utilizada na abordagem de situações envolvendo as questões associadas à vida e ao viver das pessoas. A utilização de múltiplos referenciais teóricos permite avaliar a adequação das alternativas sob diferentes perspectivas. (AGAMBEN, 1998)

A vida e o viver se complementam, dão a dimensão adequada da existência de cada pessoa. A vida é descrita pelos aspectos orgânicos, ou seja, pelas características biológicas. Por outro lado, o viver se refere aos aspectos relacionais, a biografia de cada um. É o conjunto destas características que confere a singularidade de cada pessoa. É a vida dando suporte ao viver e o viver dando sentido à vida. (GOLDIM, 2018)

Igualmente, o ponto de partida, na perspectiva teórica do NEDSB, é conjugar esta visão da Bioética com a dos Direitos Humanos. Esta conjugação têm um papel fundamental no processo de reflexão e ajustamento de questões complexas, especialmente em vista a responsabilidade social. A ética da responsabilidade social - *expressa através da garantia do progresso da ciência e da tecnologia em um espírito de cooperação, da difusão das informações científicas e do estímulo da livre circulação e utilização do conhecimento - não pode ser ignorada ou minimizada em razão dos interesses econômicos privados*, como afirma Sen. (SEM, 1999) Nesta perspectiva, Hans Jonas, filósofo que elaborou o princípio da responsabilidade, há muito alertou:

Não se trata exclusivamente de uma questão de números ou de coeficientes aritméticos. Num sentido subtil, a sociedade não pode «permitir-se» um simples descaminho da justiça, uma simples iniquidade na aplicação das suas leis, a violação dos direitos mesmo da mais minúscula das minorias, porquanto minam a base moral sobre que assenta a existência da sociedade. (JONAS, 1994)

A Bioética e os Direitos Humanos, nesta concepção atual de interdisciplinaridade, ampliam o âmbito de atuação e de entendimento destas

situações complexas. É esta perspectiva que permite incorporar *mudanças de prioridades* na prática e no discurso nacional e internacional. A posituação dos Direitos Humanos como direitos universais⁴ foi uma conquista da humanidade não apenas no que diz respeito ao seu reconhecimento normativo, mas pelo seu reconhecimento ético e social - como precisamente esclarece Martins-Costa. (MARTINS-COSTA, 2008⁵; 2003⁶):

Essas duas categorias teóricas, verdadeiros *coletivos singulares* – o Homem e a Lei – tornaram possíveis as Declarações de Direitos, ditos 'Direitos Humanos', pelas quais não apenas se universalizou o humano: também se 'humanizou' o humano, reconhecendo-se a cada ser humano uma espécie de 'sacralidade laica', qual seja a sua essencial *dignidade* derivada unicamente do fato de 'ser humano'. (MARTINS-COSTA, 2003)

O debate público, portanto, envolvendo situações complexas na área da saúde não deve estar restrito à elaboração de legislação regulando as modalidades de intervenção da ciência sobre a vida ou mesmo a sua judicialização, mas sim torna-se imprescindível reflexões abrangentes e a abertura de soluções. Esta perspectiva é fundamental em sociedades democráticas e pluralistas e de inegável importância para a prática jurisdicional.

⁴ No contexto histórico, de certificação dos Direitos Humanos, é promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que estabeleceu a *universalização* como meta principal. A ONU delegou a Comissão de Direitos Humanos uma dupla função a de promover e a de proteger a dignidade humana. A Comissão de Direitos Humanos além da elaboração da Declaração, também em 16 de dezembro 1966 elabora dois Pactos - o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ambos fundados no princípio da solidariedade, que "*formam um conjunto uno e indissociável*" e são considerados documentos importantes para o encaminhamento *à montagem de um aparelhamento institucional adequado para assegurar o respeito universal aos Direitos Humanos e tratar os casos de sua violação*.

⁵ MARTINS-COSTA (2008). Em outras palavras, afirma a autora que o espírito universalista, a noção de "humanidade" a partir de uma perspectiva laica e não- jusnaturalista, que afirma a igualdade essencial dos seres humanos, a despeito das desigualdades contingenciais, foi fundamentalmente trabalhada por Immanuel Kant.

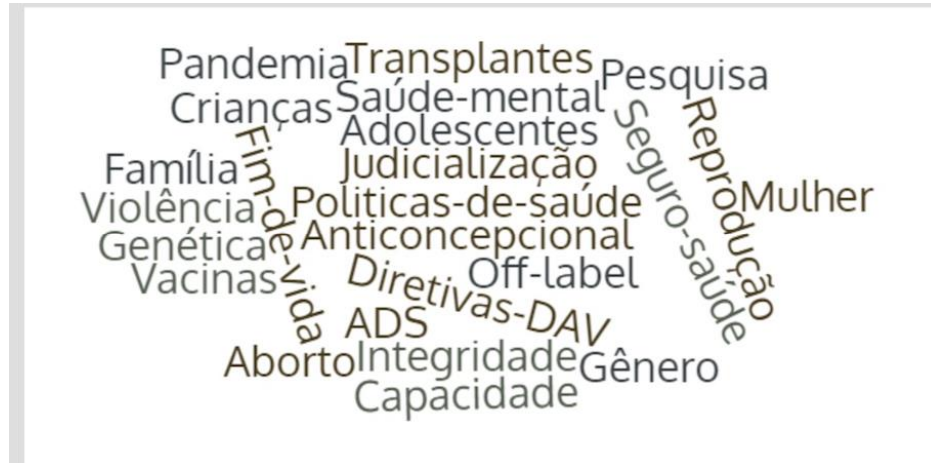
⁶ MARTINS-COSTA (2003) "Esse 'princípio da humanidade como fim em si mesmo', diz ainda Kant, não é extraído da experiência. Ele um princípio *universal*, e a sua universalidade é que o torna uma lei. Essa lei não deriva, contudo, do mundo físico, nada tem de empírico: deriva de uma *lei da ética*."

3 Temas centrais tratados e atividades do NEDSB

Em busca de atingir seu propósito o NEDSB tratou de muitos temas e promoveu encontros e discussões interdisciplinares, envolvendo outras áreas do conhecimento relacionadas ou centrais aos tópicos em análise e de problemas concretos. Destacamos os seguintes temas e/ou situações tratadas nestes 14 anos de existência:

As pesquisas genéticas e o aconselhamento genético; a capacidade mental e o desenvolvimento psicológico-moral; a saúde mental e suas implicações sociais; as tecnologias reprodutivas; os transplantes de órgãos; os tratamentos experimentais envolvendo medicamentos e procedimentos; a pesquisa clínica; as questões de fim de vida; a integridade na pesquisa; as situações envolvidas no diagnóstico e tratamento das anomalias de diferenciação sexual; as questões envolvendo gênero e sexo; a violência contra mulher; as diretivas antecipadas de vontade; as políticas públicas e a pandemia da COVID 19; a pandemia e vacinação; a pandemia e pesquisa; a saúde complementar e o SUS; a relação familiar e a sua representação em saúde; o aborto legal; políticas em saúde; a judicialização da saúde, o ativismo judicial e saúde no direito comparado; a saúde física e mental de crianças e adolescentes; os métodos contraceptivos e sua efetividade; a inteligência artificial e a automação na área da saúde, especialmente a questão do uso de algoritmos; entre outros temas. Por meio da nuvem de palavras, abaixo, podemos verificar a diversidade de temas e tópicos estudados e tratados:

Figura 1 - Nuvem de palavras representativa dos temas abordados pelo NEDSB



A discussão e o enfrentamento destes tópicos resultaram na construção de parcerias, entre elas destacamos: o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e a parceria de estudos com outros Núcleos integrados a Escola Superior de Magistratura/AJURIS, como o Núcleo de Família; com os Comitês de Bioética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA) e do Hospital Materno-Infantil Presidente Vargas (HMIPV); do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência do (LAPEBEC) do HCPA. Outrossim, estudos, pesquisas e reuniões realizadas pelo NEDSB possibilitaram que fossem propostos enunciados, pareceres; mudanças de práticas referente a problemas específicos, entre outras ações.⁷

Um resultado concreto destas reflexões realizadas pelo NEDSB, em conjunto com outros segmentos da sociedade, foi a alteração na maneira de realizar o registro civil de recém-nascidos portadores de anomalias de diferenciação sexual (ADS). Isto foi efetivado por meio do PROVIMENTO Nº 016/2019-CGJ, de 06 de junho de 2019, assinado pela Des. Denise Oliveira Cezar. Esta inclusão de novos artigos na Consolidação Normativa Notarial e Registral permitiu reduzir danos, decorrentes deste diagnóstico, que vinham sendo identificados pelos profissionais da saúde.

⁷ Acompanhar as atividades do NEDSB ao longo do tempo, em: <http://www.escoladaajuris.org.br/esm/nucleos-de-estudo/saude-direito-e-bioetica?start=42>

Esta proposta serviu de exemplo para que outros estados e para o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborarem documentos neste mesmo tema.

Outra importante iniciativa foi a elaboração e a disponibilização da Plataforma Direito na Saúde, coordenada pelo Desembargador Ney Wiedemann Neto, integrante do NEDSB, em parceria com a Unimed Federação/RS. Esta plataforma possibilita um acesso dinâmico e facilitado às publicações nas áreas de interface entre o Direito, a Saúde e a Bioética. Esta possibilidade de acesso às informações qualificadas nestas áreas, concretiza um dos nossos propósitos, que é o de atuar como núcleo de orientação, para consulta de magistrados no exercício de suas atividades em temas de saúde. Sem prejuízo na realização regular de estudos, debates e eventos envolvendo Direito e Bioética.

A plataforma digital Direito na Saúde (<https://direitonasaude.com.br/app>); lançada em 18 de maio de 2022, pelo NEDSB, tem como propósito a disseminação de material em acesso gratuito e aberto (*open access*) ou materiais autorais produzidos especificamente para Plataforma, além de normas pertinentes, precedentes jurisprudenciais e links específicos, relacionados a área da saúde (ex. relacionados ao SUS; saúde suplementar e pesquisa envolvendo seres humanos), em particular a interface de matérias relacionadas ao Direito e a Bioética. O objetivo geral desta Plataforma é auxiliar magistrados, advogados, administradores, pesquisadores na área e demais profissionais que atuam com o tema, em vista de localizar material atualizado, pertinente à matéria e de procedência confiável para consulta.

A plataforma digital Direito na Saúde, ensejou a criação da Comissão de Pareceristas Permanentes, um colegiado composto pelos membros efetivos do NEDSB e outros 38 curadores. Quando necessário, em situações que exijam alguma especificidade, poderão ser convidados pareceristas *ad hoc*. A Comissão é composta por profissionais de diferentes áreas do conhecimento - medicina, psicologia, direito, física, administração, filosofia, entre outras – que irão colaborar na seleção e análise de materiais que irão ser incorporados à plataforma. Os nomes foram apresentados durante um encontro virtual no dia 11 de outubro⁸.

⁸ <http://www.escoladaajuris.org.br/esm/noticias/12-noticias/1627-plataforma-digital-direito-na-saude-ganha-curadores>

4 Linhas conclusivas

Nosso desejo é fazer com que o NEDSB possa continuar a promover mais parcerias e diálogos sobre temas complexos envolvidos no estudo do Direito, da Saúde e da Bioética. Parcerias que podem ser internas na própria ESM/AJURIS, assim como em âmbito externo, envolvendo mais instituições que estejam interessadas nestes temas. O importante é continuar a realizar reflexões que possam auxiliar os magistrados nas suas atividades e buscar aperfeiçoar as medidas que permitam a concretização de uma sociedade democrática e pluralista.

Referências

AGAMBEN G. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: Stanford University; 1998.

BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico*. São Paulo: Unesp, 2004.

EDELMAN, B. *La personne en danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

GOLDIM JR. Bioética: Origens e Complexidade. *Rev HCPA [Internet]*. 2006;26(2):86–92. Available from: <https://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf>

GOLDIM, J.R. *10 Ensaio de Bioética*. São Leopoldo: Unisinos; 2018.

JONAS, H. *Ética, medicina e ética*. Lisboa: Vega-Passagens, 1994.

MARTINS-COSTA, J. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. In: ASCENSÃO, J. D. O. (Ed.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, v. 2. 2008.

MARTINS-COSTA, J. *Pessoa, personalidade, dignidade: ensaio de uma qualificação*. 2003. Tese (Livre Docência) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MORIN, Edgar. *Educação e Complexidade. Os sete saberes e outros ensaios*. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

MORIN, Edgar. *Plataforma Edgar Morin, organizada pelo SESCSP em homenagem aos 100 anos de vida do filósofo, acessível em: <https://edgarmorin.sescsp.org.br/circulo-poetico>; acessado em 22 de outubro de 2022.*

SEN, A. Sobre ética e economia. São Paulo: Schwarcz, 1999.

7. METATEORIA DO DIREITO FRATERO E JUSTIÇA RESTAURATIVA



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-07>

Marco Beck

Uda Schwartz

Introdução

Este trabalho pretende mostrar a Justiça Restaurativa como uma possível expressão do Direito Fraterno, metateoria de Eligio Resta, que prega um direito não-violento e empático. O desafio de situar a fraternidade no centro da discussão jurídica vem a responder à necessidade da sociedade atual – cosmopolita e extremamente complexa – de um direito não-violento, inclusivo e universal (MARTINI, 2017). Essa necessidade deriva justamente desse cosmopolitismo e complexidade, os quais postulam um direito fundado na fraternidade, ou, melhor explicitando, na dimensão da eternidade decorrente da amizade e do jurar conjunto.

Se enxergarmos no outro nós mesmos, torna-se possível comprometer-se em efetivos – uma vez persuasivos – pactos fraternos, envolvendo uma responsabilidade autoimposta, justamente porque conecta, de maneira afetiva e sem hierarquias, os meus interesses e o do outro. A fraternidade carrega consigo, para além de um sentido não excludente, um sentido que avança nos vínculos humanos: é agregador, implicando uma irmandade, sem graus hierárquicos. Assim, a fraternidade “nos obriga a uma aproximação com o outro, o que não é fácil em uma sociedade fundada no individualismo competitivo” (MARTINI e WÜNSCH, 2013).

Dessa forma, o direito fraterno distingue-se dos modelos soberanos: é o oposto do direito paterno, em que as regras são infligidas sob os auspícios do poder estatal. Parte do pacto entre iguais, ao qual livremente se adere, em convivência compartilhada, sem inimizade: “O Direito Fraterno é um direito 'jurado em conjunto' por irmãos, homens e mulheres, mediante um pacto em que se 'decide compartilhar' regras mínimas de convivência” (RESTA, 2020, p. 116). A palavra fraternidade apresenta os seguintes significados: parentesco de irmãos, irmandade, amor ao

próximo, união ou convivência entre irmãos, harmonia, paz, concórdia, postulados esses todos em sintonia com a Justiça Restaurativa.

1 Contextualização da metateoria do direito fraterno

É necessária uma contextualização lógica e histórica sobre o Estado de direito, sistematizando o seu caminho e as noções que lhe são imbricadas, até alcançar a sua performance atual, que (re)abre espaço ao paradigma da fraternidade. Embora se saiba que a história não é estanque, não se prestando a uma análise meramente analítica, as fases históricas do Estado de direito – este em oposição ao Estado absolutista – foram aqui divididas para fins didáticos e melhor assimilação das diferentes concepções que ao primeiro estão interligadas.

Assim, com base em STRECK e BOLZAN DE MORAES (2006), delimitam-se o Estado liberal, o Estado social e o Estado democrático de direito como diferentes etapas do Estado de direito, todas possuindo em comum a vinculação: a) ao princípio da legalidade (garantindo-se ao indivíduo, além de outras prerrogativas, a segurança jurídica); b) à separação de poderes (que ganhou maior projeção como garantia contra o abuso do poder estatal); c) e à garantia dos direitos individuais.

O Estado liberal é considerado a primeira fase do Estado de direito. O seu ponto fulcral é uma limitação jurídico-legal negativa, cabendo ao Estado o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva. As seguintes ideias condensam o Estado liberal: conteúdo jurídico do liberalismo; limitação da ação estatal; lei como ordem geral e abstrata, cingindo-se ao não-impedimento; indivíduo como foco; objetivo de sanção. A liberdade pode ser apontada como ideia-chave deste momento histórico.

Como fase seguinte, adveio o Estado social, ou providência, a partir das demandas das novas classes sociais surgidas da Revolução Industrial. Não se tratava apenas de acrescer uma gama de direitos de segunda dimensão (direitos coletivos e sociais) aos de primeira (direitos individuais), mas também de realizar uma releitura dos primeiros direitos chamados fundamentais, adaptando-os à demanda social que então se apresentava. Foi sintetizado por meio das seguintes

noções: prestações positivas; preocupação social; lei como instrumento de ação concreta do Estado (facilitação e acesso); grupo como foco; objetivo de promoção. A igualdade é que norteava a construção dessa estrutura estatal

A fase do Estado democrático de direito surgiu após a Segunda Guerra Mundial, resultante dos traumas por ela causados. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, houve a incorporação efetiva da igualdade, com um conteúdo próprio e meios para a proteção das condições de vida do cidadão e da comunidade. Estão inclusos, por conseguinte, os problemas relativos à qualidade de vida individual e coletiva dos homens. Pode ser sintetizado mediante os seguintes postulados: transformação do "status quo"; lei como instrumento de transformação; comunidade como foco; objetivo de educação. A representação da fraternidade é que apoia essa complexa configuração do Estado de direito.

Mas, para além de tais evidentes diferenças no bojo das conformações do Estado de direito, o que houve de primordial – e que resultou em tais diferenças – foi uma transição (ainda não inteiramente finalizada) entre maneiras de pensar e de compreender o mundo. A visão própria do Estado meramente liberal correspondia à mentalidade histórica do Iluminismo, reputando-se que a racionalidade jurídica era a mesma das ciências naturais. Em geral, os iluministas acreditavam em uma hierarquia de valores, imutável no espaço e no tempo, com ápice nas correntes jusnaturalistas.

Esta hierarquia seria imutável porque derivava da aplicação de métodos científicos a indagações que envolvem questões valorativas. Melhor explicando: os valores, bem como outros aspectos das ciências humanas, eram vistos dentro da mesma lógica das ciências da natureza. Os juristas possuiriam, assim, um conhecimento "puro", científico, neutro. No entanto, GADAMER (2002) destacou que o tratamento a ser dispensado às diferentes ciências deveria ser distinto, pois o caráter histórico e valorativo específico das ciências humanas é demasiado diferente das categorias estáticas que compõem as ciências da natureza. Como, na ótica iluminista, a razão humana era plenamente capaz de apreender a verdade de qualquer objeto que lhe era submetido, o Iluminismo tornou-se alvo de críticas por ter confiado de forma exacerbada na razão humana, estendendo a crença na capacidade da razão às ciências humanas.

OST (1999) discorre sobre outra crítica relevante. A Escola do direito histórico, cujos maiores expoentes foram Savigny, Puchta e Grimm (juristas do século XIX), criticava o racionalismo universalista da época, que culminou com o direito natural e o posterior legalismo positivista do movimento da codificação (ambos, assim, também frutos do Iluminismo), aduzindo que reduziam o direito à lei. A Escola do direito histórico argumentava que tais concepções do direito renegavam a história, reduzindo o jurídico a preceitos estabelecidos “a priori”. Segundo aquela Escola, as fontes do direito eram, na verdade, os costumes e a doutrina; o seu fundamento, o povo. Figurativamente falando, sustentavam que o direito vem “de baixo para cima”: do povo, da faticidade.

Assim, em face das críticas às compreensões preponderantemente racionalistas do direito, torna-se necessário um novo paradigma. Conforme explicou KUHN (2002), o paradigma fornece outras categorias a guiar as percepções futuras, alterando os instrumentos de estudo e reprojetoando o olhar dos pesquisadores. Por isso se afirma que a superveniência de um novo paradigma abre todo um curso de interpretação, com um novo espaço de abordagem, no caso, dos temas humanos.

No âmbito do direito, é imprescindível inserir o humano em suas considerações, esquecido que fora dentro da lógica burocrática; porém, tal inserção deve ocorrer em um lugar diferente desse de superioridade e de competitividade, oriundo das limitações do paradigma racional. A propósito, várias correntes de pensamento, com semelhanças e diferenças, têm surgido na filosofia do direito, todas em algum grau rompendo com concepções meramente formalistas e predomínio da razão, como por exemplo: as atualizações do jusnaturalismo (Villey, Finnis), do pós-positivismo (MacCormick), da retórica (Perelman) e da tópica (Viehweg); a teoria dos sistemas sociais (Luhmann); a hermenêutica (Gadamer, Dworkin); a teoria do agir comunicativo (Habermas) e a teoria da argumentação (Alexy).

Contudo, a metateoria do direito fraterno, de Eligio Resta, por se basear na noção paradigmática de fraternidade, assume maior relevância. Constitui-se o direito fraterno, sob uma avaliação epistemológica, em uma metateoria a propor uma diferente forma de análise do direito (MARTINI, 2006), estribada no paradigma da fraternidade, utilizando os pressupostos desta em prol da inclusão universal. Na

condição de metateoria, o direito fraterno desvela paradoxos (MARTINI e WÜNSCH, 2013), com a fraternidade como o caminho para o ancoramento dos direitos fundamentais (MACHADO, 2017, p. 47).

A metateoria é uma teoria sobre a teoria, tendo, portanto, como objeto de estudo outras teorias. Nas palavras de HILÁRIO, TOGNOLI e GRÁCIO, citando e traduzindo RITZER, a metateoria, por um exame crítico, investiga “o conjunto de conhecimentos estudado e gerado pelos cientistas, revê definições de objetos, fatos ou fenômenos, métodos e conceitos e examina as conexões entre as disciplinas” (2016, p. 168). Por tais razões, qualifica-se a sua atividade como de segunda ordem, não envolvendo de modo direto os problemas práticos, estes qualificados como de primeira ordem.

Em síntese, o direito fraterno (metateoria), por meio da concepção da fraternidade (paradigma), “recoloca uma certa cota de complexidade no frio primado do justo sobre o bom e procura, com efeito, alimentar de paixões quentes o clima rígido das relações políticas” (RESTA, 2020, p. 12), ao desvendar paradoxos de outras teorias jurídicas.

É possível considerar que a fraternidade foi positivada no nosso ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988, como uma concepção rica de sentido humanitário. É que as Constituições brasileiras anteriores encontravam-se no panorama político estritamente liberal, motivo por que não esboçaram preocupações materiais com a fraternidade ou mesmo com a sua positivação. Dessa forma, a sua primeira menção relevante encontra-se no preâmbulo constitucional de 1988, que inovou ao colocá-la como horizonte da sociedade brasileira:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Rejeitando-se, aqui, a discussão sobre uma suposta ausência de força normativa do preâmbulo, fato é que se está diante do trecho constitucional mais explícito sobre o tema, preconizando ao nosso país uma sociedade fraterna. Enfatizam-se as expressões "sociedade pluralista", "harmonia social" e compromisso "com a solução pacífica das controvérsias", todas previstas no preâmbulo constitucional, a demonstrar a consonância de tal previsão com a fraternidade de Eligio Resta. Ainda, como o direito fraterno é um "espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar-comum, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela" (2020, p. 13), constata-se que a fraternidade não reverbera apenas no plano jurídico nacional. Do contrário: a sua afinidade com o tema dos direitos humanos corresponde ao elo a aproximar diferentes comunidades políticas, do que se infere o seu potencial de alicerçar firmemente o direito internacional, reestruturando-o para além dos frágeis elos contratualistas. Nas palavras de MARTINI e WÜNSCH:

Vislumbra-se que o direito fraterno está no âmbito dos temas referentes aos direitos humanos e a necessidade de sua universalização. Estes se destinam a todo e qualquer ser humano, não porque pertença a um ou outro território, siga esta ou aquela cultura ou, ainda, tenha uma descendência determinada, mas tão somente porque tem humanidade. É um direito que tem como fundamento a humanidade, o 'ter humanidade', uma humanidade repleta de diferenças compartilhadas e de uma comunhão de juramentos, de comprometimentos, de responsabilidades.

Assim, subtraindo do direito internacional as categorias que não encontram equivalência na fraternidade – tais como "inimigo" e "estrangeiro" –, emerge, sob a forma de um imprescindível respeito universal aos direitos humanos, aquela autorresponsabilidade não imposta por terceiro, exatamente uma das premissas do direito internacional para preencher a lacuna deixada pela falta de um soberano que garanta coercitivamente a execução de regras. Nesse sentido, fraternidade e direitos humanos podem ser reputados diferentes lados de uma mesma moeda, assim como

a responsabilidade e a existência do outro também podem ser assim reputados. Se incorporada no patamar civilizatório (PARREIRA e TRAMONTINA), a fraternidade dinamiza a efetivação dos direitos humanos por meio da responsabilidade que a existência do outro, na relação fraternal, promove.

Legitimando tais considerações, vem a Declaração Universal dos Direitos Humanos – o marco jurídico universal dos direitos humanos – e suas previsões em sintonia com a fraternidade. O seu preâmbulo nitidamente adota pressupostos do direito fraterno, pois já no início assevera-se que é essencial a promoção do “desenvolvimento de relações amistosas entre as nações”.

Além disso, a própria história da Declaração Universal dos Direitos Humanos revela o quanto da noção da fraternidade e dos direitos humanos ela carrega em si, uma vez que se trata de documento firmado em nível internacional em prol da paz. Posteriormente à 2ª Guerra Mundial e como decorrência dos seus traumas, em 1948 foi assinada a Declaração, estendendo-se a todos os povos e nações do mundo independentemente de nacionalidade, religião, sexo ou qualquer outro fator que possa ser invocado como discriminador. T tamanha aplicabilidade da Declaração aproxima-se à do direito fraterno, cuja essencial característica é o cosmopolitismo. Logo, o direito internacional possui largo espaço reservado ao direito fraterno, reclamando-o para assegurar a plena aplicabilidade dos direitos humanos.

3 O desconhecimento sobre o mundo dos conflitos

No bojo da metateoria do direito fraterno, RESTA descreve a hipertrofia do sistema judiciário por meio dos seguintes atributos (2020, p. 66): o caráter onívoro da jurisdição, da inflação da litigiosidade, da redundância da cultura dos remédios, do caráter monopolista da jurisdição e da confusa relação entre Estado, esfera pública e jurisdição.

Sem se estender no exame detalhado de cada um desses atributos, assinala-se que tais predicados estão entrelaçados ao parco conhecimento sobre o mundo dos conflitos, que “continua sempre por muito desconhecido” (RESTA, 2020, p. 68). Relembre-se que a dialética em uma acepção não formalista é uma idéia acoplada à de conflito. Ora, como afirmara RESTA (2020, p. 118), “a vida’ será sempre em

excesso comparado com o Direito". Ou seja, o direito não detém condições de abranger a plenitude da vida e de seus conflitos, tanto é que RESTA descreve o mundo dos conflitos (2020, p. 68):

Não há ciência social, por mais rica de literatura sobre conflitos, que, ao final, possa nos contar este mundo hobbesiano, inextricável, rico de paixão, interesses, comportamentos, inclinações, motivações; é descrito numa escala de possibilidades que envolvem a rivalidade, a concorrência, a inveja, a inimizade e, assim, obriga a um efeito desconhecido que altera tudo sobre como se percebe e se regula coletivamente a relação entre os conflitantes.

Talvez justamente a característica da vida – e, conseqüentemente, dos conflitos – afaste a possibilidade de um amplo conhecimento a ser conquistado pelo direito acerca das relações conflituosas. Ainda que as ciências se debrucem sobre os conflitos, trata-se de um mundo hermético. A propósito, RESTA registrou a incapacidade de interpretar “de maneira definitiva a complexidade de fundo do fenômeno” (2020 p. 68), entendimento aplicável, obviamente, aos conflitos levados ao Judiciário, pois a litigiosidade “é um complexo sistema em que se agitam razões e paixões nem sempre fáceis de decifrar e regular” (RESTA, 2020, p. 71).

Sucedem que “a sabedoria acumulada das tradições seculares dos legisladores e juristas reduziu ao osso um mundo de paixões, desejos, pulsões, insensatez, necessidade, tragédia” (RESTA, 2020, p. 98). Assim, a cultura jurídica deixou de lado a análise dos conflitos, focando a atenção, hoje, nos ditos remédios (remédios aos conflitos). Ao se trabalhar cegamente só sobre os remédios, em uma redundante e inútil reflexão, o direito não opera sobre as causas, dimensões e efeitos da litigiosidade, as quais determinam os conflitos (RESTA, 2020, p. 70), em um ciclo que se retroalimenta e que deveria, em razão desse funcionamento, ser dissipado no seu fundamento.

Einstein já havia pontuado a impotência dos instrumentos disponíveis a quem “profissionalmente e na prática” é delegado ocupar-se de questões da paz, asserção esta trazida por RESTA no tocante à guerra (2020, p. 37), mas francamente extensível aos conflitos entre os cidadãos a serem resolvidos pelos juizes. Dito de outro modo,

os juízes não possuem todos os instrumentos que a pacificação dos conflitos que lhe são postos reivindica: frequentemente finalizam processos com seus julgamentos, mas raramente finalizam os conflitos nele presentes.

RESTA destaca que “as formas por meio das quais um sistema social regula os conflitos que nascem no interior da sociedade são, de fato, muitas, todas diversas, mudam no tempo e no espaço, não são nem um pouco eternas” (2020, p. 69). O exemplo do confucionismo, mencionado por RESTA com base em Eckhoff (2020, p. 76), por ostentar baixa atenção pública à lide judiciária e consistir em cultura religiosa do tipo conciliatório, é hipótese que confirmaria tal entrelaçamento. O discurso sobre o conflito forja-se, portanto, a partir do modo pelo qual as sociedades se preparam para regulá-lo (RESTA, 2020, p. 68).

Se o modo pelo qual se disputa judicialmente depende do modo pelo qual o conflito tenha escoamento e da predisposição cultural e social aos remédios (RESTA, 2020, p. 69), pergunta-se sobre como se consolidou o estado de coisas que colocou a jurisdição sob o monopólio exclusivo do Estado. Seguindo o mesmo raciocínio, sublinha-se que houve um entrelaçamento das formas do direito com as estruturas políticas, com raízes, não por acaso, no Estado moderno-liberal e, assim, à antropologia que fundava as regras no contrato social e “justificava as suas convenções na base do medo e da necessidade” (RESTA, 2020, p. 72).

O direito, como ciência jurídica autônoma – separada, por exemplo, da religião e da moral –, é uma conquista da modernidade. A advertência que deve ser feita não diz respeito a uma crítica à existência do direito, mas sim que é inclusive pretensioso que o Judiciário se arvore da solução de todos os conflitos. Ora, “a necessidade de adequação da tutela dos direitos não se dá apenas na forma judiciária” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017. p. 158). Em outro trecho de sua obra, RESTA foi ainda mais explícito sobre o descabimento desse espaço generalizado do Judiciário (2020, p. 77):

Ninguém nega o valor do processo judiciário no caminho da legalidade moderna, mas inferir a esse a perenidade do “monopólio estatal da jurisdição” e a racionalidade da competência generalizada do juiz sobre cada gênero de conflito, obviamente, é algo bem diferente.

Para elucidar o problema da escassez de conhecimento sobre o conflito, mister retomar a afirmação de que a violência é o elemento oculto no devir da justiça. Alertara RESTA que “tanto a regra quanto o seu juiz, construíam-se como tentativas de reduzir o natural surgimento do mecanismo das paixões, longe ao máximo possível do mundo dos conflitantes e dos seus desejos” (2020, p. 71). Assim, deve-se revogar o entendimento preponderante atualmente de que o conflito se define pela sua regulamentação (RESTA, 2020, p. 72), o que ignora a nextricabilidade humana, ensejando apenas normatividade e decisão, visão ultrapassada da modernidade. A partir disso, a constante redefinição dos limites do circuito conflito/remédio é desafio expressivo dos juristas, não se podendo limitar a ingênuas renúncias ao sistema judiciário (RESTA, 2020, p. 69).

Nessa conjuntura, a comunidade deve ser liberada da heurística do medo para se transformar em comunidade responsável, consciente dos próprios limites: “A passagem não é fácil, mas, quando acontece, não é transitória. De fato, não depende da coação de alguma sentinela; depende de uma atividade de auto-observação e autorregulação” (RESTA, 2020, p. 110). O uso da palavra, enganando a guerra e metamorfoseando a virtude destrutiva em convivência, pode ser considerado uma “estratégia” do direito fraterno (RESTA, 2020, p. 108):

Dar a palavra nos faz ligar inesperáveis camadas de sentidos. Abre-nos um reconhecimento do nosso interlocutor, aproxima-nos de um sentimento de regra, mediante a qual uma comunidade distribui seus direitos, coloca-nos nos labirintos complicados da responsabilidade e de seus vínculos.

Em um direito de irmãos, um direito dialogado e partilhado, a Justiça Restaurativa mostra-se como um caminho adequado. Por isso, o direito fraterno parte do processo interpretativo das normas, da autonomia e responsabilização, atingindo, como a Justiça Restaurativa, a não-violência: “Destituindo o o jogo do amigo-inimigo, o Direito Fraterno é não violento” (RESTA, 2020, p. 117).

4 Princípios Fundamentais da Justiça Restaurativa

A Justiça Restaurativa é um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão. Pode-se dizer que é um processo de mediação no qual participam a vítima, o agressor, bem como familiares das partes e, por fim, a própria comunidade envolvida, seja direta ou indiretamente.

Mediação, negociação, regulação amigável, indenização e reparação são conceitos fundamentais para a Justiça Restaurativa, em que a questão criminal é abordada a partir da perspectiva de que o crime é uma violação na relação entre as pessoas, e não apenas um ato típico e jurídico praticado contra a sociedade, representada pelo Estado (Justiça Pública) e que, por causar mal à vítima, à comunidade e ao próprio autor do delito, todos esses protagonistas devem se envolver num processo de restauração de um trauma individual e social.

Ou seja, são enfatizadas a restauração, a solução de problemas e a prevenção de males ulteriores. A ideia é buscar restaurar os relacionamentos em vez de simplesmente concentrar-se na determinação de culpa. Baseia-se na premissa segundo a qual a vítima, o autor do crime, lideranças comunitárias e pessoas envolvidas com a vítima e o criminoso devem compartilhar a busca de solução dos problemas causados pelo crime, em geral com a assistência de terceira pessoa imparcial, que é o mediador ou facilitador.

Encara o crime como um mal causado acima de tudo a pessoas e comunidades. A ênfase no dano implica considerar antes de qualquer coisa as necessidades da vítima e a importância desta no processo legal. Implica, ademais, responsabilidade e compromissos concretos do infrator, que o sistema convencional interpreta exclusivamente através da pena imposta ao condenado para compensar o dano, mas que na maior parte das vezes é irrelevante ou até contraproducente.

Conforme PEDROSO, TRINCÃO e DIAS (2001), dentre os problemas enfrentados foi o de traduzir para o Português a expressão "Restorative Justice". Surgiu dúvida entre os termos justiça reparadora, justiça restauradora ou justiça restaurativa. Restaurativo é adjetivo que significa o que tem poder de restaurar. Assim, a opção foi pelo termo Justiça Restaurativa justamente pelo fato de ser mais

abrangente que o conceito 'reparar' ou 'restaurar', considerando que o movimento ora em análise não se limita a pretender uma justiça que repare ou reponha a situação anterior ao crime.

Pode-se dizer que a Justiça Restaurativa persegue apenas a verdade produzida pelas partes no que foi reconhecido como responsabilidade e no que foi acordado como reparação (ROLIM, 2004). Vale dizer, no entanto, que não é qualquer acordo que será objeto da Justiça Restaurativa. Não é qualquer desejo da vítima, a servir de referência para o acordo realizado que será cumprido pelo infrator. Pois, mesmo que o infrator esteja disposto a aceitar um acordo de natureza humilhante e abusivo, este não será aceito pelo mediador, que é norteado pelos princípios constitucionais. Por isso, é que há observância de garantias previstas para o processo criminal, como por exemplo a consulta ao advogado antes de ser firmado qualquer compromisso.

Algumas práticas que se identificam com a Justiça Restaurativa incluem a mediação entre vítima e infrator, reuniões de restauração, círculos, assistência à vítima, assistência aos infratores, restituição e serviços à comunidade. KÉPES (2005) afirma que três princípios se constituem nas bases da Justiça Restaurativa: 1- A Justiça requer que trabalhem a fim de que se ajude à volta ao estado original daqueles que se viram prejudicados; 2- Aqueles que se viram mais diretamente envolvidos ou afetados pelo delito devem ter a possibilidade de participar plenamente da resposta; 3- O papel do governo consiste em preservar a justa ordem pública: a comunidade é que deve construir e manter uma justa paz. Ainda, refere que os programas restaurativos se caracterizam por quatro valores-chave: 1- Encontros: criam-se oportunidades com o propósito de que vítimas, infratores e membros da comunidade se reúnam para conversar acerca do delito e suas consequências; 2- Reparação: os infratores devem tomar medidas de reparação do dano; 3- Reintegração: busca-se devolver a vítima e o infrator à sociedade como membros completos desta, capazes de com ela contribuir; 4- Inclusão: oferece-se a possibilidade de que as partes interessadas em um delito específico participem de sua resolução.

Para uma melhor compreensão acerca do tema, mister fazer um paralelo com o sistema de justiça atual. Os princípios da Justiça Restaurativa têm sido

desenvolvidos nos últimos anos a partir de um contraste com os paradigmas dominantes da Justiça Criminal Contemporânea. No modelo criminal atual, o Estado inicia a ação contra o acusado, mas na Justiça Restaurativa, a exemplo da justiça e do modelo civil, parte-se do pressuposto de que a iniciativa deva ser feita em nome da vítima, e não em nome da sociedade.

Vê-se, assim, que os princípios da Justiça Restaurativa não são aplicáveis somente em casos típicos criminais, mas de forma mais ampla, ainda quando se tratar de casos não criminais. Segundo ROLIM (2004), tais princípios possuem uma identidade muito maior com o modelo da justiça civil. A Justiça Restaurativa foca sua atenção no ato danoso e nos prejuízos que resultaram dele, sendo, assim, mais amplo que o atual modelo criminal, pois alberga a preocupação com as vítimas. Não há definição consensual a respeito da possibilidade de as vítimas interromperem o curso de uma ação nesse modelo, mas toda a abordagem está direcionada para a conquista de acordo entre as partes.

Preocupa-se mais com o dano produzido à sociedade do que somente a violação da lei, sustentando que, por mais importante que seja a repercussão social da infração, essa importância será sempre secundária quando comparada com os prejuízos e o sofrimento que foram impostos diretamente à vítima. Ainda, pretende reparar o trauma psicológico ou o dano emocional sofrido pela vítima, em vez de, simplesmente, reparar monetariamente os danos arcados pelas vítimas ou perdas sofridas, como na lei civil.

No que tange ao infrator propriamente dito, a Justiça Restaurativa também dá uma valoração diferente daquela que lhe é imputada pela Justiça Retributiva. No sistema retributivo, o que se espera do infrator é que ele suporte a punição; na Justiça Restaurativa, o que importa é que ele procure restaurar ativamente a relação social quebrada. ROLIM (2004) afirma que, como em todos os processos retributivos, o sistema atual transfere o dano para o infrator, o que se sustenta no senso comum de que se deve fazê-lo pior, pois isto fará com que a vítima fique melhor. Conclui que:

Na verdade, o que as punições produzidas pela Justiça Criminal permitem é que ambos, infrator e vítima, fiquem piores. A retribuição tende a legitimar a paixão pela vingança e, por isso, seu olhar está voltado para o passado. O que lhe

importa é a culpa individual, não o que deve ser feito para enfrentar o que aconteceu e prevenir a repetição do que aconteceu.

Sanções tradicionais não resolvem conflitos. O que ocorre é que acabam por levar pequenos infratores a casas prisionais, potencializando a criminalidade. A solução seria reunir as partes envolvidas no crime e discutir uma forma de reparação, que pode ser financeira, em serviços prestados ou simplesmente um pedido de perdão.

O norte da justiça restaurativa é a reparação dos danos à vítima, a prestação de serviços à comunidade e a solução dos problemas causados pelo fato-crime, tanto para a vítima como para a comunidade, e a reintegração do autor do crime e também a reintegração da vítima. A voluntariedade, segundo a qual ninguém é obrigado a participar, também é um dos princípios, pois as vítimas devem compartilhar com os infratores a reintegração social, uma vez que todos necessitam de todos para um relacionamento social sadio e adequado.

Para melhor exemplificar, SCURO NETO (2004) faz uma análise comparativa entre a Justiça Retributiva (sistema atual) e a Justiça Restaurativa:

	JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Infração	Noção abstrata. Violação da lei. Ato contra o Estado.	Noção concreta. Ato contra pessoas e grupos.
Controle	Justiça Penal.	Justiça Penal, atores, comunidade.
Compromisso do infrator	Pagar multa ou cumprir pena privativa de liberdade (eventualmente substituída por restritiva de direitos)	Assumir responsabilidades e compensar o dano.
Responsabilidade	Exclusivamente individual.	Com dimensões individuais e sociais.
Pena eficaz	A ameaça do castigo altera condutas e coíbe a criminalidade.	O castigo não muda condutas, além de prejudicar a harmonia social e a qualidade do relacionamento.
Vítima	Elemento periférico no processo legal.	Vital para o encaminhamento do processo e solução dos conflitos.
Infrator	Definido em termos de suas deficiências (negativamente)	Definido por sua capacidade de reparar danos (positivamente)
Preocupação principal	Estabelecer culpa por eventos passados (você fez ou não fez)	Resolver o conflito, enfatizando deveres e obrigações futuras (o que precisa ser feito agora?)
Ênfase	Relações formais, adversativas, adjudicatórias e dispositivas	Diálogo e negociação
Objetivo	Impor sofrimento para punir e coibir.	Restituir para compensar as partes e reconciliar
Comunidade	Marginalizada. Representada pelo Estado.	Viabiliza o processo restaurativo.

Conforme KÉPES (2005), a abordagem punitiva, com alto controle e baixo apoio, também chamada de 'retributiva', tende a estigmatizar as pessoas rotulando-as indelevelmente de forma negativa. A abordagem permissiva, com baixo controle e alto apoio, também denominada de 'reabilitadora', tende a proteger as pessoas das consequências de suas ações erradas. Baixo controle e baixo apoio são simplesmente negligentes, uma abordagem caracterizada pela indiferença e passividade.

Já a abordagem restaurativa, com alto controle e alto apoio, confronta e desaprova as transgressões enquanto afirmando o valor intrínseco do transgressor. Assim, neste novo modelo o infrator é responsabilizado sem ser estigmatizado.

5 Aproximações entre Direito Fraternal e Justiça Restaurativa

Pouco ou quase nada no processo judicial, na sistemática atual, leva o infrator à reflexão sobre o ato delitivo e as suas consequências. Um direito que demanda a responsabilidade e a reflexão, com a conseqüente integração ao nível de irmãos, como o direito fraterno, aproxima-se da justiça restaurativa. BRAITHWAITE, *apud* ROLIM (2004), refere que, em algumas abordagens da justiça restaurativa, a vergonha experimentada pelo infrator diante das pessoas que lhe são caras – não apenas familiares, mas amigos etc. - e que são chamadas em audiências ou encontros, cumpre um papel positivo em todo o processo. Assim, há a superação da vergonha pela legítima integração do infrator à comunidade.

Por meio de seus procedimentos, a Justiça Restaurativa exige que as partes exponham com franqueza os seus sentimentos, as suas angústias, os seus temores e que tornem claras quais são as suas expectativas. Ademais, o processo deve ser de participação voluntária, diversamente do que acontece com a Justiça Criminal, abrindo inclusive um compromisso com a verdade. A Justiça Restaurativa busca um encontro voluntário, onde as vítimas, infratores e comunidades irão confrontar suas versões e chegarem a um consenso sobre os fatos. No modelo atual, as partes possuem todo o incentivo para esconder a verdade, diminuir as suas responsabilidades, podendo mentir para a sua defesa. Já o direito fraterno, primando pelos comunitários, a ausência do medo e o uso da palavra, ratifica o acertado caminho da restauração.

Na Justiça Retributiva, o infrator não se coloca no lugar da pessoa que sofreu o efeito lesivo de sua conduta, razão pela qual não terá consciência do seu ato danoso. Para autores como HALLEY (1989), *apud* ROLIM (2004), há algo de importante que não mais é reconhecido no Ocidente como um valor: a disposição de confessar e de se arrepender, por parte do infrator, e a disposição de perdoar por parte das vítimas. Tais elementos acabam sendo fundantes da atividade

jurisdicional. Portanto, as três partes principais na Justiça Restaurativa, vistas como efetivamente interessadas no fato, são as vítimas, os transgressores e suas comunidades de assistência, cujas necessidades são, respectivamente, obter a reparação, assumir a responsabilidade e conseguir a reconciliação.

O grau de envolvimento das partes interessadas, em uma troca emocional e de decisões significativas, determinará o grau em que qualquer forma de disciplina social poderá ser chamada de 'restaurativa'. O compartilhamento de emoções necessário para atingir os objetivos de todos os que foram diretamente afetados não pode acontecer por meio de participação unilateral. O mais restaurativo dos processos requer a participação ativa desses três grupos.

Ao defrontarem-se cara a cara, vítima e infrator superam os mitos e estereótipos mútuos. Perceba-se que, ao pregar a desconstituição da categoria "inimigo", o direito fraterno permite essa aproximação e o desmantelamento de preconceitos quanto àquele "outro". A vítima vê o agente da infração como ser humano, não como criminoso insensível, e a coletividade percebe que a vítima e o autor não são muito diferentes das outras pessoas. O encontro é fundamental para a reintegração, consoante se infere da compreensão da Justiça Restaurativa e do Direito Fraterno.

CONCLUSÕES

Vivemos um momento em que as correntes jurídicas frutos de uma visão oitocentista, binarista e matematicizada não mais correspondem às demandas postas nos processos judiciais, revelando-se, no mínimo, extemporâneas. Entretanto, são tais correntes que guiam a prática judiciária. O caráter positivista do direito, amplamente predominante no Brasil, tem formado profissionais carentes de um olhar crítico, além de uma postura humanizadora, do que resulta um ciclo fechado epistemológico, pois a estrutura burocrática retroalimenta-se desse perfil de profissionais.

Não só a complexidade da sociedade atual, mas a própria complexidade humana (renegada no interior das práticas burocráticas), exigem novas formas de pensar o direito, as quais incluam o humano, a comunidade, o diálogo e a efetiva

participação dos cidadãos na tomada de decisões. Assim, a opção por outras matrizes teóricas revela-se importante para suplantação daquelas correntes. No mesmo sentido da necessidade de superação das dificuldades teóricas e práticas do direito contemporâneo, apresentou-se o direito fraterno como qualificada opção teórica, no qual se assume uma nova ótica por meio da qual a fraternidade é paradigma, consistindo o direito fraterno em metateoria a subsidiar as demais teorias jurídicas em suas extensões críticas e interpretações. Cuida-se de conduta coerente com o caminhar do Estado de direito, na acepção atual de Estado democrático de direito.

Inegavelmente a fraternidade, princípio não concretizado da Revolução Francesa, acaba por representar uma nova possibilidade de integração entre povos e nações, fundamentada no cosmopolitismo, na amizade e no pacto jurado conjuntamente. Surge, então, com força a Justiça Restaurativa: para ser bem compreendida em termos de potencial psicológico, alcance democrático, importância sociológica e relevância no meio jurídico, ela deve ser interpretada no bojo do Direito Fraterno. Trata-se de uma ressignificação dos institutos jurídicos e de uma necessária readequação das interpretações, como meio de consecução dos direitos.

Cria-se, com a justiça restaurativa, o pano de fundo para práticas pacíficas e fraternas. Tanto o direito fraterno como a justiça restaurativa vinculam-se à redução da violência humana em uma valorização dos sentimentos e da dimensão comunicacional humanas. Assim, ambos, em conjunto, abrem espaço aos sentimentos e à diminuição de litígios na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 de out. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. ONUBR: Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 09 mar 2020.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2002.

HILARIO, C. M.; TOGNOLI, Natália Bolfarini; GRACIO, M. C. C.. A COLABORAÇÃO CIENTÍFICA NA PERSPECTIVA DOS SISTEMAS AUTO-ORGANIZADOS: um estudo metateórico. Informação & Sociedade (UFPB. Online), v. 26, p. 167 - 176, 2016.

KÉPES, Antônio Metzger. "Justiça Restaurativa: Uma nova forma de pensar a delinquência juvenil". Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, abril/2005.

KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

MACHADO, Clara. O princípio jurídico da fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2017.

MARTINI, Sandra Regina. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. São Paulo, v. 119-134, 2006.

_____; WÜNSCH, Marina Sanches. Direito, saúde e o pressuposto da fraternidade na sociedade contemporânea. RIDB, n, 5, p.4518,2013. Disponível em:<http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/05/2013_05_04517_04560.p>. Acesso em: 29 mar 2020.

OST, François. A Natureza à margem da Lei – A Ecologia à prova do Direito. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PARREIRA, Anny Marie Santos; TRAMONTINA, Robison. A ética da alteridade de Emmanuel Lévinas: primícias para uma (re)fundamentação dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c2eb3;7b956b91d3d>>. Acesso em: 09 mar 2020.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. "Justiça restaurativa". Centro Jurídico Damásio de Jesus. Disponível em <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em 18out2011.

RESTA, Eligio. Il diritto fraterno. 12. ed. Roma: Laterza, 2005.

_____. O direito fraterno. Sandra Regina Martini Vial (trad. e coord.). SantaCruz do Sul: Editora Edunisc, 2020.

ROLIM, Marcos. "Justiça restaurativa: Um caminho para os direitos humanos?". Brasil, 2004. Disponível em <www.rolim.com.br>. Acesso em 03out2011

SCURO NETO, Pedro. "Movimento restaurativo e a justiça do século XXI". Centro Talcott. Brasil, 2004. Disponível em <<http://talcott.hpg.ig.com.br>>. Acesso em 12out2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria do Estado. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo, PEDROSO. "Percurso da informalização e da desjudicialização: por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)". Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa/Centro de Estudos Sociais/Faculdade de Economia/Universidade de Coimbra, 2001.

8. PELO DIREITO AO ESTUDO E EXERCÍCIO PROFISSIONAL: A HISTÓRIA DE UMA ENTRE TANTAS LUTAS DE MINERVA MIRABAL



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-08>

Marcia Kern¹

Introdução

Este artigo tem como objetivo apresentar, através de uma abordagem histórica e pelas lentes dos estudos de gênero, os acontecimentos que marcaram o dia 25 de novembro de 1960 quando as irmãs Pátria, Minerva e Maria Teresa Mirabal junto com Rufino de la Cruz foram mortas em uma emboscada na Província de Salcedo, região norte da República Dominicana, durante o período de ditadura trujillista implantada no país. Na sequência, é traçado um breve panorama a respeito da trajetória das chamadas Mirabal, principalmente sob a perspectiva da produção literária sobre o tema. Por fim, são trazidos alguns dados documentais esclarecedores a respeito de uma das tantas lutas travadas por Minerva Mirabal em busca de acesso ao saber e livre exercício profissional.

Os acontecimentos

Os acontecimentos que agora interessam podem ser vistos como trampolim para mergulhos a demandarem diferentes fôlegos por parte do(a) pesquisador(a). Antes do mergulho que se pretende um pouco mais profundo, a saber a história de resistência das irmãs Mirabal, haverá fôlego para uma visada sob uma perspectiva mais ampla. Tendo como mote a trajetória de Minerva, Patria e Maria Teresa Mirabal, destaca-se a obra escrita pela quarta irmã, Bégica Adelia Mirabal Reyes conhecida como Dedé, *Vivas em su Jardim* (2009). Além dessa, ganharam notoriedade nesse contexto literário, *Minerva Mirabal: Historia de una Heroína*, de Galvan Wilian (2005);

¹ Doutoranda em História na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Literatura Brasileira UFRGS, Coordenadora do Núcleo de Direito, História e Literatura da Escola Superior da Magistratura,

En el tiempo de las mariposas, de Julia Alvarez (2005); e *A Festa do Bode*, de Mario Vargas Llosa (2011).

Lerner (2019, p.29) ainda na parte introdutória ao estudo a respeito da criação do patriarcado, afirma que as mulheres, mesmo tendo feito história, foram “impedidas de conhecer a própria História e de interpretar a história, seja a delas mesmas ou a dos homens”. Agora e sempre, portanto, é hora de lembrar a razão pela qual algumas datas mostram-se significativas no calendário do ativismo contra qualquer espécie de violência de gênero.

Nascidas na região de Ojo de Agua, na cidade de Salcedo, na República Dominicana, Patria Mercedes Mirabal Reyes (27 de fevereiro de 1924 - 25 de novembro de 1960), Bélgica Adela Mirabal Reyes (01 de março de 1925 - 01 de fevereiro de 2014), Maria Argentina Minerva Mirabal Reyes (12 de março de 1926 - 25 de novembro de 1960) e Antônia Maria Teresa Mirabal Reyes (15 de outubro de 1936 - 25 de novembro de 1960), eram filhas do casal Enrique Mirabal Fernandez e Mercedes Reyes Camilo.

Resumidamente, pode-se dizer que Maria Tereza e Patria foram levadas à militância política pela influência de Minerva, figura à qual foi dedicada maior atenção no decorrer do texto eis que, aliados às informações contidas nas obras literárias mencionadas, há registros documentais dando conta da sua luta para permanecer como estudante de Direito na Universidade de Santo Domingo, assim como da negativa ao direito de exercer a advocacia, em que pese a conclusão do curso. Acrescente-se que, antes disso, Minerva obrigou-se a lutar contra a relutância paterna relativamente sonho de seguir estudando e tornar-se advogada.

A vida adulta de Minerva foi marcada pela militância política contra a ditadura Trijillista, acompanhada pelo marido e mais tarde pelas irmãs, Maria Teresa e Patria, seus cunhados e seu sobrinho. Todos, à exceção de Patria, foram presos pelo Sistema de Inteligência Militar entre março e agosto de 1960, aproximadamente. Minerva e Maria Teresa foram condenadas a uma pena cinco anos de prisão e multa, em um processo sem qualquer possibilidade de defesa. Somente em razão das sanções e medidas políticas adotadas pela OEA a partir da Sexta Reunião de

Consulta de Ministros de Relações Exteriores ocorrida em agosto de 1960², Maria Teresa e Minerva foram postas em liberdade.

Em 25 de novembro de 1960, as três irmãs, juntamente com o motorista Rufino de la Cruz, morreram em um acidente automobilístico, que após um ano, ficou visto tratar-se de um homicídio cometido por ordem de quem, durante 31 anos mandava na República Dominicana e na vida mais íntima da sua gente, *El Jefe Trujillo*.

Restou comprovado que as irmãs Mirabal e Rufino foram vítimas de um crime cometido pelos agentes do Serviço de Informações Militares da ditadura trujillista. O processo criminal instaurado para apurar a morte dos quatro condenou os responsáveis a penas de 30 anos de prisão. Nenhum cumpriu mais do que dois anos de encarceramento. Esse dado, aliado à luta pela liberdade política, já seria um fato suficiente para transformar as três mariposas, nas personagens emblemáticas que hoje são.

Peter Burke (1992, p. 328), analisando a questão da história dos acontecimentos e história das estruturas, lembra que Lucien Febvre, Fernand Braudel e Milar “encaravam os acontecimentos como a superfície do oceano da história, significativos apenas por aquilo que podiam revelar das correntes mais profundas.”. Também fazendo uso da metáfora, Antoine Prost (1933, p.220) considerava o acontecimento como algo que “encontra-se na encruzilhada de vários itinerários possíveis; por isso mesmo, podem ser abordados diversos aspectos que lhe conferem importância variável”. Neste sentido, entendo que os acontecimentos vividos pelas Irmãs Mirabal foram apenas uma pequena mostra da estrutura patriarcal em que estavam envolvidas e que não admitia que mulheres estivessem a frente de lutas políticas. Além disso, desvendam a face mais tirânica das ditaduras, qual seja, o desprezo pelo engajamento coletivo buscando a participação democrática do povo em prol de suas reivindicações.

Burke (2002, p. 24), ao tratar da questão do abandono ao passado no contexto da história e teoria social, traz à discussão o polêmico artigo de Simiand (1903) a respeito dos três “ídolos” da tribo de historiadores – o ídolo da política, o ídolo do indivíduo e o ídolo da cronologia, em uma abordagem crítica à chamada “história

² Sexta Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores, 1960. São José, Costa Rica. <http://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%206.pdf> Acesso em 09/10/2022.

centrada em eventos". Se, por um lado, a crítica se fazia e se faz necessária, principalmente no sentido de expandir o estudo da história principalmente à perspectiva sociológica, não há razão para que a tradição seja descartada principalmente no que diz respeito à cronologia. No presente caso, política, cronologia e trajetórias individuais integram o estudo, juntamente com conceitos centrais relativos à história social. Circunstâncias relacionadas aos conceitos de sexo, gênero, papel social, e classe social foram também fundamentais para compor a presente reflexão.

Acontecimentos e narrativas literárias

Calendários de atividades, agendas, datas comemorativas e dias de ativismo, marcam momentos de mobilização, discussão e criação de estratégias políticas e institucionais incessantes sempre que se está a falar a respeito de pautas significativas. Essas pausas para reflexão, em ambientes escolares, instituições acadêmicas, estatais, espaços artísticos e culturais mostram-se de extrema importância e necessidade a fim de que, através da memória e das histórias da luta das mulheres, mais pessoas se sintam encorajadas a seguir em frente, em que pese as mais variadas espécies de dificuldades encontradas pelo caminho.

O primeiro encontro Feminista Latino-americano e Caribenho aconteceu em 25 de novembro de 1981. Em 25 de novembro de 1999, a ONU instituiu o Dia Internacional pela Eliminação da Violência contra as Mulheres. Essas datas não foram escolhidas ao acaso, principalmente no que diz respeito ao encontro Feminista Latino-americano e Caribenho, mas estão relacionadas ao 25 de novembro de 1960, quando, em plena ditadura trujillista instalada na República Dominicana, três mulheres conhecidas, dentro do movimento de resistência denominado 14 de julho³ como as "três mariposas" foram mortas em meio a uma emboscada.

Neste sentido, faz-se importante destacar o papel das narrativas literárias que foram fundamentais na elaboração coletiva das memórias, tanto da vida política da

³ Movimiento Revolucionario 14 de Junio, também conhecido como Agrupación Política 14 de Junio foi um movimento guerrilheiro de esquerda na República Dominicana que lutou contra a ditadura de Rafael Leónidas Trujillo e era liderado pelo advogado dominicano Manolo Tavárez Justo. Chegou a cobrir quase todo o território dominicano com cerca de 300 militantes incluindo as irmãs Mirabal.

República Dominicana dos anos de ditadura, quanto da resistência incorporada pelas irmãs Mirabal. A vida é cheia de histórias, singelas, complexas, curtas, longas, todas prontas para serem contadas. Muda o jeito como se conta, mudam as perspectivas e, justamente nesse sentido, deve haver olhar atento. A mão que segura a pena, os dedos ágeis do teclado devem ser ao mesmo tempo míopes e mirar à diante: para o que e para quem se escreve. Nesse sentido, é cada vez mais importante que aquele(a) que escreve esteja consciente do seu papel e da lealdade a ser mantida com quem irá se apropriar desse resultado.

Pensando assim, o escritor e a escritora que abordam as trajetórias que receberam destaque nessa análise deixaram claro que, acima de tudo, são artistas e, sendo assim, pincelam a realidade com as cores da imaginação. Nada impede, no entanto, que no caminho da representação literária, acontecimentos, datas, nomes e detalhes, encontrem correspondência na realidade histórica. O fato é que, quis o andar da escrita da memória que a narrativa literária fosse, dentre outras, uma bela fonte de estudo neste caso. Além dos teóricos, aqueles que fazem da escrita a sua arte, trazem dados de proporção inestimável na descoberta de detalhes a serem investigados a respeito dessas três mulheres.

Julia Alvarez, ao tratar exatamente do aspecto que agora nos interessa, chama a atenção para o fato de que sua novela não é um documento histórico, e sim uma maneira de viajar pelo coração humano (2005, p.426). Um pouco antes, lembra que as personagens do livro não são as irmãs Mirabal da lenda ou da realidade, acrescenta que nunca as conheceu e que o livro não apresenta intenções biográficas. *En el tiempo de las mariposas* apresenta as irmãs Mirabal em meio a uma narrativa marcada pela cronologia, com espaço de fala ficcional a cada uma das irmãs, inclusive à Dedé. No espaço destinado à Maria Teresa, a narrativa se dá em forma de diário, o que convida o(a) historiador(a) à pesquisa a respeito da existência efetiva desse registro. Pelo pouco que se pode observar, não há evidências de que o diário que ilustra o livro de Álvarez, tenha existência fora da esfera da imaginação da autora e da representação literária.

Em *A festa do bode*, Vargas Llosa destaca Minerva, Maria Teresa e Patria, porém, de forma bastante reduzida deixando à protagonista ficcional Urania Cabral o controle do fio condutor da obra. Essa, evidentemente, diz respeito aos tempos de

tirania de Rafael Trujillo, também conhecido por "*el bode*". Como explica o jornalista e escritor brasileiro José Nêumanne, a alcunha atribuída ao ditador relacionando-o ao mencionado animal apresenta evidente conotação misógina:

O Bode do título, bicho-símbolo da resistência à aridez e iguaria típica da cozinha latino-americana, dos mares do Caribe aos sertões do Nordeste brasileiro, foi inspirado na alcunha do tema do texto. Lá e cá, o rei dos chiqueiros de cabras é identificado com o macho promíscuo que espalha seu sêmen pelas fêmeas da tribo – papel que o ditador dominicano procurou exercer, ainda quando a próstata inflamada cobrou-lhe o dízimo da impotência. Um dos episódios mais chocantes – e nem por isso menos realista – do romance é o de sua tentativa de desvirginar a protagonista, Urania Cabral, usando o dedo para compensar brutalmente a impossibilidade da penetração convencional. (NÊUMANNE, 2002, s/p.)

Minerva

Llosa, grande conhecedor dos limites entre ficção e realidade, os quais muitas vezes apresentam a espessura de um fio de cabelo, chama a atenção para as histórias contadas sobre Minerva lembrando que "naquela época, ela já era uma lenda no pequeno mundo da luta clandestina contra Trujillo. Das coisas que se dizia a seu respeito, quais eram verdadeiras, quais eram exageradas, quais eram inventadas?" (2011, p. 161). É com esse mesmo cuidado que o autor aborda um dos episódios mais emblemáticos, quando se está a tratar da figura de Minerva e dos possíveis abusos contra as mulheres cometidos pelo ditador:

Diziam que quando era adolescente se atreveu a rejeitar o próprio Trujillo, recusando-se a dançar com ele, e que por isso seu pai foi exonerado da prefeitura de Ojo de Água e mandado para a prisão. Outros, insinuavam que não foi só isso, que ela também esbofeteou o Bode porque, na dança, passou a mão onde não devia ou disse uma grosseria. (LLOSA, 2011, p. 161)

Infelizmente, não há como saber o que aconteceu naquele baile. Porém, há espaço para que a história se encarregue do estudo de muitos outros crimes contra mulheres e contra a humanidade, cometidos por Trujillo e sob as suas ordens.

Segundo dados do Museu Memorial da Resistência Dominicana, "mais de 50 mil pessoas morreram no período de opressão e turbulência política de 1916 a 1978, incluindo pelo menos 17 mil haitianos em um massacre cometido na fronteira por forças dominicanas sob ordens de Trujillo, em 1937⁴." Qual teria sido o número de mulheres mortas naquela ocasião? Quem eram? Como morreram? Quais as suas histórias? Como é possível e por quê, entre tantas mulheres, escolher uma cuja pequena parte da história, agora, mereça ser contada em detalhes?

Em primeiro lugar, porque uma resposta mais efetiva contra os crimes da ditadura dominicana teria sido implantada na mente e na vontade política dos de cima a partir do momento em que três mulheres jovens, de classe média alta, cujo pai inicialmente pertencia ao regime, foram brutalmente mortas. Esse fato, naturalmente, chamou a atenção daqueles que ainda podiam viver com alguma tranquilidade e conforto naquele contexto. A maioria do povo, além de lutar pelo mínimo necessário à sobrevivência, era literalmente dizimada caso se opusesse ao regime. Plantando verdades em meio à ficção, Llosa comenta que, entre as elites, ouvia-se dizer: "- Mataram nossos pais, nossos irmãos, nossos amigos. Agora também nossas mulheres. E, nós, resignados, esperando a nossa vez." (2011, p. 159). A reação veio em maio de 1961, com o assassinato de Trujillo.

Em segundo lugar, o presente recorte se deve ao fato de que Minerva Mirabal, foi, dentre todas, a irmã de maior expressão relativamente à militância política. Além disso lutou, durante toda vida pelo direito de ter acesso ao estudo e ao exercício da profissão que escolheu.

Agora, dado impulso ao mergulho sob a espuma dos acontecimentos, e já é possível observar, numa profundidade não tão distante da superfície, a escuridão abissal, característica do espaço destinado a muitas mulheres por conta do patriarcado. A escuridão do espaço mais distante possível relativamente a qualquer

⁴ ARCHIBOLD, Randal C. Museu de horrores recorda ditadura. Folha de São Paulo, 26 de setembro de 2011. Acesso em 09/10/2022. <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/newyorktimes/ny2609201107.htm>

luz transmitida pelo saber e à educação formal, porque, afinal, saber é poder.

Quase cem anos e 5789 milhas marítimas estão entre quem agora escreve e a realidade da jovem Minerva. Além disso, em que pese a importância do objeto de estudo, o processo que agora se desenvolve, leva em conta a subjetividade da escritora, a qual, como lembra Meyrer (2021, p. 138) "não é alheia às crenças, aos sistemas de valores e às visões de mundo do historiador." De modo especial, interessa agora pensar a respeito da forma como Minerva teve que lidar, desde cedo, com a busca da liberdade num contexto permeado por atitudes que ainda não tinham nome, mas que certamente lhe causavam repulsa: a dominância paternalista e a opressão, como tais definidos por Lerner somente em 1977 (2019, p. 283).

Quando se fala em subordinação e violência contra as mulheres, muitas vezes os olhares se concentram no ambiente privado, representado pela unidade doméstica. Contudo, segundo Bourdieu (2020, p. 16) a escola e o Estado se apresentam como lugares de "elaboração e de imposição de princípios de dominação." No caso de Minerva, o que nos contam as narrativas biográficas é que entre a sua licenciatura em Letras e Filosofia e o ingresso na faculdade de direito, passaram-se seis anos, durante os quais a jovem teve que lidar com a ausência de permissão do pai para que continuasse a estudar.

Neste momento, outras fontes, como registros jornalísticos e documentos oficiais começam a entrar em cena, num convite à prática da micro-história que "é essencialmente baseada na redução da escala da observação, em uma análise microscópica e em um estudo intensivo do material documental." (LEVI, 1992, p. 37). Em 1952, Minerva enfrentou a subordinação patriarcal dando início ao curso de Direito na Universidade de Santo Domingo. Sua atividade política já se fazia presente e, por essa razão, ao concluir o primeiro ano letivo, teve negada a possibilidade de renovação de matrícula para dar andamento à formação. Nesse momento, foi preciso que pedisse por escrito à Trujillo a volta à faculdade em correspondência enviada ao ditador que, posteriormente foi publicada na íntegra no jornal El Caribe na edição de 20 de outubro de 1953⁵. Na correspondência, Minerva roga que a mão onipotente do

⁵ RAMOS, Alejandro Paulino. Minerva Mirabal tuvo que rogar a Trujillo para que le permitiera estudiar en la Universidad. Revista Acento. 15 de agosto de 2011. <https://acento.com.do/cultura/minerva-mirabal-tuvo-que-rogar-a-trujillo-para-que-le-permitiera-estudiar-en-la-universidad-110896.html> Acesso em 09/10/2022.

presidente solucione seu problema e que cursar a faculdade de Direito era o sonho de toda uma vida, colocando-se "sincera e espontaneamente, cheia de fundo fervor trujillista a disposição para qualquer manifestação, qualquer discurso, contribuindo com suas humildes palavras em atenção à sua egrégia pessoa."

A nota de rodapé, publicada logo após a íntegra da carta, menciona o tom de reprimenda política do ato de negativa da matrícula:

[...] em fuentes que le merecen entero crédito a EL CARIBE se ha podido saber que a que se refiere la estudiante Minerva Mirabal, tiene sus raíces em las comprobadas conexiones que ella mantenía com dirigentes del Partido Comunista y com agentes al servicio de Moscú em la Zona del Caribe [...]

A publicação dessa carta na íntegra em veículo de imprensa, com o detalhe da nota de rodapé, dava o tom a respeito das regras vigentes na República Dominicana. Ao ditador cabia permitir ou negar o acesso à Universidade e as razões para tanto eram claramente expostas.

Maria Argentina Minerva Mirabal Reyes concluiu os estudos de Direito na Universidade Estadual de Santo Domingo em 1957 com as mais altas honras e qualificações, recebendo o mérito "*Summa cum Laude*⁶", sem, contudo, obter a licença federal para o exercício da profissão de advogada⁷. Mais uma vez, a narrativa ficcional encontra eco na história e apresenta, sob a perspectiva da escrita literária, a crítica sobre o ocorrido:

A ditadura permitiu que Minerva estudasse Direito só para, ao se formar – vingança bem planejada - negar-lhe a licença profissional, quer dizer, condená-la a não trabalhar, a não ganhar a vida, a ficar frustrada, em plena juventude, com cinco anos de estudos desperdiçados. (LLOSA, 2011, p.162).

Quantos "nãos" ouviu essa mulher? No universo das relações familiares, na

⁶ Momento histórico: Presidente otorga exequátur post mortem como doctora en derecho a Minerva Mirabal. Presidencia de la Republica Dominicana. 25 de novembro de 2020.

⁷ Idem.

trajetória acadêmica, no exercício vida profissional. Como se tudo isso não bastasse, sobreveio o irremediável não à liberdade de estar viva, inevitavelmente ela continuaria lutando.

Em 25 de novembro de 2020 reconhecendo

[...] que pese a merecer tal exequátur, el mismo le fue negado por la tirania trujillista, em razon de su actitud de defensa de la liberad y lucha contra los excesos del régimen y la injustificable opression exercida contra em pueblo”, o Presidente da República Dominicana, Luis Abinader concedeu à Minerva “exequátur como reconocimiento post mortem por honrar su memória, trayectoria, grandes méritos y aportes a la sociedad dominicana”.⁸

CONCLUSÃO

Como foi mencionado, a importância das irmãs Mirabal no contexto dos acontecimentos que resultaram na morte de Rafael Trujillo ensejou um movimento que, ao longo do tempo, resultou na expressiva narrativa, principalmente literária, a respeito da trajetória de Pátria, Minerva e Maria Teresa. O recorte aqui colocado sobre uma das tantas lutas de Minerva demonstra que a negativa de acesso ao saber, ao estudo e ao livre exercício profissional às mulheres está e sempre esteve à mostra de quem quisesse ver. Nas entrelinhas, lacunas e rodapés relativamente a tudo o que pode ser considerado como fonte, o(a) historiador(a) deve ter olhar míope, para encontrar, dados a acrescentar a essa parte da história que ainda não foi escrita.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Julia. **En el tiempo de las Mariposas**. Londres, Reino Unido: Plume, 2005.

BORDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

BURKE, Peter. **História e teoria social**. São Paulo: Editora da UNESP, 2002.

FIGUEIREDO, Adriana Aparecida de. **La fiesta del chivo de Mario Vargas Llosa, uma visão literária da história**, Faculdade de Ciências e Letras, Dissertação de mestrado

⁸ Ibidem.

– Universidade Estadual Paulista, Faculdade de ciências e Letras de Assis, 2003, disponível em <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/99167>

GALVAN, William. **Minerva Mirabal: história de una heroína**. Disponível em-
<https://books.google.com.br/books>

GINZBURG, Carlo. **Il filo e le trace Vero falso finto**, Editore Milano, 2015.
Maíra Ines Vendrame, Alexandre Karsburg, Paulo Roberto Staudt Moreira (orgs.).
Ensaio de Micro-história, trajetórias e imigração. São Leopoldo: Oikos; Ed. Unisinos.

LERNER, Gerda, **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens**. São Paulo: Cultrix, 2019.

LEVI, Giovanni, **Sobre a Micro-História**. In.: Burke, Peter (org). **A Escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: Editora UNESP, 1992.

_____ **30 anos depois: repensando a Micro-História**. In: Maíra Ines Vendrame, Alexandre Karsburg, Paulo Roberto Staudt Moreira (orgs.). *Ensaio de Micro-história, trajetórias e imigração*. São Leopoldo: Oikos; Ed. Unisinos, p. 18-31.

LIMA, Henrique Espada. **Micro-História**. In: Ciro Flamarion Cardoso; Ronaldo Vainfas (orgs.). *Novos Domínios da História*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____ **Micro-história italiana**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.(SEGUNDA PARTE), cap. IV. *Con il poco farete assai: a microstoria* de Carlo Ginzburg), p. 277-363.

MEYRER, Marlise, **Memórias LGBT e escola**. In.: Marlise Regina Meyrer, Monica Karawejczyk (org) *Narrativas de Gênero: as várias faces dos estudos de gênero*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2021.

MIRABAL, Dedé. **Vivas em su Jardín**. New York: Vintage Español, 2009.

NÊUMANNE, José. Retrato de corpo inteiro de um tirano comum. In.: **Digestivo Cultural**, [São Paulo, 2002]. Disponível em:
https://www.digestivocultural.com/ensaios/ensaio.asp?codigo=12&titulo=Retrato_de_corpo_inteiro_de_um_tirano_comum. Acesso em: 25/09/2022.

PERGUERO, Valentina. **Mujeres Dominicanas em la Trinchera Política: La Lucha de Minerva Mirabal**. Lima, 2007.

PROST, Antoine. **Doze lições sobre a história**. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

VARGAS LLOSA, Mario. **A festa do bode**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

WILIAM, Galvan. **Minerva Mirabal: Historia de una heroína**. Espanha; Mediabyte S/A, 2005.

9. O PAPEL DA SOFT LAW NO GERENCIAMENTO DE PRECEDENTES ENVOLVENDO CONFLITOS ESTRUTURAIS NO BRASIL: UMA PROPOSTA CONCRETA



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-09>

Cíntia Teresinha Burhalde Mua¹

Introdução

O direito brasileiro sob a perspectiva da *soft law* ainda é assunto incipiente.

A pretensão deste ensaio é abordar o tema acadêmico- pragmáticamente, tendo por norte um dos objetivos do mestrado profissional da Escola Nacional de Formação de Magistrados – a pesquisa aplicada com foco na eficácia e eficiência do sistema de Justiça nacional.

Para levar a cabo apontada aspiração, o ensaio está estruturado em três partes. A primeira estuda a força persuasiva da *soft law* aplicada ao processo coletivo, nos cenários internacional e pátrio. A segunda, a força persuasiva da *soft law* aplicada ao processo coletivo estruturante. Em derradeiro, o estudo apresenta proposta de minuta de *soft law* para o gerenciamento do processo coletivo estruturante e dos precedentes a eles correlatos.

A pesquisa: a) orientar-se-á pelos seguintes métodos de investigação (ou procedimentais): comparativo, monográfico, estatístico, tipológico e estruturalista; b) utilizará o método de interpretação tópico-sistemática, na acepção de FREITAS (2010); c) será exploratória (qualitativa) e explicativa, utilizando-se da pesquisa documental (especialmente bibliográfica, legislativa e jurisprudencial), elementos de outros estudos.

¹ Doutoranda em Direito pela PUCRS. Mestre em Instituições de Direito do Estado (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006). Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional (UFRGS, 2015). Especialista em Direito Processual Civil (PUCRS,1998). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1995). Juíza de Direito desde 1998. Docente, pesquisadora e contetudista na Escola Nacional de Formação de Magistrados desde 2014. Docente no PPGD da FMP/RS. Docente no Centro de Formação de Pessoas do Tribunal de Justiça do RS desde 2015. Coordenadora dos Núcleos de Estudos sobre Processo Coletivo (desde 2008) e Neurociência Aplicada ao Direito (desde 2018), ambos na Escola Superior da Magistratura da AJURIS. Membro do Centro de Inteligência do Poder Judiciário gaúcho. Membro do LIODS (Laboratório de Inovação e ODS) JUSClima, do Conselho Nacional de Justiça. Autora de livros e artigos científicos. <http://lattes.cnpq.br/9922069811486300> ; <https://orcid.org/0000-0002-3478-1840>

1 Da força persuasiva da *soft law* aplicada ao processo coletivo

1.1 Incidência do direito internacional

A terminologia *soft law*² é originária do direito internacional, em contraposição semântica à denominada *hard law*, categoria que contempla as espécies expressamente previstas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça³⁴⁵

Independentemente de ser considerada ou não uma fonte autônoma do direito internacional – controvérsia de transborda do objeto deste estudo – são amplamente conhecidas as funções da *soft law*: (a) na indução de comportamentos⁶ e (b) na conformação evolutiva das normas cogentes sobre o tema de sua incidência⁷.

² A discussão acerca da precisão terminológica que envolve a locução não será abordada neste ensaio, mas pode ser vista em. RAMOS, Mariana dos Anjos. **"Responsabilidade de Proteger" dos Estados e sua Dimensão Jurídico-normativa**. Dissertação de mestrado. USP. São Paulo, 2013, 177p; p. 29-34 Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-14052015-144250/pt-br.php>. Acesso: 28/05/2021

³ Artigo 38

1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar:

2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;

4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.

⁴ A natureza da enumeração do artigo 38 do ECIJ (se taxativa ou exemplificativa) é objeto de discussão doutrinária (Sobre o tema: DE OLIVEIRA Rafael Santos. **O papel da soft law na efetivação do direito ambiental internacional**. Dissertação de mestrado. UFSM, 2005), assunto que não será aqui tratado, pois transcende o escopo deste trabalho.

⁵ Exemplificativamente, no âmbito processual, *lato sensu*, a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, aprovada pelo Decreto Legislativo no 52, de 25 de abril de 2002, promulgada pelo Decreto nº 431, de 23 de julho de 2002.

⁶ Neste sentido, exemplificativamente: GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistêmicas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 95 (abril-junho 2016). Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RDConsInter_n.95.13.PDF. Acesso: 24/03/2021;

FERREIRA, ABEL SEQUEIRA. **A soft law e a juridicidade dos códigos de governo das sociedades**. Disponível em

[em %20A%20soft%20law%20e%20a%20juridicidade%20dos%20c%C3%B3digos%20de%20governo%20das%20sociedades.pdf](#). Acesso: 25/03/2021

⁷ BRITTO, Carlos Ayres. **Soft law e hard law como caminho para afirmação do direito à proteção de dados: uma análise da experiência internacional e brasileira**. Disponível em: <https://www.ayresbritto.com.br/wp->

A *soft law* é utilizada ampla e horizontalmente⁸, com destaque nas temáticas dos direitos Humanos⁹, ambiental¹⁰, comercial, administrativo¹¹, processual¹², societário¹³, tributário¹⁴ e criminal¹⁵.

No processo coletivo transnacional, decorrente de dano transfronteiriço ou não, são atualíssimas as discussões no continente europeu, a partir da Recomendação da Comissão nº 2013/396/UE, de 11 de junho de 2013, sobre "*os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União*".

O tema tomou maior relevo a partir do estudo analítico da efetividade da Recomendação nº 2013/396/EU, objeto do "*Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu*", datado 25.1.2018 sobre a aplicação da Recomendação já mencionada.

O relatório¹⁶ avalia a "*aplicação prática da recomendação*" no quadriênio imediatamente posterior à sua publicação, assentando-se nas seguintes premissas:

content/uploads/2020/03/SoftLaw_HardLaw_como_caminho_para_afirmação_direito_prote%C3%A7%C3%A3o_dados.pdf . Acesso: 25/03/2021

⁸ Inobstante não se desconheça a crítica levada a efeito pela Resolução do Parlamento Europeu nº 2007/2028(INI), disponível em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/724da70f-6044-4851-a562-a96561f01da3> . Acesso 24/03/2021

⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), disponível em <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf> . Acesso: 24/03/2020

¹⁰ Sendo exemplos, a Declaração de Estocolmo de 1972, disponível em https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/REV.1 . Acesso: 23/03/2021; a agenda 2030, disponível em <https://sdgs.un.org/2030agenda> . Acesso: 23/03/2021

¹¹ Recomendação do conselho da OCDE sobre integridade pública, disponível em <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf> . Acesso em 24/03/2020

¹² Neste sentido, as Regras sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional (As Regras de Praga). Disponível em: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>. Acesso: 23/03/2021

¹³ *Comply or explain* (Recomendação nº 2014/208/UE). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0208&from=SK> . Acesso em 24/03/2021

¹⁴ Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio de 1994 (GATT 1994), disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt_e.htm . Acesso: 24/03/2021

¹⁵ Decisão 2008/616/JAI do Conselho, de 23 de Junho de 2008, referente à execução da Decisão 2008/615/JAI, relativa ao aprofundamento da cooperação transfronteiras, em particular no domínio da luta contra o terrorismo e da criminalidade transfronteiras. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/:PDF> . Acesso: 25/03/2021

¹⁶ Disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ce205b8-53d2-11ea-aece-01aa75ed71a1/language-pt> . Acesso: 24/03/2021

1) grau de evolução legislativa desde a adoção da Recomendação; 2) eficiência na aplicação principiológica adotada na diretiva; 3) as práticas decorrentes da aplicação concreta da normativa ou, em caso contrário, a forma de tutela danos em larga escala. 4) a contribuição efetiva da legislação nacional implantada para a consecução dos objetivos do documento em referência, quais sejam, "*facilitar o acesso à justiça e a prevenção da litigância abusiva*"; 5) necessidade de adoção de medidas "complementares em relação aos mecanismos de tutela coletiva a nível da União Europeia".

A conclusão do relato é bastante intuitiva: há grupos que seguem as diretrizes da Recomendação e que legislaram internamente ou aprimoraram a legislação já existente; no outro flanco (bem reduzido), há os países que não tem qualquer normativa interna a respeito, estendendo-se a discussão sobre a extraterritorialidade da legislação que mais atenda à principiologia da Recomendação em voga, para a proteção dos cidadãos do país legislativamente omissos, pois o ofendido é cidadão europeu.

1.2. Incidência no direito pátrio

O Supremo Tribunal Federal já assentou a constitucionalidade do poder normativo "primário"¹⁷ do Conselho Nacional de Justiça, que decorre diretamente do § 4º do artigo 103-B da Carta Magna, bem como que o exercício deste poder normativo não ofende o princípio da separação dos Poderes, tampouco o sistema federativo.

O entendimento do Pretório Excelso diz com o reconhecimento do princípio da juridicidade, que decorre da força vinculante do estabelecido pelo Poder Constituinte, legitimando o agir do Conselho e superando a objeção de legalidade em sentido estrito.

Para os fins deste estudo, esta ensaísta compreende que todos os atos normativos do CNJ enquadram-se no conceito de *soft law*, desimportando a forma em que editados. Muito embora as resoluções tenham caráter geral e abstrato, são

¹⁷ ADC nº12, Relator: Min. Carlos Ayres Britto, j. 20/08/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso: 25/03/2021

cogentes tão-somente *para o Poder Judiciário nacional*¹⁸; e, portanto, excluídas do compasso da *hard law*.

A hipótese em investigação, neste tópico, é qual o estado da arte da matéria no Brasil, no recorte específico das normativas do Conselho Nacional de Justiça atinentes ao gerenciamento do processo coletivo e do sistema de precedentes.

1.2.1 Processo coletivo

A Resolução Conjunta nº 2, de 21/06/2011, institui os cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta, operacionalizados pelo CNJ e CNMP.

O resultado está materializado na plataforma pública de BI (business intelligence), denominada CACOL (cadastro nacional de ações coletivas), que pode ser acessado pela página do DATAJUD/CNJ¹⁹, conforme imagem ilustrativa que segue:



Figura 1 - Fonte: CNJ

¹⁸ Exclusive o Supremo Tribunal Federal

¹⁹ <https://www.cnj.jus.br/sistemas/datajud/>. O acesso ao CACOL também pode ser feito pela página dos painéis CNJ, disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis-cnj/>. Acesso: 12/06/2021

Acessando o CACOL, descortina-se ao operador um painel analítico dinâmico de dados estruturados, que permite pesquisar por diversos filtros, como segmento da Justiça, órgão julgador, unidade judiciária, Estado de origem, número do processo, assunto e código do assunto; tudo no espectro das Ações Cíveis Coletivas, Ações Cíveis Públicas, Ação Popular e Mandado de Segurança Coletivo:

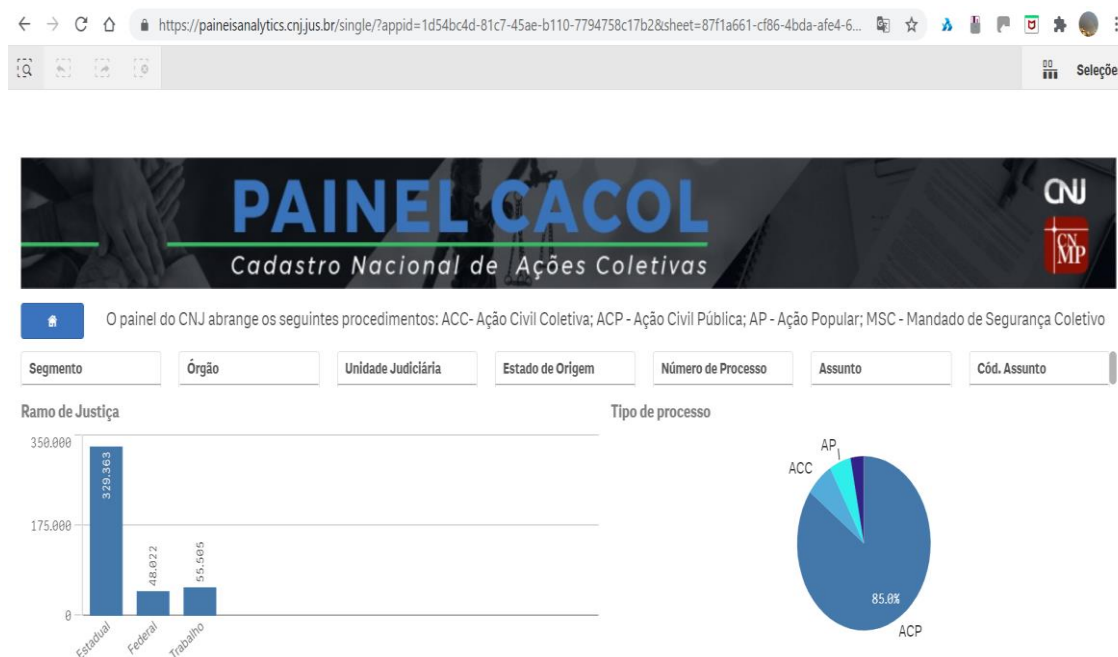


Figura 2 - Fonte: CNJ

Os metadados estruturados disponíveis são apresentados nas tabelas *Excel* a seguir, que podem ser exportada para estudos customizados:

Partes do processo

Segmento	Órgão	Unidade Judiciária	Estado de Origem	Número de Processo	Tipo	Descrição do Tipo	Parte	Nome
Estadual	TJAM	VARA DA COMARCA DE ENVIRA	AM	00000010320158044001	ACP	Ação Civil Pública	-	-
Federal	TRF1	Itaituba	PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	AT - Polo Ativo	INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBI RECUSOS NATURAIS RENOVAVEIS IB
Federal	TRF1	Itaituba	PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	FL	COORDENACAO DE EXECUCAO ORCAM FINANCEIRA
Federal	TRF1	Itaituba	PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	PA - Polo Passivo	14J GRUPO DE ARTILHARIA DE CAMPAN
Federal	TRF1	Itaituba	PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	PA - Polo Passivo	A.F.D.P
Federal	TRF1	Itaituba	PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	PA - Polo Passivo	COMPANHIA ENERGETICA DO MARANH
Federal	TRF1	Itaituba	PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	PA - Polo Passivo	ELETROBRAS ESTABELECIMENTOS UN
Federal	TRF1	Itaituba	PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	PA - Polo Passivo	L.R.D.A
Estadual	TJMT	MATUPÁ - VARA ÚNICA	MT	00000010420168110111	ACP	Ação Civil Pública	-	-
Trabalho	TRT15	1ª VARA DO TRABALHO DE AMERICANA	SP	00000010520125150007	ACP	Ação Civil Pública	-	-
Estadual	TJPR	MANOEL RIBAS - JUÍZO ÚNICO	PR	00000010520128160111	AP	Ação Popular	-	-
Estadual	TJBA	VARA DE JURISDIÇÃO PLENA - IACU	BA	00000010619990050163	AP	Ação Popular	-	-
Estadual	TJES	SUMARE	SP	00000010620148000063	ACP	Ação Civil Pública	-	-
Estadual	TJSP	VARA UNICA DE NUPORANGA	SP	00000010720138260397	ACP	Ação Civil Pública	-	-
Federal	TRF1	3ª Uberlândia	MG	00000010820104013803	ACP	Ação Civil Pública	AT - Polo Ativo	MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

Para as pessoas físicas serão exibidos exclusivamente as iniciais, de forma a anonimizar os dados pessoais, nos termos da LGPD.

*Em razão da realização de diversas cargas corretivas pelos Tribunais no Datajud durante o mês de agosto, o painel ainda não possui todos os dados e será alimentado à medida que recebermos as informações dos respectivos órgãos.

Atualizado em: 26/03/2021 15:25:00

Figura 3- Fonte: CNJ

Partes do processo

Estado de Origem	Número de Processo	Tipo	Descrição do Tipo	Parte	Nome	Data do Ajuizamento	Data da Sente...	Data do Arquiv...
AM	00000010320158044001	ACP	Ação Civil Pública	-	-	19/02/2020	-	-
PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	AT - Polo Ativo	INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS IBAMA	-	-	-
PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	FL	COORDENACAO DE EXECUCAO ORCAMENTARIA E FINANCEIRA	-	-	-
PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	PA - Polo Passivo	14J GRUPO DE ARTILHARIA DE CAMPANHA	-	-	-
PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	PA - Polo Passivo	A.F.D.P	-	-	-
PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	PA - Polo Passivo	COMPANHIA ENERGETICA DO MARANHÃO/CEMAR	-	-	-
PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	PA - Polo Passivo	ELETROBRAS ESTABELECIMENTOS UNIFICADOS	-	-	-
PA	00000010320184013908	ACP	Ação Civil Pública	PA - Polo Passivo	L.R.D.A	-	-	-
MT	00000010420168110111	ACP	Ação Civil Pública	-	-	04/01/2016	-	11/09/2019
SP	00000010520125150007	ACP	Ação Civil Pública	-	-	13/02/2019	21/05/2013	08/04/2019
PR	00000010520128160111	AP	Ação Popular	-	-	23/02/2016	08/10/2015	23/02/2016
BA	00000010619990050163	AP	Ação Popular	-	-	03/03/1999	-	-
SP	00000010620148000063	ACP	Ação Civil Pública	-	-	20/04/2016	-	05/07/2016
SP	00000010720138260397	ACP	Ação Civil Pública	-	-	16/01/2020	28/11/2019	-
MG	00000010820104013803	ACP	Ação Civil Pública	AT - Polo Ativo	MINISTERIO PUBLICO FEDERAL	12/02/2015	07/01/2011	12/03/2015

Para as pessoas físicas serão exibidos exclusivamente as iniciais, de forma a anonimizar os dados pessoais, nos termos da LGPD.

*Em razão da realização de diversas cargas corretivas pelos Tribunais no Datajud durante o mês de agosto, o painel ainda não possui todos os dados e será alimentado à medida que recebermos as informações dos respectivos órgãos.

Atualizado em: 26/03/2021 15:25:00

Figura 4 - Fonte: CNJ

A aplicação permite a visualização dos assuntos mais recorrentes. Outrossim, os processos ajuizados, sentenciados e arquivados nos últimos 36 meses:

158 | Escola da Ajuris no enfrentamento da discriminação

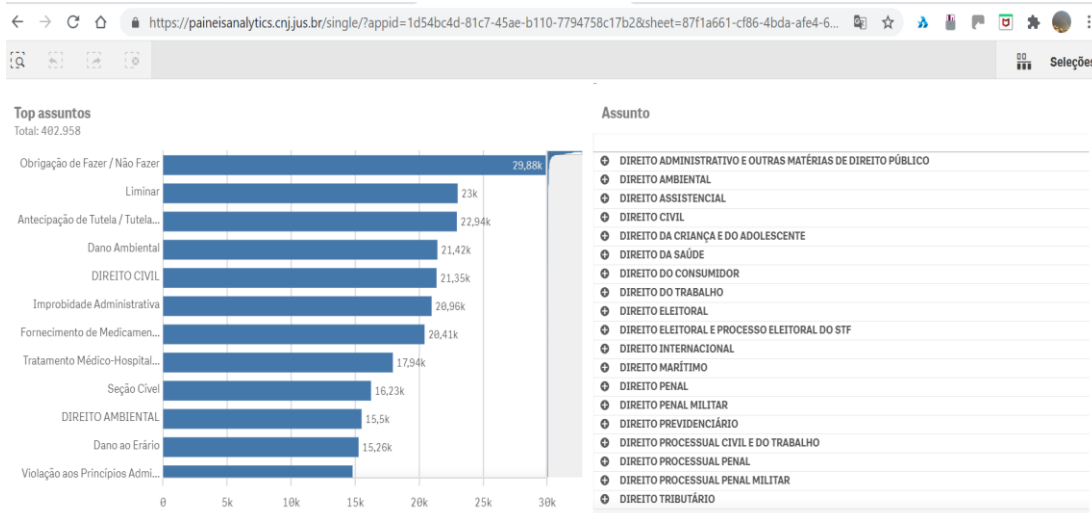


Figura 5- Fonte: CNJ

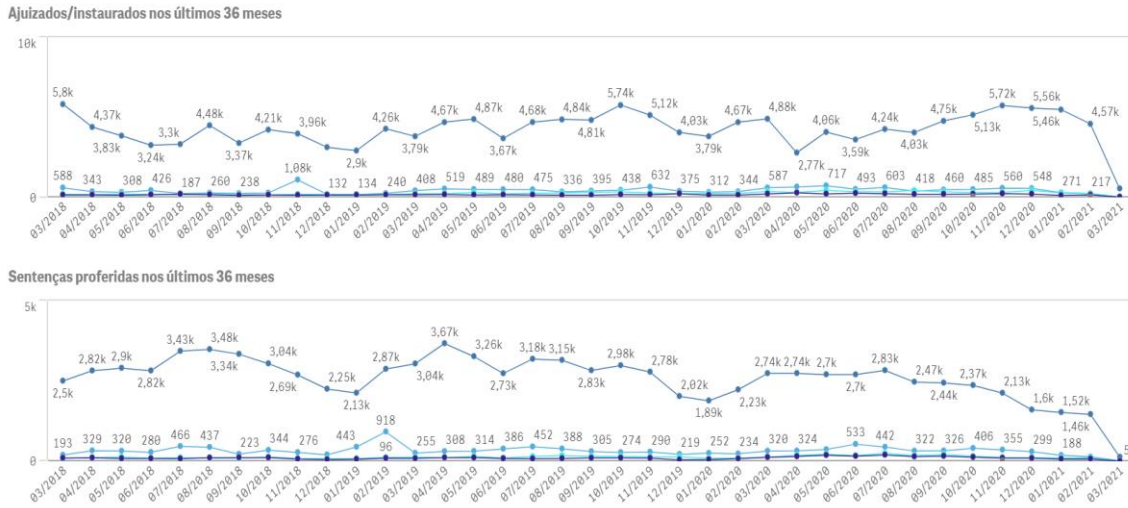


Figura 6- Fonte: CNJ

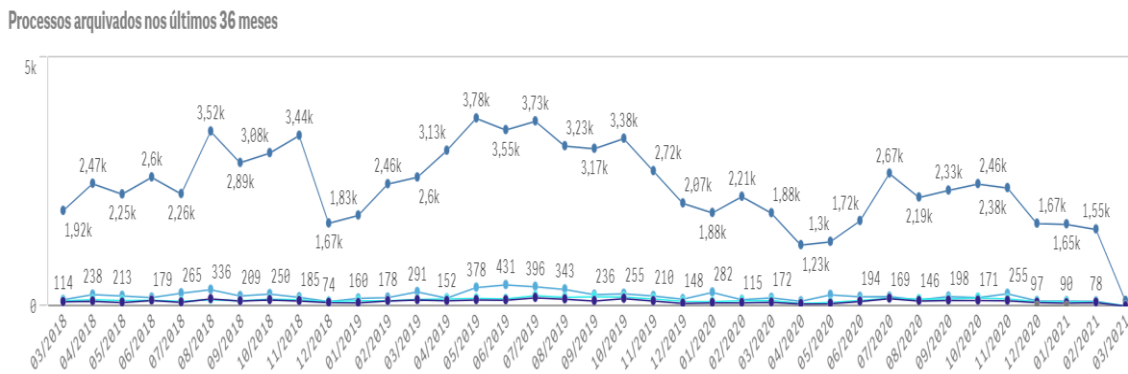


Figura 7- Fonte: CNJ

O CACOL representa inegável avanço, mormente num ambiente de cocriação e colaboração interinstitucional, viabilizando a contextualização de diferentes perspectivas sobre a conflituosidade coletiva, fortalecendo a cultura do compartilhamento de informações, como decorrência do mandado de otimização do dever de transparência, assentado no artigo 37, caput, da Magna Carta e objeto da Lei 12.257/2011, em diálogo com a Lei 13.460/2017, que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

Não obstante, o cadastro nacional de ações coletivas é apenas um dos produtos da base DATAJUD, que carece de diversos aprimoramentos. Exemplificativamente, podem ser citados: (a) alinhamento dos Sistemas de Gestão de Tabelas Unificadas aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável; (b) maior acurácia na estruturação dos dados; (c) identificação dos conflitos estruturais²⁰, complexos e de alta repercussão e grande impacto; (d) inserção de filtros para a avaliação qualitativa da jurisdição de alta complexidade e grande impacto; (e) desenvolvimento de *softwares*, inclusive para a leitura de peças e identificação do *thema decidendum*, as técnicas processuais utilizadas, facilitando a cooperação jurídica nacional e internacional e municiando pesquisas qualitativas, entre outros impactos; (f) uso da inteligência artificial para acompanhamento georreferenciado do cumprimento da decisão-plano (conflitos estruturais) e das decisões ambientais.

A Recomendação nº 76, de 8 de setembro de 2020 *“dispõe sobre recomendações a serem seguidas na gestão dos processos, em termos de ações coletivas, no âmbito do Poder Judiciário”*.

20 Importante mencionar que os conflitos estruturais têm importantes especificidades, podendo ser citadas, verbi gratia: a) exigem postura dúctil de todos os atores envolvidos; b) são potencialmente mais afeitos à autocomposição; c) reclamam decisões-programa ou decisões-plano; d) contemplam coisa julgada rebus sic stantibus; e) demandam uma postura mais proativa do Estado-Juiz; e, não raro, f) reserva de jurisdição para a fase de cumprimento.

A diretiva, entre outras medidas, estimula o uso do poder-dever do juiz contido no artigo 139, X, do CPC²¹ e dos métodos alternativos de resolução de conflitos²². Estabelece prioridade para processar e julgar as ações coletivas, respeitadas as precedências legais dos idosos, doenças graves e pessoas com deficiência. Orienta ao saneamento assertivo, claro e eficiente, ao controle da representação adequada, ao exame da suspensão das ações individuais correlatas ao conflito coletivo e ao exame da necessidade de audiência pública, com regras prévia e claramente estabelecidas; IRDR ²³ e recursos repetitivos ²⁴ *"suscitados, selecionados ou instruídos preferencialmente, a partir de processos coletivos."*

Observamos que (a) a prioridade no julgamento, (a) a suspensão das ações individuais, (3) a preferência dos processos coetâneos como (a.1) esteio para a suscitação do IRDR, (a.2) representativo da controvérsia ou (a.3) berço para a instrução do incidente ou do recurso repetitivo, não estão previstas em lei em sentido formal e material.

Não ignoramos que a questão da possibilidade da suspensão das ações individuais em face da propositura de processo coletivo sobre a mesma macro-lide foi gradualmente acolhida pela jurisprudência, tornando-se precedente obrigatório, desde 2014, tema 589, STJ, em sede de REsp repetitivo, cuja tese é a seguinte: *"Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva."*

Mas a *soft law* em exame transpõe, ao nosso sentir, o mero carácter tautológico, porque está a assentar, metodicamente, as diretrizes para a gestão processual qualificada dos processos coletivos, quer quando estas decorram da lei em sentido estrito (artigo 139, IX, CPC, v.g.), quer de específico precedente vinculante

²¹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

²² Sobre o tema: LUZ, Eduardo Silva; SAPIO Gabriele. Métodos alternativos de resolução de conflitos e a problemática do acesso à Justiça em face da cultura do litígio. **Revista Interfaces Científicas – Direito**. v.6. nº1, p. 9 – 22. Aracaju: Out. 2017

²³ Artigos 976 e seguintes, CPC

²⁴ Artigos 1036 a 1041 CPC

(Tema 589, STJ), quer de construção doutrinária (prioridade na tramitação²⁵ e preferência do processo coetâneo como representativo da controvérsia ou como palco a instauração de IRDR²⁶).

Quanto aos dois últimos aspectos, v.g., a *soft law* em estudo pode atuar como fonte indutora de futura produção legislativa ou de precedente vinculante sobre os mesmos temas.

Em qualquer caso, as estratégias metódicas da Recomendação CNJ nº 76/2020 podem ser validadas em estudos de *accountability* judicial²⁷.

Neste espectro, seria aconselhável que as mesmas funcionalidades constantes no painel CNJ "Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios"²⁸ sejam incorporadas ao CACOL, principalmente porque, segundo a Recomendação em comento, as demandas coletivas serão prioritariamente escolhidas, dentre outras medidas, como representativas da controvérsia.

Ademais, a Recomendação em comento também induz à avaliação de impacto da conflituosidade coletiva, não apenas sob a perspectiva da análise econômica do Direito, mas também sob os vieses socioambiental e antropológico, apenas para citar algumas das searas de interesse, que carecem de sistematização e aprofundamento, o que extrapola o objetivo deste ensaio.

De outra banda, para além do escopo da Recomendação em liça, mas em perfeita sintonia com as suas disposições, poderiam ser objeto de tratamento, por *soft law*, outros aspectos relativos à qualificação da prestação jurisdicional coletiva,

²⁵ FERNANDES, Christiane Alles. Tramitação prioritária da tutela jurisdicional coletiva: uma análise sob a perspectiva constitucional. Disponível em https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/25141/1/Tramita%c3%a7%c3%a3oPriorit%c3%a1riaTutela_Fernandes_2017.pdf. Acesso: 01/04/2021

²⁶ TESHEINER, José Maria; MUA, Cíntia Teresinha Burhalde (2020). Incidente de resolução de demandas repetitivas e ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos: diálogo integrativo. **Revista Do Ministério Público Do Rio Grande Do Sul**, 1(80), 69-77. Recuperado de <https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/206>. Acesso: 01/04/2021

²⁷ CONTINI, Francesco; MOHR, Richard. Reconciling independence and accountability in judicial systems. *Utrecht Law Review*. Volume 3, Issue 2 (December) 2007, p. 28/26-43. Disponível em <https://www.utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.46/galley/46/download/>. Acesso: 12/05/2021: "(...) *the legitimacy of public power is directly connected with mechanisms of accountability, the courts have much to gain by adopting them.*" Tradução livre "(...) a legitimidade do poder público está diretamente ligada a mecanismos de responsabilização, os tribunais têm muito a ganhar ao adotá-los."

²⁸ https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso: 12/05/2021.

como a gestão em rede, tanto da demanda ajuizada (abordagem interventiva) quanto da demanda iminente ou latente (abordagem preventiva), técnicas para identificação de conflitos estruturais, do thema decidendum, da *ratio decidendi*, bem como estratégias para o reconhecimento e aplicação de precedentes, o que será objeto de proposta, na parte final deste trabalho.

A Resolução CNJ nº 339/2020 dispõe sobre a criação e funcionamento do Comitê Executivo Nacional dos Núcleos de Ações Coletivas – NAC, dos Núcleos de Ações Coletivas – NACs²⁹ e dos cadastros de ações coletivas do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal e dos Territórios.

Uma pesquisa singela na internet revela que vários tribunais pátrios já implantaram os Núcleos de Ações Coletivas, sendo exemplos, o STJ³⁰, TST³¹, TJMA³², TJGO³³, TRF2³⁴, TRF3³⁵, TJPR³⁶. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o assunto é objeto do SEI nº 8.2020.0139/000258-3.

Importante gizar que a Resolução nº 339/2020 reconhece *“a necessidade de efetiva implementação e funcionamento adequado do Cadastro Nacional de Ações Coletivas (...) que permita ampla consulta às informações para a otimização do sistema de julgamento das ações de tutela dos direitos coletivos e difuso.*

O acesso material à jurisdição adequada e eficiente dialoga com a otimização dos instrumentos para o tratamento molecular dos conflitos massivos ou repetitivos; bem como exige atenção especial aos litígios estruturais, complexos e de alta repercussão, desnudando a importância seminal da tutela coletiva, como “(...)

²⁹ Que poderão ser constituídos como unidade autônoma ou serem agregados ao NUGEP, caso em que se denominarão NUGEPNAC

²⁹Disponível: <https://www.cnj.jus.br/stj-reforca-gestao-de-precedentes-ao-criar-nucleo-de-acoes-coletivas/>. Acesso em 15/05/2021.

³¹Disponível: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/179691>. Acesso: 15/05/2021.

³² Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tribunal-de-justica-do-maranhao-cria-nucleo-de-acoes-coletivas-e-regras-para-cadastros/>. Acesso: 15/05/2021.

³³ Disponível em: <https://www.rotajuridica.com.br/instituido-nucleo-de-acoes-coletivas-para-monitoramento-e-busca-pela-eficiencia-no-julgamento-desses-processos/>. Acesso: 15/05/2021.

³⁴Disponível em: <https://www.aasp.org.br/noticias/trt2-criacao-do-nucleo-de-acoes-coletivas-nac/>. Acesso: 15/05/2021.

³⁵Disponível: <https://portal.trt3.jus.br/internet/jurisprudencia/nugep-2>. Acesso: 15/05/2021.

³⁶Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/nucleo-de-acoes-coletivas-sera-implantado-na-justica-estadual/18319. Acesso: 15/05/2021.

instrumento importante no sentido da realização do direito material, do acesso à justiça e da prestação jurisdicional, com economia processual, efetividade, duração razoável do processo e isonomia."³⁷

Neste cenário, como destacado na segunda consideração para a edição da Resolução em comento, há diversos temas complexos e de alta indagação que podem ser objeto de *soft law*, proposta deste ensaio, podendo ser citadas as dificuldades relacionadas com questões processuais como legitimidade, competência, identificação e delimitação dos titulares dos interesses ou direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, bem como dos respectivos beneficiados, de possível conexão, continência, litispendência ou coisa julgada com outras ações coletivas ou individuais e do alcance, da liquidação, do cumprimento e da execução de títulos judiciais coletivos;

1.2.2. Precedentes

A Resolução nº 235, de 13 de julho de 2016, com a redação dada pela Resolução nº 286/2019, trata da padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência na estrutura orgânica do Poder Judiciário Nacional, bem como a criação de um banco de dados (artigo 5º) que consolide as informações relativas às categorias processuais antes discriminadas, garantindo transparência e sindicabilidade de seus achados.

O banco nacional de demandas repetitivas e precedentes obrigatórios está hospedado no site <https://paineis.cnj.jus.br>, cuja página de abertura tabula o número de incidentes (julgados e pendentes), o número de processos sobrestados e a quantidade de feitos julgados. Ademais, permite a consulta por filtros: (a) quanto aos incidentes, por ramo da Justiça ou tribunal, tipo de incidente e assunto; (b) quanto aos sobrestados, por ramo da Justiça ou tribunal; o julgados, por tipo ou tema.

A página inicial da aplicação, pode ser visualizada pela imagem que segue:

³⁷ Excerto do primeiro considerando da Resolução em estudo.

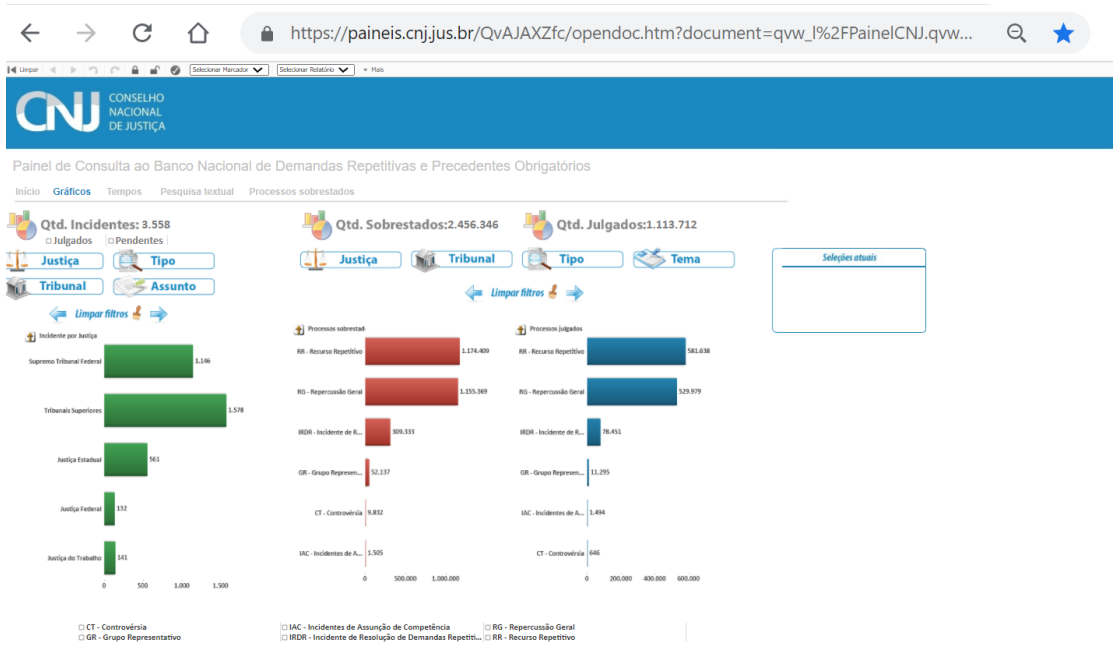
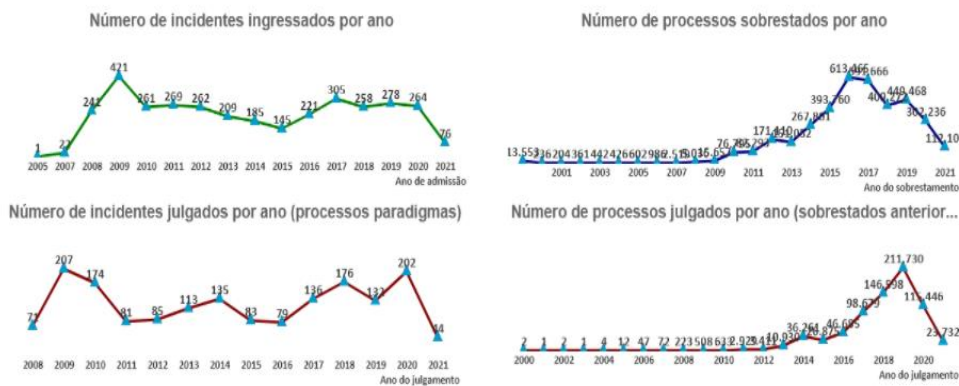


Figura 8 - Fonte: CNJ

Na mesma página portal, são informados o número de incidentes iniciados e julgados; processos sobrestados/ano e julgados por ano, em relação aos sobrestados no ano imediatamente anterior:



Última carga em 17/05/2021 05:47:22

Figura 9- Fonte: CNJ

Adentrando nas tipologias, exemplificativamente, o Incidente de Assunção de competência, temos o número de incidentes por ramo de Justiça, tribunal, tipo, assunto, bem como a quantidade de sobrestados por ramo de Justiça, tribunal, tipo e tema:

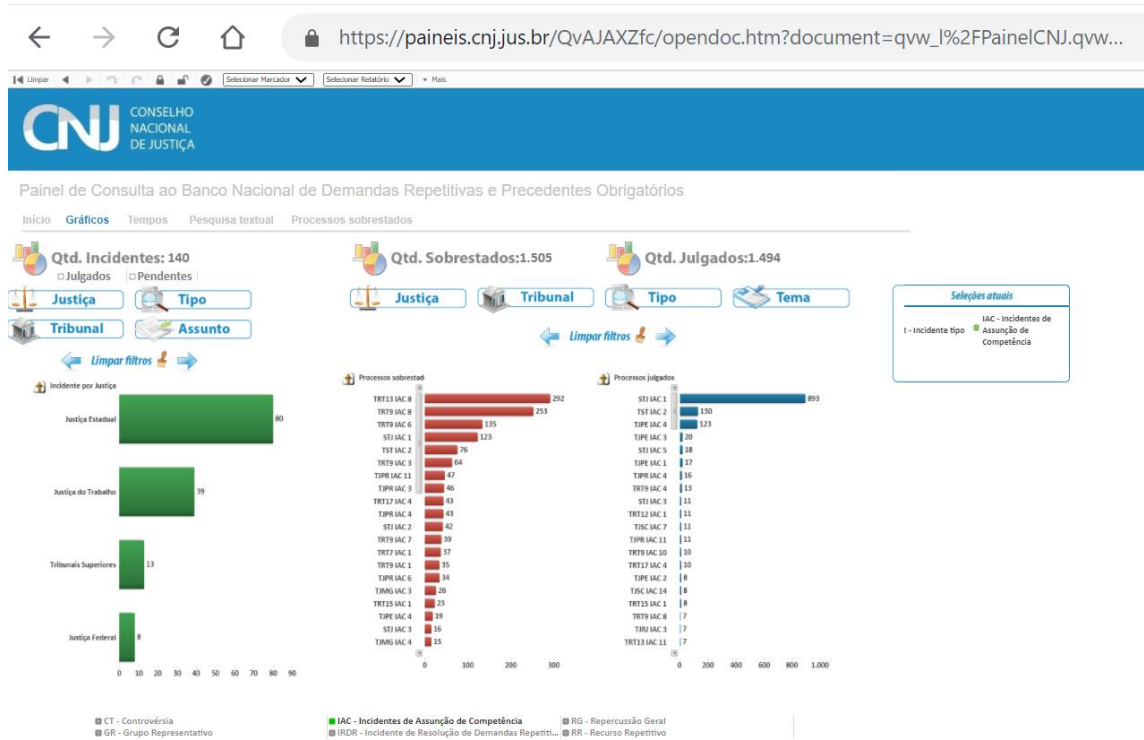


Figura 10- Fonte: CNJ

Na pesquisa textual, com filtros Justiça estadual e TJRS, temos 3 incidentes instaurados, já decididos, com as respectivas teses já fixadas:

Tema	Situação	Tipo	Questão ou Título	Tese ou Descrição	Ementa	Referência legislativa	Ratio Decidendi	Qtd. Paradigmas	Qtd. Sobrestados
TJRS IAC 1	Acórdão Publicado (Mérito)	IAC	Questão referente à controvérsia jurídica que envolve o tema da comunicabilidade de bens, no regime da separação legal ou obrigatória, nos termos da Súmula 377 do STF.	Na interpretação da Súmula 377 do STF, presume-se a contribuição em relação aos bens adquiridos no curso do casamento, com eficácia vinculante em relação aos órgãos fracionários e juízes vinculados a esta Corte, por força do §3º do artigo 947 do CPC.	-	Súmula 377 do STF.	-	1	0
TJRS IAC 3	Acórdão Publicado (Mérito)	IAC	A questão consiste em saber o termo inicial do prazo decadencial para constituição de crédito tributário de ITCMD no caso de doação com reserva de usufruto vitalício.	SENDO O USUFRUTO DIREITO REAL SOBRE COISA ALHEIA, NO CASO DE EXTINÇÃO POR MORTE, O PRAZO PARA A FAZENDA PÚBLICA CONSTITUIR O CRÉDITO DEVE SER CONTADO, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO REGISTRO DO CANCELAMENTO DO USUFRUTO NO OFÍCIO IMOBILIÁRIO.	-	Art. 114 do CTN; Art. 2º da Lei Estadual n. 8.821/89; Art. 1.410 do Código Civil; Art. 172 da Lei 6.015/73; Art. 173, I, do CTN.	-	1	0
TJRS IAC 2	Acórdão Publicado (Mérito)	IAC	Embora o dispositivo legal traga a previsão de multa para a infração administrativa, não traz a quantificação cabível, deixando o legislador de fixar os valores máximo e mínimo aplicáveis.	Cuidando-se de infração administrativa, as penalidades aplicáveis devem estar expressamente previstas na lei, em atenção ao princípio da reserva legal, sendo vedado ao julgador aplicar uma multa cujo valor pecuniário ou referencial não esteja previsto na lei.	-	Art. 250 do ECA.	-	1	0

Tabela 1: Incidente de Assunção de Competência no TJRS

Interessante, também, pontuar que a aplicação apresenta dados quanto ao tempo de giro, em diferentes etapas da tramitação do IAC:

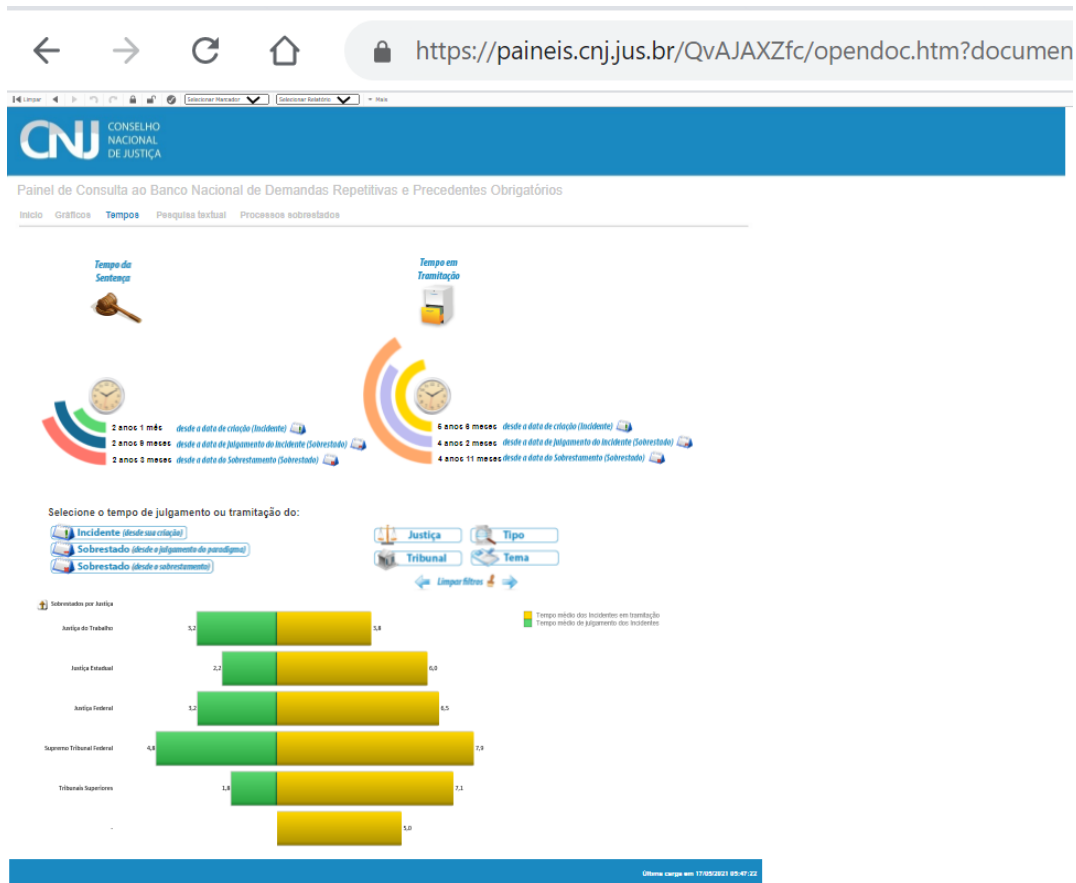


Figura 11- Fonte: CNJ

E, ainda, permite verificar cada um dos processos sobrestados, correlacionados ao respectivo incidentes. Para demonstrar esta funcionalidade, vejamos o relatório parcial do TJRO:

Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios

Início Gráficos Tempos Pesquisa textual **Processos sobrestados**

Tribunal do processo sobrestado. Apenas um valor selecionado.

Situação: Assunto: Tipo de incidente:

Número do tema: Nome do relator: Questão / título:

Seleções atuais: DR - Processo tribunal, TJRO

Tribunal do sobrestado	Sobrestado / Julgado	Número do processo	Precedente	Data do julgamento	Data do trânsito e...	Data do sobrestamento	Aplicaçã o da t...	Aplicação do prece...	Número único do te...	Decisã o de...	Tipo de decisão de...	Qtd. Processos / Tema
	Sobrestado											846
		0000012-35.2017.8.22.0000	STJ RR 986	29/11/2018 02:00:00	05/12/2018	15/02/2018 02:00:00	N	-	-	-	-	1
		0000016-03.2017.8.22.0023	STJ RR 106	26/09/2019 01:00:00	10/12/2019	15/02/2018 02:00:00	N	-	-	-	-	1
		0000068-64.2014.8.22.0003	STJ RR 947	27/06/2018 01:00:00	03/08/2018	18/08/2017 01:00:00	N	-	-	-	-	1
			STJ RR 948	27/06/2018 01:00:00	03/08/2018	18/08/2017 01:00:00	N	-	-	-	-	1
		0000126-76.2015.8.22.0021	TJRO IRDR 1	25/04/2019 01:00:00	11/06/2019	09/03/2017 01:00:00	N	-	-	-	-	1
		0000275-14.2010.8.22.0000	STF RG 265	01/02/2019 02:00:00	08/03/2019	06/10/2011 01:00:00	N	-	-	-	-	1
		0000354-69.2015.8.22.0015	TJRO IRDR 1	25/04/2019 01:00:00	13/08/2019	09/03/2017 01:00:00	N	-	-	-	-	1
		0000429-12.2013.8.22.0005	STJ RR 958	24/10/2019 02:00:00	26/11/2019	20/04/2017 01:00:00	N	-	-	-	-	1
		0000481-26.2014.8.22.0020	STJ RR 106	21/08/2018 01:00:00	19/10/2018	02/06/2017 01:00:00	N	-	-	-	-	1

Figura 12 - Fonte: CNJ

A exemplo do que sucede com o banco nacional de ações coletivas, a aplicação em estudo também imprescinde de aprimoramentos, à guisa de permitir pesquisas quali-quantitativas, nos parâmetros já citados neste texto¹.

2. Força persuasiva da *soft law* aplicada ao processo coletivo estruturante

Atentos às peculiaridades do processo coletivo e, sobretudo, quando o conflito a ser resolvido assuma natureza estrutural, vários Projetos de Lei pretendem disciplinar a matéria², sistematicamente.

Mas a inexistência de um código para o processo coletivo não serve como embaraço para a resignificação de técnicas processuais, tornando-as aptas a instrumentalizarem conflitos complexos.

¹ Item 1.2.1

² Destacamos os Projetos de Lei nº 5.139/2009 e 8.058/2014; os Projetos de Lei nº 4.441 e 4.778, ambos de 2020. Recentemente, também o PL nº 1.641/2021

Neste cenário, o desenho de uma *soft law* aplicada ao processo coletivo estruturante exige Identificação da natureza estrutural do conflito e uma releitura de institutos tradicionais à luz da eficiência e adequação da prestação jurisdicional.

O ponto de partida é delimitar o conceito de conflito estrutural.

Nesta senda, adotamos a concepção trazida à lume por VITORELLI, dada a clareza analítica de sua proposição, *verbis*³:

*(...) são aqueles que envolvem **conflitos multipolares**, de **elevada complexidade**, cujo objetivo é **promover valores públicos** pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há necessidade de **reorganização** de toda uma **instituição**, com **alteração** de seus **processos internos**, de sua **estrutura burocrática** e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a **cumprir sua função** de acordo com o valor afirmado pela decisão⁴.*

Inobstante, em dois pontos respeitosamente divergimos do conceito.

A *uma*, a via jurisdicional não é elemento integrativo do conceito, porque há possibilidade de acordos pré-processuais nesta seara; a *duas*, a mudança de mentalidade dos agentes tampouco pode integrar a tipicidade em comento, posto que nem todo o acordo-plano ou a decisão-programa contemplará indicadores científicos para a medição destes resultados.

Interessante, quanto ao último aspecto da divergência, apontar o papel da Neurociência aplicada ao Direito, principalmente no campo dos denominados *nudges*⁵, matéria que transborda o escopo deste trabalho.

De outra banda, o conceito jurídico indeterminado "valores públicos" deve ser entendido, no espectro deste ensaio, como aqueles ligados diretamente aos direitos

³ grifamos

⁴ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e Implementação de Mudanças Socialmente Relevantes pela Via Processual. In: **Processos Estruturais**. ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Salvador: JusPODIVM, 2017, 608p, p.372

⁵ Sobre o tema: SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H.. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press

fundamentais⁶ da pessoa humana, dos seres sencientes e da natureza como sujeito de direitos.

Então, a identificação do conflito estrutural perpassa pela constatação das seguintes características:

- a) multipolaridade;
- b) acentuada complexidade;
- c) promoção de valores públicos;
- d) reorganização institucional, pública ou privada (processos internos e estrutura burocrática).

No que toca à resignificação de institutos tradicionais à luz da eficiência e adequação, a primeira questão que vem a lume é o necessário diálogo integrativo entre a LACP⁷, CPC e Lei nº 11.101/2005, num sistema bifásico: a primeira fase ocupar-se-á da identificação e estruturação dos interesses em conflito, traçando um programa a ser seguido; a segunda, de cumprimento propriamente dita, com reserva de jurisdição para readequações do programa ou do plano de ação definido anteriormente.

A segundo ponto a destacar é o fomento ao contraditório ampliado - dada a multipolaridade dos litígios estruturais-, condizente com a complexidade do conflito.

A abertura dialógica, com a realização reuniões operacionais e audiências públicas e, *verbi gratia*, viabilizará o levantamento democráticos dos problemas, das diferentes perspectivas sobre eles incidentes, elevando o patamar ético-jurídico de construção coletiva dos termos do acordo e, se for o caso, da própria sentença-plano e do acompanhamento do seu cumprimento.

A peculiar multipolaridade dos litígios estruturais poderá se apresentar formalmente, pelas partes habilitadas, mas também pelos potenciais atingidos pela

⁶ Sobre a diferenciação entre direito fundamental e direito humano, vide SARLET, Ingo W.. As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais. *Conjur*, publicada em 23 de janeiro de 2015, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>, acesso em 24/05/2021

⁷ Em combinação com o CDC, Estatuto das Cidades, do Idoso, da Criança e do Adolescente, da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, dentre outros

ultratividade da coisa julgada coletiva, os *amici curiae*, as comissões provisórias de especialistas (RE 635.659-SP⁸), as agências reguladoras, entre outros atores.

Neste ambiente, é imprescindível à legitimidade do acordo-plano ou da decisão-programa, a amplo e qualificado diálogo, para a democratização da (re)construção de determinada política pública, seus procedimentos e métodos, foco na eficiência do resultado.

Não por acaso, o Projeto de Lei nº 1.641/2021⁹, em seu artigo 57, pretende dar introduzir no Código de Processo Civil o artigo 368-A, valorizando instrumentos tais como a audiência pública, a consulta pública a especialistas, *ad litteram*:

Art. 57. O Título I do Livro I da Parte Especial da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, passa a vigorar com o seguinte Capítulo XI-A:

CAPÍTULO XI-A

Das Audiências ou consultas públicas em processos judiciais

Art. 368-A O juiz ou o relator poderá, de ofício ou a requerimento, determinar consulta pública ou convocar audiência pública para colher informações de terceiros potencialmente atingidos pela decisão ou de especialistas cujos conhecimentos sejam relevantes para a decisão.

§1º A consulta pública será realizada por meio do sítio eletrônico do tribunal na rede mundial de computadores ou plataforma do Conselho Nacional de Justiça, conterà exposição sucinta da discussão do processo, e trará, quando adequado, perguntas que deverão ser redigidas em termos simples e compreensíveis por todos.

⁸ JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 463, relato o caso, que tratou da descriminalização das drogas, quando o Ministro Luiz Edson Fachin propôs ao plenário, com fulcro no artigo 7º, V, do Regimento Interno do STF, "a criação de um observatório judicial sobre drogas na forma de comissão temporária, para "a luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente à diferenciação entre usuário e traficantes, e à necessária regulamentação (...)", dentre outras medidas.

⁹ Não ignoramos a tramitação dos Projetos de Lei nº 4.441 e 4.778, ambos de 2020, tampouco o arquivamento do PL nº 5.139/2009 e sua crítica pelo Núcleo de Processo Coletivo da Escola Superior da Magistratura da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, disponível em http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/texto_entrega_AMB-1.pdf, bem como todo o histórico que lhes precede, desde o Código Modelo Iberoamericano de processo coletivo. Sobre o tema: MUA, Cíntia Teresinha Burhalde. **Acesso Material à Jurisdição: da legitimidade ministerial para a defesa dos direitos individuais homogêneos**. Curitiba, Juruá, 2010, p.75-81.

§2º A audiência pública será convocada na plataforma de editais e terá ampla divulgação em veículos de comunicação apropriados às características do público destinatário.

(...)

Ademais, o mesmo projeto de lei¹⁰ salienta a importância da audiência prévia, para a identificação da natureza do conflito, bem como para tentativa de conciliação, *verbis*:

Art. 14. Antes de oportunizar a defesa do réu, o juiz:

I - nas causas complexas, como aquelas que envolvam políticas públicas, sempre que entender adequado, motivadamente requisitará informações da autoridade responsável, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, bem como dos órgãos de controle responsáveis, escritas ou orais, em audiência da qual participarão as partes;

II - poderá designar audiência especial para a identificação do conflito, oportunizando, se for o caso, às partes a autocomposição na forma do art. 22 desta Lei;

Terceira consideração a pontuar é a necessária flexibilização do princípio da estabilidade da demanda, porquanto é particular aos conflitos estruturais a dinamicidade das circunstâncias que determinaram e continuam a determinar o conflito, num fluxo contínuo.

Neste cenário, é plenamente possível que o pedido, a causa de pedir e os sujeitos da relação processual possam ser aditados, observado o contraditório, após a fase de saneamento do processo, porque a performance de todos os atores processuais na cena coletiva deve ter por foco a adoção de medidas estruturantes que, de fato e de direito, tenham a resolução eficiente do conflito como bússola.

¹⁰A escolha por abordar a proposta do substitutivo de autoria de um corpo de juristas integrantes do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP, faz-se por uma questão metodológica, dada a acurácia técnica e a organicidade da proposta dentro do conceito de Constituição aberta de Peter Häberle, exposta na obra HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997

Ademais, a coisa julgada será sempre *rebus sic stantibus*, sendo juridicamente possível adequação da decisão a fatos novos que determinem a reformulação da sentença-plano ou programa.

Considerando a multipolaridade do conflito e os inúmeros interesses em jogo, é inerente que o juiz decida diversas questões de mérito, incidentalmente, mas não por interlocutória e, sim, pelo uso efetivo da técnica da sentença parcial de mérito, outra característica do processo coletivo estruturante.

Na fase de cumprimento da sentença-plano ou programa, interessa fomentar a internalização das externalidades negativas pelo causador do dano, de molde ser possível acometer a um terceiro, sob remuneração, a "administração" do cumprimento da sentença judicial, sempre sob a supervisão do juiz.

Neste espectro, insta gizar o papel das *claims resolution facilities* na eficiência do processo, que são

*entidades ou mais genericamente infraestruturas criadas para processar, resolver ou executar medidas para satisfazer situações jurídicas coletivas que afetam um ou mais grupos de pessoas, que judicialmente seriam tratadas como milhares de casos individuais, casos repetitivos e ações coletivas*¹¹.

Estas estruturas são necessárias, *a priori*, para o tratamento adequado e eficiente em casos de alta complexidade, massivos ou repetitivos¹², mas assume superlativa importância, no contexto brasileiro, para a o acompanhamento do cumprimento do acordo-plano ou da sentença-programa, no casos de litígios estruturais.

As ações das *facilities* devem ser transparentes, sindicáveis, inclusive com Auditorias independentes, como ocorre com a Fundação Renova¹³, constituída

¹¹ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR, Hermes. Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de Processo, vol. 287, janeiro de 2019, p. 446/483, p. 449.

¹² CABRAL e ZANETI JR. cogitam o uso de uma *facility* nos casos repetitivos, para os fins do art. 69, § 2º, II e VI, CPC, ob. cit., p. 453

¹³ Cujo detalhamento encontra-se disponível em <https://www.fundacaorenova.org/>, acesso: 24/05/2021

para atender o famoso caso do Rio Doce¹⁴.

Importante destacar a possibilidade de criação da *facility* por decisão judicial-atendendo ao comando dos artigos 139, IV¹⁵, 536, § 1º¹⁶ e 537¹⁷ do CPC -, bem como por acordo, inclusive pré-processual, especialmente no espectro dos negócios jurídicos processuais, típicos ou atípicos¹⁸, previstos no artigo 190¹⁹, do Codex Processual Civil.

¹⁴ A consulta ao site revela que a "Fundação Renova é a entidade responsável pela mobilização para a reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (MG). Trata-se de uma organização sem fins lucrativos, resultado de um compromisso jurídico chamado Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC). Ele define o escopo da atuação da Fundação Renova, que são os 42 programas que se desdobram nos muitos projetos que estão sendo implementados nos 670 quilômetros de área impactada ao longo do rio Doce e afluentes. As ações em curso são de longo prazo. (...)"

¹⁵Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

(...)

¹⁶Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

(...)

¹⁷ Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

¹⁸Sobre o tema: CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Salvador: JUS Podivm, 2019, p. 43-63; DIDIER JR., Fredie. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015. . In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Salvador: JUS Podivm, 2019, p. 121-134

¹⁹Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa

Neste diapasão, os danos transnacionais, mais comumente ocorrentes na seara ambiental – mas não exclusivamente – que obviam a insuficiência das fronteiras para a tutela de direitos²⁰, potencializam a estratégia de constituição de uma *facility* como elemento catalizador da cooperação nacional²¹ e internacional²², como técnica de gestão processual, compatível com a complexidade e a abrangência espacial do dano.

Digno de realce, ainda, que a importância do gerenciamento dos precedentes correlatos ao processo coletivo, mormente o estruturante, assume relevância crucial, inexistindo até o momento qualquer interlocução entre o banco nacional de ações coletiva e o similar, que trata dos precedentes, o que dependente, sem qualquer ressaibo de redundância, de medidas estruturantes, a serem executadas pelo Conselho Nacional de Justiça, inclusive à vista de estudos, pesquisas, solicitações *interna corporis* ou externas, ocupando a academia papel de destaque neste protagonismo. .

Mas, não obstante a ausência de intercomunicabilidade orgânica destes sistemas, a *soft law* de que se trata deverá englobar recomendações para a redação analítica dos precedentes vinculantes, com a clara discriminação do tema, tese, *ratio decidendi*, *obter dicta*, voto divergente, entre outros elementos.

Outrossim, deverá orientar os juízes que aplicarão os precedentes, sobre as técnicas para o reconhecimento da *ratio decidendi* e do *obter dictum*; das hipóteses de distinção e estimular racionalmente o uso da reserva de entendimento²³.

e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

²⁰ Sobre o tema: MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Ações Coletivas e Danos Transnacionais. In: ZANETI JR., Hermes; RODRIGUES, Marco Antonio. **Cooperação Internacional**. Salvador: JUSpodivm, 2019, p. 63-78.

²¹ Artigos 67 a 69, CPC

²² Prevista nos artigos 26 a 41 do Código de Processo Civil brasileiro.

²³ Sobre o assunto: MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Identificação dos Precedentes Judiciais**. Londrina: Thoth, 2021; FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, nº 10 [recurso eletrônico]. Disponível em

https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/bnu_8_ratio_tese_tais_ferraz.pdf, acesso em 24/05/2021.

À vista destas diretrizes, vejamos a proposta de *soft law* para o gerenciamento do processo coletivo estruturante e dos precedentes a eles correlatos, a seguir.

3. Proposta de minuta de *soft law* para o gerenciamento do processo coletivo estruturante e dos precedentes a eles correlatos

Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

RESOLUÇÃO Nº nnn/aaa

Dispõe sobre a definição de *standards* mínimos para o controle das políticas públicas, de diretrizes básicas para a redação analítica dos precedentes pelo Poder Judiciário e orientação aos magistrados para a identificação da *ratio decidendi*, dos *obiter dicta*, dos critérios para *distinguish* e ressalva de entendimento, mormente quando o precedente envolva conflitos de natureza estrutural, através dos Núcleos de Ações Coletivas – NAC, dos Núcleos de Ações Coletivas – NACs e dos cadastros de ações coletivas do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal e dos Territórios.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e regimentais tendo em vista a Lei nº 4.717/65, a Lei nº 7.347/85, a Lei nº 8.078/90, e o contido no Processo SEI/CNJ nº nnnn/aaaa,

CONSIDERANDO que as ações coletivas são instrumento importante no sentido da realização do direito material, do acesso à justiça e da prestação jurisdicional, com economia processual, efetividade, duração razoável do processo e isonomia;

CONSIDERANDO as dificuldades relacionadas com questões processuais como legitimidade, competência, identificação e delimitação dos titulares dos interesses ou direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, bem como dos respectivos beneficiados, de possível conexão, continência,

litispendência ou coisa julgada com outras ações coletivas ou individuais e do alcance, da liquidação, do cumprimento e da execução de títulos judiciais coletivos;

CONSIDERANDO a necessidade de efetiva implementação e funcionamento adequado do Cadastro Nacional de Ações Coletivas, instituído pela Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 2/2011, e de banco nacional de dados que permita ampla consulta às informações para a otimização do sistema de julgamento das ações de tutela dos direitos coletivos e difusos;

CONSIDERANDO os termos da Resolução CNJ nº 349/2020, a necessidade de efetiva implementação e funcionamento adequado do Cadastro Nacional de Ações Coletivas, instituído pela Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 2/2011, e de banco nacional de dados que permita ampla consulta às informações para a otimização do sistema de julgamento das ações de tutela dos direitos coletivos e difusos;

CONSIDERANDO os termos da resolução nº 349/2020, que dispõe sobre a criação e funcionamento do Comitê Executivo Nacional dos Núcleos de Ações Coletivas – NAC, dos Núcleos de Ações Coletivas – NACs e dos cadastros de ações coletivas do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal e dos Territórios;

CONSIDERANDO a tramitação dos Projetos de Lei nº 8.058/2014, que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências;

CONSIDERANDO a tramitação do Projeto de Lei PL 4441/2020, ao qual apensados o PL 4778/2020 e o PL 1.641/2021, todos a definir nova redação para a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85);

CONSIDERANDO a necessidade de definição de *standards* mínimos para o controle das políticas públicas, pelo Poder Judiciário,

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer diretrizes básicas para a redação analítica dos precedentes, em consonância com a Resolução nº 235, que dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no

Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências;

CONSIDERANDO a imprescindibilidade de orientação aos magistrados para a identificação da *ratio decidendi*, dos *obiter dicta*, dos critérios para *distinguish* e ressalva de entendimento, mormente quando o precedente envolva conflitos de natureza estrutural,

RESOLVE:

TÍTULO I
CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º. As diretrizes para a identificação da natureza do conflito estrutural e as técnicas de gerenciamento correlatas, declinadas nesta Resolução, deverão ser disseminadas aos magistrados, pelos Núcleos de Ações Coletivas do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais Federais e do Trabalho e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

§ único. Os NACs ou NUGEPNACs, considerando as atribuições do artigo 4º da Resolução CNJ nº 339/2020, deverão informar ao Conselho Nacional de Justiça, na forma do artigo 7º da mesma normativa, as ações empreendidas para a difusão do conhecimento que é objeto desta Resolução, podendo ser adotadas as seguintes medidas, exemplificativamente:

- a) aplicação de avaliação diagnóstica;
- b) capacitações de magistrados sobre o tema;
- c) interlocução com os centros de inteligência e NUMOPEDE;
- d) identificação de conflitos estruturais *in concreto*, em cada unidade judiciária;
- e) implementação de instrumentos da ciência de dados e de inteligência artificial que qualifiquem a prestação jurisdicional na seara coletiva, mormente a que envolva medidas estruturantes, observado o que prevê o artigo 9º da Resolução CNJ nº 339/2020.

f) apoio técnico para a adoção de medidas estruturantes e para a fiscalização do seu cumprimento, inclusive com georreferenciamento.

CAPÍTULO II

IDENTIFICAÇÃO DA NATUREZA DO CONFLITO ESTRUTURAL

Art. 2º. Considera-se conflito estrutural aquele que adensar as seguintes características, cumulativamente:

- I. multipolaridade;
- II. acentuada complexidade;
- III. cujo objeto seja a promoção de valores públicos;
- IV. cujo pedido contemple a implementação de uma política pública através da reorganização institucional, pública ou privada (processos internos e estrutura burocrática).

§1º A multipolaridade diz respeito à relação jurídica, dinâmica e mutável, que envolve os interesses de todos os afetados pelo conflito - presentes ou futuros-, muitas vezes divergentes ou antagônicos entre si.

§2º Valores públicos são aqueles ligados diretamente à justiciabilidade e à eficiência dos direitos fundamentais da pessoa humana, dos seres sencientes e da natureza como sujeito de direitos.

§3º A acentuada complexidade não decorre da tese jurídica em causa, mas da multiplicidade dos interesses envolvidos, bem como da natureza policêntrica do conflito.

§4º A reorganização institucional demanda intensa participação do magistrado, em todas as fases processuais, bem como de todos os colegitimados para a ação coletiva, num ambiente de mútua colaboração.

TÍTULO II
TÉCNICAS DE GERENCIAMENTO DO CONFLITO

CAPÍTULO I
FOMENTO À AUTOCOMPOSIÇÃO COLETIVA

Art. 3º. *A autocomposição coletiva será regida pelos seguintes princípios²⁴:*

I – melhor tutela do interesse público, difuso, coletivo ou individual homogêneo;

II – transparência e publicidade;

III – participação, sempre que possível, do grupo social titular da pretensão coletiva e dos demais legitimados processuais;

IV – representatividade adequada e informação suficiente sobre os melhores termos para a tutela coletiva;

V – preservação de todos os interesses envolvidos, permitindo-se, se for o caso, a segmentação do grupo em subgrupos com representantes adequados que possam tutelar de modo adequado os respectivos interesses;

VI – boa-fé objetiva na previsão dos termos do acordo e na sua implementação;

VII – a observância à ordem pública, aos bons costumes e aos direitos fundamentais;

VIII – preservação da justiça, imparcialidade, proporcionalidade e razoabilidade na resolução da controvérsia por autocomposição;

IX – a isonomia e a segurança jurídica.

§ 1º. Para a concretização desses princípios, é admissível o uso de qualquer técnica, tais como consultas públicas, reuniões e audiências públicas, inclusive com o uso de meios eletrônicos.

§ 2º. Cumprirá aos órgãos superiores dos legitimados públicos para a tutela coletiva o estabelecimento de requisitos, padrões e critérios para a autocomposição

²⁴ Texto integral dos artigos 37 e 38 do PL 1.641/2021, disponível em ...

de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, atendidos os princípios estabelecidos no inciso VIII do caput.

Art. 4º. *Os conflitos envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos poderão ser objeto de autocomposição parcial ou total, definitiva ou temporária, judicial ou extrajudicial, por meio de todo e qualquer mecanismo adequado de solução consensual que viabilize acordos coletivos, tais como a conciliação, a mediação, a negociação, o compromisso de ajustamento de conduta e quaisquer outros meios consensuais adequados, dependendo das peculiaridades de cada tipo de conflito.*

§1º *A legitimidade para a autocomposição em direitos difusos e coletivos é dos entes públicos, podendo ser firmado em conjunto por órgãos de ramos diversos do Ministério Público e da Defensoria Pública, ou por estes e outros órgãos públicos legitimados, bem como contar com a participação de associação civil, sindicatos, entes ou grupos representativos ou interessados.*

§2º *A celebração de autocomposição sobre direitos individuais homogêneos poderá ser realizada por qualquer dos legitimados, públicos ou privados, atendidos os pressupostos de cabimento das diversas espécies de mecanismos resolutórios consensuais*

§ 3º *Admite-se a celebração de autocomposição coletiva por adesão dos titulares de direitos individuais.*

CAPÍTULO III

FOMENTO AO CONTRADITÓRIO AMPLIADO²⁵

Art. 5º. O juiz ou o relator poderá, de ofício ou a requerimento, determinar consulta pública ou convocar audiência pública para colher informações de terceiros potencialmente atingidos pela decisão ou de especialistas cujos conhecimentos sejam relevantes para a decisão.

²⁵ Redação conforme art. 57 do PL nº 1.641/2021, que dá nova redação ao artigo art. 368-A do Código Civil, disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279806> , acesso em 05/05/2021.

§1o A consulta pública será realizada por meio do sítio eletrônico do tribunal na rede mundial de computadores ou plataforma do Conselho Nacional de Justiça, conterà exposição sucinta da discussão do processo, e trará, quando adequado, perguntas que deverão ser redigidas em termos simples e compreensíveis por todos.

§2o A audiência pública será convocada na plataforma de editais e terá ampla divulgação em veículos de comunicação apropriados as características do público destinatário.

§3o A convocação deverá ocorrer com a antecedência mínima de trinta dias, salvo em situações de urgência.

§4o O edital de convocação deverá conter o assunto da audiência, a descrição do público destinatário do ato, o local e horário de sua realização e os critérios de inscrição e manifestação.

§5o Será garantida a participação das diversas correntes de opinião em torno da questão discutida.

§ 6o A audiência pública será presidida pelo juiz ou relator, a quem cabe selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista de habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de manifestação de cada um, que deve restringir-se a questão discutida.

§7o No tribunal, todos os membros do órgão colegiado competente para o julgamento da causa podem participar da audiência e formular perguntas aos participantes.

Art. 6º. As partes poderão celebrar convenções processuais antes ou durante o processo, inclusive no cumprimento de sentença e na execução²⁶.

§ 1o A autocomposição coletiva pode conter convenções processuais.

§ 2o As convenções processuais poderão ser celebradas na forma de protocolos coletivos para gestão de acervos processuais de litigantes habituais.

²⁶ Reprodução do artigo 43 do PL 1.641/2021, disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279806>, acesso em 05/05/2021.

CAPÍTULO IV

FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE DA DEMANDA²⁷

Art. 7º. *Admite-se a cumulação, em um mesmo processo, de pedido de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.*

Parágrafo único. Até o julgamento da demanda, admite-se a alteração do pedido ou da causa de pedir, em razão de circunstâncias ou fatos supervenientes, independentemente da anuência do demandado, devendo ser assegurado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultada a produção de prova complementar.

CAPÍTULO V

PROCEDIMENTO BIFÁSICO

Art. 8º. O processo coletivo que envolva a implementação de políticas públicas será bifásico, aos moldes dos artigos 58, 62 e 63 da Lei nº 11.101/2005 e atenderá aos seguintes princípios²⁸:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- II – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;

²⁷ Texto redigido com base no artigo 13 e § único do PL 1.641/2021, disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279806>, acesso em 05/05/2021.

²⁸ Redação conforme a dicção do artigo 2º, § único, incisos I a XI do PL nº 8058/2014, em tramitação na Câmara dos Deputados, disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>, acesso: 27/05/2021.

VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;

VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;

VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;

IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;

X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;

XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

§ 1º A primeira fase ocupar-se-á da identificação, articulação e estruturação dos interesses em conflito, com foco na conformação de um acordo-plano ou decisão-programa para a implementação de uma política pública, através da reorganização institucional, pública ou privada, em seus processos internos e/ou estrutura burocrática.

§ 2º A segunda etapa ocupar-se-á do cumprimento propriamente dito, com reserva de jurisdição para readequações do acordo-plano ou da decisão-programa, na medida da dinamicidade das circunstâncias fático-jurídicas que lhe forem subsequentes.

§ 3º A fase de implementação das ações do acordo-plano ou da decisão-programa poderá ser monitorada por georreferenciamento, ciência de dados ou inteligência artificial, e perdurará por cinco anos, prazo após o qual o juízo decretará o encerramento do feito, pelo adimplemento das obrigações.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o juízo permanece competente para julgar, quaisquer questões pendentes, bem como fatos supervenientes à extinção, mas que guardem correlação com o conflito que foi objeto de acordo-plano ou sentença-programa.

§ 4º A fase de cumprimento poderá ser executada por entidades com estrutura específica, criadas por lei, ato administrativo, acordo ou por decisão judicial, incidentalmente ao processo

CAPÍTULO VI DA SENTENÇA PARCIAL DE MÉRITO

Art. 9º. Considerando a multipolaridade dos conflitos estruturais, é recomendável que o magistrado, salvo impedimento processual ou material justificado, profira sentenças parciais de mérito, na forma do artigo 356, CPC²⁹, decidindo questões que já estejam maduras para julgamento, prestando a jurisdição de força adequada, ágil e eficiente ao grupo beneficiado com a decisão.

CAPÍTULO VII A COISA JULGADA *REBUS SIC STANTIBUS*³⁰

Art. 10. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes e observado o contraditório prévio, poderá adequar o modo de proteção do bem jurídico fase de cumprimento ou no processo de execução, ajustando-a as peculiaridades do caso concreto e as alterações fáticas supervenientes, inclusive na hipótese de o ente público ou seu delegatário promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito.

²⁹ Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

³⁰³⁰ Teor conforme redação do artigo 32, § 7º do PL nº 1.641/2021, disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406&filename=PL+1641/2021, acesso em 05/05/2021.

TÍTULO III

CAPÍTULO I

REDAÇÃO ANALÍTICA DOS PRECEDENTES VINCULANTES³¹

Art. 11. Os acórdãos proferidos em julgamento das decisões vinculantes mencionadas no artigo 927, do Código de Processo Civil, deverão, nos termos do § 3º do art. 1.038, c/c art. 984, § 2º, do Código de Processo Civil, conter:

I - os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, favoráveis ou contrários, entendidos esses como a conclusão dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, respectivamente, confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador;

II - a definição dos fundamentos determinantes do julgado;

III - a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque;

IV - a solução dada ao caso concreto pelo órgão julgador.

§ 1º Para definição dos fundamentos determinantes do julgado, o processo poderá ter etapas diferentes de deliberação, caso o órgão julgador, mesmo com votos convergentes, tenha adotado fundamentos diversos para a solução da causa.

§ 2º O Presidente do órgão julgador, identificando que o(s) fundamento(s) determinante(s) para o julgamento da causa não possui(em) a adesão da maioria dos votos dos Ministros, convocará, na mesma sessão de julgamento, nova etapa de deliberação, que contemplará apenas a definição do(s) fundamento(s) determinante(s).

³¹ Redação conforme o artigo 104-A do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016, disponível em:

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>, acesso: 25/05/2021

CAPÍTULO II

TÉCNICAS DE RECONHECIMENTO DOS ELEMENTOS ANALÍTICOS DOS PRECEDENTES VINCULANTES

Art. 12. A *ratio decidendi* é o elemento fulcral e transcendental dos precedentes, consistindo nos motivos determinantes da decisão, ou seja, nas questões de fato e de direito adotadas pela maioria dos ministros (*majority opinion*); o porquê do julgamento e não o que foi julgado.

§ 1º A *ratio decidendi* não se confunde com a tese firmada no precedente.

§ 2º A aplicação da *ratio decidendi* ao caso posterior não se trata de uma operação silogística; portanto, é incompatível com um mero raciocínio dedutivo-subsumtivo.

§ 3º Através do raciocínio indutivo, verificar-se-á se as circunstâncias de fato do caso concreto (*instant case*) são semelhantes àquelas que deveriam suporte à formação do precedente.

§ 4º. Enquanto não adotada a metodologia analítica dos precedentes vinculantes (Capítulo I deste Título III), a *ratio decidendi*, na esmagadora maioria dos casos, não será encontrada na ementa do julgado, mas da leitura de todo o acórdão.

§ 5º A técnica hermenêutica para a identificação da *ratio decidendi* ou das *ratione decidendi*, denominada como teste de inversão de Wambaugh³² considera as seguintes premissas:

- a) elencar proposições de direito que possivelmente consistiriam na *ratio decidendi* da decisão;
- b) acrescentar a essa proposição uma palavra que inverta o seu significado;
- c) analisar se o tribunal chegaria a mesma conclusão que atingiu caso tomasse tal premissa de direito invertida como verdadeira;

³² BENEVIDES, Nauani Schades. Técnicas de Identificação da *Ratio Decidendi* dos Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo: Uma Análise Sobre a sua Insuficiência. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. 2019. 245p.; p. 130, disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/11325>, acesso em 28/05/2021.

d) se houver alteração do resultado, pressupõe-se que a proposição de direito se baseia em fatos materiais e consiste na ratio decidendi da decisão.

§4º *Obter dicta* são os argumentos circunstanciais do julgado, que não foram determinantes para o julgamento e, conseqüentemente, para a formação do precedente.

Art. 13. A distinção do caso em julgamento em relação ao precedente observará as seguintes premissas:

§1º A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independente da origem do precedente invocado³³.

§2º O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentalmente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa³⁴.

§3º As normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o microsistema de formação de precedentes³⁵.

§4º É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula³⁶.

§5º Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332³⁷.

§6º A decisão que aplica a tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC/2015, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada³⁸.

³³ VIII Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, Enunciado 174.

³⁴ VIII Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, Enunciado 306.

³⁵ VIII Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, Enunciado 459.

³⁶ Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, Enunciado 9.

³⁷ Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, Enunciado 11.

³⁸ Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, Enunciado 19.

Art. 14. Sempre que adequado, ao aplicar o precedente ao caso concreto, o magistrado poderá valer-se da técnica da ressalva de entendimento, como elemento importante para as potenciais releitura e superação das decisões vinculantes pelas respectivas Cortes, pela técnicas do *overriding*, do *overruling* e suas variações.

CONCLUSÃO

Linhas postas, pretendemos demonstrar a importância da soft law para o gerenciamento de precedentes envolvendo conflitos estruturais, apresentando minuta de Resolução do Conselho Nacional de Justiça para tratamento do tema.

A formulação da proposta levou em consideração aspectos autorais, somados a uma miríade de fontes, todas tendo por pano de fundo, intensa pesquisa, discussão e amadurecimento dentre especialistas na matéria, conjuntural, estruturante, que inelutavelmente necessita de atenção normativa, ainda que não vinculativa, mormente em se considerando as peculiaridades do processo legislativo para a apreciação do PL nº 4.441/2020 e seus apensos nº 4778/2020 e nº 1.641/2020, todos de altíssima complexidade, bem como do PL 8.058/2014 que, em si só, já representa um grande desafio rumo ao equitativo planejamento das políticas públicas, no contexto do processo coletivo brasileiro.

Esperamos que este ensaio possa, neste interregno, auxiliar na qualificação da prestação jurisdicional, pela indução de políticas de administração judiciária que consolidem a edição da soft law que, a seu turno, funcionará como elemento catalizador do aprimoramento legislativo que a matéria reclama e necessita.

Obras consultadas

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti; CARMONA, Carlos Alberto (coord.). **Soft law e a produção de provas na arbitragem internacional**. Atlas: São Paulo, 2014, *passim*.

BENEVIDES, Nauani Schades. **Técnicas de Identificação da Ratio Decidendi dos Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo: Uma Análise Sobre a sua Insuficiência**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal

do Espírito Santo. 2019. 245p.; p. 130, disponível em <http://repositorio.ufes.br/handle/10/11325>, acesso em 28/05/2021.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. Soft law e hard law como caminho para afirmação do direito à proteção de dados: uma análise da experiência internacional e brasileira. Disponível em:

https://www.ayresbritto.com.br/wpcontent/uploads/2020/03/SoftLaw_HardLaw_como_caminho_para_afirmacao_direito_prote%C3%A7%C3%A3o_dados.pdf. Acesso em: 22/02/2021

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR, Hermes. Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, vol. 287, janeiro de 2019, p. 446/483, p. 449

CARVALHO, Daniel Ferreira de Souza. **O Fenômeno Soft Law bate à porta do Direito Internacional Contemporâneo**. Disponível em:

<https://core.ac.uk/download/pdf/187133552.pdf>. Monografia de graduação. Centro Universitário de Brasília, 2006 Acesso em: 22/02/2021

CONTINI, Francesco; MOHR, Richard. Reconciling independence and accountability in judicial systems. **Utrecht Law Review**. Volume 3, Issue 2 (December) 2007, p. 28/26-43. Disponível em

[https://www.utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.46/galley/46/download/..](https://www.utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.46/galley/46/download/) Acesso:12/05/2021

COSTA, Aldo de Campos. **Normas de sobredireito para resolver conflitos de direitos humanos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-22/toda-prova-normas-sobredireito-resolver-conflitos-direitos-humanos>. Acesso em: 22/02/2021

CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Salvador: JUS Podivm, 2019, p. 43-63

DE OLIVEIRA Rafael Santos. **O papel da soft law na efetivação do direito ambiental internacional**. Dissertação de mestrado. UFSM, 2005.

DIDIER JR., Fredie. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Salvador: JUS Podivm, 2019, p. 121-134

DOS REIS, Souza. Razões para a utilização de normas de soft law no direito internacional do meio ambiente. *Revista Brasileira de Direito Internacional*. Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/4338>. Acesso em: 22/02/2021

EFIGÊNIA, Ana Sílvia Falcão. **O princípio "comply or explain" e a "soft law"**. Disponível em: <https://cije.up.pt/download-file/1305>. Acesso em 22/02/2021.

FERNANDES, Christiane Alles. **Tramitação prioritária da tutela jurisdicional coletiva: uma análise sob a perspectiva constitucional**. Disponível em . https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/25141/1/Tramita%c3%a7%c3%a3oPriorit%c3%a1riaTutela_Fernandes_2017.pdf. Acesso: 01/04/2021

FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, nº 10 [recurso eletrônico]. Disponível em https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/bnu_8_ratio_tese_tais_ferraz.pdf, acesso em 24/05/2021

FERREIRA, ABEL SEQUEIRA. **A soft law e a juridicidade dos códigos de governo das sociedades**. Disponível em - [%20A%20soft%20law%20e%20a%20juridicidade%20dos%20c%C3%B3digos%20de%20governo%20das%20sociedades.pdf](#) . Acesso: 25/03/2021

GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 95 (abril-junho 2016). Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.13.PDF . Acesso: 24/03/2021

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

JOBIM, M. F. **As funções da eficiência no Processo Civil brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. 800. 240p.

JOBIM, M. F. O processo coletivo como sistema processual autônomo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 1, p. 32-46, 2018.

JOBIM, M. F. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases para uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Processos Estruturais**. 1ed.: Salvador, 2017, v. 1, p. 449-466.

JOBIM, M. F.; ARENHART, Sergio Cruz. (Org.). **Processos Estruturais**. 1. ed. Salvador: JuspoDIVM, 2017. v. 800. 607p.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. v. 1000. 238p.

JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017

LOPES, Juliana; MAZURKIEWCZ, ZOTINI, Lígia; BARBOSA, Ruth. Soft law como Novo Paradigma Jurídico. **Empório do Direito**. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/soft-law-como-novo-paradigma-juridico>. Acesso em: 22/02/2021

LUZ, Eduardo Silva; SAPIO Gabriele. Métodos alternativos de resolução de conflitos e a problemática do acesso à Justiça em face da cultura do litígio. **Revista Interfaces Científicas – Direito**. v.6. nº1, p. 9 – 22. Aracaju: Out. 2017

MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena; BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot. Crescente adoção de instrumentos de soft law na cooperação penal internacional. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 4, n. 8, p. 95-113, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/download/235/217/>. Acesso em: 22/02/2021

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Ações Coletivas e Danos Transnacionais. In: ZANETI JR., Hermes; RODRIGUES, Marco Antonio. **Cooperação Internacional**. Salvador: JUSpodivm, 2019, p. 63-78

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Identificação dos Precedentes Judiciais**. Londrina: Thoth, 2021.

MUA, Cíntia Teresinha Burhalde. **Acesso Material à Jurisdição: da legitimidade ministerial para a defesa dos direitos individuais homogêneos**. Curitiba, Juruá, 2010, p.75-81.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. **O papel da soft law na efetivação do direito ambiental internacional**. Dissertação de mestrado. UFSM, 2005. Disponível em https://www.academia.edu/37249184/DISSERTA%C3%87%C3%83O_DE_MESTRAD_O_PAPEL_DA_SOFT_LAW_NA_EFETIVA%C3%87%C3%83O_DO_DIREITO_AMBIENTAL_INTERNACIONAL . Acesso em: 22/02/2021

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. **A importância do soft law na evolução do direito internacional**. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf. Acesso em: 22/01/2021.

PAFFARINI, Jacopo. Direitos Sociais entre Hard Law e Soft Law. Um caso de estudo da União Europeia. Espaço Jurídico **Journal of Law**. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/17512>. Acesso em: 22/02/2021

PERUZZO, Pedro Pulzatto. **A força normativa da soft law**. Disponível em: <https://www.justificando.com/2018/11/22/a-forca-normativa-da-soft-law/> . Acesso: 22/01/2021

PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **A soft law e seu papel como fonte do direito: uma visão contemporânea**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64141/uma-visao-contemporanea-da-soft-law>. Acesso em: 22/02/2021

RAMOS, Mariana dos Anjos. "Responsabilidade de Proteger" dos Estados e sua Dimensão Jurídico-normativa. Dissertação de mestrado. USP. São Paulo, 2013, 177p; p. 29-34 Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-14052015-144250/pt-br.php>. Acesso: 28/05/2021

ROSA, João Henrique de Moraes Machado; RIBEIRO, Matheus Vieira. A Segurança Jurídica das Soft Laws no Direito Ambiental Internacional. **Revista Unisal**. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/revdir/article/download/125/86>. Acesso em: 22/02/2021

SARLET, Ingo W.. As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais. **Conjur**, publicada em 23 de janeiro de 2015, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>, acesso em 24/05/2021

SOUZA, Leonardo da Rocha; LEISTER, Margareth Anne. **A influência da soft law na formação do direito ambiental**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37467.pdf>. Acesso em: 22/02/2021

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge : improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press

TESHEINER, José Maria; MUA, Cíntia Teresinha Burhalde (2020). Incidente de resolução de demandas repetitivas e ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos: diálogo integrativo. **Revista Do Ministério Público Do Rio Grande Do Sul**, 1(80), 69-77. Recuperado de <https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/206>. Acesso: 01/04/2021

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Pode o soft law ser considerado fonte do direito internacional tributário?** Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/download/4477/2786>. Acesso em: 22/02/2021.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: JUSPODIVM. 2ª edição revista, atualizada e ampliada.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e Implementação de Mudanças Socialmente Relevantes pela Via Processual. In: **Processos Estruturais**. ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Salvador: JusPODIVM, 2017, 608p, p.372.

10. PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL E ASSÉDIO DE CONSUMO DOS HIPERVULNERÁVEIS, COM FOCO NA CRIANÇA E NO IDOSO: APORTES NEUROCIÊNCIAS PARA SUPERAÇÃO DA INEFICIÊNCIA DA CONTRAPROPAGANDA NA INTERNET



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-10>

Cíntia Teresinha Burhalde Mua¹

Introdução

A publicidade abusiva, mormente quando veiculada pela *internet* e direcionada para os grupos de consumidores hipervulneráveis (como idosos, crianças e adolescentes, *verbi gratia*), impõe a adoção de contramedidas eficientes.

O presente artigo aborda o assédio de consumo de hipervulneráveis, no espectro da criança e os produtos obesogênicos, bem como dos idosos e o superendividamento, expondo o problema da ineficiência da imposição de contrapropaganda no ambiente da rede mundial de computadores, trazendo à baila algumas reflexões e proposições, pautadas em estudos neurocientíficos, tendo como premissa a maior eficiência possível dos instrumentos de controle.

O *e-commerce*² no Brasil faturou mais de R\$ 61 bilhões em 2019, cerca de quatro vezes a mais que em 2010. As regiões Sul e Sudeste responderam, juntas, por mais de 90% do faturamento. Em 2019, cerca de 10,7 milhões de novos consumidores aportaram ao comércio eletrônico, um incremento de 17% em relação ao ano imediatamente anterior³. No primeiro semestre de 2021, o faturamento já

¹ Doutoranda em Direito pela PUCRS. Mestre em Instituições de Direito do Estado (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006). Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional (UFRGS, 2015). Especialista em Direito Processual Civil (PUCRS, 1998). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1995). Juíza de Direito desde 1998. Docente, pesquisadora e contenciosista na Escola Nacional de Formação de Magistrados desde 2014. Docente no PPGD da FMP/RS. Docente no Centro de Formação de Pessoas do Tribunal de Justiça do RS desde 2015. Coordenadora dos Núcleos de Estudos sobre Processo Coletivo (desde 2008) e Neurociência Aplicada ao Direito (desde 2018), ambos na Escola Superior da Magistratura da AJURIS. Membro do Centro de Inteligência do Poder Judiciário gaúcho. Membro do LIODS (Laboratório de Inovação e ODS) JUSClima, do Conselho Nacional de Justiça. Autora de livros e artigos científicos. <http://lattes.cnpq.br/9922069811486300> ; <https://orcid.org/0000-0002-3478-1840>

² O Decreto nº 7.962/2013 regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

³ Conforme dados disponíveis em <https://www.ebit.com.br/webshoppers/webshoppersfree>, acesso em 01/06/2020

atingiu R\$ 53,4 bilhões, o que representa um incremento de +31,0% em relação ao mesmo período de 2020. O valor médio gasto por compra (ticket médio) chega a R\$ 534,42, 22,0% a mais que o mesmo interregno em 2021⁴.

Independentemente da regulamentação do CONANDA⁵, crianças⁶ passam, em média, mais de 4h⁷ diante de aparelhos de televisão ou dispositivos móveis conectados à internet, estando expostas aos apelos do consumo, sendo considerada com os maiores influenciadores de compras nas famílias, algo em torno de 80%⁸.

Quanto aos idosos, apesar da clara dicção do artigo 230, da Magna Carta⁹, da regulamentação da Política Nacional¹⁰ e do Estatuto do Idoso¹¹, o sistema bancário investe massivamente em publicidade que apresenta o crédito consignado, regulamentado pela Lei n.º 10.820/2003¹², como solução para uma fatia de mercado com poder de compra de R\$ 575 bilhões em 2019¹⁴ e R\$ 784,81 bilhões em

⁴ Conforme dados disponíveis em <https://www.ebit.com.br/webshoppers/webshoppersfree>, acesso em 25/10/2021.

⁵ Resolução n.º 163/2014, disponível em (acesso em 02/06/2020):

<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=4&data=04/04/20>

⁶ A arquitetura protetiva à criança [e ao adolescente], tem esteio no princípio da prioridade integral (artigo 227, caput, CF/88), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), Lei n.º 13.257/2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. No que concerne à vedação da publicidade dirigida ao público infantil, merecem destaque artigos 2º, 3º, 4º e 86 do ECA, bem como o artigo 37, § 2º da Lei n.º 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor.

⁷ Conforme documentário da Empresa Brasil de Comunicação, **Caminhos da Publicidade: publicidade infantil**, disponível em <https://youtu.be/5vXNpBRw51Y>, acesso em 09/07/2020

⁸ Sobre o tema: DA SILVA, Michelle Felix. **Influência do consumidor infantil no processo de compra familiar**, disponível em:

https://www.ifspcaraguatatuba.edu.br/images/conteudo/TCC_MICHELLE.pdf, acesso em: 10/07/2020

⁹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

¹⁰ Lei 8.842/1994

¹¹ Lei 10.741/2003

¹² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.820Compilado.htm, acesso em 25/10/2021.

¹³ Apenas para que não passe *in albis*, desde logo mencionamos que, recentemente houve temporária flexibilização da margem consignável, por intermédio da Lei n.º 14.131/2021, que dispõe sobre o acréscimo de 5% (cinco por cento) ao percentual máximo para a contratação de operações de crédito com desconto automático em folha de pagamento até 31 de dezembro de 2021; e altera a Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14131.htm, acesso em 25/10/2021.

¹⁴ Conforme informações colhidas em <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/09-previdencia-social?ano=2019>, acesso em 10/07/2020, valores restritos ao pagamento dos benefícios de aposentadoria vinculados ao RGPS

2021¹⁵. Em janeiro de 2021, o volume total contratado cresceu 14% em relação a janeiro de 2020¹⁶, atingindo o recorde de R\$ 442,8 bilhões¹⁷.

Importa ainda gizar que o investimento publicitário para esta modalidade creditícia redundou em R\$ 340 bilhões, dos quais R\$ 127 bilhões (ou 37% deste universo)¹⁸ estão vinculados a benefícios de aposentadoria concedidos pelo RGPS¹⁹.

Este ensaio utiliza, na abordagem, o método hipotético-dedutivo; na investigação, o procedimento tipológico e estruturalista; interpretação tópico-sistemática valendo-se das técnicas de pesquisa exploratória e explicativa, instrumentalmente documental (bibliográfica).

1 Publicidade comportamental

Os anúncios pagos na rede mundial de computadores em geral enquadram-se em ou uma ou mais das seguintes categorias: *Links* patrocinados na rede de pesquisa *Google*, na rede de display *Youtube* e nas redes sociais, como *Facebook*, o que inclui *WhatsApp* e *Instagram*.

Nestes grandes modais, inúmeros recursos de *marketing* podem utilizados, podendo ser citados, exemplificativamente, aplicações (texto, vídeos, banners);

¹⁵ Conforme informações colhidas em <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/09-previdencia-social?ano=2021>, acesso em 25/10/2021, valores restritos ao pagamento dos benefícios de aposentadoria vinculados ao RGPS

¹⁶ Para maior aprofundamento, vide Relatório de Economia Bancária – 2020 do Banco Central, disponível em:

https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/reb_2020.pdf, acesso em 25/10/2021.

¹⁷ Dados disponíveis em <https://noticias.r7.com/economia/volume-do-credito-consignado-bate-recorde-e-supera-r-440-bi-15032021>, acesso em 25/08/2021.

¹⁸ https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/09/24/internas_economia,784744/febraban-e-abbc-apresentam-regras-de-autoregulacao-para-consignado.shtml, acesso em 09/07/2020

¹⁹ Inobstante as normas regulamentares protetivas: Instrução Normativa nº 28, de 19 de maio 2008 e a Portaria 1.959, de 8 de dezembro de 2017, conforme excerto de reportagem disponível em <https://apublica.org/2020/05/idosos-refens-de-emprestimos-consignados-aguardam-batalha-juridica-em-meio-a-pandemia/>, acesso em 09/10/2020, "(...) Desde janeiro de 2017, a Ouvidoria do INSS recebeu quase 130 mil reclamações sobre empréstimos consignados feitos sem autorização. Já a plataforma *consumidor.gov.br*, que em agosto de 2019 se tornou referência para registro dessas ocorrências, contabiliza, desde então, outras 9,1 mil queixas sobre crédito consignado a beneficiários do INSS. (...)”

micro-sites, *hot sites* ou *promo pages*; janelas intercaladas; *frames* e *iframes*; janelas *pop-up*; *Spam*.²⁰²¹

Conforme EREMBERG (2003)²²

A publicidade elabora e se apropria das técnicas que melhor lhe convém, entrelaça formas tradicionais de arte com as que lhe são características (em função de seus próprios media (e prepara novas condições de existência dos consumidores que a receberem e que, por ela, tem alterada sua visão de mundo, suas expectativas e seu comportamento pessoal, interpessoal ou grupal.

(...) a publicidade não reluta em estimular os mais profundos significados na mente e alma década consumidor, induzindo-o ao comportamento ativo e predispondo-o ao gesto pacificador do consumo.²³

A publicidade explora as heurísticas (atalhos cognitivos) como instrumentos subliminares²⁴ de convencimento desde sempre; este uso foi potencializado pela associação à tecnologia comunicacional²⁵.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), lançou uma série denominada CVM Comportamental, em três volumes, sendo um deles dedicado exclusivamente ao consumidor²⁶, abordando sete vieses, que podem levar a erros de percepção,

²⁰ Apesar da indiciária abusividade na remessa de e-mails em massa, o entendimento prevalente no STJ é no sentido da improcedência de pedidos de dano moral em decorrência do recebimento de *Spams*. Vide Resp. 844.736/DF; AREsp 764115.

²¹ Para aprofundamento sobre estes recursos de marketing (e vários outros), vide EREMBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 57 a 66.

²² ob.cit., p. 25

²³ G.N.

²⁴ Registramos que está em tramitação na Câmara dos Deputados, o PL 2442/2019 (Nº Anterior: PL 1840/2011), que proíbe a utilização de mensagens subliminares na propaganda veiculada nas emissoras de radiodifusão. Inteiro teor disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E156418B2A4A179E8179475AD624ED2A.proposicoesWebExterno1?codteor=899655&filename=PL+2442/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+1840/2011%29, acesso em 10/06/2020.

²⁵ Sobre o tema: LÉVY, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

²⁶ Série CVM COMPORTAMENTAL, 3º volume. Disponível em:

<http://pensologoinvesto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020

avaliação e julgamento: efeito adesão, efeito halo, falácia dos custos irrecuperáveis, heurística²⁷ do afeto, ilusão de controle, viés da atribuição, viés do ponto cego.

Analise-mo-las em breve.

O efeito adesão é utilizado para convencer a maioria das pessoas adota dado comportamento de consumo, o que rotineiramente leva a compras impulsivas, desconsiderando o real valor de uso do produto ou serviço, bem como as alternativas concorrenciais.

A maior influência do efeito adesão ocorre em circunstâncias de *"incerteza, pânico ou nos momentos em que há pressão para tomar decisões"*²⁸, principalmente quando *"não há clareza sobre a situação econômica ou em épocas de crise"*²⁹

Efeito halo é atalho cognitivo instrumental à qualificação de pessoas, produtos, serviços, marcas, pelas primeiras impressões, que funcionam como um enquadramento para das demais características. *"Se a publicidade for bem sucedida em criar uma impressão positiva, é bem provável que ela se estenda ao produto."*³⁰. Este viés pode ser catalisado pela nossa tendência de confirmar nossas próprias impressões/opiniões, também denominado viés de confirmação.³¹

A falácia dos custos irrecuperáveis deturpa a tomada de decisão consciente, no presente, pelo apego emocional a produtos ou a custos havidos no passado, os quais não são mais passíveis de recuperação. É decorrência da tendência humana da aversão à perda³².

Na heurística do afeto³³, o processo de tomada de decisão é influenciado *"por*

²⁷ Conforme obra citada, *"Heurísticas são regras de bolso (ou atalhos mentais) que agilizam e simplificam a percepção e a avaliação das informações que recebemos. Por um lado, elas simplificam enormemente a tarefa de tomar decisões; mas, por outro, podem nos induzir a erros de percepção, avaliação e julgamento que escapam à racionalidade ou estão em desacordo com a teoria da estatística. Esses erros ocorrem de forma sistemática e previsível, em determinadas circunstâncias, e são chamados de vieses."*

²⁸ ob.cit., p. 7

²⁹ idem

³⁰ ob. cit., p. 9

³¹ ob. cit., p. 8

³² ob. cit., p. 12

³³ *"Em importante estudo de 2002 sobre a Heurística do Afeto, Slovic e seus colegas descreveram experimentos em que as preferências dos indivíduos eram manipuladas por meio do controle dos estímulos que lhes eram apresentados por pesquisadores. Por exemplo, apresentar rostos sorridentes ou desaprovadores se associava ao fato de a pessoa gostar ou não de um caractere chinês (cujo significado era desconhecido) apresentado logo em seguida. Slovic e demais apontaram duas formas pelas quais o raciocínio experiencial do Sistema 1 pode nos levar a decisões enganosas: quando nossas reações afetivas são influenciadas por terceiros ou quando o sistema não consegue*

emoções que se manifestam automática e inconscientemente."³⁴

A ilusão de controle sobre eventos futuros, "levando a uma exposição exagerada a vários prejuízos potenciais.",³⁵ está correlacionada com "(...) outros vieses, como o *Otimismo Exagerado*, a *Autoconfiança Excessiva* e o *Viés de Confirmação*."³⁶

O viés de atribuição contempla "(...) um conjunto de vieses que explicam erros sistemáticos – que cometemos ao procurar explicações causais para os acontecimentos, seja em relação ao nosso comportamento ou ao alheio."³⁷

O atalho cognitivo conhecido como viés do ponto cego (...) "é a propensão a acharmos que nossos julgamentos são imparciais, enquanto os das demais pessoas são tendenciosos";³⁸ um "(...) "metaviés" que abre caminho para os demais erros sistemáticos de julgamento."³⁹

KAHNEMAN (2012) vaticina que a pesquisa hodierna é capaz de trazer a lume "não só os prodígios como também as falhas do pensamento intuitivo."⁴⁰

Ademais, pontua com muita precisão: "nós somos cegos e somos cegos para nossa própria cegueira"⁴¹.

Apesar da importância do tema, sendo evidente a zona gris entre persuasão e manipulação no uso das heurísticas nas peças publicitárias, o artigo 29 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária⁴², diz expressamente que não se

interpretar satisfatoriamente o estímulo recebido. A primeira situação é explorada em propagandas com modelos sorrindo, imagens agradáveis ou com os dizeres "Natural", "Nova fórmula" ou "Sem gordura trans" nas embalagens. O uso de eufemismos como "defensivo agrícola" em vez de "agrotóxico" também se destina a gerar impressões positivas ou diminuir as negativas." Série CVM COMPORTAMENTAL, 3º volume. Disponível em <http://pensologoinvisto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020, p. 14

³⁴ ob. cit., p. 13

³⁵ **Série CVM COMPORTAMENTAL**, 3º volume. Disponível em:

<http://pensologoinvisto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020, p. 17

³⁶ idem

³⁷ **Série CVM COMPORTAMENTAL**, 3º volume. Disponível em:

<http://pensologoinvisto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020, p. 20

³⁸ ob.cit., p. 24

³⁹ idem

⁴⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar [recurso eletrônico]**. Tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

⁴¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar [recurso eletrônico]: duas formas de pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

⁴² Disponível em <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>, acesso em 10/06/2020

ocupa da chamada propaganda subliminar, por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente incontestada, mas condena tentativas destinadas a produzir efeitos subliminares em publicidade ou propaganda.

Na contramão da linha negacionista articulada pelo atual Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a matéria é objeto do Projeto de Lei nº 2442/2019)⁴³, *verbis*:

Art. 2º O art. 38 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, passa a vigorar acrescido do seguinte dispositivo:

"Art. 38⁴⁴

j) É vedada, na propaganda comercial de bens e serviços pelas emissoras de radiodifusão, a veiculação de mensagens e o uso de recursos destinados à sensibilização subliminar do consumidor, como tais entendidos:

I - veiculação de imagens, falas ou mensagens por pequenas frações de tempo ou de modo a não serem percebidas conscientemente pelo espectador;

II – utilização de efeito estroboscópico;

III – exibição de formas estáticas ou em movimento e de símbolos arquetípicos nas imagens, ou a estas superpostos, alusivos à sexualidade das pessoas;

IV – veiculação de mensagem sonora alusiva à mercadoria anunciada, reproduzida ao contrário ou mesclada a outras falas;

V – uso de trilha sonora musical, música de fundo ou ruído incidental que faça menção a sexualidade, aumento da virilidade ou feminilidade, ou comportamento violento ou agressivo;

VI – outros recursos assemelhados que venham a ser caracterizados na regulamentação desta lei."

CALAZANS (1992) define "subliminar como qualquer estímulo abaixo do limiar da consciência, estímulo que, não obstante, produz efeitos na atividade psíquica"⁴⁵.

⁴³ Inteiro teor disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E156418B2A4A179E8179475AD624ED2A.proposicoesWebExterno1?codteor=899655&filename=PL+2442/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+1840/2011%29, acesso em 10/06/2020.

⁴⁴ A legislação em referência sofreu alterações, sendo introduzida a alínea j, com outro objeto, pela Lei 13.424/2017. Desta feita, se aprovada a proposta do PL 2442/2019, certamente haveria ementa retificativa, para que a alínea e incisos referentes à vedação da propaganda subliminar fosse incluída sob o signo "I" e não "j", como consta na proposta original.

⁴⁵ CALAZANS, Flávio. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992, p. 39.

A propaganda subliminar atua abaixo do limiar de percepção. A grande complexidade é estabelecer padrões científicos para este divisor de águas, que é idiossincrático e circunstancial e nos remete a estudos de semiótica⁴⁶, em especial a pragmática, quando consumidor interage com o signo, atribuindo-lhe significado⁴⁷.

Neste contexto, importante gizar a diferenciação conceitual entre percepção subliminar⁴⁸ e persuasão subliminar.

A primeira, conforme preceituam SCHÜTZ e DE JESUS⁴⁹

trata-se da percepção que não atinge o limiar da consciência, mas cuja presença é detectada e registada pelo organismo, o que pode ser atestado por meio de respostas verificadas (comportamentos manifestos) bem como por alterações cerebrais constatadas pelas técnicas imagiológicas.

Conforme ensina KEY⁵⁰, os estudos sobre a percepção subliminar remontam a Demócrito (400 a.C.), passando sob o crivo de Platão e Aristóteles em sua teoria dos "umbrais da Consciência". O tema também ocupou Montaigne (1580) e Leibniz (1698), até chegar a Freud e seu contemporâneo Poetzle, que em 1919 formulou a "teoria da exclusão", a embasar a teoria dos sonhos.⁵¹

Já a *persuasão subliminar seria "a capacidade que uma mensagem teria de influenciar o receptor. O grau de persuasão varia de acordo com o tempo de exposição à mensagem e a personalidade do receptor."*⁵²

⁴⁶ Para maior aprofundamento do tema, PEIRCE, C. S. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix, 1972.

⁴⁷ MORIS, Charles W. Fundamentos da Teoria dos Signos. Trad. Milton José Pinto. São Paulo: Edusp, 1976 **apud** CALAZANS, ob.cit., p. 196.

⁴⁸ Também denominada como subcepção por McCleary, R., & Lazarus R. (1949). Autonomic discrimination without awareness. **Journal of Personality Change**, n. 18, p. 171-179. Disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1467-6494.1949.tb01238.x> , acesso em 10/10/2021.

⁴⁹ SCHÜTZ, Ronaldo; DE JESUS, Saul Neves. Percepção subliminar: longe dos olhos, perto do coração. **Dos Algarves**. Disponível em <http://www.dosalgarves.com/revistas/N13/1rev13.pdf> , acesso em 10/10/2021.

⁵⁰ KEY, Wilson Bryan. **Subliminal Seducton**. Nova York: Signet Books, 1974 **apud** CALAZANS, Flávio. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992, p. 32.

⁵¹ CALAZANS, Flávio. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992, p. 32

⁵² NERY, Vanda Cunha Albieri; SILVA Natassia Catita Propaganda subliminar: um estudo sobre a sua interpretação, **OP SIS**, vol. 7, nº 8, jan-jun 2007. disponível em <https://revistas.ufg.br/Opsis/article/view/9412/6488> , acesso em 10/10/2021, p.7/16.

A dinâmica da persuasão subliminar suplanta o modelo matemático comunicacional de SHANNON e WEAVER, esquematizado a seguir⁵³:

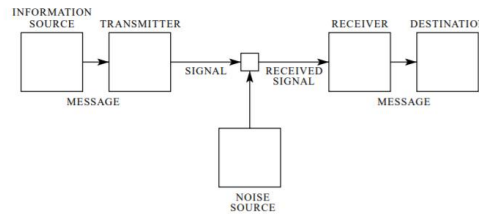


Fig. 1—Schematic diagram of a general communication system.

Fonte: SHANNON, Claude E.

Na vereda do modelo de SHANNON, que atravessa séculos de vigência, a mensagem inicial (informação) perpassa por um transmissor (mídia), que emite um sinal. O sinal pode ou não ser afetado por uma fonte de ruído, alterando a qualidade do conteúdo da mensagem recebida pelo destinatário.

Mas, digno de nota, entre a mensagem inicial e a recebida pelo destinatário há uma zona de interferências dinâmicas, que devem ser consideradas na equação.

Por isso, o nó górdio desta teoria seminal é a entropia (ou a incerteza⁵⁴) e seus diferentes graus e condicionantes.

O conceito, ontologicamente relacionado à Física, especificamente à Termodinâmica, foi adaptado para a teoria matemática da comunicação como desordem, advinda de um canal de ruído ou do excesso de informações disponíveis para uma mesma escolha. Quanto menor é o grau de miscelânia, menor é a entropia e, conseqüentemente, o gradiente de escolhas é mais restrito, favorecendo uma tomada de decisão consciente.

As mensagens subliminares, no feixe teórico em exame, estão contidas no conceito de entropia, pois atuam assertivamente no ambiente de tumulto que favorece múltiplos estímulos concomitantes, dificultando a escolha derivada da percepção seletiva.

⁵³ SHANNON, Claude E.; A Mathematical Theory of Communication. **System Technical Journal**, vol. 27, p. 379-423; 626-653, July, October, 1948. Disponível em <https://people.math.harvard.edu/~ctm/home/text/others/shannon/entropy/entropy.pdf>. Acesso em 10/10/2021, p. 2.

⁵⁴ Idem, p. 12

Mas, digno de nota, ainda que matematicamente a sublimaridade possa estar contida no contexto de entropia – conformando dado estatístico relevante para a psicologia experimental (pois se torna mensurável e controlável em experiências científicas), a percepção e, com mais ênfase, a persuasão subliminar não podem ser compreendidas em formato tão obtuso; pois ambas tem principiologia e propósitos próprios, operando abaixo do liminar da consciência. Não são meras circunstâncias ou ínfimas interferências sobre a mensagem principal. São, em si mesmas, mensagens.

Ademais, a persuasão racional soçobra ao modelo AIDA⁵⁵, acrônimo de Atenção, Interesse, Desejo e Ação e seus homólogos em inglês, língua do seu criador, LEWIS (1898)⁵⁶.

Este esquema pretende traduzir o percurso racional do consumidor na jornada de compra e, conseqüentemente, as diretrizes de *marketing* indutoras destes comportamentos. Como passar da atenção para o interesse, deste para o desejo e, finalmente, à ação de compra, tem ocupado lugar de destaque na formulação de propagandas.

Contudo, como explica BRIDGER (2018)⁵⁷, o arquétipo AIDA opera em nível consciente, sendo possível, teoricamente, que o agente, a qualquer momento, saiba em que estágio da caminhada de consumo se encontra.

Mas, muitas vezes, o comportamento antecede a ação por estímulos inconscientes - espectro da persuasão subliminar, tais como: "mapeamento de destaques", "fluência do processamento", "primeiras impressões" e "heurística do afeto":

⁵⁵ Conforme LONDERO, Rodolfo Rorato. Ainda AIDA? – uma revisão histórico-crítica da hierarquia dos efeitos publicitários, **Revista Interamericana de Comunicação Midiática**, v. 16, n. 31, 2017, p. 138-158 "(...)o modelo AIDA é, na verdade, apenas a forma mais conhecida de hierarquia dos efeitos, definição referente aos diversos modelos de publicidade que compreendem os efeitos como um processo sequencial envolvendo cognição, afeição e conação" (p. 139). Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/animus/article/view/21084>, acesso em 14/10/2021

⁵⁶ LEWIS, E. St. Elmo. **Financial Advertising: for commercial and savings banks, trust, title insurance, and safe deposit companies, investment houses**. Indianapolis: Levey Bros. & Company, 1908.

⁵⁷ BRIDGER, Darren. **Neuromarketing: como a Neurociência aliada ao desing pode aumentar o engajamento e a influência dos consumidores**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra, 1ed., São Paulo: Autêntica Business, 2018.

As pessoas podem agir porque alguma coisa - como as primeiras impressões ou a fluência do processamento do *design* - disparou inconscientemente o comportamento, e só depois elas alinham as atitudes com o comportamento⁵⁸.

Este alinhamento decorre da necessidade humana de evitar contradições entre crenças e ações, evitando a *dissonância cognitiva*, locução cunhada por FESTINGER⁵⁹, tema que tem ocupado articulistas no estudo dos comportamentos do consumidor no pré e pós-compra e tem permeado as pesquisas de *marketing* desde a década de 1970⁶⁰.

FESTINGER⁶¹ tangencia elementos da persuasão subliminar na seguinte passagem da sua obra clássica, *verbi gratia*:

Despertar interesse está além dos métodos de persuadir o povo a agir, ou do poder de criar uma convicção; e agora falaremos apenas do poder do interesse humano, porque uma peça publicitária pode ser interessante, mas não convincente, mas devemos primeiro ter o interesse de um homem antes que ele esteja aberto à convicção.

Como o interesse é apenas uma atenção prolongada, então coisas que buscam atenção geralmente o retêm até que o interesse seja despertado.

A rigidez da hierarquia de efeitos⁶² proposta por LEWIS - e sua corolária insuficiência para explicar o fenômeno da persuasão subliminar - foi evidenciada por

⁵⁸ *idem*

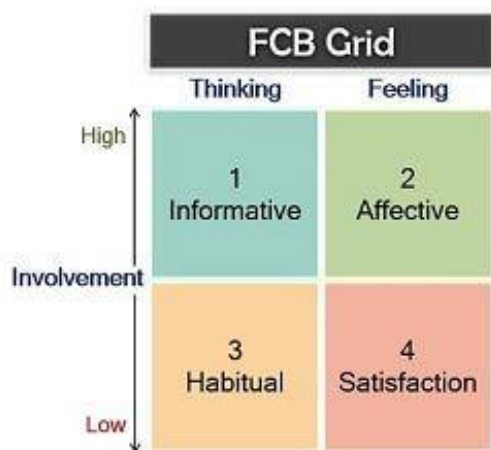
⁵⁹ FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Evanston, IL: Row, Peterson, 1957

⁶⁰ LUZ, Victoria Vilasanti; FINOTI, Lucas Lira; DIAS, Helison Bertoli Alves; TOALDO, Ana Maria Machado. Dissonância Cognitiva nas Pesquisas do Comportamento do Consumidor: Um Estudo Sistemático. v. 8 n. 13 (2018), **Revista de Administração do UNISAL**, p. 98-116.

⁶¹ *Ob.cit.*, p. 167

⁶² Aliás, a própria hierarquia dos efeitos em si é questionada como método cientificamente válido, porque não é empiricamente mensurável. Os estágios propostos no modelo de LEWIS não ocorrem de forma estanque e sucessiva. O conceito serve mais como explicação didática para o planejamento da propaganda e das estratégias de *marketing* do produto e/ou serviço, pois a fenomenologia da percepção demonstra que as etapas entrelaçam-se e que não há uma ordem pré-definida de interação ou ocorrência. Sobre o assunto, ver MERLEAU-PONTY. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Martins Fontes, 2011

seus críticos, como KRUGMAN⁶³ e EHRENBURG⁶⁴ e, finalmente, VAUGHN⁶⁵, que aportou metodologia mais abrangente, conhecida como “grade FCB”, contemplando quatro combinações entre cognição, afeição e conação:



Fonte: <https://www.google.com/search?q=fc 1>

A teoria de LEWIS estaria situada no primeiro quadrante; no segundo, a afeição teria primazia no percurso de consumo (VAUGHN); os terceiro e quarto quadrantes relacionam-se às teorias de KRUGMAN e EHRENBURG, que se ocupam das compras repetitivas e/ou por impulso.⁶⁶

Neste contexto, há inconsistência científica nas conclusões acerca da inexistência da persuasão subliminar, mormente com base no modelo AIDA⁶⁷ que, como trazido a lume, não contempla complexidade compatível com a tessitura da

⁶³ KRUGMAN, Herbert E. Publicidade na televisão – Aprendizagem sem envolvimento. In: JONES, John Philip (org.). **A publicidade como negócio**. São Paulo: Nobel, 2002

⁶⁴ EHRENBURG, A. (2000). Repetitive Advertising and the Consumer. **Journal of Advertising Research**, v. 40, n. 6, p. 39-48. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-advertising-research/article/abs/repetitive-advertising-and-the-consumer/E4BBF005C3880EB586C1C88E3286E6EA>, acesso em 14/10/2021.

⁶⁵ VAUGHN, Richard. How advertising works: a planning model. **Journal of Advertising Research**, v. 20, n. 5, p. 27-33, 1980.

⁶⁶ Conforme LONDERO, Rodolfo Rorato. Ainda AIDA? – uma revisão histórico-crítica da hierarquia dos efeitos publicitários, **Revista Interamericana de Comunicação Midiática**, v. 16, n. 31, 2017, p. 149 e 150.

⁶⁷ Como visto em DE FRANCESCHI JÚNIOR, Reginaldo. **Limiar: uma visão publicitária sobre os limites da percepção**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Escola de Comunicação e Artes. Departamento de Relações Públicas, Publicidade e Turismo. São Paulo: 2009. USP. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27154/tde-20102009-215257/publico/dissertacao_final.pdf, acesso em 01/10/2021.

propaganda em nível pré-consciente, estranha ao domínio do modelo de LEWIS⁶⁸.

Como acentua BRIDGER⁶⁹,

Otimizar o *design* de um produto pode ser o suficiente para diferenciá-lo, mesmo que suas qualidades básicas não sejam diferentes daquelas dos produtos concorrentes. Por exemplo, acentuar o destaque visual, facilitar o processamento, e disparar associações sensoriais e emocionais certas.

A persuasão subliminar ancora-se na ativação do querer e do gostar, cujos circuitos neurais e neurotransmissores são diferentes; o primeiro produz a dopamina; o segundo, opioides e endocanabíoides, respectivamente⁷⁰.

Retomando as lições de KAHNEMAN⁷¹, ao tratar do viés da autoconfiança excessiva, contextualiza a ilusão de validade, aduzindo que a *“confiança subjetiva em um julgamento não é uma avaliação raciocinada na probabilidade de que esse julgamento esteja correto”*, pois diz respeito à coerência entre a informação e o *“conforto cognitivo em processá-la”*. Esta coerência subjetiva não necessariamente corresponde à verdade.

Na linha deste trabalho, a ilusão de validade exsurge, na visão desta ensaísta, como atalho mental para fugir da dissonância cognitiva.

Outrossim, a teoria do prospecto⁷² assume assaz relevância no estudo da persuasão subliminar, tendo em vista que considera a inconsistência do comportamento dos decisores diante do risco.

⁶⁸ No mesmo sentido, entre outros, BEATTY, Sharon E.; HAWKINS, Del I.. Subliminal Stimulation: Some New Data and Interpretation. **Journal of Advertising**, vol. 18, n. 3, 1989, p. 4–8, <http://www.jstor.org/stable/4188728>, acesso em 14/10/2021.

⁶⁹ BRIDGER, Darren. **Neuromarketing: como a Neurociência aliada ao *desing* pode aumentar o engajamento e a influência dos consumidores**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra, 1ed., São Paulo: Autêntica Business, 2018

⁷⁰ Conforme BRIDGER, Darren. **Neuromarketing: como a Neurociência aliada ao *desing* pode aumentar o engajamento e a influência dos consumidores [recurso eletrônico]**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra, 1ed., São Paulo: Autêntica Business, 2018, *“O cérebro tem dois sistemas distintos para gostar e para querer” [...envolvendo] “circuitos neurais e neurotransmissores químicos distintos (...) o sistema de querer usa dopamina; o sistema de gostar opioides e endocanabíoides.(...) O sistema de querer (desejar ou ansiar) é ativado com mais facilidade que o sistema de gostar (o prazer em si).”*

⁷¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar [recurso eletrônico]**. Tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

⁷² KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk **Econometrica**, Vol. 47, n. 2., mar. de 1979, pp. 263-291. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1914185>, acesso em 10/10/2021.

O estudo seminal de KAHNEMAN e TVERSKY, ao tempo em que critica a teoria da utilidade esperada⁷³ - através da apresentação de inúmeras situações em que seus axiomas são sistematicamente violados -, evidencia a importância dos limiares pré-conscientes na tomada de decisão.

Neste diapasão, a forma como o produto ou serviço é apresentado, as características do decisor e do destinatário da ação de compra e o uso de heurísticas são alguns dos elementos que se entrelaçam no percurso decisório, no campo da persuasão subliminar.

Nas palavras dos autores:

Uma característica essencial da presente teoria é que os portadores de valor são mudanças na riqueza ou bem-estar, ao invés de estados finais. Esta suposição é compatível com princípios básicos de percepção e julgamento. Nosso aparato perceptivo é sintonizado com a avaliação de mudanças ou diferenças, em vez da avaliação de magnitudes absolutas. Quando respondemos a atributos como brilho, volume, ou temperatura, o contexto passado e presente da experiência define uma adaptação nível, ou ponto de referência, e os estímulos são percebidos em relação a esta referência ponto. Assim, um objeto em uma determinada temperatura pode ser sentido como quente ou frio ao toque dependendo da temperatura a que se adaptou. (...)⁷⁴

⁷³ Ob.cit., p. 2: "EXPECTED UTILITY THEORY has dominated the analysis of decision making under risk. It has been generally accepted as a normative model of rational choice, and widely applied as a descriptive model of economic behavior, e.g. Thus, it is assumed that all reasonable people would wish to obey the axioms of the theory, and that most people actually do, most of the time. The present paper describes several classes of choice problems in which preferences systematically violate the axioms of expected utility theory. In the light of these observations we argue that utility theory, as it is commonly interpreted and applied, is not an adequate descriptive model and we propose an alternative account of choice under risk ." Tradução livre: "A teoria da utilidade esperada dominou a análise da tomada de decisão sob risco. Tem sido geralmente aceita como um modelo normativo de escolha racional, e amplamente aplicado como um modelo descritivo de comportamento econômico (...) presume-se que todas as pessoas razoáveis desejariam obedecer aos axiomas do teoria (...) O presente artigo descreve várias classes de problemas de escolha em que as preferências violam sistematicamente os axiomas da teoria da utilidade esperada. À luz dessas observações, argumentamos que a teoria da utilidade, como é comumente interpretada e aplicada, não é um modelo descritivo adequado e propomos uma alternativa de escolha sob risco."

⁷⁴ Texto original em inglês: "An essential feature of the present theory is that the carriers of value are changes in wealth or welfare, rather than final states. This assumption is compatible with basic principles of perception and judgment. Our perceptual apparatus is attuned to the evaluation of changes or differences rather than to the evaluation of absolute magnitudes. When we respond to attributes such as brightness, loudness, or temperature, the past and present context of experience defines an adaptation level, or reference point, and stimuli are perceived in relation to this reference

Ademais, merecem relevo os elementos transversais da persuasão subliminar, mormente quando a comunicação ocorre por intermédio de mídias sociais.

Neste contexto, destaca-se a teoria da identidade social de TAJFEL⁷⁵, bem como as evidências psicométricas⁷⁶ aferidas numa escala tridimensional, validada por CAMERON (2004)⁷⁷.

TAJFEL define identidade social como

Aquela parte de um autoconceito do indivíduo que deriva da consciência de sua adesão a um grupo social (ou grupos), juntamente com o valor e o significado emocional atribuído a essa adesão⁷⁸

CAMERON, a seu turno, perfilou os seguintes indicadores baseados na teoria da identidade social de TAJFEL:

- (1) centralidade cognitiva (a quantidade de tempo gasto pensando em ser um membro do grupo);
- (2) afeto dentro do grupo (a positividade dos sentimentos associados à pertença ao grupo);
- (3) laços dentro do grupo (percepções de semelhança, vínculo e pertencimento com outros membros do grupo)⁷⁹.

point [23]. Thus, an object at a given temperature may be experienced as hot or cold to the touch depending on the temperature to which one has adapted."

⁷⁵ TAJFEL, H. (1978). **Differentiation between social groups**. London: Academic Press; TAJFEL, H.; TURNER, J. C. (1979). An integrative theory of intergroup conflict, In: W. G. Austin & S. Worchel (Eds.), **The social psychology of intergroup relations**. Monterey, CA: Brooks-Cole, 1979, p. 33/47

⁷⁶ Estudo de caso interessante na pesquisa de NASCIMENTO, Thiago Gomes. Escala Trifatorial da Identidade Social (ETIS): Evidências de sua Adequação Psicométrica. **Psico-USF, Bragança Paulista**, v. 22, n. 2, p. 217-234, mai./ago. 2017. Disponível em www.scielo.br <http://dx.doi.org/10.1590/1413-82712017220203>, acesso em 10/10/2021.

⁷⁷ CAMERON, James E. A Three-Factor Model of Social Identity. **Self and Identity**, p. 239-262, 17 fevereiro de 2007. Disponível em

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13576500444000047>, acesso em 12/10/2021.

⁷⁸ Texto original em inglês: "*that part of an individual's self-concept which derives from his [or her] knowledge of his [or her] membership of a social group (or groups) together with the value and emotional significance attached to that membership*". TAJFEL, H. (1978). **Differentiation between social groups**. London: Academic Press, p. 63.

⁷⁹ Texto original em inglês: "(1) *cognitive centrality (the amount of time spent thinking about being a group member (...); (2) ingroup affect (the positivity of feelings associated with membership in the group); (...)* (3) *ingroup ties (perceptions of similarity, bond, and belongingness with other group members)*. CAMERON, James E. A Three-Factor Model of Social Identity. **Self and Identity**, p. 239-262,

Dentro deste cenário, a construção de uma identidade social positiva, através de ações estratégicas que desafiem, por exemplo, a dinâmica da hierarquização advinda da comparação intergrupala, bem como os *"laços psicológicos que ligam o self ao grupo"*⁸⁰, são elementos centrais da identidade social.

BOZKURT et al⁸¹ estudam os efeitos da homofilia no comportamento do consumidor (pré e pós venda).

Segundo os autores, a influência da etnia dos comentadores de uma propaganda em mídia social pode ser acentuada ou mitigada *"(...) pelo nível de identidade étnica dos consumidores, intensidade de uso da mídia social e associações étnicas da postagem."*

Consumidores dos grupos minoritários tendem a avaliar mais favoravelmente um produto ou serviço se os comentadores que os antecederam pertencerem ao mesmo grupo étnico. Outrossim, o número de recomendações cresce, quando houver endosso prévio de outros indivíduos com os quais o consumidor se identifique etnicamente e/ou as características do fornecedor atentarem para idêntico enlace. *"No entanto, os consumidores do grupo minoritário serão mais fortemente influenciados por este efeito do que os seus homólogos do grupo majoritário."*⁸²

Nesta conjuntura, a revisão bibliográfica de BOZKURT et al oferece suporte empírico para a utilização da homofilia baseada em etnicidade e, a partir dela, novo *insights* no contexto no *marketing*.

A mesma lógica pode ser utilizada para outros critérios de segmentação do consumidor focal, inclusive a intersecção entre eles, como gênero e idade, por exemplo.

DEHAENE e colaboradores propõem uma taxinomia envolvendo o processamento neuroquímico de estímulos visuais, nos limiares de percepção

17 Feb 2007. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13576500444000047>, acesso em 12/10/2021, p. 4

⁸⁰ idem

⁸¹ BOZKURT, Siddik; GLIGOR, David; HOLLEBEEK, Linda D. Ethnicity's effect on social media-based comment intention: Comparing minority and majority consumers, **Psychology and Marketing**, julho de 2021. Disponível em <https://doi.org/10.1002/mar.21549>, acesso em 09/10/2021.

⁸²Ob.cit., texto original em inglês (tradução livre), p. 4/16: *"However, minority group consumers will be more strongly influenced by this effect than their majority group counterparts."*

subliminar, pré-conscientes e conscientes⁸³, com base em ampla revisão de literatura, envolvendo estudos neuroimagéticos.

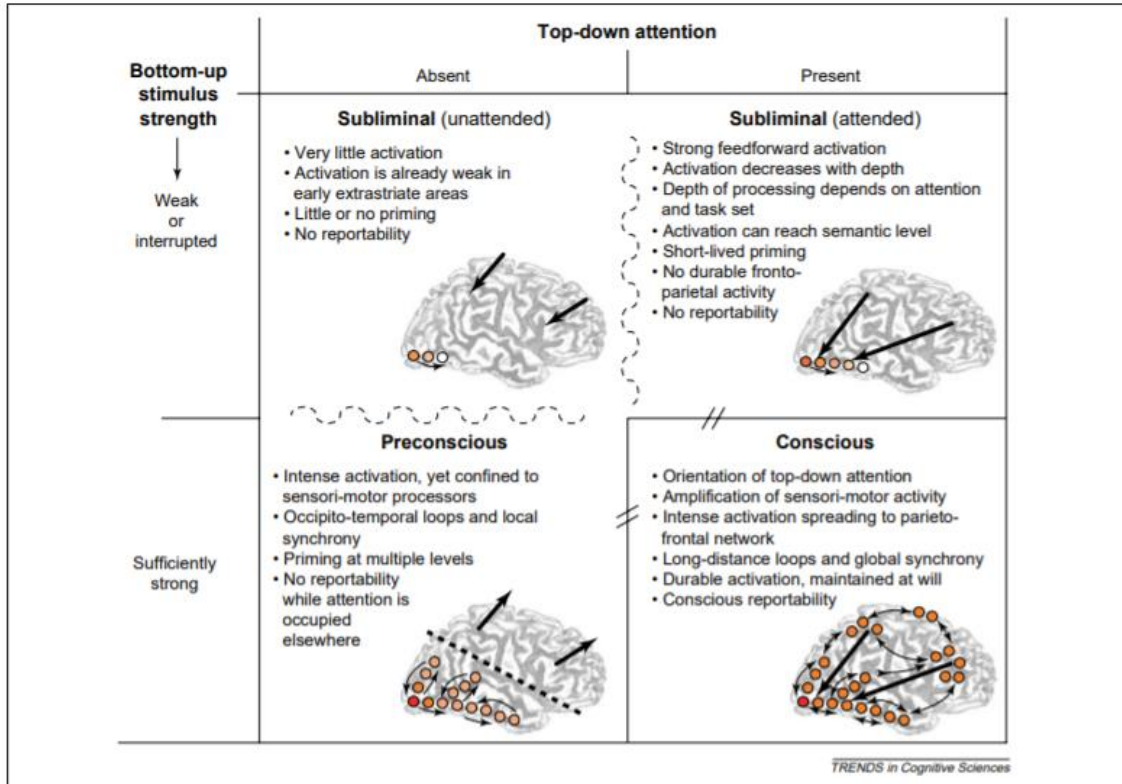
O limiar subliminar ocorre quando a intensidade dos estímulos é fraca ou entrecortada; atenção presente ou não. No primeiro caso, ocorre uma maior ativação do lobo fronto-parietal, a qual pode atingir interpretação semântica, mas sem reportabilidade. No segundo, há pequena atividade cerebral nas áreas estriadas e o *priming* é muito reduzido ou inexistente.

No caso do limiar pré-consciente, os estímulos são fortes, mas não há atenção focal. Há intensa ativação cerebral, mas ainda restrita ao processamento sensório-motor. Outrossim, não há reportabilidade, enquanto a atenção do consumidor estiver ocupada com qualquer outra coisa.

Finalmente, no caso do limiar consciente, há amplificação da atividade sensório-motora, intensa ativação da rede parieto-frontal, ampla reportabilidade, ativação durável, segundo a vontade do agente.

Esquemáticamente:

⁸³ DEHAENE Stanislas; CHANGEUX, Jean-Pierre; NACCACHE Lionel; SACKUR, Jérôme; SERGENT, Claire. Conscious, preconscious, and subliminal processing: a testable taxonomy. **TRENDS in Cognitive Sciences** Vol.10 No.5 May 2006. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Claire-Sergent/publication/7177242_Conscious_preconscious_and_subliminal_processing_A_testable_taxonomy/links/5a09ad5a458515afc7b0e2b3/Conscious-preconscious-and-subliminal-processing-A-testable-taxonomy.pdf, acesso em 10/10/2021.



Fonte: DAHAENE e colaboradores

Os autores pontuam que a taxinomia que propõem, em três categorias limiaries, resolve inconsistências havidas em estudos que trabalham com apenas duas tipologias, *verbis*:

Em estudos experimentais de percepção consciente, o processamento pré-consciente, como uma categoria intermediária, às vezes foi confundido com o processamento subliminar, e às vezes com processamento consciente. Agora mostramos como esta distinção pode fornecer um relato simples de conflitos resultados de neuroimagem estímulos não mascarados tornam-se um contraste entre o processamento subliminar e pré-consciente. Como previsto, apenas os primeiros componentes da ativação occipito-temporal são vistos. De acordo com nossa terminologia, estes são os correlatos do processamento visual pré-consciente (visibilidade potencial, mas sem acesso consciente)⁸⁴

⁸⁴ Texto original em inglês (tradução livre): In experimental studies of conscious perception, preconscious processing, as an intermediate category, has sometimes been confounded with subliminal processing, and sometimes with conscious processing. We now show how this distinction can provide a simple account of conflicting neuroimaging results unmasked stimuli becomes a contrast between subliminal and preconscious processing. As predicted, only the early components

Não obstante os elementos taxinômicos coligidos possam ser testados *“não só com ferramentas de neuroimagem, mas também usando técnicas eletrofisiológicas na vigília”*, DAHAENE e colaboradores reconhecem que há outras categorias limiars de conhecimento não consciente, *como “os padrões de conectividade latentes e os sistemas cerebrais funcionalmente desconectados”*, que poderão ser objeto de estudos futuros

Passemos ao estudo dos efeitos da propaganda subliminar aplicado em duas frentes: (a) publicidade e obesidade infantil e (b) idoso e superendividamento.

2.Publicidade e obesidade infantil

O artigo 1º, § 1º, da Resolução CONANDA nº 163/2014 (que veda a publicidade dirigida a crianças e adolescentes) define comunicação mercadológica como *“(...)toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.”*

O § 2º do mesmo artigo, desenha a abrangência da proscricção, *verbis*:

A comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas.

O artigo 2º da mesma normativa conceitua e categoriza, como abusiva, à luz da política nacional de atendimento à criança e ao adolescente⁸⁵, *“(...) a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a*

of occipito-temporal activation are seen [18]. According to our terminology, these are the correlates of preconscious visual processing (potential visibility, yet no conscious access)

⁸⁵ Instrumento de densificação da principiologia da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990, após a sua aprovação pelo Congresso Nacional, por intermédio do Decreto Legislativo nº 28/1990; da Constituição Federal de 1988, em especial de seu artigo 227, parágrafo único, e parágrafos; em atenção à Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente.

intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

- I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- III - representação de criança;
- IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- V - personagens ou apresentadores infantis;
- VI - desenho animado ou de animação;
- VII - bonecos ou similares;
- VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
- IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil."

A rede de proteção à criança⁸⁶ na seara publicitária não é suficiente para aplacar o assédio de consumo multimídia a que estão expostas diuturnamente, principalmente, por meio de anúncios patrocinados na rede de display *YouTube*.

Na autorregulação da plataforma, os pais acessam à seguinte mensagem que, *de per se*, é esclarecedora quanto à ineficiência das normas de regência:

Anúncios no YouTube Kids⁸⁷

Para proporcionar uma experiência gratuita, o YouTube Kids contém um número limitado de formatos de anúncios pagos. Ao selecionar um vídeo no app, seus filhos verão, antes do vídeo, uma introdução do anúncio, ou seja, uma curta mensagem animada indicando às crianças que um Anúncio pago será reproduzido antes do vídeo selecionado. Em seguida, verão o anúncio em vídeo, que será indicado pela palavra "Anúncio". Estes são Anúncios pagos. Somente Anúncios pagos aprovados como adequados para a famílias serão mostrados. Todos eles passam por um rigoroso processo de análise para verificar se seguem nossas políticas. Anúncios pagos não incluirão cliques para sites ou lojas online. Saiba mais sobre nossas políticas de publicidade. Introduções de anúncios

⁸⁶ E ao adolescente, que não é objeto da abordagem deste ensaio

⁸⁷ Disponível em <https://support.google.com/youtubekids/answer/6130541?hl=pt-BR>, acesso em 10/07/2020.

são mensagens de animação curtas que aparecem antes de um Anúncio pago. Elas indicam às crianças que um Anúncio pago será reproduzido antes do vídeo selecionado.

Vídeos enviados por usuários ao YouTube não são Anúncios pagos e, portanto, não são indicados como Anúncio nem estão sujeitos às nossas políticas de publicidade. Isso também inclui conteúdo sobre empresas que compraram Anúncios no app. Por exemplo, uma pesquisa por trens pode resultar em desenhos animados de trens, músicas e vídeos de trens reais, bem como um comercial de TV para trens de brinquedo enviado por um usuário ou uma empresa fabricante de trens de brinquedo. Não consideramos esses resultados como Anúncios pagos, pois eles não pertencem ao programa de publicidade do YouTube Kids. Da mesma forma, uma pesquisa por chocolate pode exibir um vídeo enviado por um usuário fazendo bolo de chocolate, apesar de não permitirmos Anúncios pagos para confeitários. Saiba mais sobre vídeos no YouTube Kids.

Removeremos os vídeos do app do YouTube Kids nos quais o criador de conteúdo tenha indicado uma inserção paga ou endosso de produto usando nossas ferramentas de notificação de inserção paga ou endosso de produto. Quer assistir vídeos sem anúncios pagos com seus filhos? Conheça o app do YouTube Kids com o YouTube Premium. Saiba mais.

A Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) 2019⁸⁸, monitora a ingestão de produtos com alto teor de gorduras e açúcares por crianças menores de 2 anos:

⁸⁸ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9160-pesquisa-nacional-de-saude.html?=&t=resultados>, acesso em 10/07/2020

Tabela 5.8.A - Coeficiente de variação das estimativas de crianças com menos de 2 anos de idade que comem biscoitos ou bolachas ou bolo, com indicação do intervalo de confiança de 95%, segundo as Grandes Regiões e a situação do domicílio - 2013

Situação do domicílio e Grandes Regiões	Coeficiente de variação das estimativas de crianças com menos de 2 anos de idade que comem biscoitos ou bolachas ou bolo (Coeficiente)	
	Coeficiente de variação	
	Total	Proporção
Brasil	2,9	1,8
Situação do domicílio		
Urbana	3,2	1,9
Rural	7,0	4,6
Grandes Regiões		
Norte	6,2	4,1
Nordeste	5,0	3,5
Sudeste	5,6	3,1
Sul	7,5	4,5
Centro-Oeste	5,9	3,6

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional de Saúde 2013.

No mesmo estudo, os percentuais de crianças, por região brasileira, que ingere refrigerantes ou sucos artificiais, são os seguintes⁸⁹:

Tabela 5.9.A - Coeficiente de variação das estimativas de crianças com menos de 2 anos de idade que tomam refrigerante ou suco artificial, com indicação do intervalo de confiança de 95%, segundo as Grandes Regiões e a situação do domicílio - 2013

Situação do domicílio e Grandes Regiões	Coeficiente de variação das estimativas de crianças com menos de 2 anos de idade que tomam refrigerante ou suco artificial (Coeficiente)	
	Coeficiente de variação	
	Total	Proporção
Brasil	3,8	3,3
Situação do domicílio		
Urbana	4,3	3,7
Rural	8,2	6,6
Grandes Regiões		
Norte	7,6	6,2
Nordeste	6,8	6,4
Sudeste	7,3	6,2
Sul	10,1	8,0
Centro-Oeste	7,5	6,1

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional de Saúde 2013.

Os índices de obesidade infantil no Brasil são alarmantes, conforme excerto de nota oficial do Ministério da Saúde⁹⁰, *verbis*:

⁸⁹ idem

⁹⁰ Conforme o relatório da pesquisa "Obesidade na Primeira Infância", disponível em: <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2015/01/Obesidade-Infantil-v6.pdf>, acesso em 10/07/2020, a "(...) obesidade, caracterizada pelo acúmulo de tecido gorduroso regionalizado ou em todo o corpo, é uma doença crônica, complexa e de etiologia multifatorial, resultante, na maioria dos casos, da associação de fatores genéticos, ambientais e comportamentais."

Os registros do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que uma em cada grupo de três crianças, com idade entre cinco e nove anos, está acima do peso no País. As notificações do Sistema de Vigilância Alimentar e Nutricional, de 2019, revelam que 16,33% das crianças brasileiras entre cinco e dez anos estão com sobrepeso; 9,38% com obesidade; e 5,22% com obesidade grave. Em relação aos adolescentes, 18% apresentam sobrepeso; 9,53% são obesos; e 3,98% têm obesidade grave.⁹¹

A confirmar tal cenário, os dados da pesquisa "Obesidade na Primeira Infância", realizada no contexto do Plano Nacional da Primeira Infância⁹², Projeto Observatório Nacional da Primeira Infância, Mapeamento da Ação Finalística "Criança com Saúde"⁹³:



As crianças também estão submetidas ao influxo massivo do *marketing* televisivo destinado a público diversificado e, portanto, sem que as respectivas peças publicitárias tenham que atentar para as condicionantes da Resolução CONANDA nº

⁹¹ Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/81-obesidade-infantil-desafia-pais-e-gestores#:~:text=As%20notifica%C3%A7%C3%B5es%20do%20Sistema%20de,%2C98%25%20t%C3%AAm%20obesidade%20grave.>, acesso em 10/07/2020.

⁹² Atendendo o disposto no artigo 3º da Lei nº 13.257/2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância

⁹³ Disponível em <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2015/01/Obesidade-Infantil-v6.pdf>, acesso em 10/07/2020, p.10.

163/2014, incentivando o consumismo, principalmente direcionado a produtos obesogênicos⁹⁴:

A maioria dos alimentos veiculados em propagandas televisivas é considerada obesogênica⁹⁵: em análise qualitativa do marketing alimentício, a pirâmide alimentar reconstruída a partir das propagandas analisadas consta de 60% do grupo de gorduras, óleos e doces, com ausência de fontes de fibras(58-62).

Na idade pré-escolar, o primeiro pedido por qualquer produto se dá por volta dos dois anos. A faixa com maior incidência de solicitações do que é veiculado nas propagandas é entre três e seis anos (...) exposição de apenas 30 segundos a comerciais de alimentos foi capaz de influenciar escolhas alimentares de pré-escolares (...) cada hora em frente à televisão pode ser associada ao aumento de 167 kcal no consumo calórico diário total. (...)

Conforme DA SILVA (2017)⁹⁶

(...) as crianças que vivem em cidades urbanas tendem a ter menos contato com brincadeiras ao ar livre, muitas ocupam seu tempo assistindo TV, isso faz com que aumente o contato com os comerciais e propagandas, estimulando o desejo de consumir (LIMEIRA, 2008)⁹⁷.

(...)

O objetivo desta pesquisa foi identificar a influência que as crianças exercem na decisão de compra de seus pais. Para isso se fez necessário construir uma abordagem teórica com conceitos relevantes como comportamento do consumidor, consumidor infantil, intenção de compra, satisfação de compra, processo de compra e papel de desempenho familiar. A partir disso obteve-se a resposta do problema de pesquisa proposto: as crianças influenciam na decisão de compra de seus pais?

⁹⁴ Conforme o relatório da pesquisa "Obesidade na Primeira Infância", disponível em <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2015/01/Obesidade-Infantil-v6.pdf>, acesso em 10/07/2020, p. 21.

⁹⁵ "O termo foi criado pelo professor de Bioengenharia da Universidade da Califórnia, nos EUA, Bruce Blumberg. Segundo ele, são os obesogênicos os responsáveis por contribuir no ganho de peso sem que o indivíduo tenha consciência de que está engordando." Disponível em <https://ismd.com.br/voce-sabe-o-que-sao-os-obesogenicos/>, acesso em 10/07/2020.

⁹⁶ DA SILVA, Michelle Felix. **Influência do consumidor infantil no processo de compra familiar**, disponível em https://www.ifspcaragatatuba.edu.br/images/conteudo/TCC_MICHELLE.pdf, acesso em 10/07/2020

⁹⁷ LIMEIRA, T. M. **Comportamento do consumidor brasileiro**. Saraiva, 2008, apud DA SILVA, Michelle Félix, ob. cit., p. 22.

Os resultados da pesquisa podem destacar que 72% dos entrevistados concordam que os filhos exercem influência no processo de decisão de compra. Observa-se que a maioria das crianças opina nas compras feitas pelos pais, na maioria das vezes os pais pedem conselhos e opiniões do que comprar para si ou para uso coletivo da família com 70%. Conforme Karsaklian (2000) a criança não tem poder de decisão do produto apenas na parte de brinquedos ou guloseimas, elas passaram a influenciar a decisão de compra de toda a família.⁹⁸

3 Publicidade abusiva dirigida ao idoso e superendividamento

Consoante já referido neste escrito, nem todo o arcabouço normativo protetivo ao idoso⁹⁹ fez evitar o acintoso incremento do número de pessoas com mais de 60 anos superendividadas¹⁰⁰, principalmente para saldar compromissos de familiares, através do crédito consignado.

A dívida contraída por pessoa física idosa, de boa-fé, pode se tornar insuportável, quando o adimplemento comprometer a manutenção do seu mínimo existencial. A álea pode ser ativa (ausência de clareza na contratação; facilidade de acesso ao crédito, concedido de forma irresponsável) ou passiva (adoecimento, morte de membro da família que contribuía para a composição da renda do grupo, entre outros). Daí falar-se em superendividamento ativo e passivo, respectivamente¹⁰¹.

A hipervulnerabilidade do idoso superendividado é patente. Além das progressivas limitações biológicas decorrentes do avanço etário, outras questões devem ser consideradas.

⁹⁸ DA SILVA, Michelle Félix, ob. cit., p. 47.

⁹⁹ Artigo 230 da Constituição Cidadã, Lei 8.842/1994 e Lei 10.741/2003

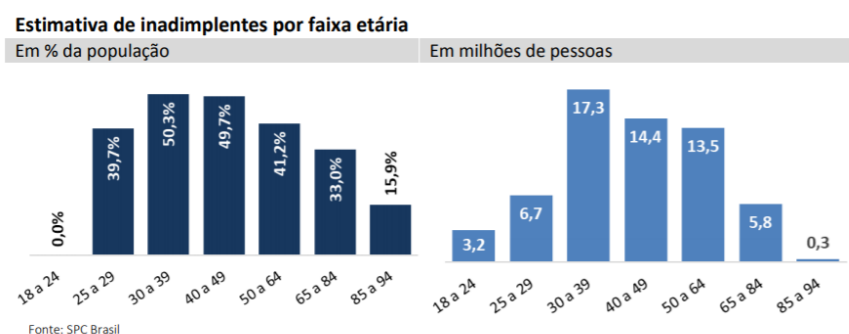
¹⁰⁰ Conforme reportagem do jornal Estadão, "(...)Dados do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) confirmam esse cenário. No mesmo recorte de período, na comparação entre maio de 2019 e maio de 2018, a população idosa inadimplente cresceu 9,2%. No geral, o aumento no número de inadimplentes foi de 2,3%. A faixa de idade considerada pelo SPC é entre 65 e 84 anos(...)". Disponível em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,inadimplencia-entre-idosos-e-a-que-mais-cresce-no-pais,70002906845#:~:text=ote%C3%A7%C3%A3o,entre%2065%20e%2084%20anos.>, acesso em: 10/07/2020.

¹⁰¹ Sobre conceito de superendividamento ativo e passivo vide <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-tratamento-do-super%20endividamento.pdf>, acesso em 10-05-2020

Primeiramente, os idosos são genuínos migrantes digitais, cuja adaptabilidade dependerá do rompimento de várias barreiras (exógenas e endógenas).

Neste cenário, a divisão tecnológica não pode ser negligenciada, quer sob o enfoque do acesso à tecnologia quer do domínio da técnica e/ou da autodeterminação informacional e sobre seus dados pessoais.

Conforme dados do relatório da pesquisa "Inadimplência de Pessoas Físicas", realizada por parceria entre a CNDL e o SPC Brasil (dados referentes a janeiro de 2020)¹⁰², o número de idosos inclusos em cadastros de inadimplentes é bastante significativo, principalmente se correlacionado com a base demográfica desta faixa etária na população brasileira:



Segundo pesquisa realizada pela Serasa em outubro de 2021, "7,5 milhões de inadimplentes com mais de 61 anos".¹⁰³

Não se pode ignorar que a violência psicológica e/ou patrimonial muitas vezes está subjacente às contratações deste jaez¹⁰⁴.

Segundo DAURA (2020)¹⁰⁵

¹⁰² file:///C:/Users/cinti/Downloads/An%C3%A1lise-PF_jan_2019.pdf, acesso em 10/07/2020

¹⁰³ Conforme reportagem do Jornal do Comércio do RS, disponível em https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2016/09/economia/523969-brasil-tem-7-5-milhoes-de-inadimplentes-com-mais-de-61-anos-diz-serasa.html, acesso em 27/10/2021

¹⁰⁴ Sobre este tema DAURA, Samir Alves. **Superendividamento do Consumidor: Abordagem estrutural e comportamental à luz do princípio do crédito sustentável**. Disponível em <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/22098>, acesso em 29-05-2020

¹⁰⁵ ob. cit. p. 121

Trata-se da vulnerabilidade cognitiva ou comportamental, ilustrativa da racionalidade limitada que caracteriza o comportamento do consumidor, exposto às diversas heurísticas e vieses durante o processo de tomada de decisão, (...)

Consoante revela pesquisa realizada pela UFRGS-PROCON-SP, referida por DOLL e CAVALLAZZI (2017),¹⁰⁶ dentre as motivações para a contratação de empréstimo consignado, o auxílio financeiro a parentes¹⁰⁷ liderava o *ranking*, com 24% dos entrevistados¹⁰⁸:

Para familiares	Reforma da casa	Dívidas	Problemas de saúde	Necessidades básicas	Aquisição de eletrodomésticos	Viajar	Enterro
24	23	15	13	13	3		1

Fonte: pesquisa UFRGS-PROCON-SP

No mesmo sentido MARQUES; STELZER e CALSING:¹⁰⁹

o consumidor aposentado mostra-se mais propenso e vulnerável ao superendividamento, pois geralmente são pessoas idosas. Trata-se de uma

¹⁰⁶ DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor (RDC)**, vol. 107 (setembro - outubro 2016). Disponível em

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.107.11.PDF, acesso em 10/07/2020.

¹⁰⁷ Conforme reportagem do Estadão: "Administrar as finanças na velhice pode ser uma dificuldade, sobretudo dentro de casa. Mais da metade dos crimes de abuso econômico de idosos envolve os parentes mais próximos, como filhos, netos e sobrinhos. Dados do Disque 100, serviço de denúncias da ouvidoria da Secretaria dos Direitos Humanos do Governo Federal (SDH), mostram que dos tipos de violência cometidos contra os mais velhos, a financeira é a terceira maior do Brasil, atrás da psicológica (intimidação verbal ou não verbal, ameaças e humilhações) e negligência (abandono dos cuidados ao idoso)." Disponível em <https://infograficos.estadao.com.br/focas/planeje-sua-vida/violencia-financeira-um-drama-familiar>, acesso 27/10/2021.

¹⁰⁸ Sobre o assunto, importante verificar os resultados de outra pesquisa desenvolvida pela UFRGS, em parceria com o TJRS, tendo por amostra de mais de 6 mil audiências. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores: Principais resultados de um estudo empírico de 5 anos em Porto Alegre**. Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/11-Artigo-CLM-Coimbraconciliacao6fimenv-4.1>, acesso em 10/07/2020.

¹⁰⁹ MARQUES, Claudia Lima; STELZER, Joana; CALSING, Renata de Assis (Coordenadoras). **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo** [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em:

<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/lu8cyiu0/65nNe4NKEQN9ki3K.pdf>, acesso em 02/07/2020.

categoria bastante despreparada, não sabendo lidar com as adversidades do crédito consignado, seja devido às carências afetivas, a baixa escolaridade, o excesso de confiança, ou em decorrência da baixa renda, fatores que acabam por gerar nesses consumidores consequências negativas. Tais fatores demonstram a existência de uma vulnerabilidade potencializada, necessitando o consumidor aposentado e idoso de um tratamento especial e diferenciado quanto ao crédito consignado.

Os motivos mais comuns e que levam o consumidor aposentado a aderir ao crédito consignado é a pressão ou o aliciamento efetuados por membros da família e também fraudes realizadas por bandidos ou aliciadores, popularmente conhecidos por “pastinhas assediadores”, que observam os aposentados no interior das agências bancárias para posteriormente os abordarem e utilizarem seus dados pessoais para realizar empréstimos, aproveitando-se da ingenuidade e falta de forças físicas e psicológicas desse tipo de consumidor.

A gravidade conjuntural do superendividamento do idoso, levou à edição da Instrução Normativa INSS/PRES nº 28, de 16 de maio de 2008, que estabelece critérios e procedimentos operacionais relativos à consignação de descontos para pagamento de empréstimos e cartão de crédito, contraídos nos benefícios da Previdência Social, para os aposentados vinculados ao RGPS, em atenção ao § 1º, do art. 6º, da Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003¹¹⁰.

Ademais, no intuito de reduzir o âmbito de exposição dos aposentados, em 2018, a IN 28/2008 foi atualizada pela Instrução Normativa INSS nº 100/2018, para vedar o assédio de bancos, financeiras e cooperativas de crédito aos aposentados, por um período de 180 dias a contar da concessão do benefício¹¹¹, merecendo destaque o artigo 1º, §§ 1º a 4º, *verbis*:

Art. 1º O desconto no valor da aposentadoria e pensão por morte pagas pela Previdência Social das parcelas referentes ao pagamento de empréstimo pessoal

¹¹⁰ Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências.

¹¹¹ O texto consolidado das duas normativas está disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=77549>, acesso em 05/07/2020.

e cartão de crédito, concedidos por instituições financeiras, obedecerão ao disposto nesta Instrução Normativa.

§ 1º Os benefícios referidos no caput, uma vez concedidos, permanecerão bloqueados para a realização de operações relacionadas à consignação de valores relativos a empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil até que haja autorização expressa para desbloqueio por parte de seu titular ou representante legal. (Parágrafo acrescentado pela Instrução Normativa INSS Nº 100 DE 28/12/2018).

§ 2º O desbloqueio referido no § 1º deste artigo somente poderá ser autorizado após noventa dias contados a partir da Data de Despacho do Benefício - DDB, por meio de serviço eletrônico com acesso autenticado, para tratamento das autorizações emitidas em meio físico ou eletrônico. (Parágrafo acrescentado pela Instrução Normativa INSS Nº 100 DE 28/12/2018).

§ 3º Fica expressamente vedado às instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil que mantenham Convênios e/ou Acordos de Cooperação Técnica com o INSS, diretamente ou por meio de interposta pessoa, física ou jurídica, qualquer atividade de marketing ativo, oferta comercial, proposta, publicidade direcionada a beneficiário específico ou qualquer tipo de atividade tendente a convencer o beneficiário do INSS a celebrar contratos de empréstimo pessoal e cartão de crédito, com pagamento mediante consignação em benefício, antes do decurso de 180 (cento e oitenta) dias contados a partir da respectiva DDB. (Parágrafo acrescentado pela Instrução Normativa INSS Nº 100 DE 28/12/2018).

§ 4º As atividades referidas no § 3º deste artigo, se realizadas no prazo de vedação, serão consideradas assédio comercial, e serão punidas nos termos do Capítulo XII, sem prejuízo de assim também serem consideradas outras práticas qualificadas como abusivas pelos órgãos de defesa do consumidor. (Parágrafo acrescentado pela Instrução Normativa INSS Nº 100 DE 28/12/2018).

No mesmo diapasão, a Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, que altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

A nova redação do artigo 4º do Código de Defesa do consumidor dita que integram a Política Nacional das Relações de Consumo, o *“fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores;”* bem como a *“prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.”*

O artigo 5º, CDC passa a prever, dentre os instrumentos da PNRC, a *“instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural;”* bem como núcleos de conciliação e mediação especializados.

O catálogo do artigo 6º, CDC foi ampliado¹¹²; assim como o texto do artigo 51 do mesmo Código¹¹³.

Ademais, a novel disciplina dedica um capítulo inteiro sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, o crédito responsável e a educação financeira do consumidor¹¹⁴.

Por fim, o novo texto legal detalha o procedimento para a aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos na seara do superendividamento, bem como os elementos constitutivos e os efeitos do plano de pagamento da dívida¹¹⁵.

Na constância do período pandêmico, sob um viés protetivo formal, também sobreveio a Lei nº 14.131, de 30 de março de 2021, que incrementou em 5% (cinco por cento) o percentual máximo para a contratação de operações de crédito com desconto automático em folha de pagamento até 31 de dezembro de 2021¹¹⁶; e

¹¹² Passando também a constituir-se direitos do consumidor: XI- a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas; XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito; XIII - a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, por litro, por metro ou por outra unidade, conforme o caso.

¹¹³ são consideradas abusivas as cláusulas que: XVII - condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário; XVIII - estabeleçam prazos de carência em caso de impontualidade das prestações mensais ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores;

¹¹⁴ Título I, Capítulo VI-A da Lei 8.078/1980, com a redação dada pela Lei nº 14.181/2021.

¹¹⁵ Título II, Capítulo V da Lei 8.078/1980, com a redação dada pela Lei nº 14.181/2021.

¹¹⁶ Este percentual adicional veio a lume para duas finalidades específicas, quais sejam: *“I - amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou II - utilização com finalidade de saque por meio do cartão de crédito.”*

alterou a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a lei dos benefícios da Previdência Social.

A alteração legislativa, *s.m.j.*, serve mais à movimentação da economia e menos à efetiva e material proteção ao consumidor, mormente os hipervulneráveis, como o idoso.

4 Função social da publicidade

Numa visão reducionista, a publicidade serve ao mercado, que é a única dimensão de real interesse. As pessoas (consumidoras em potencial ou não) são circunstâncias.

Nesta senda, EREMBERG (2003):

Para os teóricos da publicidade, ao contrário do sentido em que aponta o ordenamento jurídico, o ser humano e as consequências por ele suportadas pouco ou nada importam quando se trata de buscar o lucro¹¹⁷.

Dessarte, sob esta ótica, uma peça publicitária é eficiente quando apresenta um produto ou serviço plasticamente, com foco no valor agregado correspondente, retornando ao tomador do serviço cada centavo investido na campanha, na forma de lucro com a venda ou a contratação.

Sobre o tema, ADAMI e RODRIGUES (2020)¹¹⁸:

Nessa busca pelo objetivo precípuo de vender, percebe-se que a publicidade utiliza-se de discurso que não visa o pleno esclarecimento do consumidor atingido pela sua mensagem. Assim como apontado por Baudrillard, essa modalidade de discurso serve-se especialmente de um método tautológico, vertido em metáforas. O pensador destaca que “as expressões ‘cerveja melhor’ (em relação a quê?), ‘Lucky Strike’, ‘cigarro torrefeito’ (mas, são-no todos!) levam

¹¹⁷ Ob.cit., p. 24.

¹¹⁸ ADAMI, Betina da Silva; RODRIGUES, Gabriela Wallau. Publicidade e informação na sociedade do consumo: Tensões entre a efetivação do direito à informação e a publicidade no cenário contemporâneo. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/12539>, acesso em 15-05-2020

apenas a uma evidência rodopiante (...) também aqui se opera a 'síntese artificial' do verdadeiro a partir da palavra eficiente".

Evidentemente que esta concepção não resiste ao controle de convencionalidade¹¹⁹ (à luz, v.g., dos tratados internacionais incorporados ao nosso ordenamento para a proteção de idosos, pessoas portadoras de deficiências, crianças e adolescente, e.g.) e de constitucionalidade, que preconiza a proteção ao consumidor como direito fundamental.

Constitucional ou convencionalmente, uma peça publicitária será *funcionalmente* eficiente quando, para além da apresentação do produto e do serviço e do retorno financeiro ao investidor, atender às singularidades dos hipervulneráveis (artigo 5º, §§ 2º e 3º CF/88) e às condicionantes da ordem econômica, insertas no artigo 170 da Carta.

Sob a ótica consumerista, a publicidade deverá observar os valores estruturais da identificação (art. 36, caput, do CDC)¹²⁰, veracidade (art. 37, §1º, do CDC)¹²¹, vinculação contratual do ofertante (art. 30, caput, CDC)¹²², transparência na

¹¹⁹ Não olvidamos que os tratados de direitos humanos incorporados na forma do artigo 5º, §3º da CF/88 integram o chamado bloco constitucional, sujeitando-se, pois ao controle de constitucionalidade (sobre o assunto: Ana Maria D'Ávila Lopes. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista de Direito**, v. 12, n. 12, 2016. Disponível em:

<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1053>, acesso em 20/10/2021.). Contudo, como ensina SARLET, porque os tratados não são incorporados ao Texto constitucional em si, também são parâmetros para o controle de convencionalidade. (SARLET, Ingo Wolfgang. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. **Conjur**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>, acesso em 20/10/2021.)

¹²⁰ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

¹²¹ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços

¹²² Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

fundamentação (art. 38, CDC)¹²³, correção dos desvios publicitários (art.56, XII, CDC)¹²⁴.

Ademais, a publicidade não poderá ser abusiva (art. 37, §2º, CDC)¹²⁵, aproveitando-se dos vieses cognitivos e armadilhas psicológicas sem qualquer compromisso ético; ao revés: a função social da publicidade impõe o seu direcionamento para um mercado que valorize a dignidade da pessoa humana, o consumo consciente¹²⁶ e a sustentabilidade.

No mesmo sentido, trecho do relatório da CVM Comportamental¹²⁷, quando da abordagem dos vieses que envolvem o processo de compra, sob a perspectiva do consumidor:

(...) não apenas comentamos novos vieses, mas procuramos fazer isso sob a ótica do consumo consciente, mostrando em que sentido eles podem ser obstáculos entre a nossa intenção e as ações de adquirir produtos e serviços que efetivamente atendem nossas necessidades, sem comprometer nosso bem-estar financeiro e levando em conta aspectos de sustentabilidade.

Aconselhável, por exemplo, parar para refletir sobre o quanto realmente necessitamos de determinado produto ou serviço antes de adquiri-lo. Pesquisar antes de comprar é algo que também pode nos garantir uma boa economia, além de evitar o consumo por impulso.

¹²³ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

¹²⁴ Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: (...) XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

¹²⁵ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...) § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

¹²⁶ Sobre o assunto, IDEC aponta que "(...) 62% dos brasileiros afirmam que já boicotaram marcas ou empresas por pelo menos um dos seguintes motivos: violações a direitos trabalhistas, testes ou maltrato a animais, crimes ambientais, discriminação de qualquer tipo ou posicionamento político." Disponível em idec.org.br/idec-na-imprensa/consumo-consciente-comeca-se-popularizar-no-brasil, acesso em 27/10/2021.

¹²⁷ Série CVM COMPORTAMENTAL, 3º volume. Disponível em:

<http://pensologoinvesto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020, p. 4

ERENBERG sustenta que a publicidade pode ser intrínseca (quanto ao conteúdo) ou extrinsecamente (quanto à forma) abusiva¹²⁸.

A abusividade intrínseca afronta os valores estruturais da publicidade consumerista: identificação (art. 36, caput, do CDC), veracidade (art. 37, §1º, do CDC), vinculação contratual do ofertante (art. 30, caput, CDC), transparência na fundamentação (art. 38, CDC), correção dos desvios publicitários (art.56, XII, CDC); bem como as diretrizes do Marco Civil da Internet¹²⁹.

A tipologia da abusividade extrínseca é longa.

Podem ser citados: *"subterfúgios para forçar o direcionamento do programa de navegação do usuário a determinados sites"*; a *"obstrução da saída"* da mensagem publicitária, que toma todo o espaço da tela do aparelho do usuário, forçando-o a desligar ou reiniciar o computador; *"insinceridade de link"* que, sob o pretexto de brinde ou jogo, leva o usuário a uma mensagem publicitária; a

¹²⁸ ob. cit., p. 51 e seguintes

¹²⁹ MCI (grifei)

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; V - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet; VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

"truncagem do fluxo de navegação", com excesso de "páginas intercaladas, banners, janelas pop up"; "desrespeito à privacidade", por intermédio de mineração de dados, instalação de cookies sem a ciência, tampouco a aquiescência do usuário; "remessa indiscriminada e massificada de mensagens" a dado endereço eletrônico (spamming); "uso inadequado de sites de aproximação, corretagem e leilão"; "propaganda subliminar", entre vários outros.¹³⁰

5 O problema da ineficiência da contrapropaganda na *Internet*: crítica e proposições com base em aportes neurocientíficos

Considerando a efemeridade das peças publicitárias na rede mundial de computadores, em qualquer de seus suportes (rede de *display*, rede de pesquisas, redes sociais), bem como a customização dinâmica das páginas da *internet* de acordo com o histórico de busca do usuário, redundante operacionalmente inócua a imposição de contrapropaganda a quaisquer de seus agentes, sejam eles *websites* de destinação¹³¹ (relações *business to consumer*: B2C); de aproximação¹³² (relações *consumer to consumer*: C2C) ou *marketplaces*¹³³ (B2B: *business to business* e B2C).

Consoante THEODORO JÚNIOR (2017)¹³⁴:

¹³⁰ Para maior detalhamento sobre as várias categorias citadas, vide ERENBURG, ob. cit., p. 53 a 66.

¹³¹ Também denominados como "Provedor de Aplicação de Internet (PAI) é um termo que descreve qualquer empresa, organização ou pessoa natural que, de forma profissional ou amadora, forneça um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, não importando se os objetivos são econômicos.". In: CERVOY, Frederico Meinberg. Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/211753/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet>, acesso em 15/05/2020.

¹³² Como AirBnB, Mercado Livre, entre muitos outros.

¹³³ "Marketplaces são mercados que unem diversos vendedores, seja no âmbito físico ou on-line. Com o crescimento do uso da tecnologia, especialmente a Internet, um fenômeno observado é o desenvolvimento de *marketplaces on-line*, chamados aqui de *e-marketplaces*, sendo que esses unem diversos vendedores *on-line*, chamados *e-commerces*. Os *e-marketplaces* são canais de venda *on-line* por meio dos quais é possível aos *e-commerces* venderem seus produtos em sites renomados como Mercado Livre, Extra, Americanas, Walmart, Dafiti, Netshoes, dentre outros, sendo que estes cobram um percentual de comissão de acordo com a categoria de produtos vendidos que varia de 10 (dez) a 30% (trinta por cento) por pedido de venda concluído, e esse percentual inclui os investimentos realizados pelo emarketplace em análise de crédito, antifraude, marketing digital". In: **Potencial de vendas nos e-marketplaces**. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ocs/index.php/clav/clav2017/paper/viewFile/6032/1789>, acesso em: 23/05/2020.

¹³⁴ THEODORO JR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9ª ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 122

Na comunidade Europeia, a Diretiva 2000/131, de 08.06.2000, procura distinguir, nas redes de comunicação, as situações em que o prestador de serviços de intermediação (dito provedor de conteúdo) possa ser ou não responsabilizado pelas informações transmitidas via Internet. A base da distinção é a neutralidade, ou não, do intermediador perante a informação transmitida: a) se o prestador se posta na origem da transmissão, isto é, se cria ou controla a informação, e seleciona o destinatário, torna-se responsável por seu conteúdo; b) se, porém, apenas oferece a informação criada por terceiro, sem qualquer interferência em seu conteúdo, não responde o provedor pela informação de terceiro (Diretiva 2000/131, art. 12º)

Ao parecer, a imposição de publicação de contrapropaganda na página de acesso do fornecedor, mesmo através de recurso estático de *marketing*, obrigatoriamente acessível a todos os usuários que a ela acessem, pode até ser juridicamente possível, mas flagrantemente ineficiente.

Os efeitos negativos da publicidade abusiva (inclusive a subliminar) ou enganosa, mesmo em veículos tradicionais, não podem ser completamente revertidos, diante da impossibilidade científica de retorno ao *status quo ante*.

Sob o ponto de vista psiconeurolinguístico, a criança e o idoso (recorte da abordagem deste ensaio) já foram expostos à mensagem e nada poderá reverter esta situação, mesmo que a veiculação do seu conteúdo seja, por adjudicação estatal, juridicamente proibida, com eficácia *ex nunc*.

E nem se diga que a solução advenha do PL nº 3.617/2019¹³⁵, que altera o Código de Defesa do Consumidor para instituir multa diária em caso de não realização de contrapropaganda (introduzindo os §§ 4º e 5º ao artigo 60 da Lei nº 8.078/90), porquanto a *astreinte* apenas punirá o infrator, mas não resolverá o problema dos efeitos da persuasão abusiva veiculada pela propaganda irregular.

ERENBERG enuncia três motivos para a apontada ineficiência da contrapropaganda, *in casu*¹³⁶:

¹³⁵ Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137351>, acesso em: 10/10/2021.

¹³⁶ ob. cit., p. 66 a 70

Primo, não identificado o anunciante¹³⁷, apenas caberá a determinação de retirada da peça publicitária, dirigida ao provedor de aplicação¹³⁸.

Secundo (combinadamente ou não com a primeira objeção), há a questão da extraterritorialidade, quando o provedor, o anunciante (ou ambos) forem estrangeiros.

Terzo, porque a fluidez do fluxo de navegação na internet *"torna praticamente impossível fazer com que a contrapublicidade atinja satisfatoriamente os consumidores expostos à mensagem patológica"*¹³⁹. Por exemplo, um site *"visitado pelo internauta muito provavelmente não o será novamente por um longo período de tempo (por vezes o endereço sequer estará ativo numa segunda tentativa de visita)"*.¹⁴⁰

Os sobreditos obstáculos à eficiência da contrapublicidade podem prejudicar, também, a persecução penal, por infringência aos artigos 67 e 68, CDC¹⁴¹.

¹³⁷ Apesar da clara disposição do Decreto nº 7.962/2013, art. 2º: *"Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; (...)"*

¹³⁸ Conforme Marco Civil da Internet, art. 15. *"O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento."*; e do art. 19. *"Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário."*

¹³⁹ ob. cit., p.69

¹⁴⁰ ob. cit., p.69

¹⁴¹ Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:

Parágrafo único. (Vetado).

Conclusão

Por todo o exposto, propomos a adoção, em casos que tais, de algumas das diretrizes do *Ethical Guideline*¹⁴² in *Neuromarketing*¹⁴³, quais sejam: (a) restrição para o *marketing* oculto (aquele que no seduz a comprar algo que normalmente não compraríamos); (b) proteção de grupos vulneráveis; (c) participação dos vulneráveis em projetos que promovam a melhoria do seu bem estar-físico e mental; (d) dever de informação (uso de terminologia leiga) aos participantes de todos os detalhes da pesquisa; (e) divulgação de ferramentas e escalas de medição cientificamente comprovados de fontes respeitáveis; (f) garantir regras detalhadas para uma comunicação precisa e ética dos resultados; (g) persuadir com comunicação argumentativa que será ponderada para a tomada de decisão.

Tecnologias neurométricas¹⁴⁴ podem ser aplicadas ao *marketing*, como recursos eficientes para pesquisas envolvendo a qualificação de produtos e serviços; a melhoria da usabilidade e das interfaces da *internet*; a orientação do comportamento do consumo, promovendo a autocrítica a compras impulsivas ou irracionais, apresentando formas de consumo consciente.¹⁴⁵

¹⁴² O texto integral do código de ética da NMSBA- Neuromarketing Science & Business Association está disponível em <https://www.nmsba.com/neuromarketing-companies/code-of-ethics>, acesso em 21/10/2021.

¹⁴³ Conforme PAREDES, Arthur Ribeiro. **Profundamente: Neuromarketing e comportamento de consumo**. 1 ed. sem editora. [e-book], a origem do termo está associada à criação da empresa britânica neurosense (1999), “que já atuava com testes neurocientíficos em marcas, produtos e embalagens e campanhas de marketing.” A primeira pesquisa acadêmica em neuromarketing deu-se em 2004, com publicação na revista *Neuron*, tendo por autor o neurocientista americano Read Montague. A pesquisa é conhecida como “o famoso experimento Coca-Cola x Pepsi.”

“A rápida popularização do neuromarketing veio com sua utilização prática no marketing e na publicidade, sendo possível determinar quais áreas do cérebro são ativadas quando um voluntário é apresentado a um determinado estímulo como um produto, marca, comercial, anúncio publicitário, obtendo assim, seus comportamentos associados.”

¹⁴⁴ Como o ELETROENCEFALOGRAMA, criado em 1929, que rastreia e registra padrões de ondas cerebrais superficiais, fornecendo informações, níveis envolvimento, motivação, frustração, carga de trabalho cognitiva entre outros processos emocionais e a RESSONÂNCIA NUCLEAR MAGNÉTICA que, a parti do início da década de 1990, passou a ser utilizada para rastrear a atividade cerebral durante a realização de uma tarefa ou mapeamento da resposta a estímulos (RESSONÂNCIA NUCLEAR MAGNÉTICA FUNCIONAL), tendo por pressuposto a relação diretamente proporcional entre o aumento fluxo sanguíneo e o aumento atividade neuronal. PAREDES, Arthur Ribeiro. **Profundamente: Neuromarketing e comportamento de consumo**. 1 ed. sem editora. [e-book]

¹⁴⁵ PAREDES, Arthur Ribeiro. **Profundamente: Neuromarketing e comportamento de consumo**. 1 ed. sem editora. [e-book]

Por derradeiro, devemos evidenciar a importância do monitoramento dos principais biomarcadores, diretamente relacionados com a publicidade comportamental, como a acetilcolina¹⁴⁶, dopamina¹⁴⁷, endorfinas¹⁴⁸, melatonina¹⁴⁹, noradrenalina¹⁵⁰, serotonina¹⁵¹ e ocitocina¹⁵².

¹⁴⁶ Conforme SILVÉRIO, Gustavo Camargo; ROSAT, Renata Menezes. Memória de longo-prazo: mecanismos neurofisiológicos de formação, Revista de Medicina de Minas Gerais, v. 16, n. 4. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/577>, acesso em 20/10/2021., a "acetilcolina está relacionada com o aumento da síntese de FNC (fator neural de crescimento) e este com a consolidação de informações."

¹⁴⁷ Para aprofundamento do tema: LINDSTROM, Martin. Brandwashed - **O lado oculto do marketing. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós?** Tradução Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2002.

¹⁴⁸ Sobre campanha publicitária com foco na ativação da endorfina, ver: CHAGAS, Mariana Ferreira; DA SILVA, Fabio do Nascimento Siqueira. **Neuromarketing e comportamento do consumidor: a tomada de decisão na aquisição de um produto ou serviço.** Disponível em:

https://www.convibra.org/congresso/res/uploads/pdf/artigo_pdf9NrEIT16.05.2021_14.24.23.pdf acesso 20/10/2021.

¹⁴⁹ Conforme ensina LORENA, Gimenez do Prado. **Neuromarketing e publicidade: como a lógica de consumo é entendida pela ciência.** Disponível em:

<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1711340173.pdf>, acesso em 20/10/2021, p.34: "(...) a melatonina, gerada pela glândula pineal, é responsável por controlar o sono. Quem dorme pouco, normalmente não produz melatonina o bastante, e isso interfere diretamente no neurotransmissor serotonina. Inclusive, conforme cita Peruzzo (2015), é por esse motivo que algumas grandes liquidações de lojas são feitas de madrugada, já que sem dormir, com pouca serotonina e não estando em íntegras condições de consciência, o consumidor se torna um alvo muito mais fácil."

¹⁵⁰ Sobre o assunto, leciona GUARNIERI, Vanessa. **Neuromarketing: uma nova perspectiva para compreender o comportamento do consumidor.**

http://ric.cps.sp.gov.br/bitstream/123456789/563/1/20141S_GUARNIERIVanessa_TCCGE0066.pdf acesso em 15/10/2021. "(...) a música é considerada uma ferramenta subliminar, pois com facilidade estimula as emoções prejudicando as tomadas de decisões. Quando estímulos nervosos enviados pelo ouvido chegam ao tálamo, novos impulsos são enviados para outras regiões do cérebro. Uma dessas regiões é o núcleo denominado cerúleo que, quando estimulado intensamente, libera noradrenalina que atua como anestesia no córtex pré-frontal. (...)"

¹⁵¹ A maior parte da serotonina é produzida pelo intestino (VEDOVATO, K.; TREVIZAN, A. R.; ZUCOLOTO, C. N.; BERNARDI, M. D. L.; ZANONI, J. N.; MARTINS, J. V. C. P. **O eixo intestino-cérebro e o papel da serotonina.** Arq. Ciênc. Saúde Unipar, Umarama, v. 18 n. 1, p. 33-42, jan./abr. 2014. Disponível em <https://www.revistas.unipar.br/index.php/saude/article/download/5156/2982>, acesso em 20/10/2021). Assim, como preconiza NEIVA, Luísa do Amaral. **O neuromarketing e a comunicação visual: uma análise da contribuição do estudo de neuromarketing para a comunicação visual das embalagens.** Disponível em:

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/1887/2/20839451.pdf>, acesso em : 20/10/2021: "(...) o estudo do neuromarketing necessita do apoio da endocrinologia comportamental e da genética comportamental. (...)"

¹⁵² Pesquisas científicas sobre o efeito da ocitocina na economia comportamental podem ser vistas em ZAK, P.J.; KURZBAN, R. & MATZNER, W.T. (2004). The Neurobiology of Trust. Annals of the New York Academy of Sciences, n. 1032, p. 224-27

OBRAS CONSULTADAS

ADAMI, Betina da Silva; RODRIGUES, Gabriela Wallau. **Publicidade e informação na sociedade do consumo: Tensões entre a efetivação do direito à informação e a publicidade no cenário contemporâneo**. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/12539>, acesso em 15-05-2020

ALGAR Tech. **Internet preditiva: assertividade e inteligência artificial**. Disponível em: <https://algartech.com/pt/blog/internet-preditiva-assertividade-e-inteligencia-artificial/>, acesso em 29-05-2020

BEATTY, Sharon E.; HAWKINS, Del I.. Subliminal Stimulation: Some New Data and Interpretation. **Journal of Advertising**, vol. 18, no. 3, Taylor & Francis, Ltd., 1989, pp. 4–8, <http://www.jstor.org/stable/4188728>, acesso em 14/10/2021.

BLUMBERG, Bruce; LOBERG, Kristin. **The obesogen effect**. New York: Life & Style, 2018.

BOZKURT, Siddik; GLIGOR, David; HOLLEBEEK, Linda D. Ethnicity's effect on social media-based comment intention: Comparing minority and majority consumers, **Psychology and Marketing**, julho de 2021. Disponível em <https://doi.org/10.1002/mar.21549>, acesso em 09/10/2021.

BRASIL, Lei nº 12.965/2014. Brasília, DF, abril de 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm, acesso em 21/10/2021.

BRASIL, BANCO CENTRAL, Relatório de Economia Bancária – 2020 do Banco Central. Disponível em https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/reb_2020.pdf, acesso em 25/10/2021.

BRASIL, Comissão de Valores Mobiliários. Série CVM COMPORTAMENTAL, 3º volume. Disponível em <http://pensologoinvesto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020

BRASIL, CONANDA, Resolução nº 163/2014, disponível em <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1635.html>. Acesso em 02/06/2020

BRASIL, Lei nº 10.820/2003. Brasília, DF, dezembro 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.820.htm, acesso em 25/10/2021.

BRASIL, Lei nº 14.131/2021. Brasília, DF, março de 2021. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.131-de-30-de-marco-de-2021-311647165>, acesso em 25/10/2021.

BRASIL, MINISTÉRIO DA ECONOMIA. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIA. Série CVM COMPORTAMENTAL, 3º volume. Disponível em <http://pensologoinvisto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PROJETO DE LEI n.º 2.442/2019. Proíbe a utilização de mensagens subliminares na propaganda veiculada nas emissoras de radiodifusão. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E156418B2A4A179E8179475AD624ED2A.proposicoesWebExterno1?codteor=899655&filenome=PL+2442/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+1840/2011%29, acesso em 10/06/2020.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Brasília, DF, outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 01/10/2021

BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/09-previdencia-social?ano=2021>, acesso em 25/10/2021

BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO n.º 28/1990. Aprova o texto da convenção sobre os direitos da criança, adotada pela assembleia geral das nações unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo governo brasileiro, em 26 de janeiro de 1990. Brasília, DF, setembro de 1990. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/535984>. Acesso em 12/10/ 2021

BRASIL. DECRETO n.º 7.962/2013. Regulamenta a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília, DF, , março de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em 12/10/ 2021

BRASIL. DECRETO n.º 99.710/1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 12/10/ 2021

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. Instrução Normativa INSS N.º 28/2008. Estabelece critérios e procedimentos operacionais relativos à consignação de descontos para pagamento de empréstimos e cartão de crédito, contraídos nos benefícios da Previdência Social. Brasília, DF, maio de 2008. <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=77549>, acesso em 05/07/2020.

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. Portaria 1.959/2017. Regulamenta os incisos II e VI do art. 58 da Instrução Normativa INSS/PRES n.º 28, de 16 de maio de 2008, em atendimento à recomendação de que trata o art. 1.º da Resolução CNP/GM/MF n.º 1.333, de 28 de setembro de 2017. Brasília, DF,

dezembro de 2017. Disponível em https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19402903/do1-2017-11-09-portaria-n-1-959-de-8-de-novembro-de-2017-19402843, acesso em 12/10/2021.

BRASIL. LEI nº 10.741/2003. Brasília, DF, janeiro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm, acesso em 01/10/2021

BRASIL. LEI nº 13.257/2016. Brasília, DF, março de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm, acesso em 01/10/2021

BRASIL. LEI nº 13.424/2017. Brasília, DF, março de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13424.htm, acesso em 01/10/2021

BRASIL. LEI nº 14.181/2021. Brasília, DF, julho de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm, acesso em 01/10/2021

BRASIL. LEI nº 8.069/90. Brasília, DF, julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em 01/10/2021

BRASIL. LEI nº 8.078/1980. Brasília, DF, setembro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acesso em 01/10/2021

BRASIL. LEI nº 8.842/1994. Brasília, DF, janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm, acesso em 01/10/2021

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento. Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertencello. Brasília: DPDC/SDE, 2010. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-tratamento-do-super%20endividamento.pdf> em 10-05-2020

BRASIL. REDE NACIONAL PRIMEIRA INFÂNCIA. "Obesidade na Primeira Infância", disponível em <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2015/01/Obesidade-Infantil-v6.pdf>, acesso em 10/07/2020,

BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 3617, de 2019. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para instituir multa diária em caso de não realização da contrapropaganda. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137351>, acesso em 10/10/2021.

BRIDGER, Darren. **Neuromarketing: como a Neurociência aliada ao desing pode aumentar o engajamento e a influência dos consumidores**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra, 1ed., São Paulo: Autêntica Business, 2018.

C

ALAZANS, Flávio. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992.

CAMERON, James E. A Three-Factor Model of Social Identity. **Self and Identity**, p. 239-262, 2007, Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13576500444000047>, acesso em 12/10/2021.

CEROY, Frederico Meinberg. **Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/211753/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet#:~:text=Para%20Leonardi%2C%20provedor%20de%20servi%C3%A7os,inter%2C%20ou%20por%20meio%20dela>, acesso em 15/05/2020

CHAGAS, Mariana Ferreira; DA SILVA, Fabio do Nascimento Siqueira. **Neuromarketing e comportamento do consumidor: a tomada de decisão na aquisição de um produto ou serviço**. Disponível em https://www.convibra.org/congresso/res/uploads/pdf/artigo_pdf9NrEIT16.05.2021_14.24.23.pdf, acesso 20/10/2021.

CORONA-CABRERA, Violeta. La necesidad de la neuroética en la investigación de mercados. Estudio del Código de Ética de la Neuromarketing Science and Business Association. **RPE**, Vol. 5, No. 1 Marzo de 2018; Disponível em <http://dx.doi.org/10.16967/rpe.v5n1a4>, acesso em 21/10/2021.

CRUZ, L. F. F. M.. Apontamentos sobre as formas de atuação do Estado no domínio econômico. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 90, p. 124-155, 2010.

DA SILVA, Michele Félix. **Influência do consumidor infantil no processo de compra familiar**. Monografia. Instituto Federal de Educação, Ciências e Tecnologia. Disponível em: https://www.ifspcaraguatatuba.edu.br/images/conteudo/TCC_MICHELLE.pdf, acesso em 10/07/2020.

DAURA, Samir Alves. **Superendividamento do Consumidor: Abordagem estrutural e comportamental à luz do princípio do crédito sustentável**. Disponível em <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/22098> , acesso em 29-05-2020.

DE FRANCESCHI JÚNIOR, Reginaldo. **Limiar: uma visão publicitária sobre os limites da percepção**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Escola de Comunicação e Artes. Departamento de Relações Públicas, Publicidade e Turismo. São Paulo: 2009. USP. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27154/tde-20102009-215257/publico/dissertacao_final.pdf, acesso em 01/10/2021.

DEHAENE Stanislas; CHANGEUX, Jean-Pierre; NACCACHE Lionel; SACKUR, Jérôme; SERGENT, Claire. Conscious, preconscious, and subliminal processing: a testable taxonomy. **TRENDS in Cognitive Sciences**, Vol.10 No.5 May 2006. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Claire-Sergent/publication/7177242_Conscious_preconscious_and_subliminal_processing_A_testable_taxonomy/links/5a09ad5a458515afc7b0e2b3/Conscious-preconscious-and-subliminal-processing-A-testable-taxonomy.pdf, acesso em 10/10/2021.

DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor (RDC)**, vol. 107 (setembro- outubro 2016). Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.107.11.PDF, acesso em 10/07/2020.

DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor (RDC)**, vol. 107 (setembro - outubro 2016). Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.107.11.PDF, acesso em 10/07/2020.

EFING, Antônio Carlos; SOARES, Alexandre Araújo Cavalcante. **Ética do Consumo, Consumo Consciente e Felicidade**. Disponível em <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v1i48.6657>, acesso em 29-05-2020.

EHRENBERG, A. (2000). Repetitive Advertising and the Consumer. **Journal of Advertising Research**, v 40, n. 6, p 39-48. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-advertising-research/article/abs/repetitive-advertising-and-the-consumer/E4BBF005C3880EB586C1C88E3286E6EA>, acesso em 14/10/2021.

ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Evanston, IL: Row, Peterson, 1957.

FLETRIN, Lonhana Pinheiro; RAMINELLI, Francieli Puntel. **A Reforma do CDC e suas Implicações na Interação online entre consumidor e fornecedor**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3d3d286a8d153a4a>, acesso em 15/05/2020.

GONÇALVES, Marco Antônio. CESCÓN, Everaldo. **Ética e consumo: o consumo como estratégia ético-política**. Disponível em

<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/2187>, acesso em 10-05-2020.

GUARNIERI, Vanessa. **Neuromarketing: uma nova perspectiva para compreender o comportamento do consumidor**. Monografia. Faculdade de Tecnologia de Americana. Disponível em http://ric.cps.sp.gov.br/bitstream/123456789/563/1/20141S_GUARNIERIVanessa_TCCGE0066.pdf, acesso em 21/10/2021.

JEFFREY N. Rouder; Richard D. Morey. **The Nature of Psychological Thresholds**. disponível em http://pcl.missouri.edu/sites/default/files/Rouder.Morey_.2009_0.pdf, acesso em 18-05-2020.

JIN, Xialong et al. Significance and Challenges of Big Data Research. **Big Data Research**, n. 2, p. 59–64. 2015.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar [recurso eletrônico]: duas formas de pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econometrica**, Vol. 47, n. 2., mar. de 1979, pp. 263-291. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1914185>, acesso em 10/10/2021.

KEY, Wilson Bryan. *Subliminal Seducton*. Nova York: Signet Books, 1974 **apud** CALAZANS, Flávio. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992, p. 32.

KRUGMAN, Herbert E. Publicidade na televisão – Aprendizagem sem envolvimento. In: JONES, John Philip (org.). **A publicidade como negócio**. São Paulo: Nobel, 2002

LÉVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

LEWIS, E. St. Elmo. **Financial Advertising: for commercial and savings banks, trust, title insurance, and safe deposit companies, investment houses**. Indianapolis: Levey Bros. & Company, 1908.

LIMEIRA, T. M. **Comportamento do consumidor brasileiro**. São Paulo: Saraiva [recurso eletrônico], 2ª ed., 2016, 464 p.

LINDSTROM, Martin. *Brandwashed*. **O lado oculto do marketing. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós?** Tradução Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2002.

LONDERO, Rodolfo Rorato. Ainda AIDA? – uma revisão histórico-crítica da hierarquia dos efeitos publicitários, **Revista Interamericana de Comunicação**

Midiática, v. 16, n. 31, 2017, p. 138-158 Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/animus/article/view/21084>, acesso em 14/10/2021.

LONGHI, João Victor Rozatti; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. **Marketing cruzado na Internet e publicidade abusiva: a necessária proteção à privacidade do consumidor**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9910489e4ff31089>, acesso em 20-05-2020.

LORENA, Gimenez do Prado. **Neuromarketing e publicidade: como a lógica de consumo é entendida pela ciência**. Monografia. IMESA e FEMA. Disponível em <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1711340173.pdf>, acesso em 20/10/2021.

LUZ, Victoria Vilasanti; FINOTI, Lucas Lira; DIAS, Helison Bertoli Alves; TOALDO, Ana Maria Machado Dissonância Cognitiva nas Pesquisas do Comportamento do Consumidor: Um Estudo Sistemático. v. 8 n. 13 (2018), **Revista de Administração do UNISAL**, p. 98-116.

MACHADO, Radamés Comassetto. **Marco civil da internet - Análise dos pontos relevantes da Lei nº 12.965/2014**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/30162/marco-civil-da-internet-analise-dos-pontos-relevantes-da-lei-n-12-965-2014>, acesso em 24-05-2020.

MALAQUIAS, Mateus. **E-Commerce C2C: Responsabilidade Civil do Intermediador, Venda Mediante Amostra e Direito de Arrependimento**. Disponível em <https://mateusmalaquias.jusbrasil.com.br/artigos/554442748/e-commerce-c2c-responsabilidade-civil-do-intermediador-venda-mediante-amostra-e-direito-de-arrependimento>, acesso em 15-05-2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores: Principais resultados de um estudo empírico de 5 anos em Porto Alegre**. Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/11-Artigo-CLM-Coimbraconciliacao6fimenv-4.1.pdf>, acesso em 10/07/2020.

MARQUES, Claudia Lima; BARBOSA, Fernanda Nunes. **A proteção dispensada à pessoa idosa pelo direito consumerista é suficiente como uma intervenção reequilibradora?** Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/430>, acesso em 28-05-2020.

MARQUES, Claudia Lima; STELZER, Joana; CALSING, Renata de Assis (Coordenadoras). **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo** [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/lu8cyiu0/65nNe4NKEQN9ki3K.pdf>, acesso em 02/07/2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. **Responsabilidade Civil do Provedor pelos Danos à Pessoa Humana nos Sites de Redes Sociais.**

Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/09/08/responsabilidade-civil-do-provedor-internet-pelos-danos-a-pessoa-humana-nos-sites-de-redes-sociais/>, acesso em 13/09/2021.

MCCLEARY, R., & Lazarus R. (1949). Autonomic discrimination without awareness. **Journal of Personality Change**, n. 18, p. 171-179. Disponível em

<https://doi.org/10.1111/j.1467-6494.1949.tb01238.x>, acesso em 10/10/2021.

MENDES, Luzia. **Como utilizar a análise preditiva no setor de TI?** Disponível em

<https://www.interop.com.br/blog/analise-preditiva/>, acesso em 29-05-2020.

MERLEAU-PONTY. **Fenomenologia da percepção.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MORIS, Charles W. **Fundamentos da Teoria dos Signos.** Trad. Milton José Pinto. São Paulo: ESUSP, 1976 apud CALAZANS, ob.cit., p. 196.

NASCIMENTO, Thiago Gomes. Escala Trifatorial da Identidade Social (ETIS):

Evidências de sua Adequação Psicométrica. **Psico-USF**, Bragança Paulista, v. 22, n. 2, p. 217-234, mai./ago. 2017. Disponível em www.scielo.br

<http://dx.doi.org/10.1590/1413-82712017220203>, acesso em 10/10/2021.

NEIVA, Luísa do Amaral. **O neuromarketing e a comunicação visual: uma análise da contribuição do estudo de neuromarketing para a comunicação visual das embalagens.** Monografia. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Disponível em

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/1887/2/20839451.pdf>,

acesso em 20/10/2021.

NERY, Vanda Cunha Albieri; SILVA Natassia Catita. Propaganda subliminar: um

estudo sobre a sua interpretação, **OP SIS**, vol. 7, nº 8, jan-jun 2007. disponível em

<https://revistas.ufg.br/Opsis/article/view/9412/6488>, acesso em 10/10/2021.

OECD (2019), **The Role of Digital Platforms in the Collection of VAT/GST on Online Sales**, OECD, Paris. Disponível em www.oecd.org/tax/consumption/the-role-of-digital-platforms-in-the-collection-of-vat-gst-on-online-sales.pdf, acesso em 20-

05-2020.

PAREDES, Arthur Ribeiro. **Profundamente: Neuromarketing e comportamento de consumo.** 1 ed. sem editora. [e-book]

PEIRCE, C. S. **Semiótica e filosofia.** São Paulo: Cultrix, 1972.

SANTIAGO, Maria Cristina Paiva; TADDEI, Anna. **Cidadania, Sociedade e Consumo: uma proposta para reflexão.** Disponível em

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2bbc1cc8fd0e5f9e>, acesso em 20-05-2020.

SCARCELLA, Luisa. **E-commerce and effective VAT/GTS enforcement: Can online platforms play a valuable role?** Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364919303826>, acesso em 21-05-2020.

SCHÜTZ, Ronaldo; DE JESUS, Saul Neves. **Percepção subliminar: longe dos olhos, perto do coração.** Dos Algarves. Disponível em <http://www.dosalgarves.com/revistas/N13/1rev13.pdf>, acesso em 10/10/2021.

SCHWAB, Klaus. **The fourth industrial revolution.** Genebra: World Economic Forum, 2016, *passim*.

SHANNON, Claude E.; A Mathematical Theory of Communication. **System Technical Journal**, vol. 27, p. 379-423; 626-653, July, October, 1948. Disponível em <https://people.math.harvard.edu/~ctm/home/text/others/shannon/entropy/entropy.pdf>. Acesso em 10/10/2021.

SILVÉRIO, Gustavo Camargo; ROSAT, Renata Menezes. Memória de longo-prazo: mecanismos neurofisiológicos de formação, **Revista de Medicina de Minas Gerais**, v. 16, n. 4. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/577>, acesso em 20/10/2021.

STELZER Joana; DO CARMO, Valter Moura. **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Florianópolis: CONPEDI, 2016.

TAJFEL, H. (1978). **Differentiation between social groups.** London: Academic Press.

TAJFEL, H.; TURNER, J. C. (1979). An integrative theory of intergroup conflict, In: W. G. Austin & S. Worchel. **The social psychology of intergroup relations.** Monterey, CA: Brooks-Cole, 1979, p. 33/47.

THEODORO JR, Humberto. **Direitos do Consumidor.** 9ª ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THOMAS, Andrew R. et alli. **Ethics and Neuromarketing: Implications for Market Research and Business Practice.** Ohio: Springer. ISBN 978-3-319-445609-6 [e-book], *passim*.

ULHOA, Fábio Coelho. **Manual de direito comercial: direito de empresa.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VAUGHN, Richard. How advertising works: a planning model. **Journal of Advertising Research**, v. 20, n. 5, p. 27-33, 1980.

VEDOVATO, K.; TREVIZAN, A. R.; ZUCOLOTO, C. N.; BERNARDI, M. D. L.; ZANONI, J. N.; MARTINS, J. V. C. P. O eixo intestino-cérebro e o papel da serotonina. **Saúde Unipar**, Umuarama, v. 18 n. 1, p. 33-42, jan./abr. 2014. Disponível em <https://www.revistas.unipar.br/index.php/saude/article/download/5156/2982>, acesso em 22/10/2021.

VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle**. Tese. Curitiba: UFPR. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/26977314_Transparencia_publica_opacidade_privada_o_direito_como_instrumento_de_limitacao_do_poder_na_sociedade_de_controle, acesso em 20-05-2020.

ZAK, P.J.; KURZBAN, R. & MATZNER, W.T. (2004). The Neurobiology of Trust. **Annals of the New York Academy of Sciences**, n. 1032.

11. O PROBLEMA ESTRUTURAL DA DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA POR CONDIÇÃO PESSOAL: DOENÇA GRAVE, DEFICIÊNCIA E INCAPACIDADE PERMANENTE PARA O TRABALHO



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-11>

*Cíntia Teresinha Burhalde Mua*¹

*Tael João Selistre*²

Introdução

O 10º Relatório de Análise e Acompanhamento dos Mercados Supervisionados³, expedido em maio de 2022 pela Coordenação Geral de Supervisão Tecnológica e Inteligência de Dados (CGSID) da Superintendência de Seguros

¹ Juíza de Direito aposentada, Doutoranda em Direito – PUCRS, Mestre em Direito do Estado – PUCRS, Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional (UFRGS), Especialista em Processo Civil (PUCRS), Docente, Pesquisadora e Conteudista na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, Docente convidada no PPGD da PUCRS, Docente no PPGD da FMP/RS, Docente na ESM/AJURIS, Coordenadora do Núcleo de Processo Coletivo ESM/AJURIS, Coordenadora do Núcleo de Neurociência Aplicada ao Direito da ESM/AJURIS, Parecerista Permanente da Plataforma de Direito à Saúde do Núcleo de Direito, Saúde e Bioética da ESM/AJURIS, Membro do Núcleo de Inovação e Administração Judiciária da ESM/AJURIS, Assessora da Presidência da AJURIS, Coordenadora do Grupo de Trabalho em Planejamento Estratégico da AJURIS, Coordenadora do Grupo de Trabalho sobre Acessibilidade e Inclusão do Departamento de Direitos Humanos da AJURIS, Membro do Departamento de Direito Ambiental da AJURIS, Membro do Grupo de Trabalho em Planejamento estratégico da Diretoria de Aposentados da AJURIS, Membro do LIODS CNJ – JUSClima, atuando na curadoria da plataforma sobre litígios climáticos, Membro do Fórum Gaúcho de Combate aos Efeitos dos Agrotóxicos -FGCIA, Membro da AIRES (AI Robotics Ethics Society) – PUCRS, autora de livros e artigos jurídicos. <http://lattes.cnpq.br/9922069811486300> / <https://orcid.org/0000-0002-3478-1840>

² Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Pelotas, então pertencente à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1963). Pretor (fevereiro a novembro de 1965). Membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul, exercendo os cargos de promotor de justiça, procurador de justiça, corregedor-geral (1965-1994). Magistrado (quinto constitucional), foi juiz de alçada, desembargador, integrante do Órgão Especial, 3º Vice-Presidente, 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, atualmente aposentado. Exerceu atividade docente nas Faculdades de Direito Ritter dos Reis e na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), onde foi Chefe do Departamento de Direito Público nas duas faculdades e Diretor do Centro de Ciências Jurídicas. Lecionou Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC), na UNIRITER e no VERBO JURÍDICO, na Escola da Magistratura Federal e no Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Atua no PPGD da Escola Superior do Ministério Público e, também, em cursos semelhantes promovidos pela UNIRITTER, VERBO JURÍDICO e pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural. Professor nos cursos de preparação às carreiras do Ministério Público e da Magistratura. Atualmente, exerce a advocacia.

³ BRASIL, Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Circular nº 627/2021 e posteriores, inteiro teor acessível em <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/24535>, acesso em 10/09/2022.

Privados (SUSEP)⁴, salienta que o mercado de seguro de vida no Brasil está em ascensão desde 2009.

Em 2021, o faturamento de todos os mercados sob a supervisão da SUSEPE atingiu a cifra alcançou R\$ 306 bilhões, com provisionamentos na ordem de R\$ 1,3 trilhão, o que representa um aumento de 62% no quinquênio 2017-2021.

Os Mercados Supervisionados pela SUPEP alcança 3,5% do PIB brasileiro, ostentando "potencial para atingir valores da ordem de 6% a 10% - (...) observados em países com mercado segurador maduro."⁵

O Relatório em liça traz a lume dados de interesse do mercado e da população em geral sobre todas as operações efetuadas - dentre as quais os seguros e suas diversas modalidades – discriminando receitas, provisões, resultados, índices de sinistralidade, padrões de concentração mercadológica.

No que concerne às receitas, ilustrativa a tabela a seguir transposta, salientando-se que os ingressos totais de 2021 atingiram o montante de R\$ 309.319.000.000 (trezentos e nove bilhões, trezentos e dezenove milhões de reais):

Table 1: Receitas Anuais (R\$ milhões)

Ano	Acumulação	Seguros (excl.VGBL)	Capitalização	Total	% PIB
2003	14.825	23.674	6.023	44.522	2,6
2004	18.210	26.958	6.602	51.770	2,6
2005	19.233	30.827	6.910	56.970	2,6
2006	22.952	34.276	7.111	64.340	2,7
2007	28.179	38.253	7.829	74.261	2,7
2008	31.828	44.288	9.015	85.132	2,7
2009	38.710	46.478	10.104	95.292	2,9
2010	46.078	53.385	11.781	111.243	2,9
2011	53.644	61.611	14.081	129.337	3,0
2012	70.594	69.829	16.585	157.009	3,3
2013	73.943	83.078	20.976	177.997	3,3
2014	83.874	92.969	19.565	196.408	3,4
2015	99.050	98.533	21.628	219.210	3,7
2016	117.819	100.709	21.223	239.751	3,8
2017	121.094	105.348	20.936	247.378	3,8
2018	111.756	112.810	21.223	245.790	3,5
2019	129.200	119.255	24.102	272.557	3,7
2020	126.850	124.059	23.178	274.086	3,7
2021	141.133	141.007	24.179	306.319	3,5

Figura 1 - Fonte: SUSEP

⁴ BRASIL, Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Coordenação Geral de Supervisão Tecnológica e Inteligência de Dados (CGSID). 10º Relatório de Análise e Acompanhamento dos Mercados Supervisionados, Rio De Janeiro, 30 de Maio de 2022. Disponível Em <http://Www.Susep.Gov.Br/Menuestatistica/Ses/Relat-Acomp-Mercado-2022.Pdf>, acesso Em 10/09/2022.

⁵ Ob cit., p. 3

O portfólio da carteira de seguros vem assim estratificada, respondendo o seguro de vida por 17% das operações:

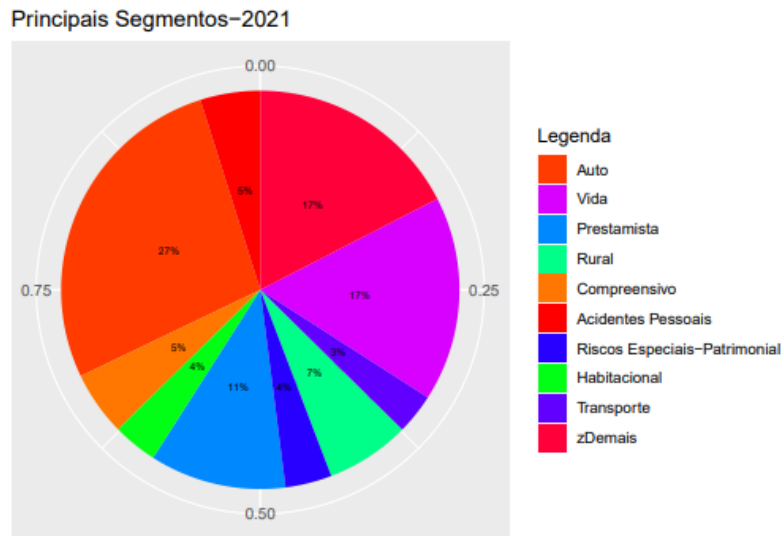


Figura 13- Fonte: SUSEP

Em 2021, as cinco maiores seguradoras respondiam por 86% (oitenta e seis por cento do mercado), restando 14% para a concorrência:

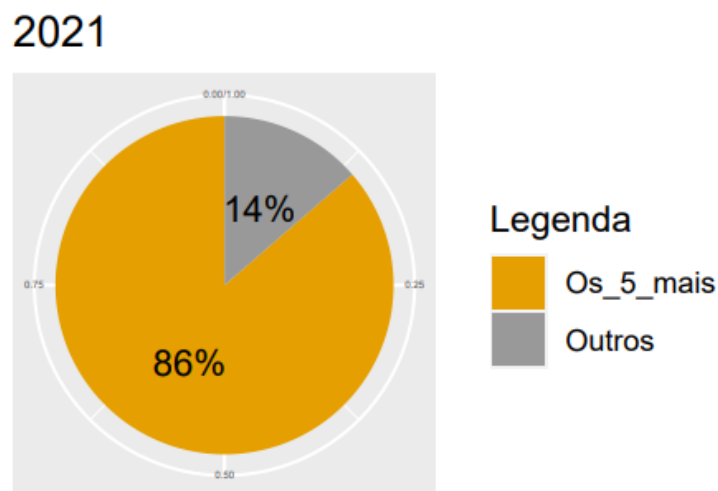


Figura 14 - Fonte: SUSEP⁶

⁶ Segundo a publicação, p.15: "A composição dos grupos econômicos é obtida a partir da informação prestada pelas próprias seguradoras por meio do FIP" (Formulário de Informações Periódicas)

Segundo a Pesquisa Nacional de Saúde (PNS 2019)⁷, as doenças crônicas não transmissíveis (DCNT) é um “geram elevado número de mortes prematuras (aquelas que ocorrem entre 30 e 69 anos de idade), repercutem na qualidade de vida dos que acometem e ocasionam impacto econômico para a sociedade e os sistemas de saúde”.

As DCNT são originadas de múltiplos fatores de risco, sendo “a vigilância e o monitoramento das DCNT são essenciais para entender a distribuição, a magnitude” e tendências, inclusive sobre os padrões etiológicos, modo a construir políticas públicas coerentes e assertivas.

Por amostragem, compilaremos algumas das informações trazidas na PNS2019, relativos a doenças crônicas não transmissíveis, que potencialmente poderiam ser pré-existentes à contratação do seguro de vida.

Dados da pesquisa de 2019 demonstram que 12,3 milhões de brasileiros tem diagnóstico de diabetes mellitus (7,7% da população entre de 18 anos ou mais de idade), o que representa um crescimento de 1,5% em relação a PNS2013. Segundo dados da OMS, “estima-se que, em 2016, “1,6 milhão de pessoas morreram por causa direta da doença”⁸

O Acidente Vascular Cerebral (AVC) é uma das principais causas de óbitos no mundo. Na PNS2019, mais de 3 milhões de brasileiros “referiram diagnóstico de AVC ou derrame [dentre as] pessoas de 18 anos ou mais de idade”⁹, sendo a maior recorrência entre os indivíduos com 75 anos ou mais (9,5% da amostra).

A depressão foi diagnosticada para 16,3 milhões de brasileiros em 2019, “com maior prevalência na área urbana (10,7%) do que rural (7,6%)” e maior incidência nas Regiões Sul e Sudeste do País. O tratamento medicamentoso da moléstia foi referido por 48% dos entrevistados.

⁷ BRASIL, IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Pesquisa nacional de saúde: 2019: percepção do estado de saúde, estilos de vida, doenças crônicas e saúde bucal (Brasil e grandes regiões). Rio de Janeiro, 2020. 113p. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101764.pdf>, acesso em 10/09/2022.

⁸ Ob cit., p. 61

⁹ Ob cit., p. 68

Câncer, na PNS2019 foi reportado como diagnóstico de mais de 4 milhões de pessoas no Brasil, com prevalência da doença na área urbana e, no País, a região Sul lidera o *ranking* das ocorrências.

Nestes contornos, a recusa de um sem-número de pessoas do acesso ao seguro de vida por ato unilateral da seguradora, com respaldo na existência, *de per se* e *ipso facto*, de doença pré-existente à contratação - independentemente desta informação ter sido expressamente declarada na ficha de saúde -, corporifica flagrante discriminação por condição pessoal do proponente, que não resiste ao bloco de constitucionalidade, posto que é ao mesmo tempo contrária à Magna Carta de 1988 e inconveniente.

A hipótese deste trabalho é que tal postura, transcendendo a orla jurídica do indivíduo que, *sponte sua*, decide recorrer à jurisdição, deflagra discriminação estrutural, que ocorre silenciosa e diuturnamente.

Hipertrofia-se o gradiente discriminatório quando a recusa dirige-se à pessoa acometida de doença grave preexistente (devidamente informada) que deflagrou deficiência (funcional, física ou mental) e de cuja severidade sobreveio incapacidade permanente para o trabalho, com conseqüente aposentação.

Trata-se de verdadeiro problema estrutural¹⁰, não obstante a provocação pseudoindividual, a exigir a adoção de medidas (re)estruturantes do sistema regulatório e do comportamento dos agentes do mercado de seguros¹¹.

A reorganização do mercado de seguros deverá observar o dever de não-discriminação¹² e a adoção de medidas concretas à antidiscriminação¹³ eficiente e incremental, com a transposição do *status quo*.

O trabalho está dividido em sete partes.

Na primeira, estudaremos a inconstitucionalidade e inconveniente da recusa por doença pré-existente, devidamente declarada na ficha de saúde; no segundo, a inconstitucionalidade e inconveniente da recusa por doença preexistente determinante de deficiência. O terceiro tópico abordará o controle de

¹⁰ Cujas conceituações serão objeto de subtópico específico, no contexto deste artigo.

¹¹ Matéria que merece abordagem mais aprofundada, a ser trabalhada no item 7 do ensaio.

¹² Sobre o tema: RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 295p.

¹³ *idem*

constitucionalidade da negativa quando a doença preexistente seja determinante de deficiência cause aposentadoria por "invalidez" (sic), à luz da Carta-Cidadã. O quarto tópico abordará a inconstitucionalidade e inconveniência da recusa em analogia ao tratamento jurisprudencial dado à doença preexistente, diagnosticada após a contratação. O quinto segmento estudará o bloco coeso de vulnerabilidade especial que emoldura a condição conformada pelos comemorativos doença grave/deficiência/aposentadoria por "invalidez" (sic); o sexto, analisará a vulnerabilidade especial e boa-fé qualificada do proponente do seguro e descumprimento deveres anexos de cooperação e de informação. A sétima etapa atine à configuração da natureza estrutural do conflito, conceituando-o e sustentando o cabimento da conversão da ação individual em coletiva e, sucessivamente, da medida do artigo 139, X, CPC como técnicas processuais para a condução do processo adequado, justo, equânime, prestado em tempo razoável e com a máxima eficiência possível.

Este ensaio utiliza, na abordagem, o método hipotético-dedutivo; na investigação ou de o procedimento tipológico e estruturalista; na interpretação jurídica, a tópico-sistemática, na acepção de FREITAS (2010), valendo-se das técnicas de pesquisa exploratória e explicativa, instrumentalmente documental (bibliográfica).

1 Inconstitucionalidade e inconveniência da recusa por doença pré-existente

A Circular SUSEP nº 302 de 19/09/2005¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶ estabelece, em seu artigo 62, que a doença preexistente passível de ser excluída da cobertura securitária é aquela "(...)definida como **doença de conhecimento do segurado e não declarada na proposta de contratação ou, no caso de contratação coletiva, na proposta de adesão.**"¹⁷

¹⁴ BRASIL, Superintendência dos Seguros Privados (SUSEP), Circular nº 302 de 19/09/2005. Disponível em <http://www.susep.gov.br/textos/circ302.pdf>, acesso em 10/10/2022.

¹⁵ que dispõe sobre as regras complementares de funcionamento e os critérios para operação das coberturas de risco oferecidas em plano de seguro de pessoas, e dá outras providências.

¹⁶ Que hodiernamente deve ser lida à luz da Resolução CNSP nº 439, de 04 de julho de 2022¹⁶ - novo marco regulatório dos seguros de pessoas.

¹⁷ grifamos

Quando o proponente **explicita minudentemente as doenças preexistentes, declarando de forma clara, objetiva e sintética o seu histórico médico**, nada omitindo, age baseado na lúdima boa-fé contratual.

A impossibilidade de recusa à contratação, pura e simples, por doença preexistente INFORMADA na declaração de saúde já foi enfrentada e afastada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.300.116/SP.

No caso em destaque, a Terceira Turma do Colegiado entendeu que não poderia ter havido a recusa, posto que a doença preexistente foi mencionada na declaração de saúde do postulante do seguro de vida, infringindo a seguradora frontalmente o artigo 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor, sendo sua conduta passível de indenização por dano moral.

Nas circunstâncias do Recurso Especial em análise, a seguradora, ao invés da recusa, deveria ter apresentado uma proposta alternativa, "como a formulação de prêmio mais alto ou mesmo a redução da cobertura securitária, excluindo-se os sinistros relacionados à doença pré-existente."

Segue a ementa do aresto:

DIREITO CIVIL E SECURITÁRIO. PROPOSTA DE SEGURO DE VIDA. CONSUMIDOR JOVEM ACOMETIDO POR LEUCEMIA, DE QUE SE ENCONTRA CURADO. SEGURO OFERECIDO NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE TRABALHO. PROPOSTA REJEITADA PELA SEGURADORA, SOB A MERA FUNDAMENTAÇÃO DE DOENÇA PRÉ-EXISTENTE. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE OPÇÕES. DANO MORAL CARACTERIZADO.

1. Na esteira de precedentes desta Corte, a oferta de seguro de vida por companhia seguradora vinculada a instituição financeira, dentro de agência bancária, implica responsabilidade solidária da empresa de seguros e do Banco perante o consumidor.

2. Nos dias de hoje a contratação de seguros, seja de saúde, de automóveis ou de vida, é prática cada vez mais comum, integrando o dia a dia das pessoas. Assim, conquanto o direito securitário tenha um notório viés econômico, é inegável que também apresenta um acentuado componente social. Assim, a negativa de aceitar um consumidor na contratação de seguro deve ser regra absolutamente excepcional.

3. Para a manutenção do equilíbrio da carteira de seguros, é importante que a companhia seguradora formule um preço que respeite o correto cálculo atuarial. Consumidores que apresentam grau de risco maior, devem arcar com prêmios mais elevados, ao passo que consumidores cujo risco seja menor, devem poder contratar o seguro a preço mais baixo.
4. Se um jovem foi portador de leucemia, mas apresenta-se clinicamente curado, a pura e simples negativa de contratar seguro de vida é ilícita, violando a regra do art. 39, IX, do CDC. Diversas opções poderiam substituir a simples negativa, como a formulação de prêmio mais alto ou mesmo a redução da cobertura securitária, excluindo-se os sinistros relacionados à doença pré-existente. Rejeitar o consumidor, pura e simplesmente, notadamente em situações em que o seguro é oferecido como consectário do contrato de estágio, gera dano moral. O consumidor, rejeitado pelo seguro, vê sua doença desnecessariamente exposta em seu ambiente de trabalho.
5. O fato de o consumidor não ter cumulado a seu pedido de reparação de dano moral, também um pedido de imposição da assinatura do contrato de seguro, não macula seu direito de se ver indenizado. Não é inusitado que a parte, ofendida pela postura da outra, decida não mais se vincular a ela por contrato, sem prejuízo do desejo de reparação.
6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

Obviamente que o redimensionamento do prêmio não pode tornar seu o valor proibitivo, inviabilizando economicamente a contratação, posto que o contrário configuraria infração ao artigo 39, V, do Código de Defesa do Consumidor, ao exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

Neste diapasão, é abusiva cláusula que exclua toda e qualquer doença preexistente à contratação, disposição francamente leonina, posto que o proponente só será aceito se estiver em perfeitas condições de saúde na data da contratação.

A vantagem excessiva ao fornecedor em detrimento da vulnerabilidade do consumidor advém da generalidade do clausulado, muito além do que admitido inclusive pela regulamentação da Superintendência dos Seguros Privados, antes mencionada.

De outra banda, a redação contratual em destaque é contrária à boa-fé e à equidade, atraindo a incidência da causa de nulidade prevista no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, igualmente abusiva se afigura que especifica o acompanhamento médico e/ou o uso de medicamento continuado como causa legítima à RECUSA contratação do seguro de vida.

Ao inserir comemorativos que não estão compreendidos no conceito de doença preexistente passível exclusão, transbordando a regulamentação administrativa (Circular SUSEP nº 302 de 19/09/2005), que deve ser lida à luz da Resolução CNSP nº 439, de 04 de julho de 2022¹⁸ – novo marco regulatório dos seguros de pessoas, também dá suporte fático à incidência do artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, sendo a prescrição nula de pleno direito.

Há inconstitucionalidade na recusa fundada (1) em qualquer doença preexistente INFORMADA na declaração de saúde; (2) na necessidade de acompanhamento médico ou medicamentoso contínuo, posto que há flagrante discriminação por condição pessoal, em aviltamento aos artigos 3º, IV e 5º, *caput* e XXXII da CF/88 e à dignidade humana (artigo 1º, III, da Carta).

A inconveniência, a seu turno, desvela-se a partir dos entrelaçamentos que serão explorados no item 2 deste ensaio.

2 Inconstitucionalidade e inconveniência da recusa por doença preexistente determinante de deficiência

A situação em debate desponta ainda mais iníqua quando a recusa basear-se em doença preexistente, informada na proposta, determinante de deficiência funcional, sensorial, motora em grau leve, moderado ou grave.

A proteção à pessoa com deficiência é assegurada por normas convencionais, constitucionais e infralegais.

¹⁸ BRASIL, Superintendência dos Seguros Privados (SUSEP), Resolução CNSP nº 439, de 04 de julho de 2022. Disponível em <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/26145>, acesso em 10/10/2022.

A Lei nº 7853/89 dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

O Decreto n.º 3.956/01 promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (OEA/ 1999).

O artigo 1(a) da Convenção obriga os Estados-Partes a eliminarem a discriminação quanto as pessoas com deficiência, viabilizando sua “plena integração à sociedade”, por intermédio de medidas executivas, públicas e privadas, tendentes a “eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades” (grifo nosso)

O texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo foi aprovado pelo Decreto legislativo nº 186/2008; a Convenção em liça foi recepcionada pelo rito do artigo 5º, §3º da CF/88 e promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009¹⁹.

A igualdade formal e material das pessoas com deficiência para fruir o “estado de saúde mais elevado possível” (artigo 25, caput) e a proscrição de qualquer discriminação baseado nesta condição pessoal são peremptórias.

Considerando esta principiologia, é obrigatória a adoção de “medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde” (artigo 25, caput), **inadmitida a “discriminação contra pessoas com deficiência na provisão de seguro de saúde e seguro de vida (...), os quais deverão ser providos de maneira razoável e justa”,** consoante artigo 25(e).

A Lei Brasileira de Inclusão, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/15) dita, de forma categórica, que **“São vedadas todas as formas de discriminação contra a pessoa com deficiência, inclusive por meio de**

¹⁹ BRASIL, Presidência da República. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm, acesso em 10/09/2022.

cobrança de valores diferenciados por planos e seguros privados de saúde, em razão de sua condição."

A impropriedade terminológica da LBI, ao mencionar "planos e seguros privados de saúde", **cede ao controle de convencionalidade**²⁰, porquanto a lei infraconstitucional não pode restringir a abrangência expressa da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que inclui **textualmente os seguros de vida no seu âmbito de proteção contra discriminação negativa**.

Apesar da clara vedação administrativa, contida no artigo 7º da Resolução CNSP nº 439, de 04 de julho de 2022²¹ - novo marco regulatório dos seguros de pessoas - a discriminação da pessoa com deficiência continua sendo praticada.

Não é por outra razão que há proposta legislativa com tramitação bicameral²² para alterar a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, vedando, expressamente, tratamento discriminatório em razão da deficiência, na contratação de seguros de pessoas.

Assim, a inconveniência resta caracterizada à saciedade.

Para além disto, há inconstitucionalidade na rejeição sumária de proponente acometido por qualquer **doença preexistente INFORMADA na declaração de saúde que tenha sido causa fundante à deficiência**, posto que há flagrante discriminação por condição pessoal (doença grave e deficiência dela decorrente), em aviltamento aos artigos 3º, IV e 5º, *caput* e XXXII da CF/88 e à dignidade humana (artigo 1º, III, da Carta) e à proteção constitucional à pessoa com deficiência (artigo 5º, XXXI, artigo 227, §2º, *verbi gratia*).

²⁰ Conforme ensina SARLET, Ingo W. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. *Conjur*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>, acesso em 14/11/2021, o texto convencional, muito embora tenha sido incorporado sob o rito do artigo 5º, § 3º da CF/88, não passa, *ipso facto*, a integrar o Texto constitucional em si, mas, sim, o bloco de constitucionalidade, seguindo como parâmetro para o controle de convencionalidade.

²¹ Art. 7º A recusa do risco pela razão única de o proponente ser pessoa com deficiência configurará discriminação e será, por consequência, passível de punição nos termos da regulamentação específica.

²² PL 4007/2019, aprovado no Senado, atualmente na Câmara dos Deputados para revisão. O inteiro teor da proposta e sua tramitação estão disponíveis em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137753>, acesso em 28/08/2022.

3 Inconstitucionalidade da recusa por doença preexistente determinante de deficiência e consequente aposentadoria por “invalidez” (sic).

Passamos a analisar a situação do proponente do seguro de vida que foi recusado porque aposentado por incapacidade laboral decorrente do recrudescimento da extensão e do grau de deficiência, que a seu turno origina-se de doença grave preexistente INFORMADA na declaração de saúde.

Primeiramente, uma ressalva terminológica: invalidez é uma designação discriminatória, *de per se*.

A perda da capacidade laborativa gera a aposentação, que reconhece apenas esta incapacidade; nada “invalida” – e nem poderia – em relação aos demais predicados da personalidade.

A EC nº103/2019 corrigiu a impropriedade linguística: usa incapacidade e não invalidez (artigo 40, §1º, I e artigo 201, I da Magna Carta).

A tutela da vulnerabilidade da pessoa humana é sempre convergente ao dever da máxima proteção dos direitos fundamentais autônomos correlatos como decorrência da sua eficácia vertical e horizontal.

O artigo 3º, VI, da CF/88 e a Convenção contra todas as Formas de Discriminação vedam, peremptoriamente, que raça, credo, gênero, idade, deficiência, origem, **condição** (ou qualquer outro critério) subsidiem preconceito ou tratamento desigual, salvante em caso de discriminação positiva.

A Magna Carta assegura prioridade especial à criança e ao adolescente (artigo 227, **caput**)²³, mas também ao idoso²⁴ (artigo 230, **caput**)²⁵; à pessoa com deficiência (artigo 5º, XXXI, artigo 227, §2º, *verbi gratia*)²⁶.

Neste contexto, no âmbito do seguro de vida, **não se faz possível que uma pessoa com deficiência originada de doença grave** preexistente à contratação –

²³ Cujo âmbito protetivo vem densificado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁴ Neste sentido, o Projeto de Lei nº 2002/2019, que altera o §3º do art. 15 do Estatuto do Idoso, para vedar expressamente a “discriminação do idoso nos planos de saúde e nos seguros de vida pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”, cláusula considerada abusiva, nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, com a nova redação dada pela proposta legislativa em comento.

²⁵ Conforme estabelecido no Estatuto do Idoso.

²⁶ Desaguando na Lei Brasileira de Inclusão

devidamente INFORMADA na declaração de saúde -**possa ser discriminada porque a severidade do seu quadro culminou em aposentadoria por "invalidez" (sic), rectius:** por incapacidade laborativa.

Seria o mesmo que compreender – em total dissonância com a proteção à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais autônomos decorrentes e aos objetivos da República Federativa do Brasil - que a "invalidez" (sic), **rectius:** incapacidade laborativa, estaria a anular, em benefício das seguradoras, toda a proteção concedida nos estágios antecedentes.

Em reforço: a rejeição sumária funda-se, mediatamente, na deficiência e na doença grave preexistente que a determinou, pois há um liame causal indissolúvel entre a doença, a deficiência e a aposentação.

Registra-se, por importante, que os aposentados por tempo de serviço/contribuição são elegíveis para o seguro pessoal.

Discriminados, apenas os aposentados por "invalidez"(sic), o que não tem suporte tampouco na Resolução CNSP nº 439, de 04 de julho de 2022²⁷ - novo marco regulatório dos seguros de pessoas, norma que rege toda a competência regulatória da SUSEP.

4 Inconstitucionalidade e inconveniência da recusa em analogia ao tratamento jurisprudencial dado à doença preexistente, diagnosticada após a contratação

A jurisprudência é copiosa no sentido da impossibilidade de negativa de cobertura ao segurado acometido de doença preexistente à contratação, mas que só foi diagnosticada durante a vigência do contrato.

Neste sentido: STJ, Terceira Turma, AREsp 1.224.597-AgInt/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 18/04/2018); STJ, Quarta Turma, AREsp 1.229.075-AgInt/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 18/05/2018; STJ, Quarta Turma, AREsp 998.163-AgInt/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 01/03/2017).

A matéria é objeto do enunciado da Súmula nº 609 do STJ, *verbis*:

²⁷ Art. 7º A recusa do risco pela razão única de o proponente ser pessoa com deficiência configurará discriminação e será, por consequência, passível de punição nos termos da regulamentação específica.

A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado.

Nesta conjuntura, por que seria legítimo às seguradoras requeridas alijar o proponente do seguro da contratação, quando a doença preexistente era conhecida e foi devidamente informada na declaração de saúde?

E poderiam as seguradoras extirpar o proponente de contratar o seguro de vida pelo fato da doença grave, preexistente à contratação (devidamente declarada), ter causado deficiência, em consequência da qual a demandante aposentou-se por "invalidez"(sic), *retius*: incapacidade laborativa?

No conflito entre o princípio da livre iniciativa e o sobreprincípio da dignidade humana, a proporcionalidade orienta outras soluções.

Primo, não é necessário ceifar o acesso ao seguro de vida buscado, pois é possível, v.g., reequacionar o pacto, excluindo todas as coberturas por "invalidez"(sic).

Secundo, não é adequada recusa sumária, porque a livre iniciativa não é um fim em si mesmo, devendo ser funcionalizada e harmonizada com outros princípios constitucionais e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, declinados no artigo 3º da Magna Carta, em especial o inciso I, "construir uma sociedade livre, justa e solidária".

Terzo, a recusa sumária da contratação não é proporcional em sentido estrito, pois está a instrumentalizar repugnável discriminação por condição, infringindo diretamente o artigo 3º, IV, que verbaliza a dicção do Constituinte Originário na direção de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

5 Do bloco coeso de vulnerabilidade especial

Na situação em estudo, o proponente do seguro é portador de doença grave, preexistente à contratação do seguro de vida, devidamente INFORMADA na declaração de saúde, que determinou múltiplas deficiências (funcional, sensorial,

motora), cuja severidade deu causa à sua aposentação por "invalidez" (*sic*), *rectius*: incapacidade laborativa.

Neste cenário, **são três as condições que se consorciam na espécie (doença grave, deficiência, aposentadoria) a consolidarem o bloco coeso da vulnerabilidade especial do proponente**, cristalizando a iniquidade da recusa sumária, postura discriminatória, porque, consoante os argumentos já expostos neste artigo:

(a) Há impossibilidade jurídica de recusa sumária à contratação, pura e simplesmente por doença grave preexistente INFORMADA na declaração de saúde;

(b) É inadmissível, na contratação do seguro de vida, a discriminação contra pessoas com deficiência, decorrente, *in casu*, da doença grave preexistente;

(c) É proscribida a discriminação por condição pessoal, consubstanciada na aposentadoria por "invalidez" (*sic*) havida em consequência do recrudescimento do quadro de base (doença preexistente), a qual impôs múltiplas deficiências que, em estágio grave, causaram a incapacidade laborativa do proponente.

6 Vulnerabilidade especial e boa-fé qualificada: descumprimento deveres anexos de cooperação e de informação

A discriminação nos contratos de seguro – baldado todo o esforço civilizatório em contrário - continua vigente e suas técnicas aprimoram-se nos meandros dos algoritmos²⁸.

Como visto, a rejeição pura e simples do proponente, com suporte em doença preexistente INFORMADA em sua declaração de saúde desatende até mesmo o artigo 62 da Circular SUSEP nº 302/2005²⁹ - que é esteio para a redução da cobertura - e somente quando o proponente tem conhecimento da moléstia antes da contratação, mas a omite, deliberadamente, na sua declaração de saúde.

Não é e nunca foi causa bastante à recusa sumária à contratação.

²⁸ Sobre o tema: JUNQUEIRA, Thiago. **Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros**. São Paulo: Tomson Reuters Brasil, 2020, 429p.

²⁹ Art. 62. Caso as condições gerais e/ou especiais excluam doença preexistente das coberturas do seguro, **esta deverá ser definida como doença de conhecimento do segurado e não declarada na proposta de contratação ou, no caso de contratação coletiva, na proposta de adesão.** (grifamos)

A regulação administrativa mencionada no parágrafo antecedente está ligada à ideia da boa-fé contratual (artigo 422 do Código Civil), viabilizando extirpar do contrato aquilo que o segurado deixou de declarar conscientemente e, portanto, não foi considerado na análise de riscos havida na fase pré-contratual.

Afora esta especialíssima exceção, não se pode olvidar que a **função social do contrato** (art. 421 do Código Civil) **impõe a não-discriminação**. Mais, **determina** a adoção de uma **postura afirmativa do Estado** e dos **fornecedores em benefício da vulnerabilidade**.

Cláudia Lima Marques ensina que o contexto constitucional permite a **discriminação positiva** entre "consumidores especiais" e "consumidores comuns ou standards" ³⁰. Neste ensejo o Código de Defesa do Consumidor elenca os "consumidores especialmente vulneráveis"³¹ (artigo 39, IV), **dentre eles o aposentado e/ou o enfermo**³².

De forma magistral, a Doutrinadora ensina (g.n.):

a pergunta que domina esta análise de uma '**vulnerabilidade especial**' dos **doentes ou idosos** é se o Direito deve ter ainda uma **atitude mais 'protetiva', mais sensível contra discriminações negativas dos fornecedores em relação a estes sujeitos, mais impositiva de deveres de cuidado, de cooperação e de informação**, impondo uma **boa-fé qualificada** diante destes consumidores 'especiais', uma reação legislativa ainda mais '**discriminatória positivamente**' em relação a eles³³.

E responde positivamente ao seu questionamento, aduzindo (grifamos)

Trata-se de **uma necessária concretização do Princípio da Igualdade**, de **tratamento desigual aos desiguais**, da **procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável**, mais

³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 315

³¹ idem

³² Ob cit., p. 316

³³ idem

fraco. Criar uma lei especial e assegurar direitos subjetivos para este sujeito são instrumentos de Igualdade, de ação positiva do Estado-legislador (...) ³⁴

Neste contexto, justificativas genéricas para a recusa, como “motivo técnico” afrontam o dever de informação previsto no artigo 6º, III, CDC. Ademais, tratando-se de dado pessoal sensível (artigo 5º, II, Lei nº 13.709/2018), o acesso à tal informação também tem suporte no artigo 18, II, Lei Geral de Proteção de Dados.

Inconcebível, igualmente, por infringência aos deveres de cooperação e informação, em total contrariedade à boa-fé **qualificada** exigível no caso destes autos ³⁵, a postura da seguradora que deixa de analisar a proposta, deixando o consumidor à mingua, sem qualquer objetivação do real fundamento em concreto motivador da recusa.

7 Da natureza estrutural do conflito

7.1 Conceituação de conflito estrutural

Os conflitos estruturais podem estar correlatos à implementação de políticas públicas que guardam estreita pertinência com as 169 metas operacionais ³⁶ dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

Outrossim, podem redundar em casos multipolarizados, coroados por uma profusão de questões com circunstâncias de fato e de direito invulgares e, não raro, mediante conflito positivo de competência, territorial e material, sendo exemplos a regularização fundiária em áreas urbanas de municípios contíguos, à margem de rodovias estaduais e federais e APPs; ou as repercussões sistêmicas de desastres ambientais ³⁷.

São conflitos para os quais as ferramentais tradicionais do processo civil despontam insuficientes e inadequadas, exigindo uma reconstrução axiológico-

³⁴ Ob cit., p. 317

³⁵ conforme argumentação já desenvolvida nesta peça, com base no escólio de Cláudia Lima Marques, ora reiterada, *in totum*.

³⁶ E seus respectivos indicadores

³⁷ Como os casos de Mariana e Brumadinho

normativa destes signos, quase uma ³⁸:customização das técnicas³⁹ de processo e procedimento, o que torna imprescindível um olhar sistemático sobre o fenômeno, sob pena de ineficiência gerencial, afrontando o compromisso intra e intergeracional na construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

Conceitualmente, adotamos a concepção trazida à lume por VITORELLI⁴⁰, dada a clareza analítica de sua proposição, *verbis*:

*(...) são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há necessidade de reorganização de toda uma instituição, com alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.*⁴¹

Inobstante, em dois pontos respeitosamente divergimos.

A uma, a via jurisdicional não é elemento integrativo do conceito, porque há possibilidade de acordos pré-processuais nesta seara; a duas, a mudança de mentalidade dos agentes tampouco pode integrar a tipicidade em comento, posto que nem todo o acordo-plano ou a decisão-programa contemplará indicadores científicos para a medição destes resultados.

Interessante, quanto ao último aspecto da divergência, apontar o papel da Neurociência aplicada ao Direito, principalmente no campo dos denominados nudges⁴², matéria que transborda o escopo deste artigo.

³⁸grifamos

³⁹ Pré e endoprocessuais

⁴⁰ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e Implementação de Mudanças Socialmente Relevantes pela Via Processual. In: **Processos Estruturais**. ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Salvador: JusPODIVM, 2017, 608p, p.372

⁴¹ Segundo DIDIER et al. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, jan./mar. 2020. Disponível em

http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf, acesso em 30/11/2021: "Litígio complexo, neste contexto, não é aquele que envolve discussão sobre tese jurídica complexa ou sobre muitas questões de fato, mas sim aquele que põe em rota de colisão múltiplos interesses sociais, todos eles dignos de tutela."

⁴² Sobre o tema: SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H.. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press

De outra banda, o conceito jurídico indeterminado “valores públicos” deve ser entendido como aqueles ligados diretamente aos direitos fundamentais⁴³ da pessoa humana, dos seres sencientes e da natureza como sujeito de direitos.

Então, de forma sintética, a identificação do conflito estrutural perpassa pela constatação das seguintes características:

- e) multipolaridade;
- f) acentuada complexidade;
- g) promoção de valores públicos;
- h) reorganização institucional, pública ou privada (processos internos e estrutura burocrática).

7.2 Conversão da ação individual em coletiva

O problema estrutural em liça aparece na cena judiciária articulado por demandas pseudo-atomizadas.

Contudo, há necessidade de reestruturação da política institucional do seguro de vida de pessoas acometidas por doenças graves e/ou portadoras de deficiência e/ou aposentadas por “invalidez” (*sic*) no Brasil.

O *status quo* revela que as pessoas que tem estas especialíssimas condições pessoais são discriminadas, inconstitucional, inconvenção e ilegalmente pelas seguradoras.

Neste contexto, o acesso material à jurisdição impescinde da adoção do rito e das técnicas processuais adequados ao processo justo, equânime, eficiente, prestado em prazo razoável, capaz de abarcar a abordagem do todo e não resolver apenas uma parcela do problema estrutural, verbalizado por um integrante amostral do conflito.

A doutrina abaliza a conversão da ação individual em coletiva, no contexto de um problema estrutural, *verbis*:

⁴³ Sobre a diferenciação entre direito fundamental e direito humano, vide SARLET, Ingo W.. As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais. *Conjur*, publicada em 23 de janeiro de 2015, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>, acesso em 24/05/2021

Embora normalmente o processo estrutural seja coletivo, por discutir uma situação jurídica coletiva, é possível que um processo que veicule demanda individual esteja pautado num problema estrutural e tenha que, por isso, ser tratado como processo estrutural. Isso acontece especialmente quando ocorre o fenômeno da múltipla incidência, que se caracteriza quando o mesmo fato pode “afetar a esfera de situações jurídicas individuais e de situações jurídicas coletivas”. Imagine que um sujeito, portador de deficiência ou com mobilidade reduzida, ingresse com ação individual para, com base nos direitos que lhe são assegurados pela Lei nº 10.098/2000, exigir que determinados edifícios públicos ou privados, de uso coletivo, aos quais precisa ele recorrentemente ter acesso (como sua faculdade, o hospital do seu bairro, o banco no qual possui conta corrente etc.), sejam obrigados a promover reformas para garantir a acessibilidade prevista em lei.

Essa é tipicamente uma ação individual, mas que tem inequívoca natureza estruturante. Sua causa de pedir consiste na afirmação de uma situação de desconformidade, por uma permanente inobservância da legislação que impõe se promova a acessibilidade desses lugares. Há um ambiente de ilicitude que precisa de intervenção (re)estruturante, porque desse novo e ideal estado de coisas depende a satisfação do direito do indivíduo autor. Há, pois, um problema estrutural para o qual se exige uma decisão que projete e implemente um novo e ideal estado de coisas⁴⁴.

Convertida a ação individual em coletiva, insta acionar os legitimados *ad causam* para assumi-la, com a concessão de prazo razoável para que o representante adequado possa emendar a inicial, assumindo o autor originário a função de litisconsorte ativo, sem prejuízo de medidas urgentes que se lhe possam ser necessárias.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, jan./mar. 2020, p.101/135. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf, acesso em 11/10/2022.

7.3 Notificação dos legitimados para a ação coletiva

Não sendo adotada a técnica da conversão da demanda individual em coletiva, exsurge pertinente, em atenção aos princípios da solidariedade humana e do acesso material à jurisdição (através do processo justo, adequado, equânime e prestado em prazo razoável), a notificação dos legitimados para a ação coletiva, na forma do artigo 139, X, do Código de Processo Civil⁴⁵, no bojo da qual sejam adotadas as medidas estruturantes pertinentes, com o tratamento molecular que a controvérsia requer.

Neste caso, proposta a ação coletiva, todas as demandas singulares sobre idêntica macrolide (objeto do tema repetitivo nº 60 do STJ⁴⁶, *leading case* Recurso Especial repetitivo REsp 1.110.549/RS)⁴⁷ deverão ser suspensas, sem prejuízo da concessão incidental de tutela de urgência em favor do autor individual, se foro caso.

A tese fixada "Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva." considera o valor intrínseco da máxima eficiência do acesso material à jurisdição, seja na identificação da substância da lide contingente, seja na desconsideração de peculiaridades das lides atomizadas que devem ser suspensas, pois "o não sobrestamento devido a acidentalidades de cada processo individual levaria à ineficácia do sistema."

⁴⁵ Que se insere dentre os poderes, deveres e responsabilidade do juiz

⁴⁶ Disponível em

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=60&cod_tema_final=60, acesso em 12/10/2022

⁴⁷ Assim ementado: "RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido.", Inteiro teor disponível em

<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=924975&tipo=0&nreg=200900070092&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20091214&formato=PDF&salvar=false>, acesso em 12/10/2022.

Conclusão

Expusemos o problema estrutural relativo à negativa de seguro a (a) pessoas acometidas de doença preexistente informada expressamente na declaração de saúde, que integra a proposta de contratação do seguro de vida, individual ou em grupo; (d) pessoa com deficiência decorrente desta mesma moléstia, e (c) aposentado por "invalidez" (*sic*) como consequência direta da extensão e do grau de deficiências múltiplas causadas pela mesma doença de base, tendo por foco a concomitância destas condições pessoais.

Para tanto, estudamos a inconstitucionalidade e a inconveniência da recusa por doença pré-existente, devidamente declarada na ficha de saúde; a inconstitucionalidade e inconveniência da recusa por doença preexistente determinante de deficiência. Abordamos o controle de constitucionalidade da negativa quando a doença preexistente determinante de deficiência cause aposentadoria por "invalidez" (*sic*), à luz da Carta-Cidadã. Analisamos a inconstitucionalidade e inconveniência da recusa em analogia ao tratamento jurisprudencial dado à doença preexistente, diagnosticada após a contratação. Estudamos o bloco coeso de vulnerabilidade especial que emoldura a condição conformada pelos comemorativos doença grave/deficiência/aposentadoria por "invalidez" (*sic*); tratamos da vulnerabilidade especial e da boa-fé qualificada do proponente do seguro e do descumprimento dos deveres anexos de cooperação e de informação, pelas seguradoras. Na sétima etapa do nosso escrito, estudamos a natureza estrutural do conflito em liça, realizando o seguinte percurso dialético: (a) conceituação; (b) cabimento da conversão da ação individual em coletiva como técnica processual para a condução do processo adequado, justo, equânime, prestado em tempo razoável e com a máxima eficiência possível; (c) sucessivamente, a adoção da técnica prevista no artigo 139, X do Código de Processo Civil, com a notificação dos legitimados *ad causam* para a propositura da demanda coletiva pertinente.

O escopo do trabalho comporta o entrelaçamento causal destas três condições pessoais, destinatárias de proteção especial.

A discriminação positiva por condição pessoal redundando na obrigação das seguradoras em adotar condutas que conduzam à não-discriminação na espécie, por meio de injunções judiciais que consolidem um maciço antidiscriminatório.

Neste feixe, as seguradoras poderão ser condenadas à **obrigação de fazer** consistente na **apresentação de alternativas à recusa** pura e simples do proponente na contratação do seguro de vida.

A primeira alternativa em comento atine ao **redimensionamento do prêmio do seguro** de acordo com o risco do caso especial do caso em concreto, desde que **não assegure vantagem excessiva ao fornecedor**, proscrita no artigo 39, V, do Código de Defesa do Consumidor e, concomitantemente, **não consista em forma oblíqua de recusa de contratação, pela subjugação econômica da proponente para o adimplemento do prêmio;**

A segunda alternativa seria a **customização das coberturas-padrão**, com a exclusão das atinentes à "invalidez" (**sic**), de acordo com as circunstâncias do caso em concreto.

Outrossim, as recusas apontadas neste ensaio corporificam acintosa discriminação por condição pessoal, em total descompasso com o direito humano e fundamental à igualdade substancial (artigo 5º, **caput**, da Carta), à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF/88) ao bloco de constitucionalidade garantido pela congregação do Texto e da Convenção Internacional da Pessoas com Deficiência, recepcionada com força de emenda constitucional, sob o rito do artigo 5º, §3º, da Magna Carta; às leis em sentido formal e material invocadas na fundamentação (Lei Brasileira de Inclusão e o Código de Defesa do Consumidor); e à regulamentação administrativa da SUSEP.

No ponto focal deste ensaio, a **discriminação negativa** erige-se pela **subjugação de três condições pessoais**, sucessiva ou concomitantemente: **doença preexistente**, a qual determinou a consolidação de múltiplas **deficiências** de cujo agravamento deu-se a conseqüente incapacidade laborativa, sem possibilidade de reabilitação, redundando na sua **aposentação por "invalidez"** (**sic**).

Neste cenário, cabe indenização pela **pretium doloris**, que decorre das recusas ilegais, inconstitucionais e inconventionais, **in re ipsa**, nos termos da fundamentação construída neste trabalho, à qual nos reportamos, integralmente.

Neste sentido, *mutatio mutandis*, vale compilar excertos da ementa do acórdão do Recurso de Revista nº 221-20.2016.5.05.0531, da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Relator Min. Maurício Godinho Delgado, publicado em 03/09/2021 (processo eletrônico) que também tem por *thema decidendum* a discriminação por condição pessoal:

(...)A Constituição Federal de 1988, em seus princípios e regras essenciais, estabelece enfática direção normativa antidiscriminatória. Ao fixar como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), o Texto Máximo destaca, entre os objetivos da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV). A situação jurídica do obreiro com deficiência encontrou, também, expressa e significativa matiz constitucional no artigo 7º, XXXI, da CF, que estabelece a 'proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência'. Logo a seguir ao advento da então nova Constituição Federal, o Brasil ratificou a Convenção nº 159 da OIT (Decreto Legislativo n. 129/91), que estipulou, em seu artigo 1º, item 2, que 'todo país membro deverá considerar que a finalidade da reabilitação profissional é a de permitir que a pessoa deficiente obtenha e conserve um emprego e progrida no mesmo, e que se promova, assim, a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade'. A legislação previdenciária (Lei nº 8.213/91), no intuito de dar efetividade a tais preceitos, agregou restrição indireta à dispensa de empregados com necessidades especiais ou que estejam em reabilitação funcional: estipulou um sistema imperativo de cotas, entre 2% e 5%, no caput do artigo 93, e, visando a garantir a máxima efetividade à cota de inclusão social, determinou que o obreiro portador de deficiência ou beneficiário reabilitado somente poderia ser dispensado mediante a correlata contratação de outro trabalhador em situação semelhante (artigo 93, §1º, da Lei 8.213/91). Trata-se, portanto, de norma autoaplicável, que traz uma limitação ao poder potestativo do empregador, de modo que, uma vez não cumprida a exigência legal, devida é a reintegração no emprego, sob pena de se esvaziar o conteúdo constitucional a que visa dar efetividade. Com efeito, o caput do artigo 93 da Lei n.º 8.213/91 tem por finalidade promover a inclusão da pessoa humana com deficiência e/ou reabilitada. Esta é a norma geral, que

realiza a teleologia da Constituição e dos diplomas internacionais ratificados. Já o disposto no §1º do mesmo artigo estabelece, sim, uma forma indireta de se criar uma garantia provisória de emprego aos trabalhadores com necessidades especiais já contratados, ao impor ao empregador a contratação de empregado substituto em condição semelhante, na hipótese de dispensa de trabalhador reabilitado ou deficiente, sempre objetivando ser mantido o percentual estabelecido no caput do artigo. Nessa lógica, conclui-se que o cumprimento da exigência estabelecida no §1º do artigo 93 da Lei 8.213/1991 não afasta a obrigação de observância da regra geral disposta no caput do referido artigo. Aliás, a implementação da contratação substitutiva tem como objetivo justamente a manutenção permanente da reserva de vagas para os trabalhadores com deficiência, conteúdo substancial da norma em comento. A propósito, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a dispensa de trabalhador portador de deficiência e/ou reabilitado está condicionada ao preenchimento dos requisitos dispostos no caput e §1º do artigo 93 da Lei 8.213/1991. (...)

2. DISPENSA INDEVIDA DO EMPREGADO REABILITADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural – o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por dano moral encontra amparo no artigo 5º, V e X, da Constituição da República, e no artigo 186 do CCB/2002, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida, do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do trabalho humano. O patrimônio moral da pessoa humana envolve esses bens imateriais, consubstanciados, pela Constituição, em princípios fundamentais. Afrontado esse patrimônio moral, em seu conjunto ou em parte relevante, cabe a indenização por dano moral, deflagrada pela Constituição de 1988 (...) [o] percentual mínimo previsto no caput do artigo 93 da Lei 8.213/1991, bem como a dispensa de empregado portador de deficiência sem a contratação de outro na mesma condição. Verifica-se,

portanto, que a conduta da Reclamada é considerada ilícita (art. 186 do CCB), pois contraria a ordem jurídica nacional, consubstanciada nos fundamentos (art. 1º, caput, III) e também objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, caput, IV) (...)

O problema estrutural da discriminação por condição pessoal na contratação de seguro de vida é extremamente complexa, principalmente porque não há, ao que seja do conhecimento destes articulistas, dados estatísticos sobre as recusas, que muitas vezes, como salientado neste trabalho, dá-se de forma sub-reptícia ou compulsiva.

Neste sentido, urge sejam adotadas, numa abordagem antidiscriminatória, medidas estruturantes que reorganizem a regulação do mercado de seguros, evitado que a não-discriminação seja apenas um ditado normativo para o poder econômico dos oligopólios no ramo securitário brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ISBN 978-85-5321-695-6.

BRASIL, IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa nacional de saúde: 2019: percepção do estado de saúde, estilos de vida, doenças crônicas e saúde bucal** (Brasil e grandes regiões). Rio de Janeiro, 2020. 113p. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101764.pdf>, acesso em 10/09/2022.

BRASIL, Presidência da República. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm, acesso em 10/09/2022.

BRASIL, Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). **Circular nº 627/2021**, inteiro teor acessível em <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/24535>, acesso em 10/09/2022.

BRASIL, Superintendência dos Seguros Privados (SUSEP), **Circular nº 302 de 19 de setembro de 2005**. Disponível em <http://www.susep.gov.br/textos/circ302.pdf>, acesso em 10/10/2022.

BRASIL, Superintendência dos Seguros Privados (SUSEP), **Resolução CNSP nº 439, de 04 de julho de 2022**. Disponível em <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/26145>, acesso em 10/10/2022.

BRASIL, Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Coordenação Geral de Supervisão Tecnológica e Inteligência de Dados (CGSID). **10º Relatório de Análise e Acompanhamento dos Mercados Supervisionados**, Rio De Janeiro, 30 de Maio de 2022. Disponível Em <http://Www.Susep.Gov.Br/Menuestatistica/Ses/Relat-Acomp-Mercado-2022.Pdf>, acesso Em 10/09/2022.

DIDIER et al. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, jan./mar. 2020. Disponível em http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf, acesso em 30/11/2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. Princípio da competência adequada, conflitos coletivos multipolares e competências materiais distintas. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 128/2020, p. 403 – 414. Mar - Abr / 2022.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes; DE OLIVEIRA Rafael Alexandria Elementos Para uma Teoria do Processo Estrutural Aplicada ao Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 303/2020, p. 45 – 81, Maio / 2020.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, jan./mar. 2020, p.101/135. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf, acesso em 11/10/2022.

FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, 312p.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais: identificação funcionamento e finalidade**. Salvador: Juspodivm, 2020.

GIDI, Antonio. O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil. Nov / 2020. **Civil Procedure Review** Disponível em <https://civilprocedurereview.com/revista/article/view/223>. Acesso em 15/11/2020.

JOBIM, M. F. A previsão das medidas estruturantes no art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais, Jurisdição e Processo: desafios e perspectivas**. 1 ed. Curitiba: Instituto Memória, 2017, v. 1, p. 272-295.

JOBIM, M. F. **As funções da eficiência no Processo Civil brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. 800. 240p.

JOBIM, M. F. **Cultura, Escolas e Fases metodológicas do Processo**, 4ª Ed. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. v. 1. 197P.

JOBIM, M. F. O processo coletivo como sistema processual autônomo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 1, p. 32-46, 2018.

JOBIM, M. F. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases para uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Processos Estruturais**. 1ed.: Salvador, 2017, v. 1, p. 449-466.

JOBIM, M. F. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases para uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Processos Estruturais**. 1ed.: Salvador, 2017, v. 1, p. 449-466.

JOBIM, M. F. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases para uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Processos Estruturais**. 1ed.: Salvador, 2017, v. 1, p. 449-466P.

JOBIM, M. F.; ALEXANDRINO, C. Da cultura da sentença para a cultura da pacificação social: primeiros sinais de eficiência pelos dados do Conselho Nacional de Justiça. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 1, p. 5-21, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Processos Estruturais**. 1. ed. Salvador: JuspoDIVM, 2017. v. 800. 607p.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. v. 1000. 238p.

JUNQUEIRA, Thiago. **Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 429p.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 295p.

SARLET, Ingo W. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. **Conjur**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controlado-convencionalidade-tratados-internacionais>, acesso em 14/11/2021.

SARLET, Ingo W.. As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais. **Conjur**, publicada em 23 de janeiro de 2015, disponível em

<https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>, acesso em 24/05/2021. SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H.. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e Implementação de Mudanças Socialmente Relevantes pela Via Processual. In: **Processos Estruturais**. ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Salvador: JusPODIVM, 2017, 608p, p. 369/422.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Juspodivm, 2020, 512p.

VITORELLI, Edilson; MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz et al. **O Devido Processo Legal Coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VITORELLI, Edilson; ZANETI JR, Hermes. O futuro do processo coletivo: considerações sobre o Relatório analítico propositivo do conselho nacional de Justiça. **Revista de Processo**, vol. 295/2019, p. 195 – 233. Set / 2019.

ZANETI JR, Hermes. Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção? **Civil Procedure Review**. v.10, p. 11 a 37, n.2: mai.-ago., 2019. Disponível em <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/download/188/176>, acesso em 15/11/2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo [livro eletrônico]: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

12. SER-HUMANO-JUIZ: UMA VISÃO INTRODUTÓRIA SOBRE OS IMPACTOS DO NEURODIREITO NA TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-12>

*Ana Maria Bezerra*¹

*Renato César Cardoso*²

INTRODUÇÃO

Neurodireito diz respeito a uma área em ascensão, tanto na neurociência como no direito, sendo interdisciplinar por essência, ao tratar das consequências de descobertas das ciências cognitivas para as mais diversas áreas jurídicas. Nesse sentido, o exame do comportamento humano e do funcionamento de sua mente, por meio de experimentos, análises e outros tipos de estudos cientificamente verificáveis, tem permitido compreender de uma maneira mais segura como indivíduos interagem uns com os outros e percebem a si mesmos, gerando reflexos relevantes na concepção que se tem sobre justiça.

A presente pesquisa trata de aspectos gerais e introdutórios dessa área, buscando compreender e demonstrar seus principais impactos, especificamente, na tomada de decisão judicial. Por meio de pesquisa bibliográfica, o objetivo que permeará todo o desenvolvimento do trabalho gira em torno de uma tentativa de mostrar o juiz como ser humano que não consegue se desprender das características dessa condição, mesmo no momento de vestir a sua toga.

Optou-se por estruturar a escrita em três partes, sendo a primeira destinada a expor que o juiz não deixa de ser humano para analisar casos concretos, estando sujeito a influências implícitas em suas tomadas de decisões. Na segunda parte, serão apresentadas algumas consequências dessa 'humanização' da figura do juiz, em especial relacionadas à análise probatória e à possibilidade de incidência de vieses cognitivos durante todo o processo judicial. Por fim, na terceira parte, será realizada breve reflexão sobre como lidar com a falibilidade do ser-humano-juiz de

¹ <http://lattes.cnpq.br/3162654202042759>

² <http://lattes.cnpq.br/0182414888427256>

modo a tentar evitar que eventual interpretação realizada de maneira automática resulte em decisões injustas.

Assim, ao final da leitura, espera-se ter chamado a atenção para a relevância do neurodireito no âmbito das tomadas de decisões judiciais, na medida em que ajuda a compreender como age o ser-humano-juiz.

1 DESMISTIFICANDO A IDEIA DE SUPERHUMANIDADE DO JUIZ

A cada instante, todo e qualquer indivíduo se vê diante de situações que exigem tomada de decisões, das mais simples às mais complexas. Entre escolher a marca do sabonete que vai usar, comer ou não um chocolate, em que escola matricular o filho, ou em qual área se profissionalizar, o cérebro está em constante funcionamento. Em relação a uma pessoa que exerce a carreira de magistratura, essa exigência de constância decisória não é diferente, a não ser pelo fato de que decide, além do que já se mencionou, acerca de detalhes das vidas de outras pessoas.

De fato, é dado ao juiz um poder decisório relevante, carregado com grandes expectativas de justiça por parte da sociedade à qual pertence. É comum, nesse cenário, que se tenha uma ideia mistificada desse profissional, como se fosse possível que ele se desprendesse de sua condição humana no momento do exercício de sua profissão. Caso não atenda às expectativas, ou melhor, caso falhe em ser imparcial, não está(ria) fazendo um bom papel. Assim, comumente, acredita-se na existência de

“[b]ons juízes (...). Eles colocam seus antecedentes, experiências e alianças de lado e aplicam a lei clara aos fatos claros. Juízes ruins, por contraste, deixam suas opiniões pessoais sobre políticas públicas afetarem suas decisões”³.

No entanto, na realidade, pelo menos na maioria das vezes, não acontece bem assim, já que “tal viés explícito e consciente não é o principal problema que o

³ BENFORADO, 2015, p. 158. Tradução livre. Original: “Good judges (...). They put their backgrounds, experiences, and allegiances to the side and apply the clear law to the clear facts. Bad judges, by contrast, let their personal opinions about policy infect their rulings”.

judiciário enfrenta”⁴. Por mais honestamente comprometidos que sejam, ‘bons’ juízes não conseguem fugir do funcionamento da mente humana no geral, podendo ser influenciados em um nível mais profundo, inconsciente – e esta, sim, é uma questão ainda mais desafiadora a ser enfrentada.

Muito se debate e estuda, nesse contexto, sobre como melhorar as decisões tomadas por um ser humano a respeito de questões direta ou indiretamente relacionadas a outros seres humanos. Nesse sentido, “em um mundo perfeito, os juízes teriam habilidades intelectuais, interpretativas e argumentativas sobre-humanas e seriam plenamente capazes de proferir as melhores e mais íntegras decisões (...), nos moldes do Juiz-Hércules de Dworkin”⁵. No entanto, “em um mundo real, as soluções jurídicas são tomadas por seres humanos de carne e osso, em um contexto de limitações informacionais, intelectuais, morais e temporais (...)”⁶. Neste primeiro tópico, então, continuaremos a tentar desmistificar a ideia de que o juiz consegue se desviar de características próprias para focar unicamente na (fria) análise de casos concretos, buscando-se apresentá-lo como ser humano que é.

1.1 (Re)lançamento do ser-humano-juiz em cada processo?

Ao ser deparado com um novo caso concreto para ser analisado, um magistrado não deixa de ser, por exemplo, mãe, professor, apreciadora de vinhos ou colecionador de revistas em quadrinhos para ser unicamente juiz(a). Ao interpretar e aplicar leis em diferentes contextos, entrando em uma sala de audiência, lendo petições ou redigindo votos, o ser-humano-juiz não tem como se tornar uma página em branco destacada de determinado livro, livre de toda e qualquer influência que esteja “fora [de seu vade mecum] para decidir um caso”⁷.

Nesse sentido, a ideia heideggeriana⁸ de lançamento do ser humano no mundo pode ajudar a compreender que o juiz, assim como qualquer outra pessoa, é

⁴ BENFORADO, 2015, p. 161. Tradução livre. Original: “*such explicit, conscious bias is not the major issue that the judiciary faces*”.

⁵ MARMELSTEIN, 2018, p. 245.

⁶ MARMELSTEIN, 2018, p. 245.

⁷ BENFORADO, 2015, p. 159. Tradução e marcos livres. Original: “(...) *outside his little black book of rules to decide a case*”.

⁸ HEIDEGGER, 2012.

inserido em um contexto já dado previamente a essa própria inserção e, a partir daí, passa a introjetar dados do ambiente em que foi lançado, constituindo-se aos poucos e constantemente. Família, amigos, cultura, bairro, país, raça, gênero, tudo ao seu redor o fará ser de um ou outro jeito. E não há como fugir disso, porque mesmo que seja para se revoltar contra os valores aprendidos e passar a agir diferentemente, admite-se que esse comportamento mesmo já ocorreu na sequência e por causa dos acontecimentos anteriores, estando a eles relacionados, ainda que para contradizê-los. Para seguir com a metáfora da página em branco, mesmo que esta seja forçosamente destacada do livro de que fazia parte, certamente ainda lhe restarão traços de pertencimento a algo anterior, como rasgos, manchas ou lacunas.

O juiz, nesse sentido, não consegue, simplesmente, desprender-se de sua história, de onde veio, para onde vai, ao que assiste, o que gosta ou o que o faz sentir medo. Ele não será exatamente (re)lançado no mundo de cada processo em que venha a atuar, mas irá, em vez disso, incluir as novas vivências ao seu histórico de experiências, e vice-versa. Dessa forma, o ser humano, juiz ou não, está em constante construção, de modo que emerge de cada um e todos os contextos no qual foi, está sendo ou será inserido.⁹

Diante do exposto, torna-se falho sustentar a ideia de que um juiz pode escolher ser verdadeiramente imparcial, detentor da justiça esperada pelos assistidos, sem se deixar influenciar por concepções prévias ou alheias. É certo que, na vida, uma pessoa exerce distintos papéis, e tende a moldar o seu comportamento a depender de onde ou com quem esteja. Dificilmente se verá um juiz de *shorts* e chinelos em uma sala de audiência¹⁰, por exemplo. No entanto, referido molde possui limites: é improvável que a persona-juiz se desvincule da persona-pai ao julgar um caso concreto sobre guarda compartilhada. Nesse sentido, “entram as circunstâncias, dores, história e cultura do magistrado, seu modo de sentir o mundo.

⁹ Apesar de não ser, exatamente, o foco do presente artigo, essa visão de um ser humano que emerge de contextos também encontra ecos, de certa maneira, na perspectiva neurocientífica contemporânea, a qual pode ser aprofundada por meio da consulta dos livros “*The Shape of Thought: How Mental Adaptations Evolve*”, de autor H. Clark Barrett (2014), e “*Surfing Uncertainty: Prediction, Action, and the Embodied Mind*”, de Andy Clark (2015). Para uma noção geral dessa ideia, recomendamos, também, o texto de José Manuel Muñoz (2022, *online*) sobre cognição 4E.

¹⁰ A não ser que a *webcam*, em tempos pandêmicos de audiências por videoconferências, flagre, eventualmente, referida situação inusitada.

A sociedade vê no juiz somente o lado racional ou intelectual. Esquece que tem um emocional"¹¹. Não se consegue, então, desmembrar totalmente o ser-humano de acordo com as funções que exerce em sua vida, pois algo faz dele Artur, e não Ricardo, ou Vera, e não Luciana. Trata-se de um ser integral, e não unicamente funcional. As ciências cognitivas aplicadas ao direito, ou o neurodireito, "elevaram essa crítica a outro patamar"¹², como se verá abaixo.

1.2 A busca automática por economia de energia na tomada de decisões

Descobre-se, cada vez mais, que a realidade da qual uma pessoa faz parte é mais e mais ampla do que se acreditava ser momentos antes. David Eagleman reflete, nesse contexto, sobre a descoberta de algo além da consciência: "apenas quatrocentos anos depois de nossa queda do centro do universo, vivemos a queda do centro de nós mesmos"¹³. Apesar de o senso comum sobre 'queda' possuir uma carga negativa, a queda de que trata Eagleman, ao contrário, representa a abertura para um novo e promissor horizonte de compreensão do comportamento humano, o qual não depende(rá) de visões dualistas, metafísicas – e, portanto, misteriosas –, e que possui(rá) consequências para todas as áreas que lidam com esse aspecto, inclusive e especialmente a do direito, sob diferentes perspectivas.

Já se sabe, até o momento, que "você não tem consciência da grande maioria das atividades contínuas de seu cérebro (...)"¹⁴. Seja com base em repetição e experiência¹⁵, seja por meio de aprendizagem por feedback¹⁶, seja devido a certo instinto evolutivamente conquistado¹⁷, a maioria da atuação de um ser humano no

¹¹ FERNANDES; LIPP, 2017, p. 38.

¹² MARDEN; WYKROTA, 2018, p. 50.

¹³ EAGLEMAN, 2012, p. 165.

¹⁴ EAGLEMAN, 2012, p. 53.

¹⁵ Por exemplo, em relação às posições básicas do *ballet*, uma bailarina, em suas primeiras aulas, pode parecer que nunca vai conseguir decorá-las; mas, anos depois, ninguém que a assiste no palco duvidará de que aqueles movimentos se tornaram, para ela, tão naturais quanto respirar.

¹⁶ Como é o caso dos sexadores de aves e localizadores de aviões (EAGLEMAN, 2012, p. 54).

¹⁷ Eagleman retrata esse instinto dando o exemplo sobre quais características, no geral, chamam a atenção de seres humanos e os fazem se sentirem atraídos: "[p]ara uma mulher, lábios grossos, nádegas cheias e uma cintura estreita transmitem uma mensagem clara: estou repleta de estrogênio e sou fértil. Para um homem, é o queixo cheio, a barba por fazer e o peito largo. É o que estamos programados para achar bonito. A forma reflete a função. Nossos programas são tão arraigados que há poucas variações na população" (EAGLEMAN, 2012, p. 81). Ressalte-se que, sim, haverá variações,

mundo é automática. Eagleman chama a atenção para essa questão ao tratar sobre os possíveis "circuitos"¹⁸ que são guardados no cérebro. As pessoas, assim, fazem associações implícitas¹⁹ o tempo todo, com o objetivo de dar ao mundo ao seu redor algum sentido que seja – ou, pelo menos, pareça ser – coerente com o que já se sabe anteriormente.

Nesse contexto, a teoria da dissonância cognitiva, de Leon Festinger, evidencia que os seres humanos sentem um desconforto ao lidarem com ideias contraditórias entre si e que, para manterem desejada coerência, é possível, até mesmo, que mudem as suas atitudes, já que são "motivados a manter a consistência entre [suas] cognições"²⁰. Eagleman destaca, nesse sentido, que o cérebro é composto por uma "equipe de rivais"²¹, que competem entre si, a todo momento, para uma prevalecer em detrimento da outra. À medida que equipes vencem outras, e obtêm sucesso em alguma fase do jogo da vida real, o cérebro vai registrando em seu 'circuito' essas experiências bem-sucedidas, de maneira que dará ao processo que levou a ela privilégio (automático) quando situação semelhante vier a surgir no futuro.

A mente humana, dessa maneira, funciona de forma a economizar o máximo de energia possível, para conseguir dar conta da complexa realidade em que é lançada. Eagleman, nesse sentido, continua: "(...) nem gostaria de ter [consciência da grande maioria das atividades contínuas de seu cérebro] – isso interferiria nos processos cerebrais bem lubrificados". É nesse aspecto, então, que se insere a ideia de mente preguiçosa²². Dia após dia, indivíduos acordam, tomam banho, escovam os dentes, escolhem uma roupa para vestir, pegam a máscara e o recipiente de álcool em gel, deixam filhos na escola, vão ao trabalho, lidam com prazos, dirigem ou pegam

mas estas não serão tão drásticas a ponto de fazer um ser humano ser atraído por uma minhoca. Nesse sentido, "nosso senso de beleza é gravado fundo (e de forma inacessível) no cérebro - tudo com o propósito de realizar algo biologicamente útil" (EAGLEMAN, 2012, p. 81).

¹⁸ EAGLEMAN, 2012, p. 65.

¹⁹ Caso o leitor tenha interesse em medir quão rápido associa duas informações, o que pode demonstrar inclinações pessoais automáticas, indicamos realizar o Teste de Associação Implícita (GREENWALD; MCGHEE; SCHWARTZ, 1998), que é "uma avaliação computadorizada das atitudes implícitas" (MYERS, 2014, p. 115), disponível em: <https://implicit.harvard.edu/implicit/brazil/takeatest.html> (PROJECT IMPLICIT SERVICES, 2022, *online*).

²⁰ MYERS, 2014, p. 126.

²¹ EAGLEMAN, 2012, capítulo 5.

²² EUFRASIO; LIMA, 2021, p. 19-23; KAHNEMAN, 2012, p. 48.

o metrô, ficam doentes, assistem a filmes, pagam contas, dentre diversas outras atividades, sem contar com respirar, fazer a digestão, dormir e sonhar. A todo momento, dessa forma, as pessoas se veem na necessidade de lidar com eventos pessoais, profissionais, biológicos, sociais etc. Nessa perspectiva, sobre referida preguiça, no sentido de busca por economia de energia, destaca-se:

Uma “lei do menor esforço” geral se aplica tanto ao esforço cognitivo quanto físico. Essa lei determina que se há vários modos de atingir um mesmo objetivo, as pessoas acabarão por tender ao curso de ação menos exigente. Na economia da ação, esforço é um custo, e a aquisição de habilidade é impulsionada pelo equilíbrio de benefícios e custos. A preguiça é algo profundamente arraigado em nossa natureza²³.

Dessa forma, a mente humana fará de tudo para simplificar o processo de tomada de decisões no mundo em que está inserida, justamente por meio de ‘gravações’ realizadas no cérebro com base em ocasiões previamente experimentadas. Por outro lado, é certo que quando, por exemplo, depara-se com algo pela primeira vez, esse automatismo aparenta estar a quilômetros de distância. Nesse contexto, a mente comumente conhecida como consciente também possui papéis relevantes. Daniel Kahneman²⁴, de maneira a simplificar o entendimento desses dois modos básicos de funcionamento do pensamento, apelidou-os de Sistema 1, referindo-se ao modo rápido, automático e inconsciente, e Sistema 2, relacionando-o com o modo lento, reflexivo e consciente. Precisa-se deste último, geralmente, para controlar os impulsos do primeiro, realizar uma difícil multiplicação matemática, aprender a dirigir, decidir se vai ou não tentar ter filhos e, no caso de um magistrado, preferencialmente, no momento de calcular a pena imposta a determinado réu.

A busca automática por economia de energia, no entanto, segue sendo regra para a tomada de decisões, de modo a simplificá-la para que se consiga dar conta de toda a complexidade em que se está inserido. Essa característica pode ser

²³ KAHNEMAN, 2012, p. 48.

²⁴ KAHNEMAN, 2012, p. 29.

demonstrada pela percepção seletiva do mundo²⁵, a qual demonstra que os seres humanos filtram os dados que chegam a ele do mundo exterior, de modo a focalizar a sua atenção naquilo que importa ou, pelo menos, parece importar no momento. A cegueira por desatenção, isso é, "deixar de perceber objetos visíveis quando nossa atenção está direcionada para outro ponto"²⁶ é consequência dessa seletividade da consciência, deixando para a captação implícita grande parte do ambiente em que está inserido.

As associações implícitas que permitem a ação automática no mundo estão relacionadas à ideia de heurísticas, definidas como "procedimento[s] simples que ajuda[m] a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis"²⁷. Em outras palavras, referem-se a atalhos mentais que são utilizados a todo momento como fruto da busca por economia de energia a que se chama de 'preguiça'. E isso tudo acontece em um nível do qual não temos consciência. Nesse sentido,

[...] [a] maioria de nós vive ocupada, nossa vida é complicada e não podemos gastar todo o nosso tempo ponderando e analisando tudo. Quando temos de fazer julgamentos, [...] usamos regras práticas e simples para nos ajudar. Usamos regras práticas porque, na maior parte do tempo, elas são rápidas e úteis²⁸.

Na maior parte das vezes, referidos atalhos mentais são úteis e necessários. No entanto, às vezes, podem levar a equívocos de raciocínio com graves consequências. Nesse contexto, "somos levados a extrair conclusões gerais de eventos que presenciamos e a criar muitas correlações ilusórias, que podem estigmatizar todo um grupo de pessoas apenas porque tivemos uma experiência negativa com alguns membros daquele grupo"²⁹. Seria incorreto, por exemplo, interpretar como perigosas todas as pessoas que estão com a mão dentro do bolso

²⁵ MYERS, 2015, p. 81.

²⁶ MYERS, 2015, p. 81.

²⁷ KAHNEMAN, 2012, p. 127.

²⁸ THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 24.

²⁹ MARMELESTEIN, 2021, p. 41.

porque, em uma experiência anterior, presenciou-se um crime no qual aquela mão escondia um revólver. As heurísticas estão presentes em todos os seres humanos para simplificar a sua tomada de decisões, e, por incrível que pareça, juízes não escapam delas tão facilmente quanto se espera, como se reflete a seguir:

Você pode supor que um juiz, por causa da natureza de seu trabalho e treinamento, confiaria quase exclusivamente no raciocínio deliberativo, mas a realidade é que os juízes são frequentemente – ou, afirmam algumas pesquisas, predominantemente – decisores intuitivos. Como o resto de nós, eles contam com atalhos mentais quando precisam fazer um julgamento [...]”³⁰

Daqui em diante, dessa maneira, o foco será em como os aspectos tratados neste tópico poderão impactar a tomada e o resultado de decisões judiciais.

2 (ALGUMAS) CONSEQUÊNCIAS DA HUMANIDADE DO JUIZ

O sistema jurídico brasileiro, além da própria expectativa dos cidadãos assistidos pela Justiça e que à sua prática assistem, exige que juízes sejam imparciais, pressupondo que essa seja uma característica possível de ser atingida por deliberação consciente. No entanto, como se viu no tópico anterior, humanos que são, magistrados também possuem toda uma história de vida, com preferências, desgostos, medos e preguiças específicos, podendo ser por tais aspectos influenciados a nível inconsciente e automático, como forma de economizar energia e conseguir lidar com a complexidade da realidade da qual faz parte. Não parece, então, que a racionalidade – no sentido de consciência deliberativa – seja regra para os juízes ao vestirem suas togas. Nesse aspecto, refletem Marden e Vykrota:

Em suma, a atividade judicante – centro das atenções quando se trata de interpretar e aplicar o direito – supõe (dentro da engrenagem apresentada) um

³⁰ BENFORADO, 2015, p. 163. Tradução livre. Original: “You might suppose that a judge, because of the nature of her job and training, would rely almost exclusively on deliberative reasoning, but the reality is that judges are frequently – or, some researches assert, predominantly – intuitive deciders. Like the rest of us, they rely on mental shortcuts when they need to make a judgement”.

decisor (magistrado ou árbitro) racional e “neutro” (tecnicamente, imparcial). Essa racionalidade presumida, entretanto, tem sua estatura questionada pela Psicologia Comportamental na noção de viés³¹.

Desse modo, neste tópico, apresentaremos reflexões sobre algumas das consequências do modo de funcionamento da mente do ser-humano-juiz inserido em um sistema que dele espera e exige que escolha ser imparcial.

Cabe ressaltar, antes de se prosseguir, que, no âmbito deste trabalho, já se trata como distintos os termos imparcialidade e neutralidade. Neutralidade seria não apenas impossível, como indesejada, já que a sensibilidade a valores – tais como previstos no ordenamento jurídico – é indispensável para a análise justa de um caso concreto. A imparcialidade, por sua vez, já diferenciada de neutralidade, ainda assim pressuporia a possibilidade de escolha deliberativa em direção ao desprendimento de influências pessoais, sem levar em consideração os atalhos mentais automáticos e implícitos que atingem seres humanos em geral, e juízes em específico.

2.1 Não-tão-livre convencimento não-tão-motivado no processo penal

A primeira reflexão a ser realizada tem a ver com a análise probatória no âmbito das decisões judiciais, mais especificamente no âmbito do processo penal. No Brasil, é adotado o “sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional ou livre apreciação judicial da prova)”, o qual prevê que o “magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar sua decisão”³²³³. No entanto, será que esse convencimento é mesmo livre? E será que explicitar os motivos que levaram a uma ou outra valoração probatória é suficiente – ou mesmo possível – em todas as situações?

³¹ MARDEN; WYKROTA, 2018, p. 56.

³² LIMA, 2016, p. 606.

³³ Art. 155 do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 2021).

Como se viu no primeiro tópico deste trabalho, os seres humanos 'caíram' do centro de si mesmos, percebendo, por meio da observação de fenômenos jurídicos com enfoque no comportamento humano, que não têm controle consciente de todos os modos de ação no mundo. Mais especificamente, viu-se que não há como o ser-humano-juiz se desprender de sua integralidade para, controladamente, exercer um de seus vários papéis dentro da sociedade de qual é parte. Assim, não consegue ser completamente livre, já que sempre haverá, no mínimo, instâncias implícitas que atuam com base em experiências anteriormente e de alguma forma presenciadas.

Dessa maneira, referido livre convencimento do ser-humano-juiz não é, na prática, tão deliberadamente livre assim. Tome-se as provas testemunhais como exemplo. Algumas pessoas ainda acreditam, por ignorância das evoluções a que chegaram as ciências cognitivas, que a memória humana funciona tal como uma câmera fotográfica, capturando a realidade tal como se mostra originalmente e reproduzindo-a posteriormente sem grandes perdas. Porém, o funcionamento da memória humana – em parte por causa da atenção seletiva também já mencionada nas páginas anteriores – é, na realidade, extremamente falível. Nesse sentido, "humanos não codificam tudo o que observam. Informações armazenadas na memória podem ser esquecidas e informações recuperadas estão sujeitas a ser modificadas"³⁴, na medida em que algumas variáveis³⁵ interferem na codificação e na recuperação de informações.³⁶

Nessa perspectiva, os testemunhos, por mais confiantes que possam parecer, dizem respeito a um tipo de prova que, por ser dependente da memória humana, deve especialmente não ser considerado de maneira absoluta. Em teoria, então, "não há hierarquia de provas no processo penal, sendo que toda prova tem valor relativo"³⁷. Mas, a prática processual penal demonstra que, geralmente, há "uma sobrevalorização da prova testemunhal em relação aos demais meios probatórios"³⁸. Isso pode se dever ao fato de que alguns juízes que não têm conhecimento sobre o

³⁴ CECCONELLO; STEIN, 2020, p. 174.

³⁵ Fala-se, no contexto da Psicologia do Testemunho, em dois tipos de variáveis, quais sejam as de sistema, que podem ser controladas pelo sistema de justiça, e as de estimacão, que independem dos procedimentos e da manipulação pelo sistema de justiça (WELLS, 1978, p. 1546-1557).

³⁶ SCHACTER; LOFTUS, 2013.

³⁷ LIMA, 2016, p. 607.

³⁸ STEIN, 2015, p. 56.

funcionamento da mente e, mais especificamente, da memória humana, e, tendo em vista que “nós tomamos vestimos tapa-olhos desenhados a partir de nossas vidas limitadas”³⁹, interpretam o testemunho de maneira a compará-lo ao ultrapassado modelo da câmera fotográfica, podendo causar injustiças irreparáveis, tais como a prisão de inocentes baseada única ou principalmente em uma prova de reconhecimento de pessoas por testemunha ocular⁴⁰.

No que tange à necessidade de motivação, em algumas situações, esta não parece ser uma solução suficiente quando se leva em consideração o contexto de atalhos mentais inconscientes. Em momentos nos quais o ser-humano-juiz se comporta como “*lazy judge*”⁴¹, nos termos utilizados por George Marmelstein, ou como “juiz copista”⁴², como sinalizado por Maria Helena Megale, o dever de fundamentar pode ser modelado para atender aos objetivos do intérprete, mesmo que de forma inconsciente. Especificamente, em um ambiente cada vez mais valorizador de entendimentos sumulados – que têm o seu valor, vale ressaltar, para a segurança jurídica –, a fundamentação pode se tornar, também, automática. Nesse aspecto, “[e]m situações como esta, um juiz é livre para atribuir o significado que apoia seu resultado preferido e ‘encontrar’ a história que apoia esse significado, o tempo todo sentindo que é o texto que está fazendo todo o trabalho”⁴³.

Dessa forma, a necessidade de se motivar o convencimento na análise probatória, embora possa resolver situações nas quais o Sistema 2 está atuando, pode não ser suficiente para trazer a reflexão necessária à tona, de forma a virar mais um procedimento automático em meio a outros diariamente realizados pelos magistrados e seus assessores. Assim, diante da complexidade da sua vida, da

³⁹ BENFORADO, 2015, p. 175. Tradução livre. Original: “*we all wear blinders fashioned from our limited lives*”.

⁴⁰ É possível ter uma noção da seriedade desse problema ao visualizar os vários casos de presos com base em reconhecimento por testemunha ocular que foram inocentados após realização de exame de DNA, com a ajuda do *Innocence Project* (2022, online).

⁴¹ “[o] próprio Juiz Hércules, em seus momentos de fraqueza, pode se comportar como um *lazy judge*. O *lazy judge* é um juiz que quer resolver os seus casos com o menor esforço possível, levando sua vidinha com o mínimo de complicações. Não se trata de um juiz preguiçoso no sentido literal do termo, mas de alguém que adota a lei do menor esforço em tudo o que faz” (MARMELSTEIN, 2018, p. 246).

⁴² Em contraste ao juiz copista, o “juiz autêntico age ciente de que, mesmo em se tratando de casos semelhantes, cada caso é único, o que afasta igualmente cópias de decisões” (MEGALE, 2017, p. 154)

⁴³ BENFORADO, 2016, p. 171. Tradução livre. Original: “*In situations like this, a judge is free to attach the meaning that supports his preferred outcome and “find” the history that backs up that meaning, all the while feeling certain that it is the text that’s doing all of the work*”.

quantidade de processos a serem julgados e da pressão em atender expectativas de justiça, o ser-humano-juiz tende a automatizar, também, a motivação, preenchendo lacunas de forma a torná-la coerente com outros elementos previamente analisados no processo, confirmando-os.

Essas observações chamam a atenção para a forma sutil como instrumentos jurídicos podem ser utilizados e manejados pelos automatismos mentais. Pode ser que, quando praticados, esses atalhos não levem a erros, correspondendo à justiça, mas, algumas vezes, essas heurísticas poderão levar a raciocínios errôneos e, eventualmente, a resultados injustos.

2.2 Vieses cognitivos nas decisões judiciais

A segunda reflexão dirá respeito, justamente, a esses equívocos de raciocínio, já introduzidos brevemente nas páginas anteriores. Vieses cognitivos são “desvios sistemáticos em relação aos parâmetros esperados”⁴⁴ pela mente automática. Muito se tem estudado sobre eles no âmbito do direito, então, aqui, chamar-se-á a atenção para o fato de que tratam de descobertas das ciências cognitivas e podem trazer consequências preocupantes para a tomada de decisão judicial, especialmente por se desenvolverem em um nível automático e implícito. As heurísticas, como se viu, “podem levar à decisão certa. Infelizmente, esses processos intuitivos podem resultar, também, em erros sistemáticos quando confiam em pistas irrelevantes e conexões duvidosas”⁴⁵.

Um dos atalhos mentais que pode gerar, em algumas situações, vieses cognitivos diz respeito à etiquetagem⁴⁶. Marmelstein, nesse aspecto, reflete sobre como “a cor da pele, ou o gênero, ou características étnicas ou orientação sexual, funcionam como essas etiquetas ou esquemas mentais automáticos e são capazes

⁴⁴ CARDOSO; HORTA, 2018, p. 146.

⁴⁵ BENFORADO, 2016, p. 164. Tradução livre. Original: “can lead to the right decision. Unfortunately, these intuitive processes can also result in systematic errors when they rely on irrelevant cues and dubious connections”.

⁴⁶ “The labeling effect describes cases in which a [verbal] label is affixed to a stimulus and then exerts its distorting influence in subsequent judgement or recall of that stimulus” (POHL, 2017, p. 373). Tradução livre: “O efeito de etiquetagem descreve casos nos quais uma etiqueta [verbal] é fixada a um estímulo e, depois, extrai sua influência distorcida em julgamentos subsequentes ou lembranças daquele estímulo”.

de afetar nossos julgamentos, mesmo que não tenhamos consciência disso"⁴⁷. Assim, as ideias prévias que um ser-humano-juiz pode ter a respeito de uma dessas classes podem inclinar a sua preferência para um ou outro lado, na análise de casos concretos. E isso pode acontecer "mesmo que, no nível da consciência, muitos abominem o preconceito contra grupos estigmatizados"⁴⁸, pois "a influência dos preconceitos implícitos nos comportamentos humanos não pressupõe uma intenção deliberada, nem mesmo dissimulada, de discriminar"⁴⁹. Eagleman, por sua vez, reforça essa ideia – tratando da já mencionada equipe de rivais formada na mente humana – de que é plenamente possível que uma pessoa seja não-preconceituosa, mas que, por associações implícitas, atue de maneira inconscientemente preconceituosa em determinados momentos. Nesse sentido, "o cérebro (...) pode ser de duas mentes, e em geral de muitas outras"⁵⁰.

Outro exemplo de viés que pode incidir no momento da tomada de decisão judicial é o viés de confirmação, que "poderá se manifestar durante toda a instrução processual"⁵¹, representando a tendência que o ser-humano-juiz terá de buscar confirmar as suas concepções prévias acerca de determinado assunto, e filtrar as informações contraditórias, com o objetivo de distanciar-se dos desconfortos da dissonância cognitiva e otimizar energia.⁵²

Ainda, a ancoragem se trata de outro atalho mental especialmente perigoso. No momento da fixação de penas, por exemplo, o requerimento pelo órgão ministerial⁵³ pode servir como âncora, ou seja, como "ponto de referência ou de partida, a partir da qual ajustarão suas estimativas e percepções posteriores". Mesmo quando "tais âncoras sejam aleatórias ou não tragam qualquer informação relevante, as decisões tendem a ser ajustadas a partir delas"⁵⁴. A ordem de

⁴⁷ MARMELSTEIN, 2021, p. 54.

⁴⁸ MARMELSTEIN, 2021, p. 54.

⁴⁹ MARMELSTEIN, 2021, p. 25.

⁵⁰ EAGLEMAN, 2012, p. 95.

⁵¹ WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 49.

⁵² Para ter maior contato, especificamente, com o viés de confirmação nas decisões judiciais, consultar o artigo "A divertida mente do Juiz: um estudo sobre o viés cognitivo de confirmação no âmbito da decisão judicial" (EUFRASIO; LIMA, 2021, p. 15-43).

⁵³ WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 52.

⁵⁴ WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 51.

juulgamentos, ao que tudo indica, pode também ancorar a tomada de decisão, servindo a decisão julgada previamente como parâmetro para as seguintes⁵⁵.

Muitos outros vieses cognitivos já foram identificados e estudados, mas, no contexto deste trabalho, o mais relevante é contribuir para a compreensão de que "até as pessoas eticamente orientadas, que acreditam sinceramente na perversidade do preconceito e defendem que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração, podem agir, inconscientemente, de forma discriminatória"⁵⁶. Dessa maneira, seguindo o objetivo de mostrar o juiz como ser humano que é, ele não escapará facilmente da incidência de referidos equívocos de raciocínio, já que "como todos nós, eles caem em rotinas, aderindo ao que eles já sabem, preferem e confiam"⁵⁷. Novamente, reforça-se a ideia, então, de que não consegue, por meio de uma simples escolha conscientemente deliberada, se desprender tão facilmente de sua historicidade e dos elementos que o cercam.

3 PRESSUPONDO NECESSÁRIA A SENSIBILIDADE HUMANA, ENTÃO O QUE FAZER?

Já que a neutralidade, ou seja, a ausência total de valores, é não apenas impossível, como indesejável, sendo a sensibilidade humana, ou seja, a capacidade de percepção de valores e sentimentos, por exemplo, essencial, não adiantaria colocar um robô para decidir casos concretos, especialmente os difíceis. No máximo, pelo menos com as tecnologias de que se tem conhecimento no momento, seria útil que algoritmos ajudassem a classificar processos com base em algum critério objetivo pré-definido ou exercesse funções meramente mecânicas. Vale ressaltar, nesse sentido, que o desenvolvimento de sistemas computacionais para algumas (repita-se: algumas) tarefas tipicamente realizadas pela equipe que compõe uma vara judicial poderia economizar, sim, tempo, ocasionando, eventualmente,

⁵⁵ Nesse sentido, "a condenação de um caso grave, no início da tarde de audiências, pode fixar-se como âncora dos casos que se seguem a ele" (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 53).

⁵⁶ MARMELSTEIN, 2021, p. 25.

⁵⁷ BENFORADO, 2016, p. 174. Tradução livre. Original: "like all of us, they fall into routines, sticking to what they already know, prefer, and trust".

diminuição de estresse e pressão e, conseqüentemente, diminuição da incidência de vieses cognitivos.⁵⁸

No entanto, não trata este artigo desse assunto em específico, de modo que se optou por refletir sobre atitudes a serem potencialmente postas em prática sem levar em consideração a possibilidade da ajuda de juízes-robôs. O foco deste tópico será, então, apresentar, de maneira muito breve, alguns pontos do que se pode fazer para evitar que os atalhos mentais eventualmente utilizados por magistrados venham a interferir negativamente no resultado de suas decisões judiciais.

3.1 Lidando com a imprevisibilidade previsível

Saber que somos seres influenciáveis já representa um passo inicial importante, já que, ainda atualmente, há quem defenda que seres humanos são completamente livres para decidir em que pautar as suas decisões. A imprevisibilidade de nossas decisões, dessa forma, já aparece como algo dado, sendo, portanto, previsível. Assim, traçar estratégias de desviesamento pressupõe que se tenha conhecimento confiável acerca do viés em questão.

Assim, apesar de não ser completamente suficiente para eliminar a incidência de vieses cognitivos nas decisões judiciais, “a tomada de consciência acerca dessas ilusões cognitivas consiste em um importante passo para que o julgador possa tomar decisões mais deliberadas – em que haja engajamento efetivo do Sistema 2”⁵⁹. Até porque, nesse caso, não se está falando de juízes que são conscientemente preconceituosos, mas do ser-humano-juiz que, por mais que tenha vontade sincera de fazer justiça, ainda assim está sujeito a utilizações de atalhos mentais automáticos, sendo influenciado por fatores dos quais não tem exatamente um controle deliberativo.

⁵⁸ Há, no entanto, quem defenda pensamento diverso ao estabelecido nesse parágrafo, de modo que recomendamos conferir, por exemplo: VALENTINI, Rômulo Soares. Julgamento por computadores?: as novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas. 2017. 152 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

⁵⁹ WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 64.

A compreensão do juiz sobre aspectos das ciências cognitivas, ainda, pode ajudá-lo, desde logo, a traçar estratégias na análise probatória. Por exemplo, saber da falível memória das testemunhas oculares e resistir à tendência de supervalorizar as provas testemunhais⁶⁰ pode reforçar a necessidade de sempre interpretar as provas dependentes da memória humana em conjunto com outras provas⁶¹. Outra estratégia é levantada por Benforado, que chama a atenção para o potencial que teria o recebimento de feedbacks após a tomada de decisões judiciais. Nesse sentido, “como um juiz sabe, por exemplo, se raça, sexo ou idade impactam seu tratamento dos réus, ou se as sentenças mais duras que profere são eficazes? Os juízes geralmente tomam a decisão e seguem em frente. Mas ver os dados pode ser um antídoto poderoso”⁶².

Por fim, resta aos pesquisadores da área, assim como aos próprios magistrados, seguirem acompanhando, de maneira constante e criteriosa, as atualizações do neurodireito, tendo em vista ser “vital que continuemos trabalhando para melhor entender as forças que moldam a tomada de decisão judicial”⁶³.

Espera-se que a questão do desenviesamento seja mais profundamente estudada e trabalhada em pesquisas posteriores. De qualquer forma, acredita-se na

⁶⁰ Para uma abordagem mais detalhada, verificar: CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 172-188. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>>, 2020.

⁶¹ É possível afirmar que a dedicação dos pesquisadores brasileiros da Psicologia do Testemunho – representados, em parte, por colunistas da “Limite Penal”, no Conjur (LIMITE PENAL, *online*), tais como Janaina Matida e Aury Lopes Jr. – em direção a chamar a atenção para a área, no Brasil, não vem sendo em vão, já que tribunais e juízes do País estão demonstrando, ainda que tardiamente e aos poucos, reconhecerem a relevância do problema da prisão de inocentes relacionada a provas dependentes da memória humana. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, emitiu aviso oficial contendo recomendação “aos magistrados que reavaliem, com a urgência necessária, as decisões em que a prisão preventiva do acusado foi decretada tão somente com base no reconhecimento fotográfico operado sem a observância do disposto no artigo 226 do CPP, realizado no bojo do procedimento investigatório respectivo” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AVISO 2ªVP nº 01/2022. Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio, 7 jan. 2022. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultadje/consultaDJE.aspx?dtPub=11/01/2022&caderno=A&pagina=92> . Acesso em: 14 jan. 2022).

⁶² BENFORADO, 2015, p. 177. Tradução livre. Original: “How does a judge know, for example, whether race, gender, or age impact her treatment of defendants, or whether the harsh sentences she hands down are effective? Judges usually make calls and move on. But seeing the data could be a powerful antidote”.

⁶³ BENFORADO, 2015, p. 168. Tradução livre. Original: “vital that we continue working to better understand the forces that shape judicial decision-making”.

eficiência, pelo menos inicial, funcionando como o primeiro passo em um longo caminho ainda não completamente desvendado, dos pontos neste tópico apresentados, em direção a tomadas de decisões mais transparentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, espera-se que se tenha conseguido lançar luz sobre como o neurodireito pode ajudar a compreender – e, eventualmente, melhorar – a tomada de decisões judiciais, por meio, especialmente, da apresentação do juiz como ser humano e, portanto, sujeito às características favoráveis e desfavoráveis dessa condição.

Por fim, cabe ressaltar que o neurodireito pode contribuir para outros aspectos de um processo judicial e do sistema de justiça como um todo. A área, então, é de extrema importância, e seus impactos são reais para a compreensão do comportamento humano em geral e as consequências de seus modos de funcionamento para o direito, em direção, no caso deste trabalho, a busca por decisões cada vez mais justas.

REFERÊNCIAS

BARRETT, H. Clark. *The shape of thought: How mental adaptations evolve*. Oxford University Press, 2014.

BENFORADO, Adam. *Unfair: the new science of criminal injustice*. New York: Crown Publishers, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 21 de março de 2021.

CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins. Julgamento e tomada de decisões no direito. **Julgamento e Tomada de Decisão**. São Paulo: Pearson, p. 423, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. 1ª edição – 2ª tiragem. Leme, São Paulo: CL EDIJUR, 2020.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Avances en Psicología Latinoamericana**, 38(1), 172-188. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>>, 2020.

CLARK, Andy. **Surfing uncertainty: Prediction, action, and the embodied mind**. Oxford University Press, 2015.

EAGLEMAN, David. **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

EUFRASIO, Ana Maria Bezerra; LIMA, George Marmelstein. A divertida mente do juiz: um estudo sobre o viés cognitivo de confirmação no âmbito da decisão judicial. In: **Vieses cognitivos e decisão judicial: contribuições das ciências cognitivas para o Direito** / Organizadores: George Marmelstein Lima, Caio Rodrigues Gonçalves e Matheus Casimiro Gomes Serafim – 1. ed. – Fortaleza: Mucuripe, 2021, p. 15-43.

FERNANDES, Og; LIPP, Marilda E. Novaes. **Vidas no fórum: histórias de personagens da justiça – análise psicológica do comportamento humano**. Salvador: JusPodivm, 2017.

GREENWALD, Anthony G.; MCGHEE, Debbie E.; SCHWARTZ, Jordan LK. Measuring individual differences in implicit cognition: the implicit association test. **Journal of personality and social psychology**, v. 74, n. 6, 1998, p. 1464-1480.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

INNOCENCE PROJECT. **All cases**. Filters: Status – Exonerated by DNA; Contributing Causes of Conviction – Eyewitness Misidentification. c2022. Disponível em: <https://innocenceproject.org/all-cases/#eyewitness-misidentification,exonerated-by-dna> . Acesso em: 14 jan. 2022.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4. Ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LIMITE PENAL. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/secoes/colunas/limite-penal> . Acesso em: 14 jan. 2022.

MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p. 48-63.

MARMELSTEIN, George. **Discriminação por preconceito implícito**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MARMELSTEIN, George. **O direito fora da caixa**. Salvador: Editora JusPodvm, 2018.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **Um Diálogo da Hermenêutica com a Literatura**: em busca da justiça – 2ª triagem – Belo Horizonte, editora D'Plácido, 2017.

MUÑOZ, José Manuel. El cerebro, mucho más que un superordenador. **Blog del Instituto Cultura y Sociedad**, 2022. Disponível em: <https://institutoculturaysociedad.wordpress.com/2022/01/13/el-cerebro-mucho-mas-que-un-superordenador/> . Acesso em 14 jan. 2022.

MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014.

MYERS, David G. **Psicologia**. Tradução: Daniel Argolo Estill, Heitor M. Corrêa; revisão técnica: Angela Donato Oliva. 9 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

POHL, Rudiger F. **Cognitive Illusions**: Intriguing phenomena in thinking, judgement and memory. Oxon: Routledge, 2017.

PROJECT IMPLICIT SERVICES. **Teste de Associação Implícita**. Disponível em: <https://implicit.harvard.edu/implicit/brazil/takeatest.html>. Acesso em: 14 jan. 2022.

SCHACTER, Daniel L.; LOFTUS, Elizabeth F. Memory and law: What can cognitive neuroscience contribute? **Nature Neuroscience**, [S.l.], v. 16, Jan. 2013, p. 119-123.

STEIN, Lilian Milnitsky et al. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília: **Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59)**, 2015.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AVISO 2ªVP nº 01/2022. Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio, 7 jan. 2022. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultadje/consultaDJE.aspx?dtPub=11/01/2022&caderno=A&pagina=92> . Acesso em: 14 jan. 2022.

VALENTINI, Rômulo Soares. **Julgamento por computadores?**: as novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas. 2017. 152 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

WELLS, Gary L. Applied eyewitness-testimony research: System variables and estimator variables. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 36, n. 12, p. 1546, 1978.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraindutiva**. Florianópolis: EModara, 2018.

13. LABORATÓRIOS DE INOVAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO: MODELO DE NEGÓCIO DE GESTÃO JUDICIÁRIA COM FOCO NO CIDADÃO E NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS



<https://doi.org/10.36592/9786554600378-13>

*Káren Rick Danilevicz Bertoncello*¹

*Daniel Neves Pereira*²

Introdução

O serviço público no Brasil é reconhecido por uma forte tendência burocrática que decorre da história da formação do Estado brasileiro. E o Poder Judiciário não foge à regra. Aliás, em função da natureza de sua atividade, magistrados e servidores encontraram nas práticas burocráticas uma das maneiras de concretizar a segurança jurídica e aplicar o direito. Todavia, esta realidade vem se alterando.

A partir da década de 1930, a gestão burocrática passou a sofrer influências de uma nova gestão pública, com foco no interesse do cidadão e utilização de modelo adaptados da iniciativa privada que lhe conferiram maior eficiência. Já a partir da década de 1990 foram inseridas práticas de participação da sociedade, com criação de arenas para aproximação dos agentes públicos entre si e deles com a sociedade (NEVES, 2020, p. 33).

O diálogo entre o exercício da jurisdição inovadora e a gestão judiciária está diretamente relacionado com a “governança e regulação nas democracias atuais”. Nesse sentido, os tribunais exercem determinante papel nas sociedades democráticas dada a preservação do pluralismo e da efetividade dos direitos. Daí a identificação da crescente busca de aprimoramento do sistema judicial para implementação de celeridade, desburocratização, transparência e eficiência, “na

¹ Juíza de Direito do Estado do Rio Grande do Sul, Coordenadora do NIAJ. Professora da Faculdade de Direito ATITUS Educação, Campus POA. Doutora e mestre em Direito pela UFRGS. Diplome d’Université USMB-UFRGS em Direito dos Contratos Europeus de Consumo. Diretora do Observatório do Crédito e Superendividamento da UFRGS. Especializanda em Direito Digital (ENFAM).

² Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Sul, Vice-Coordenador do NIAJ. LL.M em International Human Rights (Indiana University, EUA); Especialista em Jurisdição Inovadora (ENFAM); Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais (UFRGS).

procura de uma melhor justiça e, por essa via, da garantia de uma verdadeira cidadania" (BOCHENEK, 2018, p. 46).

Sob o mesmo viés, como afirmado por Peixoto e Bonat (2021): "a existência normativa que embasa padrões decisórios vinculantes, em especial o Código de Processo Civil de 2015, representa também uma necessidade de racionalidade a um sistema sobrecarregado e que precisa oferecer respostas em termos de afirmação de direitos fundamentais."

Dentre os modelos destinados a otimizar a gestão pública, situa-se o *new public management*, originado do modelo europeu de excelência de gestão pela qualidade advindo da Fundação Europeia para a qualidade da Gestão, gestada em Bruxelas/1988. Este modelo "pressupõe uma renovada primazia do mercado", com atenção permanente ao público-alvo e, desse modo, advoga a redefinição das estruturas organizativas, a insistência em indicadores de performance e a importância de fatores como a liderança e a motivação" (BOCHENEK, 2018, p. 85).

Atento a este novo contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passou a observar o fenômeno do surgimento dos laboratórios de inovação no Poder Judiciário, a iniciar pelo IJusLab da Justiça Federal de São Paulo, instituído pela Portaria nº 10, de 31 de maio de 2016, daquela Seção Judiciária. A partir da experiência paulista, o CNJ institui em 2019 o LIODS CNJ – Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS, por meio da Portaria 119/2019. Dois anos depois, já com *status* de política do Poder Judiciário, a o CNJ publica a Resolução nº 395, de 7 de junho de 2021, que "institui a política de gestão da inovação no âmbito do Poder Judiciário" e que determina em seu artigo 4º que os Tribunais instituem laboratórios de inovação, ou espaços similares, físicos ou virtuais, no prazo de até 60 dias. A partir de então, a criação dos laboratórios de inovação tem se mostrado como uma tendência, a exemplo do que vem ocorrendo no setor privado e no setor público em geral.

Nos laboratórios de inovação os problemas passam a ser analisados por diversos atores, com diferentes perspectivas e através da utilização de metodologias modernas, como o *design thinking*, que são capazes de induzir os participantes a soluções não convencionais e mais alinhadas com os interesses de uma sociedade complexa e moderna. Com isso, valoriza-se e legitima-se o Poder Judiciário perante esta sociedade contemporânea, que exige o alinhamento das instituições com seus

valores. E mais: o próprio cidadão passa a ser foco do trabalho dos juízes e servidores do Poder Judiciário e, por consequência, suas pretensões passam a ser cada vez mais levadas em consideração no momento da tomada de decisão, seja no âmbito jurisdicional, seja no âmbito administrativo. Com isso, os direitos fundamentais do cidadão ganham uma arena de empoderamento e valores como a igualdade e não-discriminação tendem a prevalecer.

Nesse passo, o presente ensaio propõe a reflexão sobre o aperfeiçoamento da gestão pública, com foco na administração judiciária inovadora e afirmação dos direitos fundamentais, relacionado aos elementos estruturantes da Inteligência Estratégica Antecipativa (perímetro, animação de pessoas, alvo e coleta) e a adoção dos laboratórios de inovação como modelo de negócio da gestão judiciária.

1 Nova gestão judicial e o surgimento dos laboratórios de inovação

Diante desta nova realidade da gestão pública no Brasil, que evidencia o declínio das práticas burocráticas em prol da eficiência e da participação da sociedade, a criação dos laboratórios de inovação tem se mostrado como uma tendência crescente no Poder Judiciário. Conforme mencionado acima, a partir da criação do IjuspLab da Justiça Federal de São Paulo, do LIODS/CNJ e da publicação da Resolução nº 395/2021, os Tribunais foram instados a criarem seus próprios laboratórios de inovação. Trata-se, portanto, de um movimento inovador iniciado na base do Poder Judiciário que acabou chegando ao topo. Na sequência, o Conselho Nacional de Justiça entendendo a relevância destas iniciativas, adota a inovação como política institucional e acaba por fazer um movimento reverso – agora do topo para as bases por determinação normativa – mas que serviu de impulso à formação de um ecossistema de inovação no Poder Judiciário nacional.

O ecossistema de inovação do Poder Judiciário é encabeçado pela Rede de Inovação do Poder Judiciário Brasileiro (RenovaJud)³ no âmbito do CNJ. Esta rede é composta pelo Comitê Gestor Nacional da Inovação do Poder Judiciário, pelo Conselho Consultivo de Inovação do Poder Judiciário, mas também pelos

³ Conforme previsão do art. 9º da Resolução 395/2021 do CNJ.

Laboratórios de Inovação do CNJ (LIODS) e por todos os demais laboratórios de inovação instituídos pelos diversos Tribunais brasileiros.⁴ Destaca-se que, em especial depois da adoção da inovação como política institucional, proliferaram-se Laboratórios de Inovação pelos Tribunais brasileiros. A ver, Labee9, do TJRS; Inovatchê, da JFRS; Toadalab, do TJMA; Judlab, do TJSC; LabJus, da JFSC; Inova@TJ, do TJSP; Iluminas, da JFMG; InovarES, da JFES; LINC, da JFPR; UAI-Lab, do TJMG; Labinov, da JRFJ; Aurora, do TJDFT; Genesis, TJRO, são todos exemplos dos vários laboratórios de inovação que passaram a integrar a estrutura do Poder Judiciário em vários Estados brasileiros. Ainda nesta ideia de ecossistema de inovação, diversos Tribunais estabelecem seus órgãos de inovação, a exemplo da Comissão de Inovação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (INOVAJUS), criada pelo Ato 27/2014-P do TJRS.⁵

Porém, mais do que uma mera tendência ou uma política institucional descolada da realidade, serão os laboratórios de inovação uma necessidade?

A resposta a esta pergunta é sim. Inovar é mandatório (NEVES, 2020, p. 69). Diversos dispositivos da Constituição Federal ligam-se à inovação. A Constituição Brasileira determina a necessidade de se buscar o desenvolvimento do país, nos termos de seu artigo 5º, XXIX. Dispositivos como os artigos 39, § 2º e 93, II, "c", IV, determinam a manutenção de escolas para aperfeiçoamento de servidores e magistrados. Há previsão também de aplicação de recursos no aperfeiçoamento do serviço público, na forma do artigo 39, § 7º. Há previsão de obrigatoriedade na promoção e incentivo da inovação nos setores privado e público, na fora do artigo 219, par. único. Além disso, há legislação específica para a que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, das quais trago como exemplo a Lei nº 10.973/2004 modificada pelas Leis nº 13.243/2016 e 13.322/2016.

Porém, muito além de determinação legislativa, inovar é exigência social, econômica e política.

No aspecto social, é crescente "o desejo da sociedade de obter mudanças no campo da política e no funcionamento do Estado, especialmente deixando claro (...)

⁴ Nos termos do art. 10º da Resolução 395/2021 do CNJ

⁵ O ato 27/2014 da Presidência do TJRS foi alterado pelos atos nº 010/2015-P e nº 042/2020-P.

o indesejado distanciamento entre a população e seus governantes" (NEVES, 2020, p. 87). Este desejo social restou claro em manifestações como a Primavera Árabe, as jornadas de junho de 2013 no Brasil, entre outros tantos protestos que influenciaram nos rumos dos governos ao longo da década.

No que diz respeito ao ponto de vista econômico, não é possível ignorar que a sociedade atravessa o que se pode chamar de Quarta Revolução Industrial, que tem por fundamento as influências das constantes inovações tecnológicas no setor produtivo e na forma com que as relações econômicas se desenrolam. Neste sentido, todos os aspectos da vida cotidiana acabam por ser afetadas, tais como o transporte, saúde, comércio, educação, entre outras. Em decorrência disso, exige-se alterações dos setores público e privado para que o país mantenha a competitividade no mercado mundial e seus agentes mantenham-se à altura dessas novas exigências (NEVES, 2020, p. 91).

Por fim, no aspecto político, também em decorrência desta revolução digital que experimentamos nas primeiras décadas do século XXI, a sociedade – cada vez mais articulada em rede e com conhecimento das ações governamentais (CARLOS, 2014) – tem exigido maior correspondência entre anseios sociais e condutas de governantes para que estes mantenham sua legitimidade. Veja-se por exemplo, a Agenda 2030 da ONU, que tem por objetivo o equilíbrio entre a prosperidade humana e a proteção do planeta pela promoção das potencialidades humanas em um ambiente pacífico, hígido e próspero, através da fixação de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (UNITED NATIONS, 2015, p. 5). A observância destes objetivos, desdobrados em diversas metas e indicadores, acaba por ser exigida dos governantes em todas as esferas do poder público para que mantenham a sua legitimidade perante a sociedade.

Mas como atender as determinações legislativas e às novas exigências sociais? Como solucionar problemas complexos de forma eficiente e atender aos anseios desta sociedade inserida na era digital? Como promover os direitos fundamentais, reduzir desigualdades e a discriminação por meio da prestação do serviço público? A resposta é identificar as necessidades dos interessados, reavaliar os modelos antigos e inovar para enfrentar os desafios atuais.

Inovação é um processo, um caminho em que se busca identificar necessidades e, a partir delas, desenvolver novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que tragam melhoria e ganho de qualidade e desempenho (ZANONI; NEVES, 2021). Mas como inovar? Basta identificar uma necessidade? Ter uma ideia? É preciso colocá-la em prática? Testá-la? Errar? Reavaliar?

Tudo isso faz parte do processo de inovação. Esse processo pode ser realizado de forma individual, em grupo, em rede, no setor privado ou público. Mas esse processo pode ser facilitado quando os indivíduos que desejam inovar são levados a um ambiente que encoraja a inovação. E esta é exatamente a função dos laboratórios de inovação.

Os laboratórios de inovação

são lugares de experimentação, de tentativa e erro; são ambientes de testes e validação de soluções a custo baixo e em curto período de tempo. O trabalho nos laboratórios de inovação é caracterizado pela atuação de equipes multidisciplinares, que se reúnem, trocam ideias, compartilham conhecimento e prototipam soluções que serão testadas e validadas pelos usuários. Essa variedade de conhecimentos e experiências diferentes proporciona uma multiplicidade de olhares que enriquecem a solução criada. São também locais de estímulo à criatividade, de construção coletiva, de interação entre as pessoas e compartilhamento de ideias e saberes. Em essência, um laboratório de inovação é um espaço de colaboração e criação. Nele, ideias são trocadas, conhecimentos compartilhados e soluções inovadoras são prototipadas e testadas.⁶

Com os laboratórios de inovação, cria-se no âmbito do setor público em geral e no Poder Judiciário em específico um ambiente despido da hierarquia tradicional no meio jurídico. Cria-se um local em que magistrados, servidores e usuários podem interagir, contribuir, de forma acolhedora e participativa para a melhoria do trabalho e dos serviços prestados aos jurisdicionados. Nos laboratórios de inovação os

⁶ Citação em aula proferida no Curso Modular sobre Laboratório de Inovação, Centro de Inteligência e ODS (LIODS), promovida pela ENFAM no ano de 2021.

problemas passam a ser analisados por diversos atores, com diferentes perspectivas e através da utilização de metodologias modernas, como o *design thinking*, que são capazes de induzir os participantes a soluções não convencionais e mais alinhadas com os interesses de uma sociedade complexa e moderna. Com isso, valoriza-se e legitima-se o Poder Judiciário perante esta sociedade contemporânea que exige o alinhamento das instituições com seus valores.

Mas é importante entender como o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais brasileiros compreenderam à necessidade de inserir no âmbito da estrutura do Poder Judiciário os laboratórios de inovação. Trata-se de um trabalho de inteligência estratégica nos moldes da redação do artigo 5º Resolução nº 395 do CNJ, que indica que

a gestão da inovação tem caráter estratégico e deve tornar o ambiente de atuação do Poder Judiciário propício para a concepção de ideias inovadoras, seu desenvolvimento e materialização, assim como para a sua oferta à sociedade, na forma de produto, processo, serviço, modelo de negócio ou tecnologia.

Este dispositivo evidencia a percepção da necessidade de abertura do Poder Judiciário a novos atores, novas ideias, novas formas de resolução de problemas para estruturar um novo modelo de negócio do Poder Judiciário, no intuito de melhor atender às demandas da sociedade e, por consequência, melhor atender aos direitos fundamentais do cidadão e, ao fim e ao cabo, promover a igualdade e não-discriminação.

2 Laboratórios de Inovação como fruto da Inteligência Estratégica Antecipativa

Inteligência Estratégica Antecipativa (na origem chamada *Veille Anticipative Stratégique*) é o processo informacional coletivo e pró-ativo através do qual os membros da empresa (ou pessoas solicitadas por ela) captam (percebem, ou provocam, e escolhem), de forma voluntária, e utilizam informações pertinentes relacionadas ao seu ambiente externo e as mudanças que nele podem se produzir. (LESCA, 2003). No âmbito da gestão judiciária, a aplicação da IEA concretiza os

direitos fundamentais de acesso à Justiça e eficiência da tramitação do processo, admitindo como o uso da tecnologia como facilitador e não como problema gerencial.

O modelo de negócio do Poder Judiciário decorre da previsão nos artigos 92 e seguintes da Constituição, fruto da evolução histórica da sociedade brasileira e a conquista do sistema democrático de direito. Contudo, o avanço da tecnologia tem provocado a reflexão sobre os efeitos da disrupção na sociedade contemporânea. Mudanças no comportamento das pessoas, mudanças de regulamentação, fatores externos imprevisíveis como a pandemia, são fontes de disrupção que tem afetado diuturnamente a prestação jurisdicional em todas as suas dimensões.

Neste cenário, a indagação a ser feita parece estar voltada a qual reação o Poder Judiciário destinará frente às modificações da sociedade: ignorá-las? Negá-las? Ou desenvolver novos ecossistemas capazes de afirmar seu papel constitucional, agregando valor pelo desempenho em colaboração com os demais setores da sociedade.

Daí que os laboratórios de inovação revelam-se o perímetro eficaz, especialmente porque capazes de congregam diferentes colaboradores com abrangência ao público interno do Poder Judiciário (magistrados, servidores e colaboradores) e externo, como agentes de transformação engajados na produção de inteligência coletiva. Aqui, o pilar da "animação de pessoas" está relacionado diretamente com a liderança exercida pelo Poder Judiciário como fonte de preservação da democracia.

Nesse ambiente de formação do processo de inteligência coletiva poderão ser testadas diferentes estratégias a exemplo da inovação por experimentação rápida "para validação de novas ideias por meio do aprendizado rápido e iterativo (ou por repetição)" (ROGERS, 2017, p. 29). A criação de protótipos, identificação das tendências, também chamadas de "sinais fracos" (LINDSTROM, 2016, p. 9) dentre outras ferramentas de transformação, agregarão valor na gestão judiciária da era digital.

A partir da utilização dos laboratórios de inovação, o Poder Judiciário passa a buscar soluções a problemas complexos tendo o cidadão como foco e, por consequência afasta-se de um modelo de gestão burocratizado e adentra naturalmente, na era de gestão pública participativa, transparente, eficiente e focada

na utilidade do serviço ao cidadão. Portanto, muito mais do que uma tendência ou uma mera política institucional descolada da realidade, os laboratórios de inovação mostram-se como uma necessidade ao Judiciário. Trata-se de uma nova forma de se relacionar com o cidadão, de se legitimar perante a sociedade e de atingir as finalidades constitucionalmente estabelecidas, dentre as quais estão a promoção dos direitos fundamentais, redução das desigualdades e combate a toda forma de discriminação.

Conclusão

Muito mais do que mera função de solução de conflitos, o Poder Judiciário tem assumido um papel proativo na promoção e na afirmação dos direitos fundamentais. E neste sentido, o Poder Judiciário passa a exercer um papel importante também na promoção dos direitos fundamentais, da igualdade e da não-discriminação, seja no tocante às decisões jurisdicionais seja quanto às decisões administrativas.

E, com este viés, os laboratórios de inovação podem cumprir papel essencial ao promoverem um modelo de inovação aberta, trazendo à mesma seara de escuta, criação e proposição o jurisdicionado que está diretamente relacionado com os direitos em discussão nas lides forenses. É através desta aproximação promovida pelos laboratórios de inovação que juízes, servidores, atores do sistema de justiça poderão interagir com os cidadãos não apenas no processo judicial, mas a ouvir suas dores. A partir desta perspectiva, a magistratura passa a ter contato direto com as violações de direitos dos jurisdicionados fora do âmbito meramente processual e decisões administrativas ou jurisdicionais podem ser tomadas levando conta esta nova realidade. Realidade esta que contempla uma atenção maior aos direitos fundamentais do cidadão, tendo em vista a nova forma de gestão pública que passa a colocar o cidadão como foco dos serviços judiciais.

Esta dinâmica dos laboratórios de inovação ilustra a essência do *zoom longo*, segundo Steven Jhonson (2021, p. 22), cuja abordagem “nos permite ver que a abertura e conectividade podem, no final das contas, ser mais valiosa para a inovação que mecanismos puramente competitivos”. Veja-se que a

representatividade na contribuição ativa de diferentes setores da comunidade, jurídica ou leiga, potencializa a reflexão e atinge a lei da $\frac{1}{4}$ potência positiva de West, observado que o crescimento em “escala superlinear” vem sedimentado justamente no ritmo do desenvolvimento dos grandes centros, congregando a população e impulsionando a criatividade (JOHNSON, 2021, p. 13).

A construção de um ecossistema inovador, afinal, propõe o crescimento em colaboração com a criação conjunta de valores, notadamente quando admitido que a inovação nunca é neutra, mas “concebida, desenvolvida e produzida com a ambição explícita ou implícita de responder a objetivos e valores específicos” (ROCHEL, 2022, p. 97), ainda que provocando mudanças em setores diversos que teriam sido difíceis de prever (JOHNSON, 2021, p. 9). E a partir desse ecossistema inovador, com a aproximação do cidadão das autoridades com poder decisório é que se vai permitir decisões mais legitimadas e focadas na resolução da raiz do problema, por mais complexo que este problema venha a ser.

Ao colocar em no mesmo ambiente inovador buscando solução de problemas do Poder Judiciário com foco no cidadão, concretiza-se de forma irrestrita o princípio da igualdade. Passa-se, portanto, a uma nova era de decisões administrativas baseadas na colaboração, na transparência e na eficiência, pela aproximação dos membros de poder com os destinatários deste mesmo poder de Estado. A partir desta igualdade promovida pelos laboratórios de inovação e com o cidadão como foco da prestação jurisdicional, as violações de direitos fundamentais passam a ser objeto de preocupação não só no âmbito processual, mas também das políticas do Poder Judiciário de uma maneira mais atenta às necessidades do jurisdicionado.

Bibliografia

BOCHENEK, Antônio César et alii. Manual Luso-brasileiro de gestão judicial. São Paulo: Almedina, 2018.

CARLOS, José Antônio. Inovação organizacional no setor público. In: AGUNE, Roberto et al. *Dá pra fazer: gestão do conhecimento e inovação em governo*. São Paulo: Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional, 2014.

ENFAM, Escola Nacional de Formação de Magistrado. Curso Modular sobre Laboratório de Inovação, Centro de Inteligência e ODS (LIODS). Aula 8. Ano 2021. Disponível em https://cnj.esmafe.com/wp-content/uploads/2021/02/M2_ONU_Aula08.pdf. Acesso em 10 jun 2022.

JOHNSON, Steven. *Como chegamos até aqui: seis inovações que transformaram o mundo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

JOHNSON, Steven. *De onde vêm as boas ideias: uma breve história da inovação*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

LESCA, H. Veille stratégique: La méthode L.E. SCAnning®, Editions EMS. 180 p., 2003, apud RIOS, Fábio Luiz de Carvalho et alli. Inteligência Competitiva, Empresarial, Estratégica ou de Negócios? Um Olhar a partir da Administração de Empresas.

LINDSTROM, Martin. *Small data: como poucas pistas indicam grandes tendências*. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2016.

NEVES Jr., Paulo Cezar. *Judiciário 5.0: inovação, governança, usucentrismo, sustentabilidade e segurança jurídica*. São Paulo: Blucher, 2020.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; BONAT, Debora. Inteligência artificial e processo judicial: otimização comportamental e relação de apoio. *Revista Humanidades e Inovação*, Vol.8, n.47, 2021.

ROGERS, David L. *Transformação digital: repensando seu negócio para era digital*. São Paulo: Autêntica Business, 2017.

UNITED NATIONS. *Historic New Sustainable Development Agenda Unanimously Adopted by 193UN Members*. United Nations Sustainable Development Summit 2015. Disponível em: https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/8371Sustainable%20Development%20Summit_final.pdf. Acesso em 04 out 2022.

ZANONI, Luciana O. T. C; NEVES JR., Paulo Cezar. *Histórico da inovação no Poder Judiciário*. Curso Modular sobre Laboratório de Inovação, Centro de Inteligência e ODS (LIODS). Disponível em <https://cnj.esmafe.com/wp-content/uploads/2021/02/Historico-da-Inovacao-no-Poder-Judiciario.-Criacao.-Regulamentacao..pdf>

