

REVISTA
JURÍDICA
ESCOLA DO PODER JUDICIÁRIO DO ACRE

ANO I
EDIÇÃO INAUGURAL
RIO BRANCO,
OUTUBRO, 2021



REVISTA
JURÍDICA
ESCOLA DO PODER JUDICIÁRIO DO ACRE

ANO I
EDIÇÃO INAUGURAL
RIO BRANCO,
OUTUBRO, 2021

A Revista Jurídica é um periódico científico interdisciplinar, editado pela Escola do Poder Judiciário do Acre, órgão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Esta publicação é a edição inaugural.

Equipe Técnica

Organização

Marcos Alexandre

Breno Nascimento

Capa

Fotografia da obra em marchetaria “Deusa da Justiça da Amazônia”, do artista acreano Maqueson Pereira da Silva, em painel instalado no Palácio da Justiça.

Formatação

Breno Nascimento

Edição

Marcos Alexandre

Breno Nascimento

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista Jurídica da Escola do Poder Judiciário do Acre / Escola do Poder Judiciário do Acre. - Ano. 1, n.0 (out. 2021). - Rio Branco: ESJUD, 2021-

Edição inaugural.

Semestral.

Disponível em versão eletrônica:

<https://esjud.tjac.jus.br/periodicos/>

ISSN

1. Direito – Periódico. I. Escola do Poder Judiciário do Acre, ESJUD - Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

CDD: 340.05

Composição do Tribunal de Justiça do Estado do Acre
Biênio 2021/2023

Desembargadora Waldirene Cordeiro
Presidente do Tribunal de Justiça

Desembargador Roberto Barros
Vice-Presidente do Tribunal de Justiça

Desembargador Elcio Mendes
Corregedor-Geral de Justiça

Desembargadora Regina Ferrari
Diretora da Esjud

Desembargadora Eva Evangelista

Desembargador Samoel Evangelista

Desembargador Pedro Ranzi

Desembargadora Denise Bonfim

Desembargador Francisco Djalma

Desembargador Laudivon Nogueira

Desembargador Júnior Alberto

Desembargador Luis Camolez

**Conselho Consultivo da Escola do Poder Judiciário do Acre
Biênio 2021/2023**

Desembargadora Regina Ferrari
Diretora do Conselho

Desembargador Júnio Alberto
Vice-Diretor do Conselho

Juíza de Direito Zenice Cardozo
Coordenadora Pedagógica

Juíz de Direito Giordane Dourado
Coordenador Científico

Desembargador Samoel Evangelista
Desembargador Francisco Djalma
Desembaargador Laudivon Nogueira

Juíza de Direito Louise Kristina
Juíz de Direito Marcelo Carvalho
Juíz de Direito Dannel Bomfim

Servidora Iriá Farias
Servidora Silni Figueiredo
Servidor Fagner Lopes

Equipe Editorial

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Professor Dr. Orides Mezzaroba

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Juiz de Direito Giordane Dourado

CONSELHO EDITORIAL

Juiz de Direito Dannel Bomfim

Juíza de Direito Zenice Mota

Juíza de Direito Maria Rosinete

Juiz de Direito Anastácio de Menezes

Juiz de Direito Cloves Ferreira

Analista Judiciário Marcos Alexandre

SECRETÁRIA

Cleide Prudêncio

A PUBLICAÇÃO

A Revista Jurídica da Esjud é uma publicação gratuita, semestral, cujo propósito é incentivar a elaboração do saber científico, empírico e pragmático dos profissionais da Justiça, colaboradores e comunidade jurídica. O periódico também tem o intuito de fomentar a produção científica de magistrados, servidores do Poder Judiciário e comunidade jurídica.

DOS DIREITOS AUTORAIS

É permitida a reprodução dos artigos em outros meios, desde que seja citada a fonte. Todos os direitos são reservados à ESJUD. O Conselho Editorial da revista não assume quaisquer responsabilidades pelas ideias, dados, informações e opiniões expressos nos artigos, os quais são de inteira responsabilidade dos autores. A revista utiliza a licença Creative Commons CC-BY 4.0, com o viés de “atribuição não comercial” e “não adaptada”.

CONTATO E SUBMISSÃO

A software de gerenciamento e publicação de revistas eletrônicas que usamos é o Open Journal Systems (OJS). Os artigos científicos, correspondências aos editores, sugestões, dúvidas e outras informações devem ser enviados no portal de periódicos da ESJUD, no endereço <https://esjud.tjac.jus.br/periodicos>. Em caso de dúvida, fale conosco pelo *e-mail* revistaesjud@gmail.com. Os interessados também podem consultar os editais de submissão do material.

DA POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Nomes e endereços contidos nesta Revista serão abordados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, de modo que não serão disponibilizados para quaisquer outras finalidades ou mesmo a terceiros.

Sumário

- 08 APRESENTAÇÃO
Desembargadora Regina Célia Ferrari Longuini
- 10 DIREITOS FUNDAMENTAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL E JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL NO BRASIL E NA ALEMANHA
Ingo Wolfgang Sarlet
- 37 PROTEGER Y INTEGRAR A LOS NIÑOS VULNERABLES A TRAVÉS
DE LA MÚSICA: LA EXPERIENCIA DEL CONSERVATORIO DEL
VALLE DE JURUÁ
Hugo Barbosa Torquato Ferreira
Iverson Rodrigo Monteiro Cerqueira Bueno
- 47 A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NOS ÂMBITOS
PRISIONAL E SOCIOEDUCATIVO
Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro
Antonio Carlos de Castro Neves Tavares
- 64 JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO COMO
FERRAMENTA DE PROMOÇÃO DE JUSTIÇA
Raimundo Nonato da Costa Maia
- 81 O CONTROLE JUDICIAL DA IGUALDADE: A GARANTIA DO
RESPEITO ÀS DIFERENÇAS
Laudivon de Oliveira Nogueira
- 108 DA SATISFAÇÃO PELO TRABALHO À SOCIEDADE DE CONSUMO E
O CONSUMISMO: REFLEXÕES NA VIDA HUMANA
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Josemar Sidinei Soares
- 122 JURISDIÇÃO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
Bruno Makowiecky Salles
Paulo Márcio Cruz
- 146 O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO DE
PROMOÇÃO DE SUSTENTABILIDADE NO PODER JUDICIÁRIO
BRASILEIRO: OS IMPACTOS DA JUSTIÇA 4.0
Regina Célia Ferrari Longuini
Eveline Denardi

Apresentação

A Revista Jurídica da Escola do Poder Judiciário do Estado do Acre – ESJUD nasce em um momento no qual as instituições constituídas e a sociedade civil organizada são desafiadas pela pandemia da covid-19 e suas severas consequências nas mais diversas áreas – sanitária, social, política e econômica. Nunca ficou tão evidente a relevância do conhecimento como mecanismo capaz de solucionar os problemas da humanidade, a exemplo da descoberta da vacina.

O principal propósito desta publicação é incentivar a elaboração do saber científico, empírico e pragmático dos profissionais da Justiça, dos colaboradores e da comunidade jurídica. Não menos importante, fomentar na magistratura do Acre o debate teórico-prático do Direito.

A Escola do Poder Judiciário é um órgão integrante do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, destinada preferencialmente à formação, aperfeiçoamento e especialização dos magistrados e servidores do Poder Judiciário. Dessa forma, constitui-se num espaço, por excelência, não apenas de ensino e de aprendizagem, mas também de discussão acerca dos fenômenos que avultam além dos muros institucionais. Nesse sentido, o itinerário formativo deste órgão de ensino deve aliar a função educativa à produção de significados.

O periódico é enriquecido por conteúdos jurídicos e de áreas afins, relevantes e atualizados, os quais descortinam janelas de percepção sobre transformações da sociedade contemporânea. Conhecimento que se consolida como práxis, na medida em que concorre ao aperfeiçoamento do exercício profissional. Afinal, das palavras dos sábios nutrimos o saber, o saber fazer e o saber ser. Como bem disse o filósofo Immanuel Kant, “ciência é conhecimento organizado. Sabedoria é vida organizada”.

A linha editorial é interdisciplinar, na visão de que as temáticas, o quanto mais variadas possível, mais enriquecedoras tornarão as reflexões. E no entendimento de que uma Escola deve ser democrática, inclusiva, aberta ao diálogo, empática e humanista.

Registre-se agradecimento especial ao professor Dr. Orides Mezzaroba, coordenador científico desta revista, pela prestimosa contribuição, aos membros do Conselho Editorial e à equipe deste órgão de ensino, cujo apoio tem sido incondicional.

A revista estará disponível em formato digital (PDF), no *site* da ESJUD. A partir da próxima edição, o periódico passará a utilizar o sistema eletrônico de editoração de

revistas, por meio da plataforma eletrônica *Open Journal Systems* (OJS), de maneira a ser editado e publicado 100% *online*. A medida favorece a economia de recursos e a sustentabilidade ambiental. Trata-se de informação de qualidade que transcende quaisquer barreiras geográficas.

Os saberes têm de convergir na direção do bem comum, de uma sociedade mais justa, na qual a equidade não seja uma utopia, em que a alteridade e a pacificação social não sejam meras aspirações. Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso, devemos assumir três compromissos. O primeiro deles, no que diz respeito “aos destinos da humanidade”, tendo em vista que “somos todos cidadãos do mundo”. O segundo, em relação ao Brasil, “com o nosso dever de fazer um país melhor, maior e para toda a gente”, pois “somos todos cidadãos brasileiros”. E o terceiro, o compromisso “de cada um consigo mesmo, com a vida boa”, afinal “somos todos criações de nós mesmos”.

Desembargadora Regina Ferrari

Diretora da Escola do Poder Judiciário do Acre

DIREITOS FUNDAMENTAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E NA ALEMANHA¹

Ingo Wolfgang Sarlet²

1 – INTRODUÇÃO

O assim chamado direito a um mínimo existencial para uma vida digna tem sido presença constante no debate acadêmico e jurisdicional brasileiro, especialmente na sua articulação com os direitos fundamentais sociais. Todavia, é precisamente na esfera dos direitos fundamentais sociais (doravante chamados de direitos sociais) que se percebe, à vista dos desenvolvimentos na esfera doutrinária e jurisprudencial, o quanto o recurso à noção de um mínimo existencial, designadamente de um direito fundamental à sua proteção e promoção, tem sido realmente produtiva, mas também apresenta aspectos dignos de maior reflexão quanto à sua correta compreensão e manejo.

Isso assume particular relevância quando se cuida de invocar o mínimo existencial como critério para balizar uma ponderação no contexto das decisões que envolvem o reconhecimento – ou não! – de um direito subjetivo a prestações sociais, dadas as colisões e tensões com outros direitos fundamentais ou outros princípios e regras de matriz constitucional e legal, mas também – e em especial - em face dos limites fáticos postos pelo problema da escassez de recursos.

Assim, muito embora se esteja a revisitar o tema, aproveitando parte de escritos anteriores, o presente texto carrega consigo uma dimensão nova e que vai além do que já escrevemos. Com efeito, além de uma atualização bibliográfica e jurisprudencial, o que se pretende aqui é situar o tema no contexto do debate que de há algum tempo se trava na doutrina brasileira em torno das assim chamadas decisões estruturantes (ou medidas estruturantes)³, com atenção particular para a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), sem prejuízo de uma ótica comparativa, recorrendo à exemplos extraídos da prática decisória do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF).

¹ Trata-se de texto não inédito e já publicado em mais de uma obra coletiva, seja nesta mesma versão, seja em versões parcialmente ajustadas.

² Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität-München). Professor Titular e Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Escola de Direito da PUCRS. Professor da Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS), da FESMDFT, Membro Catedrático da ABDCONST e Desembargador Aposentado do TJRS.

Sobre o tema, na literatura brasileira, imprescindível a leitura da obra de JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2013. No que diz com a terminologia, contudo, em se tratando de atos do Poder Judiciário, preferimos adotar a expressão decisões estruturantes.

Para tanto, não se intenta inventariar de modo exaustivo a jurisprudência dos Tribunais referidos, mas sim, à luz de alguns exemplos representativos, extraídos do respectivo repertório decisório, examinar se e em que medida também o modo pelo qual o direito ao mínimo existencial é compreendido e aplicado, especialmente no que diz com sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais sociais, é compatível com a técnica das decisões do tipo estruturante e até que ponto tal técnica decisória pode efetivamente contribuir para aperfeiçoar o papel do Poder Judiciário na realização dos direitos sociais e ao mesmo tempo contornar algumas das principais objeções esgrimidas nesse domínio.

De todo modo, não se pretende aqui discorrer sobre a noção de decisões estruturantes em si (explorando seus aspectos conceituais, origens, etc.⁴), mas sim, verificar se – mediante a análise de decisões dos Tribunais referidos e de modo articulado com a doutrina sobre o tema - existem distorções relevantes no modo de compreensão e aplicação da noção de mínimo existencial e que possam, ou não, implicar críticas de ordem metodológica ou mesmo substancial, eventualmente ensejando até mesmo a objeção de uma intervenção inadequada ou mesmo excessiva (desproporcional) do Poder Judiciário na esfera legislativa ou administrativa. Além disso, como já enunciado, é o caso de averiguar e avaliar o possível papel (e seus limites) da Justiça Constitucional no domínio dos direitos sociais e do mínimo existencial, sem renunciar a algumas notas de caráter crítico.

2 – O ASSIM CHAMADO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL – ORIGENS E CONTEÚDO

A atual noção de um direito fundamental ao mínimo existencial, ou seja, de um direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um (a cada pessoa) uma vida condigna, arranca da idéia de que qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família prover o seu sustento, tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade, de modo que o mínimo existencial, nessa perspectiva, guarda alguma relação (mas não se confunde integralmente) com a noção de caridade e do combate à pobreza, central para a doutrina social (ou questão social) que passou a se afirmar já ao longo do Século XIX⁵, muito embora a assistência aos desamparados tenha constado na agenda da Igreja e de algumas políticas oficiais já há

⁴ Para tanto remetemos ao texto de Marco Jobim referido na nota de rodapé anterior.

⁵ Cf., por todos, ARNAULD, Andreas von. “Das Existenzminimum”, in: ARNAULD, Andreas von; MUSIL, Andreas (Ed.). *Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 253 e ss., apontando para o fato de que na Legislação da Prússia, em 1794, já havia a previsão da obrigação do Estado em cuidar da alimentação e atenção daqueles cidadãos que não conseguiam prover o seu próprio sustento ou mesmo por meio de outros particulares, com base em disposições legais especiais.

bem mais tempo⁶. Convém recordar, ainda, que já na fase inaugural do constitucionalismo moderno, com destaque para a experiência francesa revolucionária, assumiu certa relevância a discussão em torno do reconhecimento de um direito à subsistência, chegando mesmo a se falar em “direitos do homem pobre”, na busca do rompimento com uma tradição marcada pela idéia de caridade, que ainda caracterizava os modos dominantes de intervenção social em matéria de pobreza, debate que acabou resultando na inserção, no texto da Constituição Francesa de 1793, de um direito dos necessitados aos socorros públicos, ainda que tal previsão tenha tido um caráter eminentemente simbólico⁷.

De qualquer sorte, independentemente de como a noção de um direito à subsistência e/ou de um correspondente dever do Estado (já que nem sempre se reconheceu um direito subjetivo (exigível pela via judicial) do cidadão em face do Estado) evoluiu ao longo do tempo, tendo sido diversas as experiências em diferentes lugares, o fato é que cada vez mais se firmou o entendimento – inclusive em Estados constitucionais de forte coloração liberal – de que a pobreza e a exclusão social são assuntos de algum modo afetos ao Estado, ainda que por razões nem sempre compartilhadas por todos e em todos os lugares, visto que mesmo no plano da fundamentação filosófica, ou seja, da sua sinergia com alguma teoria de Justiça, são diversas as alternativas que se apresentam.⁸ Mesmo na esfera terminológica nem sempre se verifica coincidência, pois ao passo que alguns (como também prevalece no Brasil) preferem utilizar a expressão mínimo existencial, outros falam em mínimos sociais, ou mesmo em um mínimo de subsistência ou um mínimo vital, embora nem sempre tais expressões sejam utilizadas como sinônimas, visto que podem estar associadas a conteúdos mais ou menos distintos, a despeito de alguns elementos em comum, como é o caso, em especial, o reconhecimento de um direito a prestações materiais por parte do Estado.

Sem prejuízo de sua previsão (ainda que com outro rótulo) no plano do direito internacional dos direitos humanos, como é o caso do artigo XXV da Declaração da ONU, de 1948, que atribui a todas as pessoas um direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, a associação direta e explícita

⁶ V. também TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3 e ss., e, por último, no âmbito da literatura brasileira dedicada especialmente ao tema, NETO, Eurico Bitencourt. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Condigna*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23 e ss.

⁷ Sobre este debate, v., por todos, HERRERA, Carlos Miguel. *Les Droits Sociaux*, Paris: PUF, 2009, p. 39 e ss.

⁸ Cf., por exemplo, as teorizações de John Rawls e Michael Walzer colacionadas e comentadas por BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 123 e ss. A respeito das diversas fundamentações de um direito ao mínimo existencial, v., por último, na doutrina brasileira, TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, op. cit., p. 13-34 e 54-81. Por último, explorando o tema nessa perspectiva, v. WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana*, Petrópolis: Vozes, 2013, especialmente p. 205, a partir do pensamento de John Rawls.

do assim chamado mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana encontrou sua primeira afirmação textual, no plano, constitucional, na Constituição da República de Weimar, Alemanha, em 1919, cujo artigo 151 dispunha que a vida econômica deve corresponder aos ditames da Justiça e tem como objetivo assegurar a todos uma existência com dignidade, noção que foi incorporada à tradição constitucional brasileira desde 1934, igualmente no âmbito da ordem econômica e/ou social, de tal sorte que o artigo 170 da CF dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”. É preciso lembrar, contudo, que na condição de finalidade ou tarefa cometida ao Estado no âmbito dos princípios objetivos da ordem social e econômica, o mínimo existencial, ou seja, o dever de assegurar a todos uma vida com dignidade, não implicava necessariamente (aliás, como não implica ainda hoje a depender do caso), salvo na medida da legislação infraconstitucional (especialmente no campo da assistência social e da garantia de um salário mínimo, entre outras formas de manifestação), uma posição subjetiva imediatamente exigível pelo indivíduo. A elevação do mínimo existencial à condição de direito fundamental e sua articulação mais forte com a própria dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais, teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha, onde, de resto, obteve também um relativamente precoce reconhecimento jurisprudencial, do qual se dará notícia na seqüência.

Com efeito, a despeito de não existirem, em regra, direitos sociais típicos, notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) - excepcionando-se a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, bem como a imposição de uma atuação positiva do Estado no campo da compensação de desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais (direitos e deveres que para muitos não são considerados propriamente direitos sociais) - a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial.

Na doutrina do Segundo Pós-Guerra, um dos primeiros a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na seqüência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência,

isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.⁹ Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.¹⁰ Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*]).

Por fim, transcorridas cerca de duas décadas da referida decisão do Tribunal Administrativo Federal, também o Tribunal Constitucional Federal acabou por consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida nesta primeira decisão, extrai-se o seguinte trecho: “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados na sua vida social, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais”.¹¹

Em que pesem algumas modificações no que tange à fundamentação, bem quanto ao objeto da demanda, tal decisão veio a ser chancelada, em sua essência, em outros arestos da Corte Constitucional alemã, resultando no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial.¹²

⁹ Cf. BACHOF, Otto. “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, nº 12, 1954, p. 42-3.

¹⁰ Cf. *BVerwGE* (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Administrativo Federal) nº 1, p. 159 (161 e ss.), decisão proferida em 24-06-1954.

¹¹ Cf. tradução livre de trecho extraído da decisão publicada em *BVerfGE* (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Constitucional Federal) nº 40, p. 121 (133).

¹² Para tanto, v. *BVerfGE* nº 78, p. 104, reiterada em *BVerfGE* nº 82, p. 60 e nº 87, 1p. 53. Ressalte-se que nas duas últimas decisões, se tratou da problemática da justiça tributária, reconhecendo-se para o indivíduo e sua família a garantia de que a tributação não poderia incidir sobre os valores mínimos indispensáveis a uma existência digna. Cuidou-se, contudo, não propriamente de um direito a prestações, mas, sim, de limitar a ingerência estatal na esfera existencial, ressaltando-se aqui também uma dimensão defensiva do direito fundamental ao mínimo para uma existência digna. Note-se que o princípio da dignidade humana passa, sob este aspecto, a constituir limite material ao poder de tributar do Estado (sobre tal perspectiva, v., por

Além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.¹³ Nessa perspectiva, o que se afirma é que o indivíduo deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social – considerado, pelo menos na Alemanha, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial - alcança o caráter de uma ajuda para a autoajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção.¹⁴

Desenvolvendo os aspectos já referidos, a doutrina (mas também a jurisprudência) constitucional da Alemanha passou a sustentar que - e, em princípio, as opiniões convergem neste sentido - a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação, mas sim as necessidades individuais que lhe são correlatas e que devem ser satisfeitas mediante prestações que são quantificáveis.¹⁵ Por outro lado, a necessária fixação, portanto, do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente, dependente também do padrão socioeconômico vigente.¹⁶ Não se pode, outrossim, negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito a câmbios, não apenas no que diz com a esfera econômica e financeira, mas também no concernente às expectativas e

todos, ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 498 e ss.). No âmbito da jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional da Alemanha destaca-se especialmente a decisão proferida em 09.02.2010, que teve por objeto o exame da constitucionalidade de alentada reforma da legislação social, a polêmica Reforma Hartz-IV, com destaque para os valores pagos a título de seguro desemprego, igualmente afirmando o dever do Estado com a garantia do mínimo existencial e reconhecendo um direito subjetivo individual e indisponível correspondente. Para maiores detalhes, v. entre outros, as anotações ao julgamento de RIXEN, Stephan. Grundsicherung für Arbeitssuchende: Grundrecht auf Existenzminimum, in: *Sozialgerichtsbarkeit*, n. 04, 2010, p. 240 e ss.

¹³ Nesse sentido, v. por todos, ZACHER, Hans-Friedrich. “Das soziale Staatsziel”, in: *Isensee-Kirchhof (Org.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR)*, vol. I, Heidelberg, CF Muller, 1987, p. 1062 e ss.

¹⁴ Esta a oportuna formulação de NEUMANN, Volker, “Menschenwürde und Existenzminimum”, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1995, p. 425. Entre nós, trilhando perspectiva similar, excluindo a idéia de caridade e destacando que “o direito a um mínimo existencial corresponde ao direito à subsistência de que nos fala Pontes de Miranda”, v. LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais, Efetivação no âmbito da democracia participativa*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 109 e ss.

¹⁵ Cf. novamente e por todos, NEUMANN, Volker. “Menschenwürde und Existenzminimum”, op. cit., p. 428-9.

¹⁶ Cf. STARCK, Christian. “Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichungen?”, in: STARCK, Christian (Org). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II (*BVerfG und GG II*), Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 522, bem como, dentre tantos, NEUMANN, Volker. “Menschenwürde und Existenzminimum”, op. cit., p. 428.

necessidades do momento.¹⁷

De qualquer modo, tem-se como certo que da vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta que a garantia efetiva de uma existência digna (vida com dignidade) abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física (que cobre o assim chamado mínimo vital e guarda relação direta com o direito à vida), situando-se, de resto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesse sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.¹⁸ Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”.¹⁹ Tal linha de fundamentação, em termos gerais, tem sido privilegiada também no direito constitucional brasileiro, ressalvada especialmente alguma controvérsia em termos de uma fundamentação liberal ou social do mínimo existencial e em relação a problemas que envolvem a determinação do seu conteúdo, já que, não se há de olvidar, da fundamentação diversa do mínimo existencial podem resultar conseqüências jurídicas distintas, em que pese uma possível convergência no que diz com uma série de aspectos²⁰.

¹⁷ Neste sentido, BREUER, Rüdiger. “Grundrechte als Anspruchsnormen”, in: *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts (FS für das BVerwG)*, München: CH Beck, 1978, p. 97.

¹⁸ Cf., por todos, NEUMANN, Volker. “Menschenwürde und Existenzminimum”, op. cit., p. 428 e ss.

¹⁹ Cf. SCHOLLER, Heinrich. “Die Störung des Urlaubsgenusses eines ‘empfindsamen Menschen’ durch einen Behinderten”, in: *Juristenzeitung*, 1980, p. 676 (“wo ein Dasein möglich ist, welches sich grundrechtlich entfalten kann, insbesondere wo die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung besteht”).

²⁰ Para além das referidas contribuições de Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos e Eurico Bitencourt Neto (v. notas de rodapé nº 3 e 5, *supra*), v. SCAFF, Fernando F. “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos”, in: *Revista Interesse Público*, vol.32, 2005, p. 213 e ss., (aderindo ao conceito e fundamento proposto por Ricardo Lobo Torres), bem como, LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009, p. 72 e ss, e CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial – O Papel do Poder Judiciário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 97 e ss. Associando o conceito e o conteúdo do direito ao mínimo existencial a uma teoria das necessidades básicas, mas afinada – em adesão à tradição alemã referida - com uma noção mais alargada e compatível com um mínimo existencial que, além da existência física, abarca uma dimensão sociocultural, v., no direito brasileiro, LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, especialmente p. 123 e ss. Em sentido similar, v., por último, LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. “Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional das políticas públicas”, in: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.), *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais: um dilema Brasil e Alemanha*, Joaçaba: Editora UNOESC, 2013, p. 543 e ss.

Ainda no contexto do debate jurídico-constitucional alemão, é possível constatar a existência (embora não uníssona na esfera doutrinária) de uma distinção importante no concernente ao conteúdo e alcance do próprio mínimo existencial, que tem sido desdobrado num assim designado mínimo fisiológico, que busca assegurar as necessidades de caráter existencial básico e que, de certo modo, representa o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, e um assim designado mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade - na vida social, política e cultural²¹. É nessa perspectiva que, no âmbito de sua justificação jurídico-constitucional – há quem diga que enquanto o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestuário, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação), o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material²².

Do exposto, em especial com base na síntese da experiência alemã, que, à evidência, em termos de repercussão sobre o direito comparado, certamente é a mais relevante na perspectiva da dogmática jurídico-constitucional de um direito ao mínimo existencial, resultam já pelo menos duas constatações de relevo e que acabaram por influenciar significativamente os desenvolvimentos subseqüentes.

A primeira, diz com o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade²³. Não deixar alguém sucumbir por falta de alimentação, abrigo ou prestações básicas de saúde certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe - o suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina brasileira, assim como na jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como dá, conta, em caráter ilustrativo, a recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de

²¹ Neste sentido, v., em caráter ilustrativo, SORIA, José Martínez. “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, in: *Juristenzeitung*, n. 13, 2005, especialmente p.647-48.

²² Cf., também, SORIA, José Martínez. “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, op. cit., pp. 647-48.

²³ Esta a posição que sempre temos sustentado e que corresponde à concepção amplamente dominante na doutrina brasileira, reportando-me aqui, entre outros, aos autores e contribuições citados na nota nº 17, supra.

sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material²⁴.

Em que pese certa convergência no que diz com uma fundamentação jurídico-constitucional a partir do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, e tomando como exemplo o problema do conteúdo das prestações vinculadas ao mínimo existencial, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência alemã partem – de um modo mais cauteloso - da premissa de que existem diversas maneiras de realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.²⁵ Relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.²⁶ Tal orientação, de resto, é que aparentemente tem prevalecido na doutrina e jurisprudência supranacional e nacional (constitucional) Europeia,²⁷ e, de algum modo, parece ter sido assumida como substancialmente correta também por expressiva doutrina e jurisprudência sul-americana,

²⁴ Cf. a decisão proferida no Acórdão n° 509 de 2002 (versando sobre o rendimento social de inserção), bem como os comentários tecidos por VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 403 e ss., MEDEIROS, Rui. Anotações ao art. 63 da Constituição da República Portuguesa, in: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 639-40,

²⁵ Esta a posição de BREUER, Rüdiger. Op. Cit., p. 97, assim como, mais recentemente, MOREIRA, Isabel. *A solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 143 e ss. Também o Tribunal Federal Constitucional atribui ao legislador a competência precípua de dispor sobre o conteúdo da prestação. Neste sentido, v. *BVerfGE* 40, 121 (133) e 87, 153 (170-1). Por último, v., no mesmo sentido, a decisão de 09.02.2010.

²⁶ Cf. o já referido *leading case* do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 40, 121 [133]).

²⁷ Ainda que não se trate do reconhecimento de um direito a prestações propriamente dito, o Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença n° 113/1989, entendeu que “Es incompatible con la dignidad de la persona el que la efectividad de los derechos patrimoniales se leve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales. Se justifica así, junto a otras consideraciones, la inembargabilidad de bienes y derechos como límite del derecho a la ejecución de las sentencias firmes.” (in: LLORENTE, Francisco Rubio (Org.). *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*, Barcelona: Ed. Ariel, 1995, p. 73). Já admitindo um direito às prestações vinculadas ao mínimo existencial, v. a já citada decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, na esteira de jurisprudência anterior, ainda que em princípio tímida e partindo da primazia da concretização pelos órgãos legiferantes.

como dão conta importantes contribuições oriundas da Argentina²⁸ e da Colômbia²⁹. Para o caso brasileiro, basta, por ora, lembrar o crescente número de publicações e de decisões jurisdicionais sobre o tema. No plano judicial, o destaque, dado o enfoque do presente texto, fica com o STF, que tem produzido muitas decisões aplicando a noção de um mínimo existencial a vários tipos de situações envolvendo diversos direitos fundamentais³⁰.

É preciso frisar, por outro lado, que, também no que diz com o conteúdo do assim designado mínimo existencial existe uma gama variada de posicionamentos no que diz com as possibilidades e limites da atuação do Poder Judiciário nesta seara, de tal sorte que tal temática aqui não será especificamente examinada. De outra parte, mesmo que não se possa adentrar em detalhes, firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Nesse sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável³¹. Assim, a despeito de se endossar uma fundamentação do mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, há que encarar com certa reserva (pelo menos nos termos em que foi formulada) a distinção acima referida entre um mínimo existencial fisiológico e um mínimo sociocultural, notadamente

²⁸ V. especialmente COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2003, apresentando e comentando um expressivo elenco de casos envolvendo os direitos sociais e o mínimo existencial não limitado à experiência da Argentina.

²⁹ Inventariando e comentando a jurisprudência constitucional da Colômbia, v. ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta (Dir.). *Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, in: Estudos Ocasionales CIJUS, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

³⁰ V. aqui, entre outras (portanto, em caráter meramente ilustrativo) a decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello (Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS, publicada no DJU em 24.11.2000), onde restou consignado – igualmente em hipótese que versava sobre o fornecimento de medicamentos pelo estado (no caso, paciente portador de HIV) que a saúde é direito público subjetivo não podendo ser reduzido à “promessa constitucional inseqüente”. Entre muitos outros julgados que poderiam ser colacionados, v. a paradigmática decisão monocrática do STF proferida na ADPF nº 45, igualmente da lavra do Ministro Celso de Mello, afirmando – embora não tenha havido julgamento do mérito – a dimensão política da jurisdição constitucional e a possibilidade de controle judicial de políticas públicas quando se cuidar especialmente da implementação da garantia do mínimo existencial. Mais recentemente, v. a STA 241/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 10.10.08 (direito à educação, sufragada por decisões posteriores) e STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.10 (direito à saúde), bem como, por último, pela sua relevância, as decisões sobre o benefício de assistência social (LOAS), julgadas em 18.04.2013 (RE 567.985 – Mato Grosso, Relator Min. Marco Aurélio, Relator do Acórdão, Ministro Gilmar Mendes) e em 18.04.2013 (Reclamação 4.374 – Pernambuco, Relator Ministro Gilmar Mendes).

³¹ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang, “*Dignidade da Pessoa Humana,...*”, op. cit., pp. 59-60.

pelo fato de que uma eventual limitação do núcleo essencial do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, no sentido de uma garantia apenas das condições materiais mínimas que impedem seja colocada em risco a própria sobrevivência do indivíduo, poderá servir de pretexto para a redução do mínimo existencial precisamente a um mínimo meramente “vital” (de garantia da mera sobrevivência física), embora não se possa negar a possível relevância da distinção quando se trata de assegurar - com alguma racionalidade e capacidade de universalização – esferas de proteção do mínimo existencial, tal qual ocorre com outros direitos fundamentais.

De outra parte, até mesmo a diferença entre o conteúdo do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, que, a despeito dos importantes pontos de contato, não se confundem³², poderá vir a ser negligenciada. Convém destacar, ainda nesta quadra, que a dignidade implica uma dimensão sociocultural e que é igualmente considerada como carente de respeito e promoção pelos órgãos estatais,³³ razão pela qual, prestações básicas em matéria de direitos e deveres culturais (notadamente no caso da educação fundamental e destinada a assegurar uma efetiva possibilidade de integração social, econômica, cultural e política ao indivíduo), mas também o acesso a alguma forma de lazer, estariam sempre incluídas no mínimo existencial, o que também corresponde, em termos gerais, ao entendimento consolidado na esfera da doutrina brasileira sobre o tema, tal como já sinalizado.

Dito isso, o que importa, nesta quadra, é a percepção – consagrada na evolução jurídico-constitucional alemã e em diversos outros lugares - de que o direito a um mínimo existencial independe de expressa previsão no texto constitucional para poder ser reconhecido, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Mas é precisamente o caso de países como o Brasil (o mesmo se verifica em outros Estados Constitucionais que asseguram um conjunto de direitos fundamentais sociais no plano constitucional) que revelam o quanto a relação entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais nem sempre é clara e o

³² Sobre esta temática, remetemos igualmente ao nosso “Dignidade...,” p. 88-89, assim como, de modo especial, ao ensaio de KLOEPFER, Michael. “Vida e dignidade da pessoa humana”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 153 e ss.

³³ V. por todos HÄBERLE, Peter. “A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, op. cit., especialmente p. 116 e ss.

quanto tal relação apresenta aspectos carentes de maior reflexão, a começar pela própria necessidade de se recorrer à noção de mínimo existencial quando o leque de direitos sociais cobre todas as suas possíveis manifestações³⁴.

A exemplo do que ocorre com a dignidade da pessoa humana, que não pode ser pura e simplesmente manejada como categoria substitutiva dos direitos fundamentais em espécie, também o mínimo existencial, mesmo quando se cuida de uma ordem constitucional que consagra um conjunto de direitos sociais, não pode (ou, pelo menos, não deve) ser considerado como inteiramente fungível no que diz com sua relação com os direitos sociais, de modo a guardar uma parcial e sempre relativa autonomia, que lhe é assegurada precisamente pela sua conexão com a dignidade da pessoa humana. Qual o grau possível de autonomia (no sentido de um objeto e âmbito de proteção próprio) de um direito ao mínimo existencial na CF de 1988, que contempla todos os direitos sociais que usualmente são de algum modo relacionados ao mínimo existencial (há que considerar que nem todas as constituições que consagram direitos sociais o fazem com tanta amplitude como a nossa) é ponto que poderia merecer maior atenção, embora não seja aqui o momento próprio.

Tanto do ponto de vista teórico, quanto de uma perspectiva prática, a relação entre o mínimo existencial e os diversos direitos sociais tem sido marcada por uma doutrina e jurisprudência que em boa medida dão suporte à tese de que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade³⁵. Tal entendimento, conquanto possa ter a (aparente) virtude de auxiliar na definição do conteúdo essencial dos direitos sociais, notadamente quanto ao recorte dos aspectos subtraídos a intervenções restritivas dos órgãos estatais e mesmo vinculativas dos particulares, não evita a perda de autonomia dos direitos fundamentais sociais, pois se o núcleo essencial dos direitos e o mínimo existencial se confundem em toda a sua extensão, então a própria fundamentalidade dos direitos sociais estaria reduzida ao seu conteúdo em mínimo existencial, o que, aliás, encontra adesão por parte de

³⁴ Ao versar sobre da relação entre direitos sociais e econômicos e o conteúdo do mínimo existencial, ver HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

³⁵ Cf., por exemplo, seguindo esta linha argumentativa, MARTINS, Patrícia do Couto V. A. “A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico”, in: GARCIA, Emerson. (Coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 412 e ss., referindo-se, todavia, à noção de necessidades básicas como núcleo essencial dos direitos sociais (noção esta similar a de um mínimo existencial), núcleo este blindado contra medidas de cunho retrocessivo.

importante doutrina, que, inclusive, chega, em alguns casos, a adotar tal critério como fator de distinção entre os direitos fundamentais e os demais direitos sociais, que, naquilo que vão além do mínimo existencial³⁶, não seriam sequer direitos fundamentais, posição esta que seguimos refutando, sem que, contudo, aqui se possa avançar na questão. Apenas para registrar o nosso ponto de vista, direitos fundamentais (o que se aplica também aos direitos sociais) são todos aqueles como tais consagrados na CF, dotados regime-jurídico especial e reforçado que lhes foi também atribuído pela ordem constitucional.

É nessa perspectiva que (o que se registra para espancar qualquer dúvida a respeito) comungamos do entendimento de que todos os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial, núcleo este que, por outro lado, não se confunde com seu conteúdo em dignidade da pessoa humana (ou, no caso dos direitos sociais, com o mínimo existencial), embora em maior ou menor medida, a depender do direito em causa, um conteúdo em dignidade humana e/ou uma conexão com o mínimo existencial se faça presente, do que não apenas podem, como devem, ser extraídas conseqüências para a proteção e promoção dos direitos fundamentais³⁷.

No caso da CF, diferentemente da Alemanha, onde inexitem direitos sociais típicos no catálogo constitucional, os direitos sociais não apenas foram consagrados como direitos fundamentais, quanto o foram de forma generosa em termos quantitativos (basta uma mirada sobre o amplo de direitos sociais (saúde, educação, moradia, alimentação, previdência, assistência social, trabalho, proteção da criança e do adolescente, do idoso, da maternidade), o caráter subsidiário da garantia do mínimo existencial (na condição de direito autônomo) é de ser sublinhado. Por outro lado, desde que não se incorra na tentação (já que os argumentos nesse sentido são sedutores) de cancelar a identificação total entre o núcleo essencial dos direitos sociais e o mínimo existencial, a noção de um mínimo existencial, tal como já demonstra também a evolução doutrinária e jurisprudencial brasileira, opera como relevante critério material (embora não exclusivo) para a interpretação do conteúdo dos direitos sociais, bem como para a decisão (que em muitos casos envolve um juízo de ponderação) a respeito do quanto em prestações sociais deve ser assegurado mesmo contra as opções do legislador e do administrador, mas também no âmbito da revisão de decisões judiciais nessa seara. Por outro lado, precisamente no âmbito de tal processo decisório (que envolve o controle das opções legislativas e administrativas) não se deve perder de vista a circunstância de que, *quando for o caso*, o que se poderia designar de um “conteúdo existencial” não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, lazer, etc.) não dispensando,

³⁶ Esta, por exemplo, a posição advogada por TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 40-3; 53-4.

³⁷ Trilhando o mesmo caminho, ou seja, adotando a tese da distinção entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais (inclusive sociais), v. , por último, LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. “Mínimo Existencial versus Mínimo Vital...”, op. cit., p. 547 e ss.

portanto, a necessária contextualização em cada oportunidade que se pretender extrair alguma conseqüência jurídica concreta em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana.

Esta linha de entendimento, como se depreende de uma série de julgados, parece estar sendo privilegiada pelo STF, muito embora nem sempre este se tenha posicionado com clareza sobre a relação entre o núcleo essencial dos direitos sociais e o mínimo existencial, especialmente quanto ao fato de se tratar, ou não, de categorias fungíveis. De qualquer modo, impende sublinhar que no que diz com a orientação adotada pelo STF, os direitos sociais e o mínimo existencial exigem sejam consideradas as peculiaridades do caso de cada pessoa, visto que se cuida de direitos que assumem uma dimensão individual e coletiva, que não se exclui reciprocamente, cabendo ao poder público assegurar, pena de violação da proibição de proteção insuficiente, pelo menos as prestações sociais que dizem respeito ao mínimo existencial³⁸.

Ainda sobre a relação entre o mínimo existencial e os direitos sociais, convém lembrar que mesmo tendo sido expressamente previstos no texto constitucional, os direitos sociais, a despeito de sua direta aplicabilidade na condição de normas de direitos fundamentais (no sentido de que os órgãos judiciais podem aplicar tais normas ainda que não tenham sido objeto de regulamentação legislativa), dependem em grande medida de uma concretização pelo legislador e pela administração pública, portanto, de uma teia complexa e dinâmica de atos legislativos, atos normativos do poder executivo, de políticas públicas, etc. A determinação do núcleo essencial dos direitos sociais implica a consideração de tal normativa que, na esfera infraconstitucional, dá conteúdo e vida aos direitos sociais, mas também aos demais direitos fundamentais, ainda mais quando o texto constitucional nada ou pouco diz sobre o conteúdo do direito, como se verifica no caso dos direitos à moradia, alimentação e lazer, pois no caso dos direitos à saúde, educação, previdência e assistência social, assim como no caso da proteção do trabalhador, a própria CF apresenta algumas diretrizes que vinculam positiva e negativamente os atores estatais. No âmbito de uma proibição de retrocesso, por exemplo, o que em geral está em causa não é a supressão do direito do texto constitucional, mas a redução ou supressão (de alguma maneira) de prestações sociais já disponibilizadas na esfera das políticas públicas, que, portanto, não podem ser artificialmente excluídas do processo de decisão judicial e das considerações sobre o quanto integram, ou não, o conteúdo essencial do direito. Não é à toa que autores do porte de um Gomes Canotilho de há muito sustentam que o núcleo essencial legislativamente concretizado de um direito social constitucionalmente consagrado opera como verdadeiro direito de defesa contra a sua supressão ou restrição

³⁸ Cf., paradigmaticamente, na decisão proferida na STA 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.2010.

arbitrária e desproporcional, ainda mais quando inexistem outros meios para assegurar tal conteúdo essencial³⁹.

Por derradeiro, situando-nos, ainda, na esfera da compreensão da fundamentação jurídico-constitucional e do conteúdo de um direito (garantia) ao mínimo existencial, importa sublinhar a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas (direitos subjetivos) negativos e positivos correspondentes ao mínimo existencial⁴⁰, o que evidentemente não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluïrem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial,⁴¹ lembrando que no caso brasileiro os direitos sociais, ainda mais considerando a inserção dos direitos à moradia e à alimentação, em termos gerais cobrem os aspectos usualmente reconduzidos a um mínimo existencial, o que, mais uma vez, comprova que a noção de mínimo existencial exige um tratamento diferenciado de lugar para lugar, especialmente quando se trata de ordens constitucionais com ou sem direitos fundamentais sociais.

3 - O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA CONCRETIZAÇÃO NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

À vista do exposto e buscando identificar algumas conexões entre os diversos segmentos da presente contribuição, notadamente para o efeito de enfatizar o vínculo entre direitos fundamentais, mínimo existencial e justiça constitucional, resulta evidente que o reconhecimento de um direito (garantia) ao mínimo existencial, seja numa

³⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339-40.

⁴⁰ É preciso destacar posição doutrinária que não concorda com a abertura do conceito de mínimo existencial, pois entende que, ao permitir ao interprete da norma o preenchimento, de acordo com o caso concreto, do conteúdo desse direito fundamental, ocasiona prejuízo a sua operacionalidade funcional. Conforme essa visão, um conteúdo delimitado de mínimo existencial impede que toda e qualquer prestação estatal voltada à satisfação de um direito social possa nele se vincular e, por conseguinte, crie obstáculos para potencializar a exigibilidade imediata da parcela dos direitos econômicos e sociais essencial à garantia de uma vida minimamente digna (rol constitucional preferencial) na medida em que se aproxima da sua função principal de erradicar a pobreza e a marginalização. Sobre o tema, HACHEM, Daniel Wunder. op. cit.

⁴¹ É precisamente neste sentido que compreendemos a proposta de Barcellos, Ana Paula, op. cit., p. 247 e ss., ao incluir no mínimo existencial a garantia da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça, pena de fecharmos de modo constitucionalmente ilegítimo (ou, pelo menos, problemático) o acesso à satisfação de necessidades essenciais, mas que não estejam propriamente vinculadas (pelo menos, não de forma direta) às demandas colacionadas pela autora.

perspectiva mais restrita (mais próxima ou equivalente a um mínimo vital ou mínimo fisiológico), seja na dimensão mais ampla, de um mínimo existencial que também cobre a inserção social e a participação na vida política e cultura (o que em termos gerais corresponde à concepção dominante na Alemanha, Brasil e mesmo na Colômbia), constitui ao mesmo tempo condição para a democracia (ainda mais na esfera de um Estado Social de Direito) e limite desta mesma democracia.

Ao operar, especialmente no âmbito de atuação da assim chamada jurisdição constitucional, como limite ao legislador, implicando inclusive a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade material de ato legislativo (como, de resto, de qualquer ato do poder público), o direito a um mínimo existencial se integra, no contexto do Estado Constitucional, ao conjunto do que já se designou de “trunfos” contra a maioria⁴², pois se trata de algo subtraído – em alguma medida – à livre disposição dos poderes constituídos, inclusive ao legislador democraticamente legitimado.

Por outro lado, também no que diz com o mínimo existencial, é perceptível que procedimentalismo e substantivismo não são necessariamente inconciliáveis⁴³, muito antes pelo contrário, podem operar de modo a se reforçarem reciprocamente, assegurando assim uma espécie de concordância prática (Hesse) entre as exigências do princípio democrático e a garantia e promoção dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando em causa as condições materiais mínimas para uma vida condigna.

⁴² Nesse sentido, na esteira das já consideradas clássicas observações de DWORKIN, Ronald (v na obra tomando a sério os direitos, *Taking Rights Seriously*), v. , no âmbito da doutrina alemã, ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª. Ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, quando aborda a formação da vontade estatal e, em síntese, aponta conexão e tensão entre direitos fundamentais e princípio democrático (p. 498-99), e, na literatura em língua portuguesa, inclusive com particular referência aos direitos sociais, NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, em especial p. 319 e ss.

⁴³ Na literatura nacional, explorando as diversas facetas da problemática, inclusive da legitimidade da jurisdição constitucional, v. dentre tantos, os excelentes estudos de SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 (do mesmo autor, v., ainda *Hermenêutica Jurídica e (m) Debate. O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007), STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006 (do mesmo autor v. *Verdade e Consenso*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, bem como *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2013; CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, com destaque para as contribuições do próprio Marcelo Cattoni e de Menelick de Carvalho Neto; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Robert Alexy*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça Constitucional e Democracia na América Latina*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

Um exemplo digno de atenção, extraído da experiência dinâmica da jurisdição constitucional, é o da já referida decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (09.02.2010), onde, a despeito de retomada a noção de que toda e qualquer pessoa é titular de um direito (subjeto) às condições materiais mínimas para que possa fruir de uma vida com dignidade, merece ser sublinhada a manifestação do Tribunal no sentido de que ao legislador é deferida uma margem considerável de ação na definição da natureza das prestações estatais que servem ao mínimo existencial, mas também dos critérios para tal definição. Por outro lado, tal liberdade de conformação encontra seus limites precisamente na própria garantia do mínimo existencial, de tal sorte que nesta mesma decisão o Tribunal Constitucional veio a declarar a inconstitucionalidade parcial da legislação submetida ao seu crivo. Entre as diretrizes estabelecidas pelo Tribunal, está a de que para a definição do conteúdo das prestações exigíveis por parte do cidadão, o legislador está obrigado a avaliar de modo responsável e transparente, mediante um procedimento controlável e baseado em dados confiáveis e critérios de cálculo claros, a extensão concreta das prestações vinculadas ao mínimo existencial.

A deferência para com o legislador (e, portanto, para com o órgão legitimado pela via da representação popular), todavia não acaba por aí. Com efeito, reiterando decisões anteriores, o Tribunal – mediante exercício do assim chamado *judicial self restraint*⁴⁴, acabou não pronunciando a nulidade dos dispositivos legais tidos por ofensivos ao mínimo existencial constitucionalmente garantido e exigido, mas assinou prazo ao legislador para que ele próprio, no âmbito do processo político e democrático, venha a providenciar nos ajustes necessários, corrigindo sua própria obra e adequando-a aos parâmetros constitucionais. É claro que também a tradição alemã, ainda que sejam poucos os casos concretos onde se utilizou do expediente do apelo ao legislador, igualmente demonstra a seriedade com a qual a decisão do Tribunal Constitucional é recebida pelos órgãos legislativos (sem prejuízo de fortes críticas), de tal sorte que em todos os casos o legislador – embora lançando mão da sua liberdade de conformação – correspondeu aos apelos e revisou suas opções anteriores, ou mesmo, nos casos de omissão, editou a regulamentação exigida pelo Tribunal Constitucional.

Aliás, também aqui a trajetória inicial (acima descrita, inclusive com menção às decisões judiciais superiores) do reconhecimento da garantia do mínimo existencial já se manifestara fecunda, visto que foi precisamente a falta de previsão legislativa de uma prestação estatal destinada a assegurar uma vida condigna a quem não dispõe de recursos próprios, que motivou fosse acessada a jurisdição constitucional, designadamente para impulsionar o legislador a inserir tais prestações na codificação social alemã.

Tal linha de ação, mediante a qual a Corte Constitucional não fulmina (pelo menos

⁴⁴ Sobre o tema, v., entre nós, especialmente MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

num primeiro momento) de nulidade o regramento legislativo, não é desconhecida no Brasil e já foi utilizada em algumas ocasiões. Destaca-se, nesse contexto, especialmente pelo fato de se tratar de decisão que envolveu a noção de mínimo existencial (razão de sua referência e do paralelo com a decisão alemã), a recente decisão do STF sobre o benefício de assistência social e a forma de sua regulamentação pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Sem que se vá adentrar o mérito propriamente dito da questão, que já vem ocupando doutrina e jurisprudência há muito tempo (lembre-se que o STF havia declarado a constitucionalidade do dispositivo legal impugnado⁴⁵), o que aqui se pretende sublinhar é que também nesse caso o STF, reconhecendo a inadequação constitucional dos critérios legais – por violação também e especialmente da garantia de um mínimo existencial – acabou não aplicando a sanção da nulidade.

Com efeito – fazendo inclusive referência expressa ao julgado do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 09.02.2010 (Hartz IV) – o STF, por maioria, reconheceu a existência de um processo gradual inconstitucionalização do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS), desembocando, na decisão ora referida, na declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, sem, contudo, pronunciar de imediato a sua nulidade, porém mantendo-o em vigor até 31.12.2014, de modo a permitir – num prazo razoável - ao Poder Legislativo (e também ao Poder Executivo, no âmbito de seu poder regulamentar e das respectivas políticas públicas de assistência social) a adoção das medidas necessárias ao ajuste da situação tida como contrária à Constituição Federal⁴⁶.

A despeito da manutenção, em caráter substancial e como regra praticada pelo Tribunal alemão e pelo STF, das premissas acima colacionadas, merece referência, pela sua estreita vinculação com o tema e levando em conta a diversa postura adotada pela Corte, a mais recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha envolvendo o mínimo existencial. Nesse caso, julgado em 18.07.12, o Tribunal, para além de reafirmar em termos gerais o que já foi objeto de referência logo acima, designadamente quanto ao conceito e conteúdo do mínimo existencial, também declarou a incompatibilidade com a Lei Fundamental (no caso, com o direito e garantia ao mínimo existencial e com a dignidade da pessoa humana), da legislação que, desde 1993, não atualizou o valor do benefício assistencial em espécie alcançado a estrangeiros que estão solicitando asilo na Alemanha, ordenando ao Legislador que, em caráter praticamente imediato, corrigisse tal estado de coisas.

Mas o Tribunal – e aqui reside a novidade da decisão – foi além, elaborando regra de transição e determinando que, enquanto não efetivada a alteração legal, fosse pago, a título de prestação social, valor previsto e calculado de acordo com critérios legais já existentes no código de proteção social, aplicáveis à hipótese em caráter precário. Tal

⁴⁵ V. julgamento da ADI 1.232, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão Ministro Nelson Jobim, DJ de 01.06.2001.

⁴⁶ Cf. Reclamação 4.374 – Pernambuco, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 18.04.2013.

decisão, embora no caso alemão se trate de uma prestação social e no brasileiro do exercício de um direito de liberdade, guarda forte relação com a técnica decisória utilizada pelo STF quando da alteração de sua posição sobre o direito de greve dos servidores públicos, proferida em sede de Mandado de Injunção, ocasião na qual a Suprema Corte brasileira, à míngua de legislação específica, tal como previsto na CF, determinou fosse aplicada (sem prejuízo de ajustes promovidos caso a caso pelo Poder Judiciário, de modo a proteger interesses e direitos conflitantes) a legislação em vigor para a greve na esfera da iniciativa privada.

Se ambas as decisões (do Tribunal Constitucional Federal e do STF) podem ser enquadradas como representando um elevado grau de intervenção judicial na esfera de atuação do Poder Legislativo, reconduzidas, portanto, ao que se designa de uma “postura ativista”, o mesmo não ocorre – como já sumariamente demonstrado, nos outros dois casos, julgados pelos mesmos Tribunais (Hartz IV e LOAS), os quais já demonstram a existência de um caminho alternativo menos “invasivo”, se é que é legítimo considerar as decisões referidas como efetivamente invasivas (em termos de relação entre os órgãos estatais), pois a Jurisdição Constitucional operou em face de um quadro - respeitadas as diferenças entre os casos e suas respectivas circunstâncias! – de manifesta e prolongada omissão legislativa e à vista dos graves problemas daí decorrentes. Em todas as situações, ademais, os respectivos Tribunais não deixaram de frisar que a tarefa de estabelecer em caráter definitivo o valor da prestação (caso alemão) ou a regulação do exercício da greve dos servidores públicos (caso brasileiro) - e mesmo os ajustes dos critérios estabelecidos pela LOAS - é do Poder Legislativo, cabendo à Jurisdição Constitucional um papel eminentemente corretivo e indutivo.

O quanto tal caminho se revela produtivo para o caso brasileiro, seja no que diz com a definição do mínimo existencial (abarcando a definição de seu conteúdo e das respectivas conseqüências jurídicas) seja quanto ao modo de atuação da Jurisdição Constitucional nessa seara, ainda está longe de ser satisfatoriamente equacionado⁴⁷. A prática decisória dos tribunais brasileiros, especialmente, para o que nos interessa de perto neste texto, no âmbito do STF, revela que se trata de tema em fase de expansão qualitativa e quantitativa, mas que exige uma especial consideração do modelo constitucional brasileiro e do respectivo contexto social, econômico e político, além da construção de uma dogmática constitucionalmente adequada e que esteja em harmonia com os demais direitos fundamentais. Aliás, é precisamente nessa seara que os desafios são

⁴⁷ Sobre esse ponto, cf. HACHEM, Daniel Wunder. op. cit., ao destacar que, embora existam avanços no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro no sentido de estabelecer um consenso quanto à estrutura normativa do mínimo existencial como *direito definitivo*, não se pode aduzir a mesma conclusão em relação ao seu conteúdo e sua função como critério de justiciabilidade de direitos econômicos e sociais em face da, ainda, existente indefinição sobre a postura doutrinária a ser adotada de forma majoritária por aquela Corte.

particularmente prementes, pois, consoante já referido, sem prejuízo de seu relevante papel para a compreensão e efetivação dos direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial não deveria pura e simplesmente assumir lugar de tais direitos.

Por outro lado, um rápido olhar sobre o direito comparado – com destaque para o caso da Alemanha - revela que nem sempre (o que por si só não é necessariamente negativo ou mesmo positivo) os órgãos da jurisdição constitucional brasileira são sensíveis aos limites da própria noção de mínimo existencial na nossa própria ordem constitucional. Igualmente não muito bem digerida e manejada entre nós, pelo menos em diversos casos, é a idéia de que o mínimo existencial encontra-se sempre subtraído à disposição dos poderes constituídos e que a definição de seu conteúdo em definitivo é tarefa cometida à Jurisdição Constitucional.

Ainda que a situação no Brasil seja diferente, nunca é demais lembrar que, na Alemanha, a própria definição do conteúdo do mínimo existencial é deferida em regra e em primeiríssima linha ao legislador, que, além do mais, deve estabelecer critérios claros, universais e isonômicos, embora simultaneamente deva (como ficou bem assentado na relativamente recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, acima referida) a legislação preservar as circunstâncias pessoais de cada indivíduo titular do direito, pois diferentes as necessidades de cada um. Salvo em casos excepcionais, também é verdade que o Tribunal Constitucional da Alemanha não substituiu as opções do legislador pela sua própria, o que se verifica mesmo no caso da atualização do valor do benefício pago aos requerentes de asilo, onde foi aplicado critério previsto na legislação, em caráter provisório, tendo sido apelado ao legislador para a edição de nova lei para o efeito de fixar o valor corrigido do benefício.

Tudo isso somado, outra observação se impõe pela sua atualidade e relevância não apenas para o presente tema mas outros temas correlatos, qual seja, o das assim chamadas decisões ou medidas de caráter estruturante, na esfera das quais os Tribunais – em se tratando de direitos sociais a prestações – geralmente não deferem pedidos na condição de direitos subjetivos individuais (ou mesmo coletivamente) de modo direto, mas de modo mais ou menos enfático e detalhado apontam determinados caminhos e medidas que devem ser levadas a efeito pelos atores estatais, seja na esfera legislativa, seja nas esferas de atuação do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

É preciso lembrar, ademais disso, que inexiste um modelo fechado de formatação de decisões do tipo estruturante (as decisões é que impõe determinadas medidas, essa uma das razões de preferirmos o termo decisões!), que podem assumir dimensão mais ou menos complexa conciliando um ou mais provimentos jurisdicionais de natureza distinta.

Isso já é possível identificar a partir dos exemplos colacionados. Com efeito, no caso das decisões alemãs, além de se utilizar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade (Caso Hartz IV), o TC apelou ao Poder Legislativo assinando prazo para a correção dos aspectos tidos como inconstitucionais,

sem prejuízo das outras medidas estabelecidas pelo Tribunal. Mais invasiva – e mesmo assim deferindo prazo ao Poder Legislativo para a correção de acordo com critérios deliberados democraticamente pelo Parlamento, tendo o Tribunal determinado uma solução de caráter provisório.

Se no caso da Alemanha nesses casos (e já houve outros anteriores envolvendo o mínimo existencial) a tradição é de um respeito recíproco entre as Instituições, o Parlamento tem levado a sério os apelos do TC, atendendo-os em geral até mesmo no prazo assinado. Isso, contudo, não é o caso brasileiro, onde em geral nem o Legislativo e nem o Poder Executivo tem dado cumprimento às decisões dessa natureza e mesmo os órgãos da jurisdição ordinária opõe, a depender do caso, resistência.

Nesse mesmo contexto assume relevo o papel do Tribunal Constitucional da Colômbia, que já emitiu algumas decisões que podem ser enquadradas como sendo estruturantes. Dentre tais decisões, calha invocar o acórdão nº 760 de 31 de julho de 2008 na qual o TCC reuniu diversos casos a partir de situações e problemas distintos e proferiu uma sentença objetivando uma resposta única, mas individualizada, a respeito dos graves problemas enfrentados pelo sistema de saúde colombiano⁴⁸. O que chama a atenção, no

⁴⁸ Sentencia T-760/2008 proferida em 31 de julho de 2008. Corte Constitucional Colombiana. Disponível em :< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>>. Acesso em 02 de maio de 2017. Essa decisão no ordenamento jurídico colombiano na Lei nº 100/1993 e na Lei nº 1.122/2007, assim como em decisões anteriores do próprio tribunal relacionadas à área do direito à saúde. Nessa decisão, a referida Corte reuniu 22 (vinte e duas) ações individuais que versavam sobre violações recorrentes do direito à saúde relativas a problemas estruturais existentes nos diferentes níveis do sistema de saúde público colombiano causados por falhas na sua regulação, o que, por conseguinte, gerou a necessidade de a Corte promover medidas estruturantes, além das individuais. A Corte, então, proferiu 32 (trinta e duas) ordens, compreendendo da 01 a 16 aquelas que resolviam os casos individuais de negativa de acesso ou restrições indevidas aos serviços de saúde coberto pelo Plano de Saúde Obrigatório – POS (ações ou omissões violadoras do direito à saúde pelo Poder Público); e da 17 a 32 aquelas com natureza estruturante, pois buscavam solucionar problemas regulatórios no sistema de saúde colombiano a fim de reduzir as demandas judiciais que tratavam de direito à saúde. Nessa linha, a Corte considerou que existia uma questão jurídica geral relativa à violação pelo Poder Público dos deveres jurídicos constitucionais de respeitar, proteger e concretizar o direito fundamental à saúde. Por conseguinte, a Corte ordenou ao Poder Público a alteração das regras sobre o POS – Plano de Saúde Obrigatório, de modo a atualizá-las e aprimorá-las, bem como para promover a unificação dos planos de cobertura de saúde. Um dos pontos relevantes refere-se à mencionada decisão ter tutelado os serviços incluídos, como os não incluídos nos planos de saúde, desde que a pessoa não tenha condições econômicas de acessá-los, estabelecendo, nesse sentido, alguns critérios, tais como: se há ameaça ao direito à vida de quem o requer, se não pode ser substituído por outro do plano obrigatório, impossibilidade do requerente custeá-lo e se fora prescrito por médico vinculado à entidade que prestará o serviço. Assim, a referida decisão ocasionou os seguintes efeitos à esfera individual e estruturantes: a) determinou que as 22 pessoas recebessem uma indenização pelas violações específicas do direito à saúde e b) determinou a alocação de recursos financeiros para melhorar a prestação de serviços de saúde ofertado pelo citado POS, de tal sorte que 1000 novos procedimentos na área de saúde imprescindíveis à conservação da vida e da dignidade humana fossem incorporados gradativamente, bem como para melhorar a supervisão e avaliação dos serviços de saúde prestados por empresas privadas. Ademais, a Corte determinou ao Ministério de Proteção Social que assegurasse a cobertura universal do Sistema de

caso, é o fato de que a sentença do TCC abarca tanto a imposição de medidas estruturantes quanto a solução de casos individuais, dando conta que uma forma de demandar e decidir não exclui a outra, pelo contrário, a complementa e reforça.

Note-se que decisões do tipo estruturante pressupõe respeito pelas decisões e vontade política de atender as medidas exercendo as competências constitucionais para tal efeito. Sem isso as medidas estruturantes perdem sua possível eficácia e perdem sua relevância e legitimidade, cuidando-se de meros apelos que na melhor das hipóteses podem gerar um constrangimento e a necessidade de alguma justificação pelos demais atores estatais. Basta que se examine o mais recente caso das decisões do STF a respeito do lamentável estado do sistema penitenciário, decisão na qual foram determinadas diversas medidas, para que se perceba o quanto isso é realidade⁴⁹.

Além disso, medidas estruturantes não podem substituir a litigância individual assim como as respectivas decisões, cuidando-se de um processo de recíproca complementação e reforço. Em especial onde a omissão legislativa e administrativa é aguda e prolongada – o que no Brasil tem sido frequente – decisões estruturantes servem para assegurar uma solução unitária e mais sistêmica, mas precisamente em virtude da resistência em relação ao seu cumprimento espontâneo não podem afastar demandas pontuais para correção dos problemas mais emergenciais existentes.

Por outro lado, em termos comparativos o recurso às decisões estruturantes parece mais viável (consideradas as ressalvas já formuladas) no caso brasileiro, inclusive em virtude do caráter analítico da CF e do fato de contemplar direitos sociais, do que nos Estados Unidos da América. Aliás, no ambiente estadunidense são raras as decisões da Suprema Corte que podem realmente serem chamadas de estruturantes, em particular os casos mais frequentemente citados *Brown vs. Board of Education* e o caso *Roe vs. Wade*.

Decisão tipicamente estruturante foi, contudo, a decisão proferida pela Suprema

Seguridade em Saúde antes da data estabelecida na Lei nº 1122/2007, cabendo a prestação de informações periódicas àquele tribunal e à Defensoria Pública sobre os avanços no cumprimento dessa meta. A Corte, além de reafirmar a saúde como um direito fundamental naquele Estado, ao considerar que o acesso aos serviços de saúde deve ocorrer de forma oportuna, universal e efetiva, corrigiu os erros estruturais que ocasionavam uma limitação no acesso aos serviços de saúde e afastou o argumento de inviabilidade financeira para os gastos nessa área social. Nesse sentido, ver FUHRMANN, Italo. Direito fundamental à saúde na Colômbia: perspectivas constitucionais a partir da jurisprudência da Corte Constitucional da República da Colômbia. In: *Revista eletrônica Direito e Sociedade*, vol. 04, n. 02, nov. /2016. Canoas: Ed. Unilasalle. Disponível em: < <http://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes>>. Acesso em 02 de maio de 2017.

⁴⁹ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347 MC*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015. Publicado em 19/02/2016. No caso da Colômbia, ressalte-se a decisão da Corte Constitucional colombiana: Sentencia T-153/1998, em que esse tribunal reconheceu a existência do “estado de coisas inconstitucional” e, por conseguinte, determinou medidas estruturantes para combatê-lo. Cf. Sentencia T-153, proferida em 28 de abril de 1998. Corte Constitucional Colombiana. Disponível em :< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em 02 de maio de 2017

Corte no caso dos presídios superlotados da Califórnia⁵⁰, que guarda relação mais próxima com os casos submetidos ao STF e onde foram proferidas decisões do tipo estruturante, quais sejam, entre outros, os casos da demarcação das terras indígenas no estado de Roraima (caso “Raposa terra do sol”) e, mais recentemente, o caso já referido do sistema penitenciário brasileiro, muito embora em ambos até o presente momento falte muito para a realização das medidas.

Além disso, é questionável a afirmação de que as decisões estruturantes devem ser privilegiadas pelo fato de evitarem dispersão, de inibirem a litigância individual, de assegurarem uma decisão politicamente legitimada, etc. O caso brasileiro bem o demonstra, bastando aqui invocar o caso da greve dos servidores públicos assim como o caso do sistema prisional desumano e degradante que predomina no Brasil.

Acrescente-se a isso que a depender do conteúdo da decisão estruturante (e das respectivas medidas) o “tiro pode sair pela culatra”, em particular quando as medidas não forem atendidas de modo razoável, mas de modo mais especial ainda quando as medidas intervêm de modo muito mais incisivo na esfera de atribuição dos demais órgãos estatais, inclusive ditando o que o Legislativo e o Executivo devem fazer (e retirando-lhes a convencional autonomia e independência funcional quanto a tal ponto), ademais de em alguns casos pretenderem inclusive impor o quê e mesmo o como fazer. .

De qualquer modo, há como apoiar o entendimento de que tais decisões podem ser de grande utilidade para uma série de situações, em especial onde a constituição contempla um conjunto expressivo de direitos sociais e de direitos a prestações em geral. Mas, ao contrário de ações e decisões individualizadas, que até podem gerar disfunções sistêmicas, ações do tipo estruturante podem carecer de efetiva implantação e podem colidir de modo muito mais significativo com os princípios democrático, da separação de poderes e com o princípio do Estado Social, designadamente quando as medidas estruturantes determinadas pelo Poder Judiciário envolverem o como a medida deve ser levada a efeito pelos atores estatais, em especial o Executivo e o Legislativo. Nesse caso, a Jurisdição Constitucional não estaria apenas a corrigir, anular e exigir políticas públicas, mas de fato elaborando, ao menos em parte, a própria política.

Por isso, reitere-se, que ações do tipo estruturante demandam um mínimo grau de respeito pelos demais órgãos estatais e viabilidade de sua execução. Além disso, ações individuais e decisões convencionais seguem operativas em muitos casos, razão pela qual se propõe uma cultura de complementação e reforço recíproco.

Nessa perspectiva – a despeito das críticas já tecidas em relação às reais possibilidades de decisões estruturantes – é possível concordar com Marco Jobim quando propõe “as medidas coercitivas, como o pagamento de multa, prisão civil por

⁵⁰Cf. Supreme Court USA. *Brown, Governor of California, et al X Plata et al. N. 09-1233*. Julgado em maio de 2011. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>> Acesso em 02 de maio de 2017.

descumprimento de ordem judicial e a questão dos interventores, poderão ser admitidas no bojo da sentença normativa se menos conservador for o Supremo Tribunal Federal, ou, não o sendo, por delegação, para os demais órgãos judiciários, o que trará, conseqüentemente, um novo modelo de Juiz ao Poder Judiciário”⁵¹.

Conquanto se possa concordar com essa ideia em termos gerais, que poderá assegurar um papel possível e importante (ainda que limitado e não exclusivo) às decisões estruturantes no Brasil, há que verificar e avaliar quais as medidas coercitivas que de fato são legítimas do ponto de vista jurídico ou, mesmo o sendo nessa perspectiva, adequadas do ponto de vista prático a ensejar seja alcançado o seu objetivo.

Muito embora também concordemos com as críticas endereçadas por Marco Jobim à decisão sobre a proscricção da prisão civil, tema sobre o qual já escrevi há muito tempo, considerando equivocada a exclusão de qualquer possibilidade de prisão civil quando não se trata de típica prisão por dívida ou com base em disposição contratual (essas sim vedadas pelo direito internacional dos direitos humanos), há que ocorrer uma mudança de orientação por parte do STF para viabilizar a utilização desse meio coercitivo.

O pagamento de multa aplicada aos órgãos estatais tem sido medida em geral ineficaz ou ao menos de adequação duvidosa, pois além de esbarrar em resistência ao seu cumprimento (eventualmente superável por bloqueio de recursos públicos), implica em mais uma esfera de oneração do mesmo contribuinte-cidadão que carece de proteção pelo Estado, ainda mais na esfera de prestações indispensáveis à salvaguarda do mínimo existencial, restando saber de onde serão retirados tais recursos e quais as rubricas que serão impactadas com isso. Aplicar a multa diretamente aos gestores, legisladores e mesmo Magistrados que descumprirem as medidas determinadas pelos órgãos judiciários superiores, com destaque para o STF, igualmente se revela como problemático do ponto do princípio (constitucional e fundamental!) da legalidade, ademais das dificuldades (jurídicas e práticas) de se identificar quem pode ser responsabilizado, ainda mais no plano do Poder Legislativo, onde há regras constitucionais e legais próprias sobre o processo legislativo, sua iniciativa, deliberação e aprovação.

A figura mais apropriada, bem referida por Marco Jobim, seria a de um monitoramento constante, mediante um plano de ação, muito embora – e aqui novamente uma sugestão – a figura de interventores como tal não se revela adequada, ainda que se trate apenas de uma terminologia, pois de intervenção não se trata, mas sim – e aqui uma proposta complementar – de agentes designados pelos Tribunais responsáveis pela decisão, mediante acompanhamento de representantes do Ministério Público e de experts da sociedade civil (com competência técnica específica) para verificar o cumprimento das medidas, mediante um sistema de pareceres e relatórios periódicos (a exemplo do que

⁵¹ Cf. JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 203.

ocorre com o monitoramento pelos órgãos internacionais – e respectivos comitês - do cumprimento dos padrões mínimos estabelecidos).

Além disso, para evitar um efeito efetivamente interventivo de elaboração judicial da própria política, quem deveria apresentar um plano de ação factível e devidamente estruturado e justificado (por exemplo, para a ampliação da rede de atendimento no acesso a creches públicas, como ocorreu em caso emblemático julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo⁵²) são os demais órgãos estatais, em especial a administração pública e se for o caso em articulação com os órgãos legislativos, plano este que, de modo dialógico – no sentido aqui de um autêntico diálogo institucional e não um discurso de via única – seria homologado pelo órgão judiciário que emitiu a decisão.

4 - Considerações finais

À vista de todo o exposto, é possível afirmar que para o efeito de uma efetivação do assim chamado direito a um mínimo existencial, na articulação com os diversos direitos sociais, necessário desde logo atentar para uma adequada compreensão do sentido e alcance de tal direito e dos seus efetivos pontos de contato com os direitos sociais, preservando sua (relativa) autonomia e concretizando de modo fundamentado e a partir de critérios vinculados a cada domínio específico (saúde, educação, moradia, etc.) o seu âmbito de proteção e respectivo núcleo essencial.

Já no campo processual, no que diz com a atuação dos órgãos do Poder Judiciário, há que ter presente que o direito a um mínimo existencial, assim como os direitos sociais, são - em primeira linha - direitos de titularidade individual, ainda que simultaneamente

⁵² Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 0150735-64.2008.8.26.0002*. Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Valter de Almeida Guilherme. Julgado em 16/12/2013. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em maio de 2017. No referido acórdão, após tentativas conciliatórias frustradas e realização de audiência pública com participação de entidades da sociedade civil e representantes do Poder Público, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou ao Município de São Paulo que criasse, entre os anos de 2014 e 2016, 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade. Para tanto, a Corte determinou que o Município criasse um plano para expansão dessa rede educacional voltado a realizar os parâmetros de qualidade previstos na legislação nacional e pelos Conselhos Nacional e Municipal de Educação, bem como determinou que a Coordenadoria de Infância do referido tribunal monitorasse a implementação desse plano juntamente com representantes do Ministério Público, Defensoria Pública, entes da sociedade civil envolvidos com a questão, dentre outras entidades. Nesse sentido, Vieira destaca que essa decisão, ao se preocupar em ofertar caminhos para sua realização prática e, portanto, ao possuir natureza gerencial e experimental, representou uma inovadora solução para tornar efetivas decisões relativas à concretização de direitos sociais que envolvem determinação de executar de políticas públicas no Brasil. Assim, o mencionado acórdão, na visão do autor, compreende um exemplo de como afastar os complexos desafios inerentes ao controle de políticas públicas realizado pelo Judiciário brasileiro sob uma forma do que optou por denominar *experimentalismo judicial*. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Experimentalismo judicial*. In: *Jornal Folha de São Paulo*. Artigo publicado em 03/05/2014. São Paulo.

tenham uma forte dimensão transindividual, em especial no que diz com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais⁵³.

Isso não quer dizer que a litigância em Juízo tenha de ocorrer por meio de ações individuais, embora tal possibilidade não possa e nem deva ser afastada, mas sim que preferencialmente o caminho escolhido seja o de demandas coletivas ou, no campo da jurisdição constitucional (no controle difuso e incidental e controle concentrado) por meio de decisões vinculativas com efeitos gerais pelo STF, bem como, quando se revelar adequado ao propósito, de decisões do tipo estruturante.

No caso da utilização de decisões que imponham medidas de caráter estruturante, por sua vez, imperiosa – pena de esvaziar tais decisões e mesmo deslegitimar o órgão judiciário – que tais decisões indiquem os problemas a corrigir, mas transfiram a decisão de como proceder a correção aos demais órgãos constitucional e legalmente competentes para tanto, mediante a apresentação devidamente coordenada e deliberada, de um plano factível e justificado de ação.

Além disso, em vez de medidas coercitivas - que apenas deveriam ser utilizadas em caso excepcional de não cumprimento e ainda assim de forma compatível com a constituição e dotadas viabilidade prática – criar um sistema funcionalmente operativo (e tecnicamente qualificado) de monitoramento de perfil dialógico e representativo dos interesses e interessados envolvidos no processo.

Por outro lado, convém ressaltar que aqui se privilegiou a discussão em torno de um possível papel das decisões do tipo estruturante na esfera do exercício da Jurisdição Constitucional, no caso, pelo STF. Com isso não se está afastar, muito antes pelo contrário, a possibilidade de (a exemplo do que ocorreu no caso das creches julgado pelo TJSP) de manejar de modo produtivo- e com mais alternativas quantitativas e qualitativas - tais decisões em sede de ações coletivas, o que, contudo, aqui não poderá ser desenvolvido⁵⁴.

De todo modo, longe de esgotar aqui as possibilidades e manifestando a nossa simpatia por um recurso cauteloso e complementar às decisões de caráter estruturante, o que se buscou aqui foi manter um diálogo crítico e propor mais algumas questões para a reflexão e discussão sobre tão delicado e mesmo complexo tema. Cientes de que ainda (e isso não é de longe “privilégio” do Brasil) se está distante de construir um modelo sólido e operativo de efetivação dos direitos fundamentais, aqui com foco no direito ao mínimo existencial, o que se busca - ao invés de apostar em modelos de intervenção - é privilegiar

⁵³ Sobre o tema, sugere-se a leitura do nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 319 e seg.

⁵⁴ Sobre o tópico v. ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso 10 maio 2017.

fórmulas dialógicas (até mesmo recorrendo à conciliação e mediação) e que impliquem menor resistência por parte dos atores envolvidos, ao mesmo tempo assegurando inclusive maior legitimidade aos órgãos judiciários quando ao modo de decidir.

Além disso, o manejo adequado das decisões judiciais do tipo estruturante poderá então colaborar efetivamente para inibir uma litigância errática e individualizada, ademais de contribuir para uma cultura de diálogo e – o que segue sendo uma das principais carências – de respeito institucional, ademais dos efeitos de racionalização, organização do processo e da sua efetividade.

Proteger y integrar a los niños vulnerables a través de la música: la experiencia del Conservatorio del Valle de Juruá⁵⁵

Hugo Barbosa Torquato Ferreira⁵⁶
Iverson Rodrigo Monteiro Cerqueira Bueno⁵⁷

1. Las funciones sociales del Poder Judicial, del Ministerio Público y de las Fuerzas Armadas en el sistema legal brasileño y su papel en la protección de la dignidad humana.
2. La posibilidad legal de donar montos incautados en procesos penales a proyectos sociales en el sistema brasileño.
3. La realidad socioeconómica actual del norte de Brasil.
4. La experiencia de Cruzeiro do Sul y los resultados obtenidos con la musicalización de los niños.
5. Iniciativas sociales gubernamentales, integración de grupos vulnerables y facilitación del acceso a la justicia y los servicios estatales.
6. Bibliografía.

⁵⁵ Este texto integra o livro “**Reglas de Brasilia: justicia para reducir las desigualdades sociales**”, de dezembro de 2020, coordenado por Janet Tello Gilardi e Carlos Calderón Puertas, magistrados da Suprema Corte do Peru e membros da Comissão Permanente de Acesso à Justiça de Pessoas em condição de Vulnerabilidade e Justiça na Comunidade. ISBN: : 978-612-4484-11-7, depósito na Biblioteca Nacional do Peru: 2020-09473. Acesso à integra da obra: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cf1bd000411cefa7bf5abf5aa55ef1d3/Reglas+de+Brasilia+justicia+para+reducir+las+desigualdades+sociales+publicaci%C3%B3n+web.pdf?MOD=AJPERES>

⁵⁶ Juez. Máster en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad Clásica de Lisboa. MBA en Gestión Pública, con énfasis en control externo, por la Facultad Internacional de Curitiba. Publicaciones principales: FERREIRA, HUGO BARBOSA TORQUATO.; David, Ivana. **Comentários à Lei 12.850/2013** In: Leis Penais Comentadas. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018, v.1, p. 167-189. FERREIRA, HUGO BARBOSA TORQUATO. **Prova em vídeo: noções gerais, limites de admissibilidade, lesão eventual a direitos de personalidade e aproveitamento excepcional da videogravação ilicitamente obtida**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Ano 3 (2014), nº 10, páginas 7765-7816 / ISSN: 2182-7567.

⁵⁷ Fiscal. Coordinador del Conservatorio del Valle de Juruá. Fue profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad Federal de Acre. Responsable de la implementación del Instituto Médico Legal (IML) en Vale do Juruá, la construcción de la nueva sede del Centro Integrado de Operaciones de Seguridad Pública, la implementación del sistema de monitoreo de cámaras en Cruzeiro do Sul y la reestructuración de la prisión para mujeres. Es titular de la Fiscalía Especializada de Defensa Ambiental de la Cuenca del Río Juruá, con atribuciones también para Protección del Consumidor, Vivienda y Urbanismo, Registros Públicos, Patrimonio Histórico y Cultural y Familia.

1. Las funciones sociales del Poder Judicial, del Ministerio Público y de las Fuerzas Armadas en el sistema legal brasileño y su papel en la protección de la dignidad humana.

La estructuración normativa de la función social de una determinada entidad pública consiste en el establecimiento de directrices destinadas a permitir la igualdad entre las personas y el consiguiente fomento de la solidaridad y la protección de la dignidad⁵⁸.

En la antigüedad, la noción de dignidad estaba relacionada con la posición social ocupada por el individuo y el reconocimiento social alcanzado. Fue a partir de los sofistas⁵⁹, y más tarde de los estoicos, que se comenzó a concebir un ideal de dignidad innata.

En el siglo XV, Giovanni Pico della Mirandola, en una postura antropocentrista típica del período renacentista, reforzó un ideal de valorización del hombre⁶⁰, que encontró apoyo, en el siglo XVIII, en las conclusiones de Immanuel Kant, para quien el

⁵⁸ Rachel Dorneles aclara muy bien que “a função social, no âmbito do direito, consiste no estabelecimento de diretrizes pelo ordenamento público destinadas a limitar os institutos individualistas e, em contrapartida, viabilizar a efetivação de real igualdade entre as pessoas, não só formal, mas também material, ou, pelo menos, diminuir as desigualdades entre classes, permitindo às pessoas viverem com um mínimo de dignidade, garantindo, concomitantemente, a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, e a partir daí permitindo se alcance o desenvolvimento nacional, o que não beneficia só a uma classe – por mais necessitada que seja – mas a sociedade como um todo”. DORNELES, Raquel. A função social dos contratos e o novo Código Civil. Rev. Santa Cruz do Sul: Direito, n. 21, p. 29.

⁵⁹ El reflejo de Alquidam es muy relevante, para quien la naturaleza “hizo a todos los hombres iguales en dignidad y derechos, fue la ley de la ciudad la que consideró a algunas personas como dueños y otras como esclavos.”

⁶⁰ “Ó Asclépio, que portento de milagre é o homem! [...] é o mensageiro da criação, o parente de seres superiores, o rei das criaturas inferiores, o intérprete da natureza inteira pela agudeza dos sentidos, pela inquirição da mente e pela luz do intelecto; [...]. Decretou o ótimo Artífice que àquele ao qual nada de próprio pudiera dar, tivesse como privativo tudo quanto fora partilhado por cada um dos demais. Tomou então o homem, essa obra de tipo indefinido e, tendo-o colocado no centro do universo, falou lhe nestes termos: “A ti, ó Adão, não te temos dado nem uma sede determinada [...] As outras criaturas já foram prefixadas em sua constituição pelas leis por nós estatuídas. Tu, porém, não estás coarctado por amarra nenhuma. Antes, pela decisão do arbítrio, em cujas mãos depositéi, há de predeterminar a tua compleição pessoal. Eu te coloquei no centro do mundo, a fim de poderes inspeccionar, daí, de todos os lados, da maneira mais cômoda, tudo que existe. Não te fizemos nem celeste nem terreno, mortal ou imortal, de modo que assim, tu por ti mesmo qual modelador e escultor da própria imagem segundo tua preferência e, por conseguinte, para tua glória possas retratar a forma que gostarias de ostentar [...]”. Ó suprema liberalidade de Deus Pai, ó suma e maravilhosa beatitude do homem! A ele foi dado possuir o que escolhesse; ser o que quisesse.”. MIRANDOLLA, Pico Della. A dignidade do homem. São Paulo: Escala, 2012, p. 37-40.

hombre " como todo ser racional existe como fin en sí mismo, no solamente como medio para el uso arbitrario de esta o aquella voluntad"^{61 62 63}.

Pero fue solo en el siglo XX que la dignidad humana llegó a tener una previsión normativa, como en la Constitución de Weimar (1919)⁶⁴, la Constitución portuguesa (1933)⁶⁵ y la Constitución irlandesa (1937)⁶⁶.

⁶¹ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 1995, p.68.

⁶² “A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só se pode encontrar em seres racionais. Ora aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o fim (Zweck), e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes.”. Lisboa: Edições 70, 1995, p.67.

⁶³ “[...] o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas acções é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio e é um objecto do respeito.”. KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 1995, p.68.

⁶⁴ Fünfter Abschnitt. Das Wirtschaftsleben.

Artikel 151. Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern.

⁶⁵ Artigo 6º

Incumbe ao Estado:

(...)

3º - Zelar pela melhoria de condições das classes sociais mais desfavorecidas, obstando a que aquelas desçam abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente.

⁶⁶ Preamble

In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred, We, the people of Éire, Humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, Who sustained our fathers through centuries of trial, Gratefully remembering their heroic and unremitting struggle to regain the rightful independence of our Nation, And seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations, Do hereby adopt, enact, and give to ourselves this Constitution.

Después de la Segunda Guerra Mundial, varias otras constituciones comenzaron a abordar la protección de la dignidad humana, especialmente después de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)^{67 68 69 70}.

En Brasil, la dignidad de la persona humana es uno de los cinco fundamentos de la República, como se expresa en el primer artículo del texto constitucional⁷¹. Por lo tanto, es un principio que guía toda la estructura del estado, incluidos los Jueces y los Fiscales.

En el sistema brasileño, los magistrados judiciales son elegidos por licitación pública y por nombramiento. En cualquier caso, están garantizados para poder ejercer su cargo público permanentemente⁷², que los hace responsables no solo de la aplicación de

⁶⁷ “Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

⁶⁸ Artigo 1

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

⁶⁹ Artigo 22

Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

⁷⁰ Artigo 23

I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

⁷¹ Constituição

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

⁷² Constituição

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

la ley, sino también de la preservación a largo plazo de la estabilidad del sistema y el desarrollo social. Por lo tanto, actúan como agentes políticos no partidistas y deben estar absolutamente atentos a las transformaciones y necesidades de la sociedad⁷³.

Se asigna un papel similar al Ministerio Público en el sistema legal brasileño. Sus miembros disfrutan de las mismas garantías que el poder judicial y, por determinación constitucional, deben garantizar los intereses sociales e individuales no disponibles⁷⁴.

A diferencia del Poder Judicial y el Ministerio Público, la función normativa básica de las fuerzas armadas es la defensa de la patria⁷⁵. Sin embargo, como alternativa, son responsables de la cooperación con el desarrollo nacional⁷⁶. En su contexto tradicional de relaciones de paz con otros pueblos, el ejército brasileño es conocido internamente por el lema "brazo fuerte, mano amiga" y ha participado en importantes iniciativas de asistencia social y desarrollo.

2. La posibilidad legal de donar montos incautados en procesos penales a proyectos sociales en el sistema brasileño.

Desde 2012, la ley brasileña tiene reglas muy completas con respecto a la asignación a proyectos sociales de cantidades incautadas por orden judicial.

Estos son valores derivados de movimientos financieros de origen criminal o montos pagados como multa impuesta como una condena penal. Dichos valores, cuando no estén destinados a la víctima o sus dependientes, deben ser utilizados por entidades

⁷³ Oriana Piske defende que “o juiz, como agente político (não partidário), deve estar atento às transformações do mundo moderno, ao aplicar o Direito, valorando os aspectos sociais, políticos e econômicos dos fatos que lhe são submetidos”. PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 43.

⁷⁴ Constituição:
Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁷⁵ Constituição:
Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

⁷⁶ Lei Complementar 97/99
Art. 16. Cabe às Forças Armadas, como atribuição subsidiária geral, cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, na forma determinada pelo Presidente da República.

con fines sociales o para actividades esenciales para la seguridad pública, la educación y la salud, que aborden áreas de naturaleza social relevante⁷⁷.

El análisis de los proyectos a contemplar será responsabilidad del Juez de la unidad judicial responsable de la ejecución de la sanción o medida alternativa⁷⁸.

Este sistema ha estimulado el desarrollo de iniciativas útiles y creativas en todo Brasil, manteniendo al poder judicial consciente de las necesidades sociales y de la amplitud de su capacidad de intervenir en la ejecución de proyectos altamente relevantes.

Los recursos financieros manejados son expresivos, rigurosamente supervisados y han proporcionado resultados sorprendentes.

Entre miles de proyectos importantes totalmente financiados con fondos asignados por el Poder Judicial, debe resaltarse la construcción de un Hospital Psiquiátrico en la ciudad de Campo Grande (Mato Grosso do Sul), la construcción del Centro de Detención Provisional de Apodi (Río Grande do Norte), reestructuración de la prisión de Jason Soares Albergaria en São Joaquim de Bicas (Minas Gerais), construcción de la unidad APAC en Varginha (Minas Gerais), construcción de una agencia de salud para transfusiones de sangre en la ciudad de Iúna (Espírito Santo) y la construcción de un nuevo edificio del Centro Integrado de Operaciones de Seguridad Pública (CIOSP), con monitoreo concurrente de cámaras públicas y detenidos del régimen semiabierto en Cruzeiro do Sul (Acre).

3. La realidad socioeconómica actual del norte de Brasil.

La región norte es la más grande de las cinco regiones brasileñas y ocupa más del 40% (cuarenta por ciento) del territorio nacional, con una extensión similar a la de la

⁷⁷ Resolução CNJ Nº 154/2012:

Art. 2º Os valores depositados, referidos no art. 1º, quando não destinados à vítima ou aos seus dependentes, serão, preferencialmente, destinados à entidade pública ou privada com finalidade social, previamente conveniada, ou para atividades de caráter essencial à segurança pública, educação e saúde, desde que estas atendam às áreas vitais de relevante cunho social, a critério da unidade gestora.

⁷⁸ Resolução CNJ Nº 154/2012:

Art. 1º Adotar como política institucional do Poder Judiciário, na execução da pena de prestação pecuniária, o recolhimento dos valores pagos em conta judicial vinculada à unidade gestora, com movimentação apenas por meio de alvará judicial, vedado o recolhimento em cartório ou secretaria.

Parágrafo único. A unidade gestora, assim entendida o juízo da execução da pena ou medida alternativa de prestação pecuniária, deverá encaminhar para a instituição financeira estadual ou federal, os dados do processo – número da autuação, comarca, vara e nome do réu – para depósito judicial, que será feito pelo apenado, na forma e periodicidade fixada na sentença, se mais de uma prestação, e cujos valores somente poderão ser movimentados por alvará judicial.

Unión Europea. Tiene el segundo IDH (índice de desarrollo humano) más bajo en Brasil, solo por detrás de la región noreste.

Se encuentra en la región geoeconómica de la Amazonía, que solo después de la Segunda Guerra Mundial se convirtió en parte del proceso de desarrollo nacional, cuyo asentamiento tuvo la contribución de la creación del Instituto Nacional de Investigación del Amazonas (INPA), la Superintendencia de Desarrollo del Amazonas (SUDAM) y la Zona Libre de Manaus.

El producto interno bruto de la región norte representa un poco más del 5% del PIB brasileño. Por otro lado, las tasas de fertilidad (hijos por mujer) son las más altas del país.

Seis de los siete estados del norte limitan con otros países. En ausencia de políticas eficientes de integración internacional, terminan causando y sufriendo problemas con la delincuencia transnacional, con una parte importante de sus jóvenes cooptados por organizaciones criminales.

En este escenario, los desafíos para reducir la propagación de la delincuencia y crear alternativas sostenibles para el futuro de la juventud son inmensos.

La ciudad de Cruzeiro do Sul, en el estado de Acre, cubre parte del área del Parque Nacional Serra do Divisor. Ubicada en la parte occidental de la selva amazónica y habitada por varias aldeas indígenas, es una ciudad caracterizada por una gran biodiversidad, pero carente de desarrollo económico y sin perspectivas de creación de empleo a corto y mediano plazo. Es la segunda ciudad más grande del estado de Acre, en el extremo oeste de Brasil, y actualmente cuenta con más de 100.000 habitantes que abarcan ciudades vecinas a las que solo se puede acceder en barco o en avioneta.

Cruzeiro do Sul sigue siendo parte de una de las principales rutas utilizadas por los narcotraficantes y durante algunos años ha estado sufriendo la acción de organizaciones criminales que operan internacionalmente, siendo los constantes asesinatos por la disputa de territorios y la facilidad de entrada de drogas en Brasil, situación mejorada por el complejidad de la selva amazónica y la ausencia de una política pública eficiente para la protección fronteriza.

La continua afluencia de narcóticos ha llevado a un aumento significativo de los usuarios de drogas en la ciudad, especialmente los adolescentes, que son especialmente vulnerables a la cooptación por parte de organizaciones criminales.

El trabajo desarrollado por el Conservatorio Musical de Vale do Juruá, además de sacar a estos niños de las calles, permite su educación cultural, musical y profesionalización, así como también inculcar principios importantes como la jerarquía, la disciplina y el trabajo grupal.

4. La experiencia de Cruzeiro do Sul y los resultados obtenidos con la musicalización de los niños.

El objetivo de la creación del Conservatorio de Música de Cruzeiro do Sul fue introducir a los niños y adolescentes necesitados al mundo de la música de una manera relajada y agradable, ejecutando un programa de educación musical que promueva la formación, la construcción de la ciudadanía, el rescate de los valores culturales, el descubrimiento de talento y profesionalización. Además, tiene como objetivo integrar la música en el proceso interdisciplinario, con el objetivo de permitir la reducción de las diferencias, contribuyendo a la inclusión social de los niños y adolescentes de la comunidad Cruzeiro do Sul-Acre.

A través del contacto con la música, los estudiantes están aprendiendo a vivir mejor con los demás, estableciendo un diálogo más armonioso, fomentando las relaciones interpersonales y desarrollando un sentido de colaboración y respeto mutuo. La música hace posible trabajar con contenido y conceptos de una manera lúdica, agudizando el uso de la imaginación por la fantasía, haciendo que todo el proceso de aprendizaje sea más agradable y natural.

También es bien sabido que el estudio de la música estimula áreas del cerebro no desarrolladas por otros idiomas, como la escritura y el lenguaje oral, y que trabaja en cualidades como la sensibilidad, la concentración y la memoria, aportando beneficios al proceso de aprendizaje, así como al pensamiento matemático.

La metodología es llevada a cabo por la Fiscalía del Estado de Acre y el Ejército de Brasil, mejorada a través de la asociación con la Sociedad Eunice Weaver de Cruzeiro do Sul - "Educandário" - y el Poder Judicial del Estado de Acre, con el fiscal Iverson Bueno como coordinador.

Cada uno de estos socios realiza acciones relacionadas con las metas y objetivos propuestos en el proyecto y cada entidad tiene personas y trabajos relacionados con el tema de la música, promoviendo la sostenibilidad del trabajo.

El Conservatorio Musical también cuenta con el inestimable apoyo del Poder Legislativo, La Prefectura Municipal y varios empresarios de la región.

Unos 400 niños y adolescentes se benefician directamente de este trabajo, participando en la orquesta, el coro y las conferencias (aprendizaje musical y lectura de partituras) y prácticas. Aunque el Conservatorio ha estado operando por menos de tres años, los niños del coro y la orquesta ya realizan óperas en inglés y latín.

Hoy, el coro tiene alrededor de 100 niños y adolescentes, 70% mujeres, un porcentaje que también contribuye a la valorización de las mujeres y refuerza la percepción de su importancia social.

Los objetivos generales de este trabajo son:

- Permitir mecanismos para que nuestros jóvenes amplíen su conocimiento del mundo, desarrollando sensibilidad y creatividad a través del contacto con el lenguaje artístico-musical;
- Formación del carácter del ciudadano, capaz de contribuir activamente a los cambios socioculturales necesarios para la construcción de una sociedad ética e intelectualmente digna;
- Estructuración de la Orquesta Sinfónica del Estado de Acre, culturalmente ecléctica, con la unión de varios instrumentos musicales, incluidos los indígenas y promoviendo las culturas mixtas como una forma de reducir los prejuicios y promover el intercambio de conocimientos.

Los objetivos específicos son:

- Introducir música, primero a través de la teoría musical y luego a través de sus instrumentos.
- Mejorar la cultura y el arte musical.
- Guía sobre la idoneidad y el uso de instrumentos musicales;
- Proporcionar desarrollo de conocimiento;
- Estimular el desarrollo de concentración, atención y memoria;
- Proporcionar a los estudiantes conocimiento personal, disciplina, dedicación, sensibilidad, trabajo en equipo, respeto y compañía;
- Crear oportunidades culturales para los estudiantes, reduciendo su tiempo de inactividad.
- Desarrollar la autoestima y la autoconfianza de los estudiantes, desencadenada por el desarrollo de su capacidad para leer partituras y tocar instrumentos musicales;
- Mantenga a los niños y adolescentes alejados de las actividades delictivas;
- Anime a los niños y adolescentes a permanecer en la escuela y mejorar su rendimiento escolar;

- Reducir la violencia doméstica en los hogares de niños y adolescentes, buscando la mediación de conflictos y la armonía familiar, y también alentando a los padres a controlar la educación de sus hijos;

- Fomentar la igualdad de género y étnica, fortalecer el coro de niñas en busca de respeto e inclusión social, así como valorar a los niños indígenas que forman parte del Conservatorio Musical;

- Califica profesionalmente a niños y adolescentes, dándoles la opción de trabajar como músicos en el futuro;

- Inculcar en niños y adolescentes la importancia de respetar a sus mayores, maestros y padres, en la búsqueda de una mejor relación interpersonal para su futuro éxito profesional.

5. La educación musical como recurso facilitador para el acceso a la justicia y los servicios públicos: protección de la dignidad e integración de los grupos vulnerables.

La creación del Conservatorio Musical fue el resultado de la unión de los esfuerzos de importantes órganos de la estructura estatal brasileña, que ayudaron a los niños y adolescentes del proyecto a tener contacto con las más variadas facetas de la jerarquía gubernamental.

Como resultado de tus presentaciones ante la Presidencia de la República, el Tribunal Supremo, el Comando General del Ejército, el Consejo Nacional del Servicio de Fiscalía, la Oficina del Fiscal General, la Asamblea Legislativa y el Tribunal de Justicia, a nuestros jóvenes se les ha enseñado cómo interactuar con estructuras de poder y cómo utilizar los servicios públicos en general.

6. Bibliografía.

DORNELES, Raquel. A função social dos contratos e o novo Código Civil. Rev. Santa Cruz do Sul: Direito, n. 21, p. 27-46, jan./jun. 2004.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 1995.

MIRANDOLLA, Pico Della. A dignidade do homem. São Paulo: Escala, 2012.

PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 42-50, abr./jun. 2010.

A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NOS ÂMBITOS PRISIONAL E SOCIOEDUCATIVO

*THE ROLE OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE IN THE PRISON
AND JUVENILE CORRECTION SYSTEMS*

Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro⁷⁹

Antonio Carlos de Castro Neves Tavares⁸⁰

Resumo: O presente estudo tem o propósito de expor a situação calamitosa do sistema de privação de liberdade no Brasil, tanto penal quanto socioeducativo, a qual configura um estado de coisas inconstitucional, segundo a decisão proferida no julgamento da ADPF 347⁸¹ pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A partir dessa premissa, são expostas as principais linhas de atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no combate a essa realidade, através do seu Departamento de Monitoramento e de Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). É apresentado, em seguida, o programa Fazendo Justiça e explicados os seus eixos de atuação no enfrentamento da crise carcerária, bem como destacada a importância da edição da Recomendação 62/2020 do CNJ⁸² para a contenção da pandemia de COVID-19 no ambiente de privação de liberdade. Há, ainda, a demonstração da incisiva atuação do CNJ na defesa de minorias marginalizadas no sistema carcerário nacional. Por fim, conclui-se pela relevância dos trabalhos desenvolvidos pelo DMF/CNJ para a humanização dos sistemas prisional e socioeducativo brasileiros, tendo como meta a reversão do estado de coisas inconstitucional constatado pelo STF em 2015.

⁷⁹ Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça. Supervisor do Departamento de Monitoramento e de Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra.

⁸⁰ Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-Graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado pela Universidade Estácio de Sá.

⁸¹ STF. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 18/02/2016

⁸² DJe/CNJ 65/2020, de 17/03/2020, p. 2-6.

Palavras-Chave: estado de coisas inconstitucional, Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Fazendo Justiça, Recomendação 62/2020, COVID-19, minorias.

Abstract: This study aims at providing an overview of the dire situation of the prison system in Brazil (both criminal and juvenile detention), which constitutes an “unconstitutional state of affairs,” according to a Brazilian Supreme Court judgment issued in connection with ADPF347⁸³. Based on this premise, we introduce the main activities and programs developed by the National Council of Justice (*Conselho Nacional de Justiça*, or “CNJ”) with the purpose of overcoming such reality through the work of its Department for the Monitoring and Inspection of the Criminal and Juvenile Detention Systems (*Departamento de Monitoramento e de Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas*, or “DMF”). We also explain the action plans of the “Doing Justice” program, which has the goal of tackling the crisis in the Brazilian custody system, and stress the relevance of Recommendation No. 62/2020⁸⁴, issued by the CNJ for purposes of preventing the spread of COVID-19 in Brazilian detention centers. Furthermore, we detail CNJ’s performance in the defense of marginalized minorities in the Brazilian prison system. Finally, we demonstrate the relevance of the work developed by the DMF for the humanization of the prison and juvenile detention systems in Brazil, with the goal of reverting such “unconstitutional state of affairs” noted by the Brazilian Supreme Court in its 2015 decision.

Keywords: unconstitutional state of affairs, National Council of Justice, Department for the Monitoring and Inspection of the Criminal and Juvenile Detention Systems, Doing Justice, Recommendation 62/2020, COVID-19, minorities.

⁸³ ADPF means a legal proceeding pursuant to which a plaintiff may claim noncompliance with a fundamental principle of the Brazilian Federal Constitution. This judgment was issued by the Brazilian Supreme Court and published on February 18, 2016.

⁸⁴ Published on March 17, 2020

1 Introdução

Em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 347, indicou que o modo como o Brasil trata seus presos configura um estado de coisas inconstitucional. Em agosto de 2020, no julgamento do HC 143.988⁸⁵, estendido a todas as unidades da federação, o Supremo Tribunal Federal precisou limitar a lotação das instituições de internação socioeducativa a cem por cento de sua capacidade projetada.

Em análise superficial da população privada de liberdade, o Brasil contava 232.755 presos no ano 2000. Atualmente, a população carcerária soma 702.069 pessoas, conforme dados obtidos perante o Sisdepen⁸⁶.

O quadro socioeducativo também não é alvissareiro. Conforme dados do segundo semestre de 2018, catalogados pelo Conselho Nacional do Ministério Público⁸⁷, havia aproximadamente 25 mil adolescentes e jovens, entre 12 e 21 anos, em medidas socioeducativas ativas de internação. Em números exatos, 18.086 adolescentes cumprindo medida de internação; 3.947 em internação provisória e 2.071 cumprindo medida de semiliberdade.

Apresentados esses dados singelos, considere-se que a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) não foi efetivada até os dias atuais. As casas prisionais apresentam, além de déficit de vagas, alojamento e alimentação não condizentes com a dignidade humana preceituada pelo art. 1º, III, da CRFB/1988⁸⁸; há uma baixíssima oferta de estudo e detrabalho; constata-se o tratamento indigno e desrespeitoso, em muitas casas prisionais, a familiares e amigos que visem a prestar amparo e manter os laços sociais com o preso; é dispensado tratamento desumano às presas gestantes e com filhos lactantes – o que descumpe o art. 5º, XLV, da CRFB/1988⁸⁹, o qual indica que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Esses são apenas alguns exemplos das muitas mazelas que dificultam sobremaneira a desejada e necessária

⁸⁵ STF. HC 143.988, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 03/09/2020.

⁸⁶ Fonte: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁸⁷ Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2019. Fonte: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/programas-socioeducativos_nos-estados-brasileiros.pdf. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁸⁸ CRFB/88. Art. 1º (...)

III - a dignidade da pessoa humana;

⁸⁹ CRFB/88. Art. 5º (...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

ressocialização, caracterizando o estado de coisas inconstitucional.

Nos ambientes de internação socioeducativa, além de replicados muitos dos problemas acima relatados, percebe-se que tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), como a Lei do SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei 12.594/2014) não estão sendo cumpridos.

O manejo das internações socioeducativas poderia ter sido reduzido caso houvesse fortalecimento das redes de apoio municipais, de modo a efetivar as demais medidas socioeducativas, que não necessitem de privação de liberdade, elencadas no art. 112 doECA⁹⁰.

A prioridade absoluta insculpida no art. 227 da CRFB/1988⁹¹ não foi posta em

⁹⁰ Lei 8.069/90. Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

⁹¹ CRFB/88. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

- I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
- II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

prática na seara socioeducativa. O contexto da nova Carta Constitucional, de fortalecimento dos municípios, conferiu a tais entes federativos, diante da proximidade cotidiana dos cidadãos, a competência administrativa para zelar pela adequada realização das medidas socioeducativas em meio aberto.

Ocorre que, com redes de apoio fragilizadas ou não construídas, CREAS e CRAS combalidos, diante do clamor social, o Poder Judiciário acaba por se valer da internação socioeducativa em situações que poderiam ser tratadas com maior efetividade e presença estatal na vida do adolescente, cidadão ainda em formação, em meio aberto, no seio familiar e comunitário, com frequência à escola.

Nesse contexto, a utilização maciça da internação socioeducativa desencadeou a superlotação do meio fechado. Além de faltar alojamento, alimentação, estudo e trabalho, como nos ambientes prisionais, há falta de médicos, odontólogos, professores,

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

psicólogos e assistentes sociais a conferir trato digno aos adolescentes internados, o que levou à ordem de *habeas corpus* (HC) para limitar a ocupação das casas de internação socioeducativa em cem por cento da capacidade projetada em todo o país, no bojo do HC 143.988.

Ainda que perfunctória, a exposição acima, abordando as questões prisional e socioeducativa, demonstra que houve descaso estatal com a maneira como a Administração Pública tratava – e ainda trata – os cidadãos privados de liberdade, sem que os freios e contrapesos exercidos pelos demais Poderes funcionassem adequadamente. Da mesma maneira, a sociedade pouco se importava com tais questões, tendo o problema como findo e solucionado a partir do momento em que o cidadão, preso ou internado, fosse alijado do convívio público. Não era do interesse comum o destino e o trato conferido pelo Estado àquele cidadão.

2 A atuação do Conselho Nacional de Justiça em questões de privação de liberdade

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que elencou sua competência nos parágrafos 4º e 5º do art. 103-B da CRFB/1988⁹². Instalado em junho de 2005, com o passar dos anos e o incremento das

⁹² CRFB/88. Art. 103-B (...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

- I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
- II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;
- III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;
- IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;
- V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
- VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
- VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do

suas atividades com assucessivas composições, percebeu-se que o CNJ teria atuação para além do mero controle financeiro e administrativo do Poder Judiciário.

Órgão administrativo na essência, sua capacidade de diálogo com a sociedade e os demais Poderes, de atuação como entreposto de ideias locais e propulsão nacional de caminhos e de norteamentos à atuação do Poder Judiciário em todo o Brasil, nas mais diversas matérias sob os cuidados de magistrados, servidores e oficiais de registros públicos, o CNJ assumiu papel de destaque na formulação e execução de políticas públicas fundamentais para a sociedade brasileira.

Diante da relevância do tema ora tratado, qual seja, a privação de liberdade, a atuação do CNJ nessa área foi contundente desde os primeiros anos e ganhou corpo com a criação do Departamento de Monitoramento e de Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), pela Lei 12.106/2009.

Mesmo antes, em 2008, realizou-se o primeiro mutirão carcerário, com a visita de magistrados a casas prisionais de todo o país, além de grupos de trabalho formados por magistrados e servidores, de modo a minimizar atrasos em benefícios, liberdades condicionais, progressões de regime e extinções de pena. Os mutirões carcerários se sucederam ao longo dos anos, inclusive por meio eletrônico, consolidando-se como ferramenta fundamental ao enfrentamento da superpopulação carcerária.

Já em 2009, o projeto Começar de Novo representou o primeiro olhar do CNJ para o egresso. Focou o programa, sobretudo, na importância e na necessidade de ressocialização, mediante reingresso qualificado na sociedade, visando à convivência do egresso em comunidade, de modo pacífico e produtivo. O Começar de Novo representa trabalho fundamental para a plena retomada da liberdade e foi incorporado ao projeto Fazendo Justiça, no Eixo 3, conforme será explicitado adiante.

A primeira intervenção nacional do CNJ relacionada às medidas socioeducativas foi o projeto Justiça ao Jovem, de 2012, pelo qual magistrados visitaram casas de internação socioeducativa nas cinco regiões do Brasil, avaliando suas condições e o modo como os adolescentes e jovens de até 21 anos eram tratados. Desse trabalho

Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

emergiu relatório importante, em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, que apontou o perfil do jovem internado, as deficiências comuns às casas de internação socioeducativa e as falhas do meio aberto.

Com o advento da Resolução 213/2015 do CNJ⁹³, as audiências de custódia preconizadas pelas decisões da Suprema Corte nos julgamentos da ADPF 347 e da ADI 5.240⁹⁴ foram realçadas e nacionalizadas, realizando-se o que consta do Pacto de São José da Costa Rica na forma do contato primeiro e quase imediato do cidadão preso com o Poder Judiciário. É nessa oportunidade que, avaliadas as condições sociais, biográficas, de saúde e o fato que recai imputado ao preso, o juízo pode aferir a necessidade da prisão preventiva, de medida cautelar outra, bem como a possibilidade de retomada da liberdade ambulatorial plena. Trata-se de instrumento fundamental ao Fazendo Justiça, relacionado ao Eixo 1, conforme será explicado oportunamente.

Mais duas ações foram lançadas em 2016. Os Escritórios Sociais e o Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, iniciativas integrantes do Fazendo Justiça e que serão explicitadas mais à frente.

O programa Fazendo Justiça

No final de 2018 se firmou uma parceria histórica entre o Conselho Nacional de Justiça, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Ministério da Justiça e da Segurança Pública (MJSP), por intermédio da atuação do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), com o fim de estruturar um programa para minimizar e paulatinamente reverter o estado de coisas inconstitucional na privação de liberdade.

Formatou-se, num primeiro momento, o Justiça Presente, pelo qual se iniciou o estudo e o desenvolvimento de iniciativas inerentes ao ingresso do cidadão no sistema prisional e socioeducativo, bem como a preparação para a sua saída. Levaram-se em consideração os meios necessários para o tratamento digno ao preso e seus familiares desde o primeiro contato com o sistema de justiça criminal ou infracional até o término da privação de liberdade, pavimentando-se o caminho da reinserção social e laboral, inclusive com acompanhamento externo por aparelho público próprio.

Em 2020, o Justiça Presente foi revalidado e reconfigurado como Fazendo Justiça.

Agora, o programa compreende 28 iniciativas, repartidas em quatro eixos temáticos, sendo desenvolvidas aquelas com maior eficácia, assim avaliadas em pactuações bilaterais entre o CNJ e cada um dos 27 tribunais com competência para matéria comum estadual e os cinco tribunais com competência comum federal, em

⁹³ DJe/CNJ nº 1, de 08/01/2016, p. 2-13.

⁹⁴ STF. ADI 5.240, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 29/01/2016.

planos específicos para cada unidade da federação. Ressalte-se que há também a atuação de um coordenador local para o desenvolvimento do programa e um consultor local para audiências de custódia trabalhando em cada estado e no Distrito Federal.

Explanadas as linhas gerais do programa, passa-se à indicação dos eixos do Fazendo Justiça e das iniciativas por eles abarcadas.

O Eixo 1 trata da proporcionalidade penal. Visa ao trato inicial do cidadão perante o sistema de justiça e ao controle da superpopulação carcerária, mediante fomento das alternativas penais e das medidas alternativas à prisão preventiva - efetividade da transação penal, da suspensão condicional do processo e das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP⁹⁵.

Ao Eixo 1 cabe, sobretudo, o fortalecimento das audiências de custódia, ação prevista pela Resolução nº 213/2015 do CNJ e, portanto, pregressa ao Fazendo Justiça, mas que ainda necessita de difusão de informação qualificada acerca de sua condução, parâmetros decisórios e finalidades almejadas – por todas, a prevenção e o combate à tortura e a racionalização da privação da liberdade.

Recentemente, em novembro de 2020, foram lançados os Manuais sobre Tomada de Decisão (um contendo parâmetros gerais e outro dedicado a crimes e perfis específicos), o Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia e o Manual de Prevenção e Combate à Tortura para a Audiência de Custódia. Ato contínuo, foram iniciados os Encontros de Altos Estudos sobre Audiência de Custódia, atualmente em

⁹⁵ Decreto-Lei 3.689/1941. Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
 - II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
 - III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
 - IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
 - V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
 - VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
 - VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
 - VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
 - IX - monitoração eletrônica.
- § 1o (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
§ 2o (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
§ 3o (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

curso.

O Eixo 2, voltado à seara socioeducativa, atua em todas as frentes relacionadas à privação de liberdade e sua racionalização, como no processo socioeducativo, na preservação da integridade física e psíquica de adolescentes e jovens e no encaminhamento ao trabalho e estudo.

É importante ressaltar a concretização do art. 88, V, do ECA⁹⁶ mediante a implantação dos Núcleos de Atendimento Integral (NAI). Já há diversas unidades assemelhadas em todo o país, mas a atuação central do CNJ de fomentar essa prática representará maior respeito ao adolescente e seu familiar no primeiro contato com o sistema de justiça socioeducativa. Trata-se de primeiro atendimento ao adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional por meio de atuação em rede do Poder Judiciário, Poder Executivo e todo o sistema de garantia de direitos, possibilitando, ao mesmo tempo, celeridade nos procedimentos e atuação conjunta visando a prevenir a tortura. Essa iniciativa foi concretizada através da Recomendação nº 87/2021 do CNJ⁹⁷ e de manual de qualificação profissional.

As centrais de vagas são os serviços responsáveis pela gestão e coordenação das vagas em unidades de atendimento socioeducativo. Consistem nos serviços aptos a realizar os comandos da decisão proferida no HC 143.988 do STF, alojando um adolescente por vaga socioeducativa, sem ultrapassar o limite projetado, em atuação conjunta do Poder Executivo com o Poder Judiciário e todo o sistema de justiça. A atuação do Fazendo Justiça consistiu na sua participação na elaboração da Resolução nº 367/2021 do CNJ⁹⁸ e de manual voltado à qualificação profissional.

Outra preocupação do Fazendo Justiça na seara socioeducativa é a melhoria dos sistemas de informação, a partir da modificação e ampliação de seu escopo, com o aperfeiçoamento da Resolução nº 77/2009 do CNJ⁹⁹. A proposta, em andamento, é de robustecer o Cadastro Nacional de Inspeções em Unidades e Programas Socioeducativos (CNIUPS), abarcando, além das unidades de internação socioeducativa, a semiliberdade e o meio aberto, mediante reformulação e ampliação dos modelos de relatório.

As inspeções passariam, então, a constar do Sistema Eletrônico de Tramitação de Processos de Conhecimento de Apuração de Atos Infracionais e de Execução de

⁹⁶ Lei 8.069/1990. Art. 88 (...)

V - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;

⁹⁷ DJe/CNJ nº 17/2021, de 25/01/2021, p. 16-19.

⁹⁸ DJe/CNJ nº 17/2021, de 25/01/2021, p. 5-9.

⁹⁹ DJe/CNJ nº 98/2009, de 17/06/2009, p. 2-3.

Medidas Socioeducativas (novo CNACL), que teria o propósito de conferir gestão imediata e integrada aos processos socioeducativos, compilando todas as informações numa base nacional, o que facilitaria a tomada urgente de decisões e seu cumprimento rápido e qualificado.

Outra vantagem do referido sistema seria possibilitar o acesso atualizado, imediato e público a informações acerca do contingente de jovens em medidas socioeducativas, bem como ao seu perfil e às condições das casas de internação e dos programas de meio aberto.

O trabalho específico relacionado ao adolescente e jovem que deixa a privação de liberdade no âmbito socioeducativo encontra guarida nas audiências concentradas, nos programas de acompanhamento pós-cumprimento de medida (por até um ano, mediante adesão) e no acesso a programas de profissionalização e aprendizagem.

As audiências concentradas socioeducativas conferem maior agilidade na avaliação e acompanhamento das medidas, sobretudo as de internação. Ganham força a partir de trabalho prévio à audiência de acompanhamento da medida socioeducativa, que se mantém restrita ao jovem, seus familiares, Juízo, Ministério Público e Defesa Técnica, mas subsidiada por acompanhamento individualizado e qualitativo da medida em curso, acerca das condições sociais e biográficas do jovem, objetivos atingidos no curso da medida e suas necessidades para integração ao retomar o convívio social.

Para tanto, logo após a audiência, o contato com a rede de proteção formada pelo Poder Executivo é imediato, acelerando consideravelmente o cumprimento da decisão judicial recém-proferida e possibilitando ao adolescente a retomada da liberdade ambulatorial, ainda que assistida, em tempo quase instantâneo. As principais ações do Fazendo Justiça nesse contexto consistem na participação na elaboração da Recomendação nº 98/2021 do CNJ¹⁰⁰ e de manual para qualificação profissional.

O Eixo 3, focado na cidadania, trabalha com o tratamento digno conferido ao cidadão preso, para que o tempo de privação de liberdade seja proveitoso e conducente à ressocialização, que se espera concretizada quando da retomada de liberdade.

Com o Fazendo Justiça, ganharam força os Escritórios Sociais (Resolução nº 307/2019 do CNJ¹⁰¹), criados em 2016, que ostentam ampla identificação com o Começar de Novo (2009). São equipamentos públicos, implementados até agora em diversas unidades da federação, nas quais o egresso encontrará guarida na sua reinserção social. Ali haverá apoio para atualização e emissão de documentos, encaminhamento para tratamentos de saúde e oportunidades para cursos profissionalizantes, entre outros serviços sociais. Trata-se de efetivo apoio ao egresso,

¹⁰⁰ DJe/CNJ nº 139/2021, de 28/05/2021, p. 3-6.

¹⁰¹ DJe/CNJ nº 269/2019, em 31/12/2019, p. 9-13.

potencializado pela sua versão eletrônica, o aplicativo Escritório Social Virtual, já disponível nas lojas para celulares que utilizem sistemas Android e iOS.

O Eixo 4 trata de sistemas e identificação, apoiando os três anteriores com inovações tecnológicas e sistemas voltados, sobretudo, à documentação, à execução penal eletrônica e à identificação biométrica, além do desenvolvimento do novo CNACL, já comentado acima.

O Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) integra e centraliza a gestão de processos de execução penal no país, conectando os atores de justiça criminal e catalisando o trâmite processual. Facilita a tomada de decisões, agiliza a gestão de urgências e possibilita diagnósticos nacionais, regionais e locais, de maneira a fomentar o enfrentamento às dificuldades na execução penal com muito mais eficiência, inclusive possibilitando mutirões carcerários mais qualificados e pertinentes.

O SEEU está largamente consolidado como a ferramenta nacional de execução penal. Ele já está em funcionamento em 26 tribunais com competência estadual comum, quatro com competência federal comum e em franca implantação na Justiça Eleitoral e nas Justiças Militares da União e estaduais. Em suma, o SEEU é a resposta eletrônica ao estado de coisas inconstitucional.

A identificação biométrica consiste em conferir, em âmbito nacional, estrutura permanente para identificação civil por meio biométrico e emissão de documentos civis aos cidadãos que tiverem contato com o sistema prisional, de modo a proporcionar o pleno exercício da cidadania a essas pessoas. Cuida-se de iniciativa em fase de aquisição e de distribuição de *hardware*.

Para melhor conhecimento das 28 iniciativas do Fazendo Justiça, inclusive com *folders* explicativos individualizados, recomenda-se o acesso ao endereço eletrônico <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/sobre-o-programa>.

O Fazendo Justiça é uma proposta de caminhos direcionados à reversão do estado de coisas inconstitucional que se abate há décadas sobre a privação de liberdade no Brasil. Tais caminhos não são instrumentos de solução imediata, mas meios pelos quais, paulatinamente, pretende-se atenuar a situação de superpopulação carcerária e o tratamento desproporcional, indigno e desumano conferido pelo Estado Brasileiro a seus cidadãos privados de liberdade. São caminhos que criarão raízes de dignidade e permitirão aos presos vislumbrar um futuro mais próspero no horizonte.

4. A Recomendação nº 62/2020 do CNJ e o enfrentamento à Covid-19

Ainda em meio aos primeiros casos de infecção causada pelo vírus SARS-CoV-2, o plenário do Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação nº 62/2020, por iniciativa de sua Presidência, com atuação técnica do DMF e do então projeto Justiça Presente.

Respeitada a liberdade jurisdicional de cada magistrado e tribunal, trata-se de norteamento detalhado e contundente para os meses severos que viriam em seguida. A Recomendação nº 62/2020 do CNJ foi revalidada, revista e teve sua vigência prorrogada por outros atos sucessivos. Atualmente, está em vigor a Recomendação nº 91/2021 do CNJ¹⁰², com os mesmos propósitos iniciais, mas considerando também a evolução do enfrentamento da pandemia no Brasil.

O principal propósito da Recomendação nº 62/2020 do CNJ foi incentivar a reavaliação da necessidade das prisões e internações, por meio de exame tríplice.

A primeira variável desse exame contempla as condições pessoais daquele que se encontra privado de liberdade: mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por crianças de até doze anos ou por pessoa com deficiência, bem como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou aquelas que se enquadrem no grupo de risco. É necessário aquilatar o quão vulnerável está a pessoa privada de liberdade ou o familiar bastante próximo.

A segunda variável consiste nas condições de superlotação, higiene, acomodação, alimentação e atendimento de saúde da casa prisional ou de internação socioeducativa em que se encontrar a pessoa privada de liberdade.

Por fim, considera-se a gravidade do fato, crime ou ato infracional análogo praticado, exigindo-se aqui parcimônia e prudência ao ponderar os interesses tutelados, a saber, a saúde pública e específica da pessoa, bem como a segurança pública e a proteção do bem jurídico ofendido pela prática delitiva.

O que se percebeu nos primeiros meses posteriores à recomendação, março e maio de 2020, foi a saída de 35 mil pessoas das unidades prisionais, com a adaptação do cumprimento de pena para outros formatos, como a prisão domiciliar e a monitoração eletrônica. Excluídos o regime aberto e as pessoas presas em delegacias, esse quantitativo representa 4,6% do contingente total dos sistemas prisional e socioeducativo, consistindo no maior volume de reexames de todo o período da pandemia.

É digno de nota o modo parcimonioso como os magistrados de todo o país atuaram nessa análise, tendo em vista que não houve incremento significativo na ofensa a bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, como demonstraram as estatísticas de segurança pública¹⁰³. Com prudência, fortalecidos outros meios cautelares e definitivos de resposta à infração penal e socioeducativa legalmente previstos, a recomendação foi implementada sem impacto relevante na criminalidade brasileira.

¹⁰² DJe/CNJ nº 84/2021, de 5 de abril de 2021, p. 3-6

¹⁰³ Observou-se a redução dos casos de violência doméstica, crimes sexuais e crimes contra o patrimônio, assim como o ligeiro aumento dos homicídios no período da pandemia. Fonte: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/10/violencia-criminalidade-e-pandemia.shtml>. Acesso em: 14 jun.2021.

Outra importante contribuição trazida pela Recomendação nº 62/2020 do CNJ foi a orientação para que magistrados e tribunais formassem comitês, de modo a dialogar acerca das decisões mais importantes nos âmbitos local e regional. Restou fortalecido, assim, o trabalho interinstitucional e republicano neste momento de crise sem precedente na história mundial.

A partir da Resolução nº 313/2020 do CNJ¹⁰⁴, foi prevista a prioridade do combate à Covid-19 na destinação das verbas advindas de penas pecuniárias, transações penais e suspensões condicionais de processos, o que foi replicado na Recomendação nº 91/2021.

O CNJ, com atuação preponderante do DMF e do Fazendo Justiça, vem monitorando constantemente o enfrentamento à pandemia no âmbito da privação de liberdade e, por meio de boletins quinzenais, atualiza as informações a partir do site www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19¹⁰⁵, especialmente quanto aos números de infecções, óbitos, testes, vacinas, equipamentos e destinação de recursos. Registre-se que, até agora, os recursos federais e estaduais provenientes de penas alternativas alcançaram o montante de R\$ 107,7 milhões.

A pandemia em curso se revelou um desafio enorme para o Poder Judiciário em todas as suas frentes de atuação. No que concerne à privação de liberdade, observa-se que magistrados e tribunais de todo o país se mostraram uma vez mais dedicados, denodados, parcimoniosos e conscientes de seu mister perante a sociedade.

4 A defesa de minorias nos sistemas prisional e socioeducativo

Merece destaque, outrossim, a atuação do CNJ na defesa das minorias confinadas nas casas de privação de liberdade no Brasil. Se o cárcere já é naturalmente um ambiente degradante e hostil para os presos em geral, certos grupos de pessoas mais vulneráveis e, de certa forma, invisíveis às políticas públicas prisionais, sofrem ainda mais torturas e tratamentos desumanos nesses locais. Tal situação vem demandando especial atenção do CNJ nos últimos anos, a fim de que os direitos fundamentais desses grupos vulneráveis sejam minimamente assegurados.

Exemplo de ato normativo que veio em defesa de minoria fragilizada é a Resolução nº 287/2019 do CNJ¹⁰⁶, que “estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário”. Trata-se, sem dúvida, de importante instrumento de proteção a uma população historicamente marginalizada no Brasil, que veio finalmente a dar efetividade a um

¹⁰⁴ DJe/CNJ nº 71/2020, em 19/03/2020, p. 3-5.

¹⁰⁵ Fonte: www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19. Acesso em: 14 jun 2021.

¹⁰⁶ DJe/CNJ nº 131/2019, de 2/7/2019, p. 2-3.

compromisso internacional assumido pelo país através da Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Outro ato normativo importante nessa seara é a Resolução n° 348 do CNJ¹⁰⁷, que veio a conferir maior dignidade à população LGBTI privada de liberdade e a dar cumprimento à decisão proferida pelo Min. Roberto Barroso na ADPF 527. A resolução prevê a possibilidade de o juiz determinar o cumprimento da pena em local apartado dos demais presos, mediante a autodeclaração da pessoa como integrante desse grupo vulnerável e a verificação do local mais adequado à condição declarada pelo apenado. Buscou o CNJ, assim, romper um longo ciclo de torturas, violências e humilhações sabidamente sofridos pela população LGBTI nos locais de privação de liberdade, resgatando a dignidade e a cidadania dessas pessoas.

A Resolução n° 369 do CNJ¹⁰⁸ foi editada em cumprimento às decisões proferidas pela Segunda Turma do STF no julgamento dos *habeas corpus* 143.641¹⁰⁹ e 165.704¹¹⁰. A norma regula os “procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência”. Aqui, novamente, o que se pretende é dar um viés mais humanitário à privação de liberdade, preservando-se direitos fundamentais de terceiros – crianças e deficientes – que não podem sofrer as consequências do encarceramento dos seus responsáveis, sob pena de grave ameaça à sua subsistência.

Ainda no que concerne às pessoas portadoras de deficiências, vale destacar a Recomendação n° 81/2020¹¹¹, que, novamente, veio a lume por força de determinação emanada do STF, no julgamento do HC 154.434¹¹². O ato normativo cuida dos direitos das pessoas portadoras de deficiências auditivas e visuais no âmbito das justiças criminal e da infância e juventude. Sobressai a indicação da necessidade de nomeação de intérpretes capazes de se comunicarem com essas pessoas portadoras de deficiências que prejudicam a compreensão ou a autodefesa nos diversos procedimentos criminais e socioeducativos, proporcionando-lhes uma efetiva ampla defesa.

Essas são apenas algumas das atuações do CNJ para a defesa das minorias no contexto da privação de liberdade, sem prejuízo de inúmeros outros atos normativos, decisões e projetos que já impactaram positivamente a questão da crise carcerária no Brasil. Sem prejuízo, o CNJ e, especialmente, o DMF seguem trabalhando continuamente pela melhoria das condições de encarceramento no Brasil, sempre com o olhar atento à proteção das minorias vulneráveis.

¹⁰⁷ DJe/CNJ n° 335/2020, de 15/10/2020, p. 12-17.

¹⁰⁸ DJe/CNJ n° 17/2021, de 25/01/2021, p. 12-16

¹⁰⁹ STF. HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 08/10/2018

¹¹⁰ STF. HC 165.704, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 23/02/2021

¹¹¹ DJe/CNJ n° 357/2020, de 10/11/2020, p. 2-5.

¹¹² STF. HC 154.434, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 06/09/2018.

5 Conclusão

Ainda há um longo e árduo caminho a se percorrer a fim de se obter a total reversão do estado de coisas inconstitucional constatado pelo STF em 2015, no julgamento da ADPF 347.

É preciso reconhecer, no entanto, que avançamos muito desde então e que o CNJ assumiu papel de protagonismo e liderança nessa luta por sistemas prisional e socioeducativo mais humanizados.

Com efeito, o CNJ dispõe, por força de lei, de um departamento inteiramente dedicado a essa tarefa – o DMF -, que vem sendo o motor propulsor de uma série de políticas públicas, projetos, programas e ações voltados à melhoria das condições de privação de liberdade no Brasil.

Como visto, o programa Fazendo Justiça, resultado de uma parceria inédita entre três órgãos dotados de imensa capacidade institucional (CNJ, PNUD e MJSP), veio para mudar o panorama da privação de liberdade no Brasil, levando diversas ações, políticas públicas e apoio técnico aos tribunais, a fim de incrementar seus esforços para a mitigação dessa chaga que é o encarceramento no Brasil. É a aplicação prática daquilo que o STF denominou “ativismo dialógico” no julgamento da ADPF 347: o Judiciário assumindo postura ativa para a garantia de direitos fundamentais, mas sempre dialogando e cooperando com os outros órgãos envolvidos na resolução do problema posto.

A atuação do CNJ no que concerne à defesa das minorias possui similar relevo, na medida em que pauta a atividade administrativa dos tribunais e orienta os juízes à observância de uma série de procedimentos que têm o condão de proteger grupos vulneráveis que historicamente foram invisibilizados no processo civilizatório brasileiro, ficando relegados a condições subumanas no sistema carcerário.

Conclui-se, portanto, que a contribuição do CNJ para a crescente humanização dos sistemas prisional e socioeducativo observada desde a constatação do estado de coisas inconstitucional, em 2015, é significativa, sendo o DMF uma verdadeira “fábrica de ideias”, que incessantemente trabalha pela melhoria desses sistemas no nosso país.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei 12.106, de 02 de dezembro de 2009.

BRASIL. Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012.

CNJ. COVID-19. Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas.

www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19. Acesso em: 14 jun. 2021.

CNJ. Recomendação 62/2020, DJe/CNJ n° 65/2020, de 17/03/2020, p. 2-6.

CNJ. Recomendação n° 81/2020, DJe/CNJ n° 357/2020, de 10/11/2020, p. 2-5.

CNJ. Recomendação n° 87/2021, DJe/CNJ n° 17/2021, de 25/01/2021, p. 16-19.

CNJ. Recomendação n° 91/2021, DJe/CNJ n° 84/2021, de 5 de abril de 2021, p. 3-6

CNJ. Recomendação n° 98/2021, DJe/CNJ n° 139/2021, de 28/05/2021, p. 3-6.

CNJ. Resolução n° 77/2009, DJe/CNJ n° 98/2009, de 17/06/2009, p. 2-3.

CNJ. Resolução 213/2015, DJe/CNJ n° 1, de 08/01/2016, p. 2-13.

CNJ. Resolução n° 287/2019, DJe/CNJ n° 131/2019, de 2/7/2019, p. 2-3.

CNJ. Resolução n° 307/2019, DJe/CNJ n° 269/2019, em 31/12/2019, p. 9-13.

CNJ. Resolução n° 313/2020, DJe/CNJ n° 71/2020, em 19/03/2020, p. 3-5.

CNJ. Resolução n° 348/2020, DJe/CNJ n° 335/2020, de 15/10/2020, p. 12-17.

CNJ. Resolução n° 367/2021, DJe/CNJ n° 17/2021, de 25/01/2021, p. 5-9.

CNJ. Resolução n° 369/2021, DJe/CNJ n° 17/2021, de 25/01/2021, p. 12-16.

CNMP. Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros / Conselho Nacional do Ministério Público. –

Brasília: CNMP, 2019. Fonte:

https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/programas-socioeducativos_nos-estados-brasileiros.pdf. Acesso em: 09 jun. 2021.

DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 09 jun. 2021.

Folha de São Paulo. Violência, criminalidade e pandemia.

<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/10/violencia-criminalidade-e-pandemia.shtml>. Acesso em: 14 jun. 2021.

STF. ADI 5.240, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 29/01/2016.

STF. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 18/02/2016.

STF. HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 08/10/2018. STF. HC 143.988, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 03/09/2020.

STF. HC 154.434, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 06/09/2018.

STF. HC 165.704, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 23/02/2021.

JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO COMO FERRAMENTA DE PROMOÇÃO DE JUSTIÇA

JUDICIAL DECISION UNDER A GENDER PERSPECTIVE AS A TOOL FOR THE PROMOTION OF JUSTICE

Raimundo Nonato da Costa Maia¹¹³

Resumo: O eixo norteador em que se ancorou a construção do presente artigo tem como base o estudo acerca do julgamento com perspectiva de gênero como nova política de enfrentamento aos preconceitos e paradigmas enviesados que relegaram pessoas integrantes de determinados grupos, especialmente mulheres, negros, índios, quilombolas, migrantes, dentre outros, a diversos tipos de injustiças decorrentes de um sistema jurídico/legal concebido a partir de uma sociedade patriarcal dominante, que não considerou o caráter de interseccionalidade existente num agrupamento humano plural, no qual convivem indivíduos com interesses, vontades e desejos bastante distintos.

Assim, partindo da análise de casos concretos que tramitaram na 3ª Vara Criminal de Rio Branco, local de atuação do subscritor, traça-se um breve histórico acerca do desenvolvimento desse sistema excludente na cultura dos povos em cujos países se obedece a um ordenamento constitucional minimamente sólido, propõe-se um conceito para essa nova ferramenta, demonstra-se as formas veladas e implícitas de práticas machistas e preconceituosas e conclui-se reconhecendo ser o julgamento com perspectiva de gênero uma importante e fundamental política judiciária para a evolução e a promoção do ser humano, seja ele quem for, em sua individualidade/intimidade.

Palavras-chave: Igualdade de Gênero, Interseccionalidade, Política Judiciária. Decisão judicial. Julgamento.

Abstract: This paper aims to analyze under the gender perspective the judicial decision as a policy that can confront prejudices and biased paradigms that relegated people who belong to groups, especially women, blacks, indigenous, quilombolas, migrants, among

¹¹³ Juiz de Direito titular da 3ª Vara Criminal de Rio Branco. MBA em Poder Judiciário pela FGV/Direito Rio.

others injustices arisen from a patriarchal society judicial system. This system does not consider the character of intersectionality existing in a plural human group, which does not coexist with requests, wills, and desires quite distinct.

Thus, starting from the analysis of specific cases processed in the 3rd Criminal Court of Rio Branco, where the author works, the research draws a brief history of the development of this exclusionary system in the culture of developed peoples. A concept for this new tool is proposed and demonstrates the invisible and implicit forms of sexist and discriminatory practices. Furthermore, the article concludes by recognizing that judgment with a gender perspective is an essential and judicial policy for the evolution and promotion of human beings, whoever they are, in their individuality and intimacy.

Keywords: Gender Equality, Intersectionality, Judicial Policy. Judicial decision. Judgment.

Sumário: 1. Introdução 2. Primeiro caso concreto (envolvendo mulher) 3. Segundo caso concreto (envolvendo pessoa LGBTQIA+) 4. Análise dos casos concretos sobre a perspectiva de gênero 5. Conceito de julgamento com perspectiva de gênero 6. A cultura excludente e o preconceito implícito 7. Conclusões. Referências.

1 Introdução

Partindo da análise de casos concretos de julgamentos de processos que tramitaram na 3ª Vara Criminal de Rio Branco, o presente artigo tem como escopo discorrer acerca do julgamento com perspectiva de gênero como ferramenta extremamente eficaz de busca da verdade real e promoção de justiça, além de evitar o cometimento de injustiças, se o julgamento desconsiderar a perspectiva das partes acerca de gênero, orientação sexual, etnia, crença ou origem geográfica.

Para prosseguir, é importante ressaltar que o princípio da verdade real estabelece que o julgador sempre deve buscar estar o mais próximo possível das verdades ocorridas

no fato, devendo existir sempre um sentimento de busca pela verdade quando da aplicação da pena e da apuração dos fatos.¹¹⁴

O julgamento com perspectiva de gênero se apresenta como ferramenta eficaz de promoção da justiça, lançando novas formas de enxergar as partes envolvidas em uma contenda judicial, considerando diversos aspectos que, se ignorados e/ou analisados friamente, podem conduzir o julgador a cometer injustiças difíceis de serem reparadas.

Diversos grupos sociais são historicamente integrantes de minorias que sofrem discriminações de toda ordem em uma sociedade patriarcal, machista e preconceituosa na qual estão inseridos, onde seus valores raramente são considerados, vitimando duplamente essas pessoas que já enfrentam em seu cotidiano dificuldades as quais a maioria da população nem sequer sabe dimensionar.

Se o julgador não estiver atento e aberto para entender o contexto social de quem é parte em um processo, poderá se tornar um mero carimbador de decisões destituídas de valores capazes de solucionar de forma justa as demandas e os conflitos sociais sujeitos à sua apreciação.

A partir de dois casos emblemáticos que tramitaram na unidade judiciária na qual exerce titularidade, é possível perceber claramente como o julgamento com perspectiva de gênero pode ser uma ferramenta realmente útil para a solução justa dos conflitos sociais, possibilitando ao julgador conhecer nuances até então ocultas, considerando a diversidade das pessoas envolvidas na demanda posta à apreciação.

2 Primeiro caso concreto (envolvendo mulher)

O primeiro caso exemplificado como referência diz respeito a um processo criminal, com denúncia pela prática de crime de lesão corporal no âmbito doméstico ou familiar.

As partes envolvidas eram ex-companheiros, tinham um filho de aproximadamente 2 anos, cuja guarda estava deferida à mãe, com o direito de visita ao pai regulamentado. Pelo acordo firmado, o genitor podia ficar com a criança nos finais de semana.

O interessante desse caso é que a autora do fato (lesão corporal) era a mulher, situação bastante rara, pois o normal é justamente o contrário, ou seja, que a mulher sempre apareça nos processos como vítima.

¹¹⁴ STF. **Agr. Reg. no HC 148.984**. Sergipe. 2ª Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 02/03/2018. Data da publicação: 09/08/2018. Disponível em: <https://www.institutoformula.com.br/direito-processual-penal-principio-da-verdade-real/>

Acesso em: 25 de setembro de 2021.

O que mais se verifica no dia a dia são as mulheres sofrendo todo tipo de agressões físicas, agressões verbais, violências psicológicas e uma série de outras violências, tantas que seria impossível elencá-las.

Não raras vezes as mulheres têm suas vidas ceifadas, haja vista o número cada vez maior de feminicídios cometidos no Brasil, apesar da legislação que visa proteger a mulher ter avançado de maneira bastante animadora nos últimos anos, não obstante a taxa de feminicídios tenha aumentado significativamente, conforme registrou levantamento feito pelo Ministério da Justiça no ano de 2017.¹¹⁵

Essa situação inusitada, de plano, já chamou a atenção, pois era perfeitamente possível perceber que alguma coisa estava fora de contexto, mas iniciada a instrução normal do feito, outro aspecto particular fez mais uma vez soar o alerta, ao perceber que a autora do delito era uma médica veterinária e a vítima um empresário, o que também não é muito comum nas varas criminais, pois quase sempre as partes envolvidas em demandas criminais, infelizmente, são de estratos sociais menos favorecidos, embora isso não signifique que esses crimes também não ocorram entre pessoas de classes média ou alta, mas chegam em escala bem menor às delegacias de polícia e às varas criminais.

No decorrer da instrução, foram ouvidas as testemunhas arroladas na denúncia, entre elas a própria vítima (o ex-companheiro), que discorreram acerca dos fatos, informando que a autora teria invadido a casa do ex-marido, quebrado tudo, inclusive uma motocicleta, e lesionado a vítima com diversas mordidas.

Diante desse quadro, aliado à juntada de um exame de corpo de delito da vítima, que demonstrava a existência das lesões, tudo se encaminhava para o desfecho com uma condenação sem muita dificuldade de fundamentação, haja vista a prova documental, confirmada pela prova testemunhal.

Ocorre que toda moeda tem dois lados, toda história tem duas versões, e há um velho brocardo que diz: “não haverá justiça, se existindo duas partes, apenas uma for ouvida”. Nesse contexto, então, passou-se a interrogar a acusada, não sem antes procurar obter algumas informações sobre os envolvidos, eis que todos os alertas já estavam ligados.

A suposta vítima (o ex-companheiro) media cerca de 1,80m e pesava algo em torno de 110kg e a autora das lesões (ré no processo) media menos de 1,60m e pesava 50kg. Essa simples desproporção física já demonstrava de plano uma boa possibilidade de os fatos não terem ocorrido exatamente como estavam descritos na denúncia, o que indicava dar especial atenção ao interrogatório da acusada, considerando a perspectiva do gênero

¹¹⁵ CUNHA, Carolina. **Femicídio - Brasil é o 5º país em morte violentas de mulheres no mundo.** – Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/femicidio-brasil-e-o-5-pais-em-morte-violentas-de-mulheres-no-mundo.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 25 de setembro de 2021.

feminino, historicamente vítima de agressões de maridos e companheiros, conforme frisado.

Ao ser ouvida, a suposta agressora e ré no processo relatou que ela e a vítima conviveram maritalmente por cerca de 6 (seis) anos e dessa união adveio um filho, que na época dos fatos tinha cerca de 2 (dois) anos de idade e ficava sob a guarda da mãe.

Descreveu que depois da separação, ocorrido justamente por conta de diversas agressões físicas perpetradas pelo então companheiro contra ela, sua vida teria virado um verdadeiro inferno, com perseguições constantes dele, muitas vezes seguindo seu carro e enviando mensagens dizendo que sabia onde ela estava e com quem ela estaria se encontrando, querendo assim, mesmo depois de separados, exercer controle extremo sobre a vida social da então ré.

Pois bem, no dia em que teriam ocorridos os fatos que ensejaram a propositura da ação penal contra a acusada, ela relatou ser final de semana e que o ex-companheiro teria levado a criança para ficar com ele, exercendo o seu direito de compartilhar a guarda do menor, filho do casal. A autora, então, decidiu ir para a casa de uns amigos, haja vista que o filho estaria sob os cuidados do pai e ela estaria livre.

Coincidentemente, a residência para onde a autora foi ficava perto da casa do ex-companheiro; na ocasião, tomou conhecimento de que, já em período de pandemia da Covid-19, o pai do seu filho estaria dando uma festa, com aglomeração, regada a bebidas alcoólicas e música em alto volume.

Diante dessa notícia, a ré decidiu por ir até o local para resgatar o filho daquele ambiente que ela considerou inadequado e inseguro para o infante; chegando lá, o pai do garoto estaria, segundo ela, sob efeito de bebidas alcoólicas, e disse que não permitiria que ela levasse o filho, o qual estaria sozinho no segundo andar da residência, de maneira que o pai sequer ouviria se a criança precisasse de ajuda por alguma situação, razão pela qual decidiu entrar para pegar a criança. Ocorre que, nesse momento, a vítima a teria agarrado e tentado arrastá-la para fora da casa; nesse confronto de forças teriam derrubado uma motocicleta que estaria em um corredor estreito e alguns móveis teriam caído no chão também.

A autora disse que o ex-companheiro, por ser fisicamente muito mais forte, a teria prendido com os braços, de maneira que ela não conseguia mais se mover, não restando alternativa a não ser tentar mordê-lo, o que ela admite que fez, causando as lesões relatadas no laudo de exame de corpo de delito.

Nesse meio tempo, enquanto a autora estava imobilizada pelo pai do seu filho, os amigos dele teriam ligado para a polícia; uma viatura da PM foi ao local e a conduziu para a delegacia, embora ela tenha dito aos policiais que estaria machucada pela forma agressiva pela qual a suposta vítima a havia segurado.

Mesmo assim, foi conduzida para a DP, local em que o delegado a teria destratado quando ela tentou explicar que a vítima era ela e que estaria com lesões bem aparentes,

mas o delegado a teria ofendido dizendo que “se ela apanhou, foi pouco”, fato que por si só demonstra a dupla agressão à condição de mulher, que para resgatar seu filho de uma situação de vulnerabilidade precisou enfrentar o ex-companheiro, fisicamente muito mais forte do que ela, e quando chegou à delegacia, sem nenhum apoio de qualquer equipe multidisciplinar, ainda foi mais uma vez vítima de violência, desta feita, por um agente público que tinha o dever legal de protegê-la.

Ao final do inquérito a autora foi indiciada e denunciada pelo delito de lesão corporal praticada contra o pai de seu filho, maneira pela qual o caso se apresentou para julgamento na unidade.

Após a produção de provas e a realização da audiência de instrução e julgamento, a sentença foi prolatada, com a absolvição da então acusada.

3 Segundo caso concreto (envolvendo pessoa LGBTQIA+)

O segundo caso trazido à análise neste artigo diz respeito a um crime de furto que teria sido praticado por um homossexual contra um caminhoneiro. Em princípio, também parecia algo bem simples, cujo veredito seria facilmente pela condenação, haja vista que o relato da denúncia dava conta da subtração da carteira da vítima, de dentro da cabine do caminhão, quando este estaria parado nas imediações do cemitério São João Batista em Rio Branco.

Na ocasião, o suposto autor teria subido na boleia, subtraído a carteira e fugido rapidamente, mas a polícia foi chamada e o prendeu ainda nas proximidades, de posse do bem furtado.

Durante a instrução do processo, ao inquirir a vítima e dois policiais militares arrolados como testemunhas tudo parecia se encaminhar para comprovar o delito de furto, considerando que os policiais tinham o relato da vítima e prenderam o acusado com a *res furtiva* próximo ao local onde a subtração teria ocorrido.

Não obstante, algo chamou a atenção, por ter conhecimento de que aquela região no entorno do cemitério é realmente um ponto de prostituição homossexual, mas não é um lugar onde caminhoneiros costumem parar, principalmente à noite, quando normalmente procuram os pátios dos postos de combustíveis localizados próximos às entradas e saídas da cidade, que são locais mais amplos para estacionar e pernoitar, diversamente do local onde os fatos supostamente teriam ocorrido que é uma rua não muito larga e com trânsito urbano intenso.

É sabido também que nesses locais de prostituição os próprios travestis evitam praticar delitos contra o patrimônio para não “queimar” o ponto e afugentar a “clientela”.

Foi com essa perspectiva e ciente de que os homossexuais constantemente são vítimas de violência e de exploração que se passou a interrogar o acusado do furto, quando a história ganhou outro rumo, pois segundo o acusado, realmente ele havia se apossado

da carteira da vítima, porém isso teria ocorrido por força das circunstâncias, eis que ele declarou que estava em seu “ponto” quando a suposta vítima parou o caminhão e o chamou para dentro da cabine onde teriam combinado “fazer um programa” por um valor acertado e que seria pago ao final do “encontro”.

Ocorre que após a conclusão do ato, a suposta vítima em vez de pagar o valor combinado, teria chutado o autor para fora da cabine e o ameaçado, caso ele insistisse em cobrá-lo.

Diante dessa situação o acusado teria subido rapidamente na boleia e se apossado da carteira da vítima que estaria sobre o porta-luvas e se evadido na sequência, correndo, quando, então, o caminhoneiro teria acionado a polícia, que o prendeu pouco depois, ainda na posse do bem subtraído.

Quando o caso aportou em juízo e foram produzidas as provas sob o crivo do contraditório e ampla defesa na audiência de instrução e julgamento foi prolatada a sentença absolutória em favor do acusado.

4. Análise dos casos concretos sobre a perspectiva de gênero

Como se observa pela narrativa dos dois casos tomados como exemplos neste artigo, é necessário que o julgador esteja com a mente aberta e procure explorar todas as perspectivas a partir do ponto de vista de cada um dos envolvidos a fim de que a decisão a ser proferida ao final da instrução seja apta a compreender e avaliar todos os aspectos sociais. Nos dois casos citados, observam-se questões de gênero e de orientação sexual a serem consideradas, visto que pessoas integrantes desses grupos frequentemente são vítimas de discriminação e violência de toda espécie, conforme bem observa Lúcia Freitas:

Espera-se do poder público, especialmente do judiciário, que suas decisões satisfaçam a exigência de dar curso e reforçar a crença na legalidade, entendida como segurança jurídica. O Brasil, como signatário de vários tratados e convenções internacionais de direitos humanos, tem-se comprometido formalmente com o combate à violência de gênero e com a implementação de políticas voltadas à garantia dos direitos das mulheres. A Lei Maria da Penha é resultado de um empenho na direção de atender tal demanda. Não obstante, sua implantação, durante todo o processo, foi alvo de inúmeros problemas de resistência no meio jurídico¹¹⁶.

5 Conceito de julgamento com perspectiva de gênero

A partir dessas premissas, faz-se necessário conceituar o que significa julgamento com perspectiva de gênero, a fim de se estabelecer as bases teóricas norteadoras desse estudo. Tania Maria Wurster e Clara da Mota Santos Pimenta Alves assim o conceituaram:

Julgar com perspectiva de gênero significa adotar uma postura ativa de reconhecimento das desigualdades históricas, sociais, políticas, econômicas e culturais a que as mulheres estão e estiveram sujeitas desde a estruturação do

¹¹⁶ FREITAS, Lúcia; PINHEIRO, Veralúcia. **Violência de gênero, linguagem e direito: Análise de Discurso Crítica em Processos na Lei Maria da Penha**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013, p. 19.

Estado, e, a partir disso, perfilhar um caminho que combata as discriminações e as violências por elas sofridas, contribuindo para dar fim ao ciclo de reprodução dos estereótipos de gênero e da dominação das mulheres¹¹⁷.

É fundamental que o magistrado tenha conhecimento mínimo acerca de diferenças e de conceitos entre sexo, gênero e orientação sexual, pois são aspectos distintos do ser humano, entendendo-se o sexo com o aspecto biológico, ligado ao nascimento da pessoa com o órgão reprodutor masculino ser considerado homem e a pessoa que nasce com o órgão reprodutor feminino ser considerada mulher.

O gênero, no entanto, deve ser entendido sobre bases sociais, históricas e culturais muito mais complexas, eis que tem muito mais relação com as características e os papéis sociais esperados de integrantes do sexo masculino ou feminino e com as relações de poder, universo no qual ao longo de toda a história da humanidade, especialmente no mundo ocidental e, sobremaneira, nos povos que se orientam pela narrativa judaico-cristã, os homens exerceram papéis de liderança e as mulheres, nestas narrativas, foram relegadas a um plano secundário, recebendo atribuições de tarefas bem menos nobres.

Por seu turno, a orientação sexual diz respeito à atração que cada pessoa sente em relação a outra, por exemplo, pessoas que sentem atração por indivíduos do mesmo gênero, pessoas que se sentem atraídas por indivíduos do gênero oposto, pessoas que sentem atração por indivíduos dos dois gêneros ou pessoas que não sentem atração por nenhum dos gêneros.

Ao longo da evolução histórica do ser humano, diversos conceitos foram sendo estereotipados e sedimentados como verdades absolutas, a exemplo de que o gênero corresponde obrigatoriamente ao sexo biológico e que de cada pessoa do gênero masculino ou feminino se espera comportamentos tidos como característicos como o homem ser o provedor forte e racional, enquanto da mulher se espera dedicação às tarefas domésticas e cuidados com os filhos, com menos relevância no espectro social e nas tomadas de decisões que afetam à sociedade como um todo.

Em seu famoso livro *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, Engels já pontuava que esse papel subalterno a que as mulheres foram relegadas vem desde os primórdios e pouco mudou ao longo do tempo:

“Hoje, na maioria dos casos, é o homem que tem que ganhar os meios de vida, alimentar a família, pelo menos nas classes possuidoras; e isso lhe dá uma posição dominadora, que não exige privilégios legais especiais. Na família, o homem é o burguês e a mulher representa o proletário. No mundo industrial, entretanto, o caráter específico da opressão econômica que pesa sobre o proletariado não se manifesta em todo o seu rigor senão quando suprimidos todos os privilégios legais da classe dos capitalistas e juridicamente estabelecida a plena igualdade das duas classes. A república democrática não suprime o antagonismo entre as duas classes; pelo contrário, ela não faz senão proporcionar o terreno no qual o combate vai ser decidido. De igual maneira, o caráter particular do predomínio do homem sobre a mulher na família moderna, assim como a necessidade e o modo de estabelecer uma igualdade social efetiva entre ambos, não se manifestarão com toda a nitidez senão quando homem e mulher tiverem, por lei, direitos absolutamente iguais. Então é que se há de ver que a libertação da mulher exige, como primeira condição, a reincorporação de todo o sexo feminino à indústria social, o que, por sua vez,

¹¹⁷ WURSTER, Tania Maria; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta (coord.). **Julgamento com Perspectiva de Gênero** – um guia para o direito previdenciário. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2020, p. 11.

requer a supressão da família individual enquanto unidade económica da sociedade.”¹¹⁸

Além disso, há uma presunção enraizada de que os relacionamentos devam ocorrer entre pessoas de gêneros diferentes, ou seja, entre homens e mulheres. No entanto, existem pessoas que não se identificam necessariamente com esses conceitos, como as transexuais, nas quais o sexo biológico pode não corresponder ao gênero e alguém com órgão reprodutor masculino pode se identificar como mulher, ou o contrário, ou ainda nenhuma das duas, como é o caso dos chamados não binários.

O que se afirma é que esse sistema estereotipado só contribui para enfatizar cada vez mais a opressão sofrida pelas mulheres e demais pessoas com outras identidades de gênero, às quais são reservados papéis menos relevantes enquanto aos homens são atribuídas as decisões socialmente importantes nas relações de poder e de dominação, criando, assim, uma sociedade na qual, ainda que involuntariamente, robustece-se esse sistema opressor e fomenta-se nivelamentos perniciosos para o desenvolvimento do ser humano, ao privilegiar os homens como seres dotados de capacidades superiores às demais pessoas.

Essa ideia generalizada produz reflexos que vão se solidificando nas relações humanas, na cultura, na arte, na mídia, de modo a tornar essas “verdades” formas veladas de preconceitos que só contribuem para aumentar as desigualdades, além de dificultarem sobremaneira a busca pela igualdade de oportunidades entre pessoas, independentemente de quais sexos, gêneros ou sexualidade sejam ou ostentem.

Por conta desse estereótipo enviesado, é possível identificar o machismo como forma de supervalorizar as características masculinas em detrimento das femininas; nesse contexto, aos homens são reservadas as atividades de comando, enquanto às mulheres resta exercer as atividades subalternas, raramente em posição de liderança, mas quando alcançadas, normalmente são desacreditadas e vistas como um ponto fora da curva.

6 A cultura excludente e o preconceito implícito

Se analisarmos a proporção de mulheres em posição de alta liderança em empresas privadas, observaremos o quão ínfimo é esse percentual (que atualmente seria de apenas 8,6% no Brasil, segundo pesquisa realizada pela Deloitte¹¹⁹, sem descurar que as mulheres também sofrem enormes pressões quando engravidam e precisam se ausentar em razão da licença maternidade, quando é bastante comum perderem os cargos exercidos antes do parto.

No setor público também se verifica essa desproporção. Há pouquíssimas mulheres na chefia de governos; nos parlamentos, as bancadas femininas ou de outros gêneros, mesmo nos dias atuais, ainda é pouco representativa, embora se constate um aumento significativo na última legislatura na Câmara dos Deputados¹²⁰, porém houve uma redução no Senado Federal em relação à última legislatura, conforme notícia veiculada

¹¹⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1984. Pp 80–81.

¹¹⁹ **Mulheres na Liderança**. Disponível em: https://mundocorporativo.deloitte.com.br/mulheres-na-lideranca/?gclid=Cj0KCQjwkbuKBhDRARIsAALysV6r5uUgLIxFc6da8UFeZrvcXvyXDkGfjCq3bRDXnqDH2WiqYoyQ5QaAoYuEALw_wcB Acesso em: 25 de setembro de 2021.

¹²⁰ **Bancada feminina na Câmara será composta por 77 deputadas na nova legislatura** Fonte: **Agência Câmara de Notícias**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/550935-bancada-feminina-na-camara-sera-composta-por-77-deputadas-na-nova-legislatura/> Acesso em: 25 de setembro de 2021.

no informativo veiculado no site do Senado¹²¹, não obstante em diversos países o número de mulheres na população seja maior do que o de homens, inclusive entre o eleitorado registrado e apto a votar.

É possível identificar o machismo tanto na esfera das relações pessoais quanto nas estruturas das instituições públicas ou privadas. O machismo estrutural decorre das relações pessoais e da divisão do trabalho; já o machismo institucional, se manifesta nas formas pelas quais direta ou indiretamente se discriminam as mulheres.

A luta pela igualdade de gêneros tem motivado a criação de movimentos como o feminismo, cujo objetivo motor é reconhecer essas discriminações nas estruturas de poder, com o propósito de extirpar definitivamente a posição de subalternidade das mulheres.

Isso é fruto de uma sociedade patriarcal e de um arcabouço jurídico/legal produzido por parlamentos/governos predominantemente masculinos, que induzem o voto em homens, que geralmente dominam as indicações de candidaturas dos partidos, embora comecem a vicejar avanços recentes, como a cota mínima de candidatas do sexo feminino, nos termos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, em seu artigo 10, § 3º, com redação dada pela Lei 12.034/2009¹²².

A questão racial também é uma questão política que exerce papel fundamental nessa luta contra as discriminações.

O exemplo mais retumbante desse sistema legal viciado era o da África do Sul, país no qual até poucos anos vigorava o regime do *Apartheid*, separando brancos e negros de forma desumana e cruel. Nesse contexto, embora os negros fossem maioria esmagadora da população, os brancos dominavam o poder político e governavam o país mantendo esse sistema discriminatório e profundamente desumano que envergonhava o mundo inteiro, o qual, felizmente, já não mais vigora (para maior aprofundamento sobre o *apartheid* sugiro a leitura da biografia de Nelson Mandela “Longo Caminho Para a Liberdade”).

Mas o fim do *apartheid* não significou necessariamente o fim das discriminações sofridas pela população negra naquele país e em quase todos os lugares mundo afora. Há nações africanas e asiáticas cujas culturas são extremamente machistas e patriarcais, que ainda submetem mulheres e negros a tratamento discriminatório e subalterno, dificultando a essas pessoas a ascensão a cargos nas administrações públicas ou em corporações da iniciativa privada.

O alvissareiro de tudo isso é que se pode vislumbrar atualmente alguns avanços nesses sistemas de governos, avistando-se um cenário de quebra de paradigmas até então estabelecidos, notadamente porque com o aprimoramento das comunicações e o advento da internet e das redes sociais, mais pessoas têm acesso à cultura de outros povos, não obstante reconheça que considerável parcela da população ainda tem enormes dificuldade de acesso a esses novos mecanismos de propagação de informações e conhecimentos, sem contar a contrainformação e a propagação de *fake news*.

Comportamentos até então tolerados como padrões não são mais aceitos, e a pressão por mudanças e avanços é cada vez mais forte, de maneira que governos

¹²¹FARIAS BORGES, Iara. **Bancada feminina no Senado terá 12 integrantes em 2019**. Fonte: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/31/bancada-feminina-no-senado-diminui-em-2019> Acesso em: 25 de setembro de 2021.

¹²²BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm Acesso em: 25 de setembro de 2021.

absolutistas parecem ter os dias contados, tornando-se muito mais difícil manter uma população inteira subjugada e dócil, especialmente porque isso dificulta, inclusive, a relação de governos despóticos com as demais nações, até mesmo para se manter transações comerciais.

Embora saibamos que não existe lugar perfeito, em que não existam discriminações e preconceitos a serem combatidos, é certo que nenhum país democrático sério tem interesse em estabelecer tratativas comerciais e/ou adquirir produtos de uma nação com governo autoritário, que utiliza mão de obra escrava ou explora o trabalho infantil, que adota uma jornada de trabalho desumana, não respeita e/ou degrada o meio ambiente e discrimina mulheres, porque isso também não seria aceito tranquilamente por sua população; além disso, o próprio governo democrático se colocaria numa posição, no mínimo, contraditória, ao estabelecer negócios com países que não respeitam os princípios essenciais para valorizar o ser humano.

Percebe-se, então, que a questão da igualdade de gênero envolve diversas dimensões políticas do ser humano, seja no aspecto de raça, religião, origem geográfica, dentre outras, eis que os juízes/julgadores são frutos advindos de uma sociedade carregada de vieses discriminatórios e estereotipados na elaboração do arcabouço jurídico/legal outorgado aos habitantes do país.

Os juízes são seres humanos, em tudo igual aos seus jurisdicionados, daí carregarem seus próprios vieses, impregnados dos vícios estruturais, o que requer a compreensão da dimensão do julgamento com perspectiva de gênero e raça como uma forma de corrigir essas discrepâncias históricas as quais foram submetidos os negros, as mulheres, os indígenas e as pessoas LGBTQIA+ para que se possa aplicar o princípio da igualdade na interpretação da norma como forma de encontrar a solução mais justa para situações desiguais de gênero e raça.

O julgamento com perspectiva de gênero ou de raça não significa que os juízes devam criar privilégios para um ou para outro, mas afigura-se muito mais como o reconhecimento de históricas discriminações a que esses grupos foram submetidos, de maneira a se corrigir injustiça e julgar com equidade, superando sistemas discriminatórios decorrentes da formação em ambiente machista e patriarcal.

Esse ambiente machista, patriarcal e racialmente discriminatório se reflete dentro do próprio Poder Judiciário, o qual é composto por uma maioria esmagadora de homens, de cor branca. É infinitamente inferior o percentual de juízas mulheres e, ainda menor, o percentual de juízes negros, conforme pesquisa do CNJ em 2013, que apontou que apenas 15,6% dos juízes brasileiros se declararam negros, porém 14,2% desses se declararam pardos e apenas 1,4% se declararam pretos¹²³.

Quando se observa a composição dos tribunais estaduais, os percentuais de mulheres e de negros diminuem ainda mais, e nos tribunais superiores, a representatividade de mulheres e negros se torna quase uma exceção, como foi o caso da primeira mulher a ascender ao Supremo Tribunal Federal (Ellen Gracie Northfleet, empossada em 14 de dezembro de 2000), assim como o primeiro negro a se tornar ministro da Corte Suprema (Joaquim Benedito Barbosa Gomes, empossado em 25 de junho de 2003).

¹²³ OTONI, Luciana. “**Pesquisa do CNJ: quantos juízes negros? Quantas mulheres?**”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-do-cnj-quantos-juizes-negros-quantas-mulheres/> Acesso em: 25 de setembro de 2021.

Segundo dados extraídos do “Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário-2019”¹²⁴, a proporção de mulheres na composição dos órgãos do Poder Judiciário vem crescendo nos últimos anos, mas de forma ainda muito tímida:

De forma geral, é possível notar que o percentual de participação feminina na magistratura ainda é baixo, entretanto, vem aumentando, partindo de 24,6%, em 1988, para 38,8% em 2018.

Com relação aos servidores, observa-se que as mulheres têm sido a maioria tanto em representação (56,6%) como na ocupação de funções de confiança e cargos comissionados (56,8%) e cargos de chefia (54,7%) nos últimos 10 anos. A Justiça do Trabalho (50,5%) e a Justiça Estadual (37,4%) são as com maiores percentuais de mulheres na magistratura em atividade.

Por outro lado, nos Tribunais Superiores (19,6%) e na Justiça Militar Estadual (3,7%) estão os menores índices de participação feminina.

Quanto ao total de servidores, as mulheres são a maioria nas Justiças Eleitoral (60,3%), Estadual (58,2%), do Trabalho (52,9%) e Federal (50,4%). Mesmo nos Tribunais Superiores (48%) e na Justiça Militar Estadual (46,7%), em que a maioria das servidoras é do sexo masculino, há de se considerar que os homens representam 48,4% da população brasileira, e, portanto, a distribuição por sexo em tais tribunais está proporcional à média nacional.

Em relação à ocupação feminina em cargos e funções, a Justiça Estadual apresenta os maiores índices com cerca de 60,2% de funções de confiança e cargos comissionados e 58,7% cargos de chefia; por outro lado, os Tribunais Superiores apresentam os menores percentuais, 47% e 43,8% respectivamente. Na análise da série histórica por ano de ingresso nos cargos, observa-se que houve um pequeno aumento no percentual de magistradas e de servidoras que entraram no Poder Judiciário entre os anos de 1980 e 1993, permanecendo, após esse período, de certa forma constante, no patamar de aproximadamente 40% e 60% de magistradas e servidoras, respectivamente, até o ano de 2018.

As magistradas ocuparam, em média, de 21% a 30% dos cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedor ou Ouvidor, nos últimos 10 anos, enquanto que a ocupação feminina nos cargos de Juiz Substituto aproximou-se de 41,9%.

Quando comparados os segmentos de justiça, observa-se que na Justiça do Trabalho está o maior percentual de participação feminina nos cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedor ou Ouvidor, nos últimos 10 anos, com média de ocupação nas faixas de 33% a 49%. Por outro lado, na Justiça Militar Estadual não há participação feminina na ocupação desses cargos.

No Poder Executivo essa realidade também não é muito diferente, pois são raras as mulheres eleitas prefeitas, mais raras ainda as que conseguem se eleger governadoras de estados e, quanto à presidência da república, em mais de cinco séculos de história do Brasil, somente neste último tivemos a primeira mulher eleita para o cargo de presidente.

A falta de representatividade feminina, por fim, também é ínfima no Poder Legislativo, muito embora se constate nos últimos anos algumas políticas tendentes a diminuir esse abismo, com o estabelecimento de percentuais mínimos de candidaturas de mulheres. Isto não significa, no entanto, que elas venham a ser eleitas. Percebe-se, na verdade, uma série de candidatas proforma, que apenas atendem ao requisito da lei, sem, muitas vezes, sequer fazerem campanhas.

Essa discrepância na representatividade das mulheres na política em relação aos homens certamente é fruto da desigualdade histórica a que elas foram submetidas, considerando que só lhes foi garantido o direito a voto nas eleições a partir do Código Eleitoral de 1932, no governo do então presidente Getúlio Vargas, registrando-se que esse

¹²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**, 2019, pp. 27.

direito havia sido reconhecido inicialmente, em vitória pioneira no estado do Rio Grande do Norte, em 1927.

Há ainda uma forma velada de discriminação, que ocorre quase involuntariamente e que integra o chamado machismo institucional, o qual se revela na forma como as mulheres são interrompidas nas sessões de julgamento em colegiados pelos homens, ou quando nem sequer são ouvidas, conforme reclamou recentemente a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia, ou são excluídas dos grupos de discussão nos bastidores dos tribunais, nos quais se reúne a maioria dos homens, geralmente contando piadas machistas, discutindo futebol ou outros assuntos que não são do interesse das mulheres/magistradas.

Embora a igualdade tenha sido alçada a princípio constitucional, independentemente de gênero, raça, cor, sexo ou religião, infelizmente, constata-se que as discriminações ocorrem de formas diretas, quando, por exemplo, um direito de todos é negado a alguém intencionalmente, em face da sua condição, ou de formas indiretas, que são as mais comuns, quando uma maneira de agir aparentemente neutra pode gerar efeitos distintos para alguns grupos.

Importante pontuar que a Constituição Federal estabeleceu como um de seus objetivos fundamentais erradicar todas as formas de discriminação, de quaisquer origens, conforme artigo 3º e seus incisos, inclusive criminalizando o racismo como delito inafiançável e imprescritível – CF/88 artigo 5º, XLII, o que demonstra a preocupação do legislador originário em eliminar práticas enraizadas na própria cultura e formação do povo brasileiro ao longo de seus mais de quinhentos anos de história, dos quais mais da metade manteve-se como estado escravocrata. O Brasil foi um dos últimos países do mundo a abolir formalmente a escravidão, embora informalmente ainda não tenhamos sido capazes de extirpar do inconsciente coletivo da população essa cultura abjeta e repugnante que admite a submissão de nossos semelhantes à condição de coisa ou bem material livremente explorável e negociável.

Dessa constatação histórica de práticas discriminatórias decorre a legitimação de políticas públicas que objetivam reparar, ainda que parcialmente, injustiças cometidas contra grupos determinados, justificando-se assim a adoção de cotas, ainda que temporárias, para negros, indígenas, quilombolas e mulheres, dentre outros grupos.

A exploração da mão de obra escrava se traduz numa página lamentável da história da humanidade e deve servir como alerta para não tolerarmos no futuro a repetição dessas práticas, muitas vezes maquiadas de relações ou utilizações de novas formas de exploração modernas de contratação do trabalho, que reduzem o prestador do serviço à condição análoga a do trabalho escravo. É o caso, por exemplo, dos aplicativos de entrega ou de transportes de pessoas, nos quais não há uma relação formal de contratação empregador/empregado, não existe uma jornada específica de trabalho, não há estipulação de piso mínimo de salário e nem fornecimento das ferramentas para o exercício da atividade, deixando de cumprir de forma velada a legislação, que já garante há tempos vários desses direitos.

Esse fenômeno do trabalho intermitente e uberização do trabalho no limiar da indústria 4.0 foi abordado com muita ênfase por Ricardo Antunes¹²⁵:

Vejamos alguns exemplos do tipo de trabalho que mais se expande sob o capitalismo de nosso tempo. Um deles, o *zero hour contract* (contrato de zero

¹²⁵ANTUNES, Ricardo. **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0**/Arnaldo Mazzei Nogueira; organização Ricardo Antunes; tradução Murilo Van Der Laan, Marco Gonsales. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2020. Pp 11-12.

hora), por exemplo, nasceu no Reino Unido e se esparrama pelo mundo ao permitir a contratação de trabalhadores e trabalhadoras das mais diversas atividades, que ficam à disposição de uma “plataforma”.

Eles e elas ficam *à espera* de uma chamada por smartphone e, quando a recebem, ganham estritamente pelo que fizeram, nada recebendo pelo tempo que ficaram esperando. Essa modalidade de trabalho abrange um universo imenso de trabalhadores, de que são exemplos, médicos, enfermeiros, trabalhadoras do *care* (cuidadoras de idosos, crianças, doentes, portadores de necessidades especiais, etc.), motoristas, eletricitas, advogados, serviços de limpeza, consertos on-line e pela expansão dos “aplicativos”, que inviabilizam ao mesmo tempo que ampliam exponencialmente uma parte expressiva da classe trabalhadora, em especial, mas não só no setor de serviços.

Outro exemplo encontramos na Uber: trabalhadores e trabalhadoras com seus automóveis arcam com as despesas de seguros, gastos de manutenção de seus carros, alimentação, limpeza etc., enquanto o “aplicativo” se apropria do maior valor gerado pelo sobretrabalho dos motoristas, sem nenhuma regulação social do trabalho. A principal diferença entre o *zero hour contract* e o sistema Uber é que, neste último, os/as motoristas, ao recusarem as solicitações, correm o risco de serem demitidos. A relação de trabalho é, então, ainda mais evidente. Dos carros para as motos, destas para as bicicletas, patinetes etc. a engenhosidade dos capitais é, de fato, espantosa.

A par do que foi até aqui explanado, constata-se que o julgamento com perspectiva de gênero possui, na verdade, um caráter de interseccionalidade, eis que permite ao julgador obter uma visão sobre as variadas formas de opressão a que são submetidas pessoas de múltiplos grupos vulneráveis, não só os já mencionados neste artigo, mas também sobre novas modalidades de vulnerabilidades, a exemplo da verdadeira nação de apátridas constatada atualmente, pessoas vítimas da guerra, da perseguição por intolerância política ou religiosa, obrigando milhões de pessoas a abandonar suas nações de origem e emigrarem para países que não as aceitam ou as discriminam, ou pior ainda, exploram a mão de obra em condições desumanas e degradantes dessa verdadeira horda nômade que perambula atualmente por terras estrangeiras.

Nos países que integram o Primeiro Mundo, os imigrantes são vistos como pessoas de classe inferior, e quando conseguem exercer alguma atividade remunerada, normalmente só são admitidos em trabalhos que exigem o emprego da força física e em tarefas menos nobres, as quais os nativos desses países desenvolvidos já não querem mais executar.

Essa forma de discriminação ocorre também no Brasil, quando pessoas de regiões menos desenvolvidas (norte e nordeste) migram para o chamado centro sul, onde se concentram as indústrias, as grandes empresas e uma maior oferta de trabalho e emprego. No entanto, em sua maioria, só são admitidos na construção civil ou na indústria pesada, enquanto jovens, e descartados quando já não possuem mais o vigor físico, quando passam a trabalhar em atividades como porteiros, ascensores, vigilantes, e apelidados pejorativamente de “paraíbas”, “paus-de-arara”, dentre outras denominações preconceituosas e discriminatórias.

Com o aspecto interseccional do qual se reveste o julgamento com perspectiva de gênero, é possível perceber que as formas de discriminação a que são submetidos grupos distintos de pessoas se manifestam, ainda que indiretamente, repita-se, na discrepância entre os salários de homens e mulheres em idênticas funções, na não valorização monetária da trabalhadora rural, na predominância da mulher negra em funções relacionadas ao trabalho doméstico, na constatação da esmagadora maioria de negros e pardos nas populações carcerárias ou na execução de trabalhos que exigem o emprego da força física.

Como dito, o arcabouço jurídico/legal foi quase sempre elaborado pelo homem branco e, por isso, tem viés destinado a manter o *status quo* sem alterar a estrutura de poder, não importando quem esteja à margem dessa estrutura. Isso ocorre justamente porque a representatividade desses grupos nos parlamentos em geral é sempre muito baixa, o que implica diminuta possibilidade de se contrapor de forma mais efetiva e propor mudanças capazes de reparar discriminações estruturais perpetuadas ao longo do processo histórico de formação das nações.

Nessa perspectiva, a tão almejada igualdade e a não discriminação elevadas a princípios constitucionais se transformam numa verdadeira utopia, considerando que os operadores do direito estarão sempre propensos a reproduzir em suas decisões vícios culturais machistas e racialmente discriminatórios, ainda que o façam involuntariamente.

A par de tudo isso é que o julgamento com perspectiva de gênero surge como uma importante ferramenta para a transformação do Poder Judiciário, a partir do conhecimento e da conscientização de seus juízes e demais operadores acerca das históricas desigualdades e formas de discriminação, diria até mesmo dificuldade de acesso à justiça, a que determinados grupos, principalmente as mulheres, foram submetidas desde os tempos mais remotos.

O Poder Judiciário tem o dever de agir no sentido de concretizar o ideal do princípio constitucional da igualdade, agir esse que se dá no reconhecimento de que desigualdades estruturais precisam ser enfrentadas para garantir às mulheres, aos negros, aos índios, aos homossexuais, aos imigrantes e tantos outros grupos a mesma paridade de recursos postos à disposição dos até então privilegiados pela estrutura de poder responsável pela criação e aplicação das leis.

Ao Poder Judiciário também cabe lançar um novo enfoque acerca da perspectiva de gênero a partir da seleção e da formação de seus juízes e servidores, objetivando adotar política institucional voltada à não discriminação, que busque alcançar o desiderato da igualdade prevista na sua Carta Política.

O juiz, ao se deparar com situação fática na qual identifique a necessidade de julgamento com perspectiva de gênero, deve buscar abstrair diversos aspectos ligados às partes, a exemplo da condição da mulher, orientação sexual, raça, religião, origem, dentre outros aspectos que lhe permitam valorar o cenário de desigualdade a fim de decidir da maneira mais justa naquele caso concreto.

É necessário ao julgador ter em mente que determinadas situações são muito difíceis de serem provadas, daí a necessidade de se conferir maior credibilidade à palavra da vítima quando integrante de grupo historicamente discriminado, além de analisar as provas produzidas sob esse crivo, ou, se for o caso, determinar a produção de novas provas necessárias a elucidar os fatos em julgamento, notadamente quando há retratação da vítima, a qual pode ter ocorrido em face de ameaça sofrida *a posteriori*.

Ao julgar com perspectiva de gênero, o magistrado deve se despir de seus próprios preconceitos, adotar uma linguagem inclusiva e não discriminatória e, se identificar com a situação a exigência de se adotar medidas protetivas ou reparatórias de algum dano em favor da vítima, deverá decretá-las na própria sentença, de ofício, assegurando formas de garantir o seu cumprimento e fiscalização.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 255, que tem por objetivo instituir a Política Nacional de Inclusão Feminina no Poder Judiciário, adotando nova postura normativa e várias outras ações pelos tribunais de todo o Brasil, com vistas a fomentar a pesquisa do tema, além de assegurar a participação de mulheres em cargos de chefia, dentre outras medidas assertivas e garantidoras da efetiva igualdade de condições das mulheres no âmbito de todos os juízos e tribunais integrantes do Poder

Judiciário Brasileiro, cuja composição ao longo do processo histórico sempre foi um território bastante machista e inóspito às mulheres.

É alvissareiro perceber que não somente no âmbito do Poder Judiciário, mas também nos demais poderes da república se inicia um movimento articulado com vistas a garantir a efetiva participação das mulheres na ascensão a cargos de relevância, capazes de tomar decisões que afetam toda a população, muitas vezes constituída em sua maioria por pessoas do gênero feminino, como é o caso do Brasil.

Recentemente, no Poder Legislativo, mais especificamente no Senado Federal, foi articulada uma autointitulada “Liderança Feminina”, constituída pela somente uma dúzia de senadoras eleitas no último pleito, que diga-se de passagem, ainda encolheu em comparação a eleição anterior (reduzindo de 13 para 12 senadoras) mas, não obstante sejam integrantes de partidos diversos, pelo menos estão articuladas com o propósito comum, que é o de dar voz à bancada feminina, inclusive “fazendo barulho”, conforme presenciamos recentemente em uma das reuniões da “CPI da Pandemia”, quando a “Liderança Feminina” reivindicava ter voz nas sessões gerando diversos questionamentos e discussões entre os senadores, haja vista que aqueles contrários à concessão o faziam ao argumento de que não havia essa previsão no Regimento Interno do Senado Federal.

É certo que a luta pela igualdade de condições e de oportunidades elevada a preceito constitucional ainda é uma realidade distante num país muito socialmente desigual, como é o caso do Brasil e de tantos outros países mundo afora, mas é indubitável que esta é uma luta em que todos devem se irmanar e batalhar cotidianamente para quebrar barreiras e paradigmas fincados no inconsciente coletivo.

Esta luta se dá em todas as frentes e segmentos sociais nos quais se identifiquem vieses discriminatórios ou tratamentos diferenciados em face da mera condição de constar em um dos polos do conflito social mulheres, homossexuais, negros, índios, imigrantes ou qualquer pessoa integrante de uma classe vítima de injustiças decorrentes do sistema jurídico/legal concebido pelo *establishment*, que ao longo de todo o processo histórico de evolução da vida no planeta sempre foi dominado pelo homem – e não nos referimos neste caso ao ser humano, mas à espécie do sexo masculino, no mais das vezes de pele clara e de regiões economicamente privilegiadas, que dominam os meios de produção e exploram a força de trabalho.

7 Conclusões

Ao discorrermos acerca das desigualdades sociais a que determinados grupos de pessoas, especialmente as mulheres, foram relegadas durante todo o curso da formação e desenvolvimento dos agrupamentos humanos nos mais variados níveis e períodos históricos e reconhecermos que a cultura machista sempre esteve presente e atuou em todas as esferas de poder, outorgando o arcabouço legal que sempre privilegiou a classe dominante, no caso o homem branco, urge que os poderes constituídos adotem posturas tendentes a abolir essas discriminações e buscar incessantemente a igualdade de direitos e oportunidades para todos, independentemente de sexo, cor, raça, origem, religião ou postura política, de maneira que o julgamento com perspectiva de gênero, em face desse quadro, surge como uma ferramenta e como uma política de afirmação e combate dessa prática equivocada, perpetuada por tanto tempo. Cabe a cada um de nós, agentes do Estado com a função de dizer o direito, a tarefa de buscar em cada decisão proferida no nosso mister de julgar a igualdade tão propalada, mas ainda, infelizmente, não alcançada.

Referências

FREITAS, Lúcia; PINHEIRO, Veralúcia. **Violência de gênero, linguagem e direito: análise de discurso crítica em processos na Lei Maria da Penha**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013.

WURSTER, Tania Maria; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta (coord.). **Julgamento com perspectiva de gênero** – um guia para o direito previdenciário. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**, 2019.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1984.

ANTUNES, Ricardo. **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0**/Arnaldo Mazzei Nogueira; organização Ricardo Antunes; tradução Murilo Van Der Laan, Marco Gonsales. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

STF. **Agr. Reg. no HC 148.984**. Sergipe. 2ª Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 02/03/2018. Data da publicação: 09/08/2018. Disponível em: <https://www.institutoformula.com.br/direito-processual-penal-principio-da-verdade-real/>

Acesso em: 25 de setembro de 2021.

CUNHA, Carolina. **Feminicídio - Brasil é o 5º país em morte violentas de mulheres no mundo**. – Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/feminicidio-brasil-e-o-5-pais-em-morte-violentas-de-mulheres-no-mundo.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 25 de setembro de 2021.

O CONTROLE JUDICIAL DA IGUALDADE: A GARANTIA DO RESPEITO ÀS DIFERENÇAS

*THE JUDICIAL CONTROL OF EQUALITY:
THE GUARANTEE OF RESPECT FOR DIFFERENCES*

Laudivon de Oliveira Nogueira¹²⁶

Resumo

O tema da igualdade, enquanto princípio estruturante do Estado de Direito, tem suscitado aprofundados estudos sobre as suas diferentes dimensões ao longo do seu processo de formação. De sua origem até os dias atuais, a concepção do que é igualdade passou por significativa evolução, partindo de uma igualdade perante a lei, com caráter meramente formal, para uma igualdade na lei, em que o respeito à igualdade reporta a um tratamento igual aos iguais e, desigual, aos desiguais. Para além de se determinar quem é igual e em que é igual, releva compreender em que medida o tratamento desigual é admissível, ou ainda, até que ponto o juiz constitucional pode sindicá-lo. Este artigo visa discorrer sobre a concepção de igualdade, expondo as suas múltiplas faces, para em seguida abordar sobre o controle judicial do princípio da igualdade, enquanto metódica que visa a proibição do arbítrio e proibição do tratamento desigual sem razão objetiva ponderosa. Sob a perspectiva de adoção de metódica de controle judicial, finaliza com a análise da aplicação do princípio da igualdade na experiência constitucional brasileira. A pesquisa foi realizada mediante método hipotético dedutivo.

¹²⁶ Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. MBA em Gestão do Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Acre. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Acre.

Palavras-chave: Igualdade; Princípio; Direito Fundamental; Arbítrio; Controle; Método; Proporcionalidade.

Abstract

The theme of equality, as a structuring principle of the Rule of Law, has raised in-depth studies on its different dimensions throughout its training process. From its origin to the present day, the concept of equality has undergone significant evolution, from equality before the law, with a merely formal character, to equality in law, in which respect for equality refers to equal treatment to equal and, unequal, to the unequal. In addition to determining who is equal and what is equal, it is important to understand to what extent unequal treatment is permissible, or even to what extent the constitutional judge can syndicate the decisions of the democratic legislator, and how he can do so. This article aims to discuss the concept of equality, exposing its multiple faces, and then address the judicial control of the principle of equality, as a methodical one that aims to prohibit arbitrary and prohibit unequal treatment without a powerful objective reason. From the perspective of adopting a methodical judicial control, it ends with an analysis of the application of the principle of equality in the Brazilian constitutional experience. The research was carried out using a hypothetical deductive method.

Keywords: Equality; Principle; Fundamental right; Will; Control; Method; Proportionality.

Sumário: 1. Introdução; 2. Igualdade: uma construção do direito; 2.1. Igualdade: um conceito relativo e neutro; 2.2. No domínio real da vida a diferença é a marca predominante entre as pessoas; 2.3. Da escolha dos pontos de referência a determinar quem é igual e em que é igual; 3. Decodificando as múltiplas faces do Princípio de Igualdade; 3.1. Das dimensões liberal, democrática e social do princípio da igualdade; 3.2. No domínio do âmbito de proteção do princípio da igualdade: proibição do arbítrio, proibição da discriminação e obrigação de diferenciação; 3.3 Da igualdade formal e da igualdade material; 3.3.1 Da igualdade perante a lei (formal) e da igualdade na lei (material); 3.3.2 Da igualdade jurídica (formal) e da igualdade fática (material); 3.3.3. Igualdade genérica e igualdade específica; 4. O controle judicial do Princípio da Igualdade: uma questão de método para o respeito às diferenças; 4.1. O problema da metódica de controle; 4.2. Do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio e proibição do tratamento desigual sem razão objetiva ponderosa; 4.3. O controle do

princípio da igualdade na experiência constitucional brasileira; 4.3.1. Caso do salário da licença gestante; 4.3.2. Caso da contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas do serviço público; 4.3.3. Caso do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo; 5. Conclusão; Referências.

1 Introdução

O princípio da igualdade é um dos mais importantes princípios estruturantes do Estado de Direito. Considerado a virtude soberana¹²⁷ que legitima o próprio governo de uma nação, também é marcadamente o de presença mais frequente e mais antiga nos textos constitucionais¹²⁸.

Conquanto, à primeira vista, a ideia de igualdade possa parecer de fácil compreensão e leve ao entendimento de que algo deva ser tratado igual, sua concepção, todavia, é seguramente uma das mais complexas a ser elaborada pelo entendimento humano.

De sua origem, que se remete ao pensamento filosófico grego clássico, até a sua primeira positivação, ou assunção como máxima do direito, a concepção de igualdade evoluiu significativamente no curso da história. “Todos são iguais perante a lei”, essa era a concepção típica do estado liberal para a igualdade. Mas era uma igualdade apenas formal. A partir daí, evolve-se sob as exigências do estado democrático e do estado social, a denotar uma igualdade também material. Respeitar a igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Conferir distinção de tratamento é possível, desde que a diferenciação seja admissível, o que nem sempre é fácil aferir. Difícil também é discernir o que é o trabalho do legislador (na conformação da norma de igualdade) e o que é o trabalho do juiz (na concretização da igualdade).

Há quem identifique igualdade com a proibição do arbítrio. Se não houver uma razão suficiente a permitir um tratamento desigual, o tratamento igual se impõe. Se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual, o tratamento desigual se impõe¹²⁹. Assim, igualdade é o que não é arbitrário. Distinções arbitrárias entre as pessoas são, pois, excluídas pelo princípio da igualdade.

Todavia, será que o princípio da igualdade se limita a essa concepção? Será o princípio da igualdade tão somente a proibição do arbítrio?

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

¹²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 101.

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.421-422.

Do ponto de vista histórico, as diferenciações feitas em razão da raça, cor de pele, religião, língua, são vistas como injustificadas e são justamente essas as que sucederam, mesmo sob o manto do Estado de Direito, de sua fase liberal aos dias atuais.

Diz a doutrina que sempre que houver diferenciações tais, elas são a princípio suspeitas, a exigir do juiz um escrutínio mais intenso ao percrustá-las. Diferenciação em função de sexo, por exemplo, é suspeita, mas é preciso ver se o legislador tem uma razão forte que não resulte desqualificação a considerar negativamente afetados os destinatários da norma.

Quando é que nesses domínios pode haver inconstitucionalidade? Qual a justificação para diferenciar? Como aferir isto sem cair no ativismo judicial?

Para responder a essas indagações, far-se-á no Capítulo 1 a análise da ideia de igualdade enquanto concepção do Direito, para depois, no Capítulo 2, discorrer sobre as múltiplas faces em que se desdobra o princípio da igualdade.

Especificamente, no Capítulo 3, tratar-se-á sobre a controlabilidade do princípio da igualdade, apresentando por fim uma breve leitura da experiência constitucional brasileira nesta seara.

2. Igualdade: uma construção do direito

2.1. Igualdade: um conceito relativo e neutro

A igualdade é uma concepção cujo entendimento depende de um procedimento de relação e referência, por meio do qual são revelados os aspectos iguais, entre dois ou mais objetos comparados entre si. Dizer que algo é igual pressupõe uma relação de comparação de certas características dos objetos em comparação.

Assim, tratar de igualdade é referir uma relação do que é considerado igual por revelados os aspectos comuns. Como ensina Alexy, a igualdade corresponde a juízos de relações triádicas, onde “A” é igual a “B” em relação à característica “E” (ou as características “E₁”, “E₂”, ... “E_n”). E o mesmo raciocínio se aplica aos juízos de desigualdade¹³⁰.

Por aí se pode dizer que o entendimento de igualdade passa necessariamente pelo acordo ou desacordo das características em causa¹³¹.

É uma relação, contudo, sem um valor definido. Para ter algum sentido, a proposição de igualdade carece, pois, de prévia especificação do objeto que será comparado, bem assim do atributo em causa desse mesmo objeto.

Daí que o conceito de igualdade é relativo, nunca absoluto. No domínio da igualdade, o resultado do que é ou não igual depende de uma relação triádica, na qual se possa identificar quem são os iguais e os desiguais e em que são iguais ou desiguais, particularmente quanto as suas características.

¹³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.399.

¹³¹ LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. Pirapozinho: Nova Cultural, p. 211.

O sentido descritivo de igualdade, portanto, há de ser estabelecido a partir da superação da indeterminação quanto ao objeto e dos atributos em comparação. Dizer que algo é igual nada significa enquanto não se delimitar o que é igual e em que é igual.

Como assenta Bobbio, asseverar que alguém é livre de logo faz sentido. A ideia de liberdade é aí inteiramente compreendida na assertiva, na própria expressão da afirmação. Por outro lado, afirmar que alguém é igual não conduz a nenhuma conclusão. A assertiva não encerra um entendimento, nada diz em sentido absoluto. Há uma incompletude, dado que o enunciado assim posto não deixa claro o que isso possa significar. Se alguém é considerado igual, de imediato resulta a indagação: é igual em relação a quem e quanto ao quê?¹³²

Assim considerada, a igualdade se revela um conceito neutro. Não há neste nenhuma sinalização dos valores adotados como critérios selecionadores de determinadas características que serão cotejadas entre os objetos em relação.

A igualdade, por conseguinte, constitui um conceito relativo diante da exigibilidade de determinação de quem são os sujeitos relacionados e das características que lhes são comuns. É, ainda, um conceito axiologicamente neutro por não constarem em sua esfera conceitual os critérios valorativos para a delimitação das características naturais ou condições fáticas dos objetos postos em relação.

2.2. No domínio real da vida a diferença é a marca predominante entre as pessoas

No âmbito real da vida, a igualdade nunca é uma igualdade total, no sentido de igualdade de todos e em relação a tudo. Sempre há diferenças marcantes entre os indivíduos considerados.

A respeito dessa questão, Alexy assinala não existir uma igualdade ou uma desigualdade em relação a todos os aspectos entre indivíduos e situações humanas, circunstância esta que ele considera uma igualdade/desigualdade fática universal¹³³.

No mesmo sentido, Pieroth e Schilink destacam a desigualdade fundamental como “o princípio segundo o qual nenhuma pessoa é exatamente como a outra e de que nenhuma situação é exatamente como a outra”¹³⁴.

Nada obstante a natureza comum biológica e física, as pessoas são inequivocamente diferentes em vários aspectos que vão de sua personalidade, condição econômica, social ou cultural.

Uma vez submetidas a um juízo relacional universal sem delimitação de específicos aspectos individuais, as pessoas são inexoravelmente únicas e diferentes uma das outras. Nenhum indivíduo é absolutamente idêntico a outro. Por mais coincidentes os fatores em

¹³² BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Traducción de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1993, p.54.

¹³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.400.

¹³⁴ PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 463.

causa, sempre haverá uma diferença pontual que as diferencia, *verbi gratia*, ideologia, nacionalidade, profissão, estado civil, etc.

Sem que a relação esteja restrita a certas características naturais ou a determinadas condições fáticas, não se pode afirmar haver igualdade ou desigualdade.

No domínio da vida real, portanto, a diferença refere o estado primário. Ninguém é absolutamente igual, assim como também não é absolutamente desigual. Isso significa dizer que na situação real da vida nunca haverá uma identidade e conseqüentemente um juízo de igualdade ou desigualdade plena.

Em suma, não há nem será possível haver uma semelhança total, uma plena identidade de características naturais e condições fáticas, numa dimensão puramente ontológica.

2.3. Da escolha dos pontos de referência a determinar quem é igual e em que é igual

Para se dizer que há igualdade ou desigualdade entre as pessoas é preciso que no amplo espectro de características naturais e condições fáticas, ou seja, no domínio da desigualdade fática universal, sejam eleitas as que servirão de ponto de referência para o juízo relacional de comparação.

Ponto de referência é o que Pieroth e Schilink denominam de conceito supra ordenado comum (*genus proximum*), sob o qual recaem as diferentes pessoas e situações, a serem evidenciadas, completa e exaustivamente, a partir de uma marca distintiva¹³⁵, de uma diferença específica. Ao tratar do tema, Canotilho assinala que o ponto de referência, por ele denominado de pressuposto de fato ou situação de fato, são os objetos, pessoas que se consideram iguais ou desiguais¹³⁶.

O que a lei realiza quando disciplina sobre as posições jurídicas (direitos a algo, liberdades ou competências) em verdade está a delimitar o ponto de referência, ou seja, os aspectos a serem considerados para diferenciar os indivíduos que estarão compreendidos entre os que se submetem a um dever, uma proibição ou permissão (sendo estes os considerados iguais), e os excluídos por um regime diferenciado¹³⁷ (como tais referidos como os desiguais).

Por assim dizer, a aferição da igualdade ou da desigualdade sempre estará a depender de um ponto de referência, ou melhor, de um parâmetro, a determinar um ou vários aspectos de diferenciação relacionados a pessoa em si, coisas ou situações¹³⁸.

O ponto de referência assentado em determinadas características naturais ou condições fáticas tem, por assim dizer, o condão de conferir ao juízo relacional um campo

¹³⁵ PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 465.

¹³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1295.

¹³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 12.

¹³⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 12.

de atuação, no qual será realizada a comparação entre os indivíduos que nele se possam enquadrar.

Daí que igualdade não se reduz à mera identidade¹³⁹, assim considerada a acepção de que algo é idêntico a outrem. A igualdade reporta-se a uma fatia dimensional da realidade das coisas. Isto é, a igualdade diz respeito sobre o que é ou não igual no âmbito do elemento erigido a ponto de referência – ou seja, o elemento que corresponda a um recorte do amplo espectro de elementos possíveis da realidade, *verbi gratia* sexo, raça, cor, idade, credo, condição social etc. - e posto em comparação relativamente a sujeitos distintos.

A depender do campo analisado, a relação do que é igual ou desigual pode mudar completamente.

A tomar como único elemento de comparação a própria natureza humana, do ponto de vista biológico ou físico, há de se dizer certamente que todos os seres humanos são iguais. Se não for posto em causa nenhum outro atributo, não há diferenciação.

Mas diferença sempre há, a constituir ou uma desigualdade natural ou uma desigualdade social.

A questão é que no âmbito da igualdade não basta identificar quem é igual, mas, sobretudo, em que é igual.

A desconsiderar qualquer ponto de referência para simplesmente considerar as pessoas sem as diferenciações decorrentes de características naturais ou de condições fáticas, não se tem aí um juízo relacional de igualdade ou desigualdade, mas uma injusta relação igualitarista¹⁴⁰, na qual se concebe, desde o início, uma igualdade de todos em tudo.

Mas é importante ter em mente que a igualdade delimitada por um ponto de referência, que se traduz numa igualdade fática parcial, não corresponde à noção de igualdade ou desigualdade da fórmula “os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente”. A igualdade fática parcial nada diz sobre uma obrigatoriedade de um tratamento igual ou desigual¹⁴¹, porquanto refere a um campo delimitado no amplo espectro das diferenças das situações reais da vida. É o ponto referencial tão somente a identidade de determinadas características circunscritas e consideradas para viabilizar a comparação de pessoas.

Em suma, a igualdade parcial é apenas um ponto referencial de partida, no qual há de operar o juízo relacional.

É assim que, sob a perspectiva do direito, o legislador elege características naturais e condições fáticas das pessoas que servirão de ponto de referência para viabilizar a relação comparativa.

¹³⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 280.

¹⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2ª reimpressão. São Paulo: Editora Unesp, 1995, p.100.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.399.

A escolha do traço diferenciador, das características naturais ou condições fáticas, porém, não pode recair sobre qualquer coisa ou fator neutro, conforme enfatiza Mello. Deve, ao invés disso, ficar restrita às características existentes na pessoa, coisa ou situação a ser diferenciada, de modo que elemento algum nelas não existente não poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes. Ademais, o ponto de referência, o fator de discriminação, não pode consistir num traço tão específico que singularize de modo absoluto o indivíduo no tempo presente e de modo definitivo¹⁴².

Destarte, a igualdade de partida formulada pela lei, ou melhor, a igualdade essencial deve ser entendida como a comparabilidade das características naturais das pessoas e das condições fáticas nas quais se encontrem, de maneira que se possa afirmar que há entre os indivíduos cujas características foram comparadas uma relação de igualdade ou de desigualdade, isto é, que são essencialmente iguais ou desiguais.

3. Decodificando as múltiplas faces do Princípio de Igualdade

3.1. Das dimensões liberal, democrática e social do princípio da igualdade

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do Estado de Direito de mais longa participação nos textos constitucionais. Ao longo de dois séculos é, ainda, o de mais acentuada e multifacetada evolução e controvérsias doutrinárias, a refletir e influenciar as transformações do Estado de Direito, como bem observa Novais¹⁴³.

Por seguir a evolução histórica do Estado de Direito, o princípio da igualdade vem reconduzir à teoria do Estado, espelhando a ideia do Estado de direito democrático e social. E nessa quadra, Canotilho e Moreira¹⁴⁴ salientam que o princípio da igualdade edifica-se sob as dimensões liberal, democrática e social.

Na dimensão liberal, o princípio da igualdade vem refletir a ideia de igual posição de todas as pessoas perante a lei, geral e abstrata, independentemente de seu nascimento e do seu status. É a conformação da fórmula clássica do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei e que, no passado, espanou as desigualdades estatuídas no “antigo regime” francês entre os séculos XVI e XVIII, vedando a diferenciação das pessoas em classes jurídicas distintas e sob diferentes direitos e deveres em razão do nascimento, posição social, raça, sexo.

Sob a dimensão democrática, o princípio da igualdade se traduz na proibição de discriminações, positivas ou negativas, na participação no exercício do poder político. Assim, tanto o acesso ao exercício do poder político e relevância do sufrágio por igualdade do voto e elegibilidade, quanto o acesso a cargos públicos passaram a submeter-se ao crivo da igualdade.

¹⁴² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

¹⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.101.

¹⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 337.

Em relação à dimensão social, o princípio da igualdade denota a sua função social a impor a eliminação das desigualdades fáticas, quer econômicas, sociais ou culturais, de modo a alcançar a igualdade real.

Em face dessas três dimensões, Canotilho e Moreira lecionam que o princípio da igualdade é estruturante do Estado de direito democrático e social porque a) impõe a igualdade na aplicação do direito, proibindo diferenciação dos cidadãos com base em condições meramente subjetivas (igualdade de Estado de direito liberal); b) garante a igualdade de participação na vida política da coletividade e de acesso aos cargos públicos e funções políticas (igualdade de Estado de direito democrático); c) exige a eliminação de desigualdades de fato para se assegurar uma igualdade material no plano econômico, social e cultural (igualdade de Estado de direito social).¹⁴⁵

3.2. No domínio do âmbito de proteção do princípio da igualdade: proibição do arbítrio, proibição da discriminação e obrigação de diferenciação

Considerado sob o domínio de seu âmbito de proteção ou de seu conteúdo, o princípio da igualdade abrange, segundo classificação esposada por Canotilho e Moreira, as dimensões da proibição do arbítrio; da proibição de discriminações e da obrigação de diferenciação¹⁴⁶.

Em primeira linha, a igualdade se traduz na imposição de um tratamento jurídico idêntico, de modo que eventuais diferenças de tratamento devem ser adequadamente justificadas, sob pena de concretizar o arbítrio. Assim, arbítrio deve ser entendido como a distinção de tratamento destituída de justificação razoável à luz do catálogo de valores constitucionais. É o tratamento injustificado e desarrazoado como igual para situações substancialmente desiguais, ou como desigual para situações substancialmente iguais. Daí que, sob esse prisma, a igualdade constitui um princípio negativo de controle, um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos.

Na esteira desse argumento, Alexy vem interpretar o enunciado clássico “o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente”, no sentido de que “se não houver nenhuma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, um tratamento igual é obrigatório” ou, então, que “se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual, o tratamento desigual se impõe”.¹⁴⁷

Quando se tratam igualmente os substancialmente iguais ou desigualmente os substancialmente desiguais, nada há a contrapor, porquanto observada a máxima da igualdade. Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é o fundamento orientador da igualdade.

O problema, verdadeiramente, surge quando se trata desigualmente os iguais ou igualmente os desiguais. Isto porque a distinção não é em si vedada. Proibida é

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 337.

¹⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 339.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.421.

discriminação destituída de justificação razoável, isto é, quando destituída de uma razão objetiva, de um fundamento material bastante.

Há violação da igualdade quando o tratamento desigual é realizado sem nenhum critério objetivo. Logo, arbítrio é o tratamento discriminatório que se dá sem uma justificação razoável segundo critérios objetivos.

Arbítrio é, portanto, uma distinção de tratamento sem uma justificação razoável. E essa distinção passa pela dignidade da pessoa humana. Um critério válido para distinção é o critério que não fere a dignidade da pessoa humana.

Conforme destaca Novais, citando Ronald Dworkin, a cláusula da igualdade não garante a cada indivíduo o mesmo tratamento ou benefício concedido a outros, mas apenas um tratamento como igual, de modo que no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado, o indivíduo será tratado com igual preocupação e respeito¹⁴⁸. E pelo fato de que todos têm igual dignidade, todos devem ser tratados como iguais, evitando-se as distinções que violem a igual consideração e respeito devidos a todas as pessoas. Mercê disso, o princípio da igualdade só tem sentido à luz da dignidade humana.

De outro vértice, na preleção de Canotilho, “existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais”¹⁴⁹.

E assim estabelecido, o que a fórmula da proibição do arbítrio estatui é a impossibilidade de desequiparações de tratamento fortuitas ou injustificadas¹⁵⁰, de maneira que “nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como igual”¹⁵¹.

Por outro vértice, no que tange à proibição de discriminação, o princípio da igualdade consiste na proibição de quaisquer diferenciações de tratamento entre as pessoas baseadas em categorias meramente subjetivas ou em face dessas mesmas categorias, que historicamente justificaram discriminações, tais como sexo, raça, religião, convicções filosóficas ou políticas.

Trata-se, pois, de fatores de discriminação ilegítimos ou categorias suspeitas, arrostados pela maioria dos textos constitucionais, a exemplo das vedações constantes no art. 13-2, da Constituição da República portuguesa de 1976; no art. 3-3 da Lei Fundamental alemã de 1949; e no art. 3º, incisos IV, da Constituição Federal brasileira de 1988.

¹⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 109.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 428.

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18.

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 339.

Não constituem exatamente um rol taxativo relacionado em cada constituição, mas um indicador de que são ilícitas as diferenciações de tratamento contrárias à dignidade humana e incompatíveis com o princípio do Estado de direito democrático.

Entretanto, a proibição de discriminação não importa necessariamente na igualdade total em todas as situações nem na cabal proibição de diferenciação de tratamento.

São legítimas as diferenciações de tratamento quando se firmam numa situação objetiva de situações; não se estribem nas categorias suspeitas; tenham um fim legítimo segundo a ordem constitucional; e se apresentem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação de seu objetivo¹⁵².

As medidas de distinção do tratamento, portanto, devem ser materialmente fundadas sob a ótica da certeza do direito, da praticabilidade, da justiça e da solidariedade¹⁵³.

Assim, a distinção proibida é a de caráter subjetivamente estreme, que leva em conta aspectos puramente particulares da pessoa ou de uma só pessoa, a retirar da lei por consequência a característica de generalidade e abstração¹⁵⁴. E a fundar em categorias meramente subjetivas, a discriminação dá-se dessa maneira com a pecha da ilegitimidade¹⁵⁵.

A ilegitimidade pode ocorrer diante das denominadas “categorias suspeitas” de discriminação, ou seja, daquelas que dizem respeito sobre raça, sexo, cor, idade, nacionalidade, ideias políticas ou religiosas, que requerem especial escrutínio para avaliar sua objetividade¹⁵⁶. Significa dizer que estando em questão tais diferenciações, elas são em princípio suspeitas, de modo que a ilegitimidade passa a ser presumida. E sendo suspeito, o juiz deve examinar a situação com um escrutínio mais intenso (princípio da proporcionalidade no sentido amplo ou proibição do excesso).

Na ordem jurídica brasileira, as categorias suspeitas de discriminação enunciadas na lista aberta prevista no art. 3º, IV, da Constituição Federal¹⁵⁷, estão a dizer ao legislador que este não poderá beneficiar ou prejudicar alguém de qualquer direito ou isentar esse mesmo alguém de um dever, assentando uma medida legal num fundamento puramente preconceituoso.

Como sabido, o preconceito em função de sexo, raça, cor de pele ou ideias políticas ou religiosas sempre esteve na raiz das decisões legislativas que levaram a um injusto

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 340.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1298.

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1298

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1298.

¹⁵⁶ A expressão “categorias suspeitas” tem origem na doutrina norte-americana e diz respeito sobre a distinção de tratamento baseado na diferença racial. Atualmente, entretanto, o sentido foi ampliado para referir motivo de discriminação preconceituosa proibida pelo princípio da igualdade.

¹⁵⁷ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União nº 191-A, de 5 de outubro de 1988: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

tratamento jurídico diferenciado entre as pessoas. E por essa particularidade são consideradas suspeitas e, portanto, ilegítimas a princípio.

Assim, diante de uma determinada categoria suspeita, o tratamento diferente será presumivelmente ilegítimo. Mas poderá ser legítimo desde que não importe numa desqualificação que afete negativamente os destinatários da norma.

A diferenciação em razão de sexo, por exemplo, é a princípio suspeita. No entanto, se o legislador tem uma razão forte que não importe numa desqualificação, numa afetação negativa dos destinatários, aí a diferença pode se ater com a legitimidade.

No que toca à obrigação de diferenciação, a distinção do tratamento pode ser a expressão de uma obrigação do poder público para compensar uma desigualdade de oportunidades, por questões de natureza social, econômica ou cultural¹⁵⁸. O princípio da igualdade nesse ponto situado consiste na imposição ao poder público do dever de promover a eliminação de desigualdades fáticas, assegurando uma igualdade jurídico-material.¹⁵⁹

Em resumo, o princípio da igualdade prescreve em seu âmbito protegido um conteúdo igual da lei, a proibição de tratamento arbitrário e um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais, visando uma igualdade fática.

3.3 Da igualdade formal e da igualdade material

Quando trata sobre a igualdade, várias modalidades são delineadas pela doutrina, com o escopo de salientar aspectos inerentes ao procedimento ou ao conteúdo do princípio da igualdade. Assim, a igualdade é classificada como formal e material; perante a lei e na lei; jurídica e de fato etc. Entretanto, como observa Rothenburg¹⁶⁰, com quem comungo da ideia, o núcleo conceitual jurídico-normativo da igualdade, em verdade, gira em torno da concepção da igualdade formal e da igualdade material.

Enquanto princípio de estatura constitucional, a igualdade teve a sua primeira positivação histórica na Constituição Francesa¹⁶¹ de 3 de setembro de 1791, como produto direto do pensamento político dominante no período da Revolução Francesa (1789-1799), consagrando-se desde então e até aos dias atuais como um axioma político e jurídico¹⁶² nas diversas constituições da contemporaneidade.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1298.

¹⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 341.

¹⁶⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade Material e Discriminação Positiva: O princípio da Isonomia**. Artigo publicado no sítio da Universidade do Vale do Itajaí. Núcleo de Estudos Jurídicos. Vol. 13. n. 2. p. 77-92 / jul-dez 2008. Disponível em: <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1441/1144> Acesso em: 8 set 2013.

¹⁶¹ Embora existam posições divergentes a indicar a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 como a “primeira positivação global e com força constitucional dos direitos fundamentais, cf. PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 20.

¹⁶² CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1983, p. 118.

Nesta fase inicial, porém, o princípio da igualdade esteve restrito a uma concepção eminentemente formal, baseada na indistinta igualdade dos homens perante a lei, o que era perfeitamente justificado à realidade do então nascente estado constitucional de matriz liberal. A juridicização da igualdade tinha escopo certo: a abolição dos privilégios da nobreza e do clero¹⁶³, o que somente poderia ser feito se a lei, numa genérica e uniforme, estrita e imparcial aplicação¹⁶⁴ considerasse iguais todos os que se encontrassem numa mesma situação, sem diferente consideração quanto às circunstâncias pessoais ou quanto ao tratamento decorrente da norma. Era, portanto, uma igualdade absoluta em termos jurídicos.

Posteriormente, o princípio da igualdade veio assumir outro aspecto, não mais de mera formalidade da aplicação da lei, mas como axioma no conteúdo da lei que também deve ser igual. Esta é a segunda fase evolutiva do princípio da igualdade, e agora no âmbito de uma igualdade material, que visa afastar situações de injustiça que a exclusiva dimensão formal se mostrou inapta a fazê-lo.

Em sentido material, a igualdade passa a permear o conteúdo da própria lei. Surge aí uma exigência de igualdade no seu conteúdo e na sua realização jurídico-normativa, ou nas palavras de Castanheira Neves, “uma igualdade da lei já em si”¹⁶⁵.

Sob esse prisma dicotômico de uma igualdade formal e de uma igualdade material, é de se discorrer, portanto, para efeito de melhor compreensão do conceito, acerca das distinções mais específicas sobre o tema, conquanto de modo breve.

3.3.1 Da igualdade perante a lei (formal) e da igualdade na lei (material)

Com o advento do Estado Liberal, o princípio da igualdade foi cunhado como tão somente uma igualdade na aplicação da lei¹⁶⁶. E, assim, passou a representar a ideia de que a lei seria aplicada a todos os seus destinatários por igual, sem olhar a quem, sem distinção quanto à função da posição social, de títulos ou de convicções. Enfim, a igualdade referia uma lei que é igual para todos, todos são iguais perante a lei.

Por outras palavras, a igualdade perante a lei significa que ela deve ser aplicada uniformemente. Refere, pois, acerca do momento posterior à elaboração da norma jurídica, sendo um referencial ao aplicador da lei, que a deve aplicar indistintamente a todos os que se encontram em sua hipótese de incidência normativa.

É por isso que o princípio da igualdade muito se identifica com a forma mais simples de legalidade¹⁶⁷, e o que fez Kelsen concluir que aquela não era senão a própria juridicidade da aplicação do Direito em geral, então imanente às normas jurídicas¹⁶⁸. Para

¹⁶³ Durante o Antigo Regime, a sociedade francesa do século XVIII era estruturada em Clero ou Primeiro Estado; Nobreza ou Segundo Estado e Povo ou Terceiro Estado.

¹⁶⁴ CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1983, p. 120.

¹⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1983, p. 120.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 102.

¹⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 102.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.158.

Kelsen, aplica-se a lei a todos e indistintamente, não por observância de uma compreensão de igualdade como conteúdo material, mas como aplicação obrigatória da lei, segundo o postulado da legalidade da aplicação das leis.

A despeito da correção ou não dessa posição, a igualdade está na exata medida de aplicação igual da lei a todos os que estão na mesma situação de incidência constante nas proposições normativas. Prepondera a igualdade no procedimento, no modo como é aplicada, não o conteúdo do que é aplicado ou a quem é aplicado.

Resumindo, partindo do pressuposto lógico da igualdade formal, uma determinada lei Y sempre será aplicada aos indivíduos A e B de forma igual, porque estes sob o contexto de aplicação da norma são supostamente considerados iguais quando se encontram na mesma situação fática constante da proposição normativa.

Isto quer dizer que por igualdade perante a lei não há nenhuma análise quanto à eventual igualdade ou desigualdade das pessoas em si mesmo consideradas, mas tão só quanto ao aspecto procedimental de igual aplicação da norma que as toma como objeto e as coordena segundo os efeitos jurídicos imputados a determinadas condutas.

Verificada a hipótese da lei, ou seja, a conduta devida ou prescrita, ao intérprete e aplicador compete tão somente dirigir a norma ao destinatário que se encontra na situação de incidência. Tratar igualmente é aplicar a lei indistintamente a todos os que se encontram em seu âmbito normativo. É a consideração da lei na sua tão só generalidade e abstração.

Não há como ignorar o caráter próprio e principiológico da igualdade perante a lei, isto é, da sua qualidade de postulado da racionalidade prática e universal¹⁶⁹, que impõe o dever de idêntico tratamento, ou aplicação igual da lei, a todos os que se encontram numa mesma situação, constituindo por isso mesmo dimensão básica, mas não exclusiva, do princípio da igualdade.

Por outro ângulo, o princípio da igualdade também se dirige ao próprio legislador e não somente ao aplicador da lei. Ao legislador se impõe o dever de criar um direito igual para todos os cidadãos. Um direito que confira igualdade material de todos na lei.

E a propósito do que venha a ser a “criação de um direito igual”, Canotilho preleciona que se refere a um princípio da justiça pessoal, um postulado de racionalidade prática: “para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos”. Também, destaca como uma exigência de igualdade material através da lei, devendo tratar-se por ‘igual o que é igual e desigualmente o que é desigual’. E ainda como uma “igualdade justa”, a estabelecer um critério de valoração para a relação de igualdade a permitir aferir quando uma lei trata dois indivíduos de forma igualmente justa¹⁷⁰.

A obrigação do legislador, portanto, não se resume a impor tratamento igual a uma igualdade essencial. Ao legislador se atribui a obrigação de transformar a situação fática para superação das desigualdades reais existentes entre as pessoas. É o que se ocorre, por

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p 527.

¹⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 427-428.

exemplo, quando se distingue tendo em conta uma justa ou igual repartição dos encargos públicos.

A igualdade na lei significa que o legislador, no momento de elaboração da norma jurídica, não pode adotar discriminações injustificadas e desproporcionais e que deve promover diferenciações, considerando as semelhanças e diferenças, de modo que sejam compensadas as desigualdades sociais, econômicas e culturais.

Por essa compreensão, o princípio da igualdade funciona como promotor de uma igualdade substancial, “um princípio de igualdade de oportunidades (*Equality of opportunity*) e de condições reais de vida”, o que faz deste princípio não apenas um princípio de Estado de direito, mas também um princípio de Estado social¹⁷¹.

Com isto também se pode assinalar que o princípio da igualdade, enquanto igualdade material ou igualdade na lei, está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que somente “são admissíveis as diferenciações fundamentadas em critérios que não ponham em causa a igual consideração e respeito devidos a todas as pessoas”¹⁷².

Da ideia de igualdade social ou de igual dignidade da pessoa humana - além do fundamento contra discriminações desprovidas de um critério razoável - emana também uma igualdade perante os encargos públicos. Os encargos públicos, assim materializados em impostos e restrições ao direito de propriedade, devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos. E no caso de haver um sacrifício especial de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, que se justifique por razões de interesse público, aos afetados deverá reconhecer-se uma indenização ou compensação como forma de manter o igual tratamento perante os demais indivíduos.

Por conseguinte, a igualdade na lei e a igualdade perante a lei são respectivamente prescrições inerentes à igualdade material e à igualdade formal.

3.3.2 Da igualdade jurídica (formal) e da igualdade fática (material)

No cotejo dos atos e das consequências da ação estatal, a igualdade pode ser considerada sob o ângulo da igualdade jurídica e da igualdade fática¹⁷³.

Enquanto igualdade jurídica, o princípio da igualdade se insere na dimensão de validade da norma, consequentemente no plano do dever-ser. A igualdade é o que direito diz que deve ser.

Por outra forma, a igualdade fática aponta para o plano da efetividade, do ser, isto é, a da igualdade no mundo da realidade, com a promoção de uma igualdade de oportunidades e da disponibilização das condições materiais que possa eliminar ou atenuar as desigualdades essenciais.

Evidentemente, pela própria essência da igualdade jurídica e da igualdade fática, é inevitável uma colisão fundamental entre esses dois princípios, porquanto, como observa Alexy, aquilo que é um tratamento igual para um princípio é para o outro um tratamento

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 430.

¹⁷² NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 110.

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 416.

desigual e vice-versa¹⁷⁴. Por isso é que se conclui que para promover uma igualdade fática é necessário aceitar uma desigualdade jurídica.

3.3.3. Igualdade genérica e igualdade específica

No contexto dos direitos fundamentais, a igualdade, assim como ocorre com o direito de liberdade, há um direito geral de igualdade ao lado de direitos de igualdade específicos¹⁷⁵.

Como um direito fundamental geral, a igualdade tende a se expressar com o clássico enunciado normativo “todos são iguais perante a lei”.

É que o se verifica, a propósito, na redação do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal brasileira, o qual preceitua que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

A par dessa construção geral do direito da igualdade, também se estabelecem cláusulas especiais com disposições a obrigar um tratamento igual e a proibir a discriminação.

É, à vista disso, um reforço à ideia de uma igualdade justa. E, historicamente, trata-se de uma reação ao modelo de igualdade estritamente formal de uma mera igualdade perante a lei¹⁷⁶.

Na Constituição brasileira, essas cláusulas são encontradas, por exemplo, no artigo 5º, I, que trata da igualdade entre homens e mulheres; no artigo 7º, XXX, que proíbe diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; no artigo 196, *caput*, que trata do acesso igualitário e universal aos bens e serviços em matéria de saúde; no artigo 206, I, que confere igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; dentre outros dispositivos dispersos no texto constitucional.

As cláusulas especiais se prestam, pois, a conferir grande intensidade de vinculação dos órgãos estatais, em particular do legislador, às disposições que impõem um tratamento igual ou que proíbem uma discriminação.

As cláusulas especiais concorrem, por assim dizer, à conformação da igualdade material, retirando do legislador espaços de atuação e de escolhas em âmbitos onde o tratamento igual é impositivo e proibitiva a discriminação.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.417.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 393.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p 536.

Nesse quadro, deve compreender-se que os fundamentos materiais de uma cláusula especial de igualdade tem primazia, como lei especial, em relação às proposições prescritivas gerais de igualdade¹⁷⁷, que assumem o papel de lei geral.

Nesse passo, as cláusulas especiais, sem negar uma geral diretriz de igualdade, vêm assegurar uma mais particular igualdade para evitar uma indesejada desigualdade material por motivos subjetivos ou meramente econômicos, sociais ou culturais.

4. O controle judicial do Princípio da Igualdade: uma questão de método para o respeito às diferenças

4.1. O problema da metódica de controle

De tudo o que se pontuou até aqui, é indene de dúvidas de que respeitar a igualdade nos dias atuais é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Mercê disso, uma questão que se põe quanto ao domínio do princípio da igualdade é saber até onde o tratamento desigual é admissível, ou, ainda, até onde as decisões do legislador democrático são sindicáveis pelo juiz constitucional e como esse mesmo juiz pode fazê-lo.

Segundo Alexy, da assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual resulta compreender que o enunciado geral da igualdade exige *prima facie* um tratamento igual. O tratamento desigual somente se justifica diante de princípios contrapostos¹⁷⁸.

E a propósito dessa afirmação, Pieroth e Schilink reforçam que só é jurídico-constitucionalmente relevante, a depender de justificação, portanto, o tratamento desigual do que é essencialmente igual¹⁷⁹. Logo, esse é o ponto de partida para a controlabilidade dos atos do legislativo pelo judiciário.

Identificada uma distinção de tratamento entre os que são essencialmente iguais ou essencialmente desiguais, a sindicabilidade pelo judiciário faz-se pertinente para aferir a justificativa jurídico-constitucional tomada pelo legislador para o tratamento desigual.

Mas, para se aferir a observância da igualdade, havendo diferença de tratamento, parte-se da premissa de que o tratamento diferenciado deve reconduzir a um critério valorativamente válido de distinção, que se traduza, pois, num fundamento de distinção não arbitrário.

Por essa razão, há quem identifique a igualdade com a proibição do arbítrio¹⁸⁰. Há igualdade desde que a diferença de tratamento não seja arbitrária. Distinções arbitrárias entre as pessoas, portanto, são excluídas pelo princípio da igualdade.

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 431.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 411.

¹⁷⁹ PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 463.

¹⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.111.

À vista disso, é de perscrutar se o princípio da igualdade se limita a um tratamento não arbitrário. A doutrina e algumas constituições vêm sinalizado que não, na medida em que têm firmado critérios que vão além da mera proibição do arbítrio.

E isso se explica porque, não obstante a exigência racional de que o igual não deve ser tratado desigualmente, o legislador continua ainda assim dispondo da mais ampla margem de conformação¹⁸¹, haja vista que, em face de cada diferenciação, sempre há vastos argumentos que podem sustentar a diferenciação, esvaziando o sentido da igualdade de consequências jurídicas.

Por isso, Novais, ao asseverar que a identificação da igualdade com a proibição do arbítrio se revela marcadamente insuficiente enquanto modelo de controle, pontua que qualquer desigualdade de tratamento deve ser sujeita a um controle tão rigoroso quanto o aplicável à restrição dos direitos fundamentais¹⁸².

E é exatamente esse o sentido aplicado ao princípio da igualdade pela jurisprudência constitucional americana e europeia, quando sujeita o controle da igualdade “a diferentes níveis de densidade consoante os interesses em jogo, a existência de categorias suspeitas, a gravidade da diferenciação ou o grau e intensidade de afetação de direitos fundamentais”¹⁸³.

Assim é que novos modelos de controle da igualdade vêm sendo construídos, ora se agregando à dimensão da proibição do arbítrio as exigências do princípio da proporcionalidade, ora se estabelecendo fórmulas alternativas de controle entre o critério da diferença (proibição do arbítrio) e a medida da diferença (princípio da proporcionalidade em sentido lato).

Mas é de se perscrutar se há um método que traduza com precisão o sentido do princípio da igualdade. Convém, sob esse ponto, indagar se a estruturação combinada ou alternada dos testes da igualdade, pelo critério da diferença e/ou pela medida da diferença, pode mesmo ser considerada uma metódica de controle mais efetiva para a sindicabilidade das decisões do legislador democrático pelo juiz constitucional. Até onde se pode ir sem cair no ativismo judicial?

Sem pretender discorrer sobre toda a complexidade desse tema, mas tão simplesmente com o escopo de vislumbrar uma resposta a essas indagações, analisar-se-á a seguir alguns desses testes, baseados na proibição do arbítrio e/ou na aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido lato.

4.2. Do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio e proibição do tratamento desigual sem razão objetiva ponderosa

Embora o enunciado geral da igualdade requeira a princípio um tratamento igual para os essencialmente iguais, e desigual para os essencialmente desiguais, o tratamento integralmente igual não é necessariamente exigível nem proibida toda e qualquer

¹⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.112.

¹⁸² NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.112 e 114.

¹⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.115.

preferência e secundarização, segundo ressaltam Pieroth e Schilink. Proíbe apenas o tratamento desigual sem fundamento jurídico-constitucional¹⁸⁴.

A par disso, Pieroth e Schilink aduzem que os problemas de tratamento igual sempre podem ser entendidos também como problemas de tratamento desigual, dependendo tão somente da escolha do grupo de comparação, isto é, de que se conheça o ponto de referência que os reúne como iguais ou os exclui por desiguais.

Diante de um tratamento desigual entre os essencialmente iguais e igual ente os essencialmente desiguais, é fundamental perquirir a justificação jurídico-constitucional de tal distinção.

Quanto à exigência de justificação jurídico-constitucional para o tratamento desigual, Pieroth e Schilink observam que o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) adota um modelo alternativo de controle da igualdade. À priori, faz uma distinção segundo a intensidade que o tratamento desigual afeta os atingidos, determinando a partir daí se o princípio da igualdade será entendido como proibição do arbítrio ou como proibição de tratamento desigual sem um fundamento objetivo ponderoso. Em seguida, realiza o controle de constitucionalidade segundo as exigências da proibição do arbítrio ou do princípio da proporcionalidade.

Por esse modelo, se estiver em causa um tratamento desigual de fraca intensidade, o princípio da igualdade significa proibição de arbítrio e consequentemente o controle de constitucionalidade se limita a um controle de evidência de situações de tratamento arbitrário, sendo aceitas as discriminações para as quais exista qualquer fundamento objetivo¹⁸⁵.

Por outro lado, no caso de um tratamento desigual de forte intensidade, o princípio da igualdade é entendido como proibição do tratamento desigual sem fundamento objetivo ponderoso, a submeter-se à avaliação do princípio da proporcionalidade¹⁸⁶. Nesse caso, será aceito um tratamento desigual para o qual exista um fundamento objetivo ponderoso, ou seja, um fundamento que se traduza num tratamento proporcionalmente igual.

Com efeito, a adoção do princípio da proporcionalidade no controle da igualdade somente ocorre nos casos de tratamento desigual de forte intensidade, e como tal a proibição do arbítrio não é suficiente para a caracterização do princípio da igualdade.

Sob a lógica desse modelo jurisprudencial alemão, a intensidade do tratamento desigual aumenta tanto mais: a) quanto mais o critério do tratamento desigual se reporte a pessoas e quanto menos se reporte a situações; b) quanto mais o critério do tratamento

¹⁸⁴ PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 460.

¹⁸⁵ PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 471.

¹⁸⁶ PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 472.

desigual se assemelhe a um dos critérios proibidos do art. 3-3, da Constituição alemã¹⁸⁷ (categorias suspeitas); c) quanto menos o atingido puder influenciar o critério de tratamento desigual; e d) quanto mais o tratamento desigual dificulte o exercício das liberdades protegidas jurídico fundamentalmente¹⁸⁸.

Uma vez considerado o princípio da igualdade como proibição de tratamento desigual sem um fundamento objetivo ponderoso, a avaliação segundo o princípio da proporcionalidade¹⁸⁹ importará na aceitação de um tratamento desigual que vise a um fim legítimo; seja apto e necessário para atingir este mesmo fim; e haja proporcionalidade entre o valor do fim e o tratamento desigual.

A crítica que se faz a este modelo alternativo, no qual a sindicabilidade ora se faz mediante o critério da proibição do arbítrio, ora mediante a proibição de tratamento desigual sem um fundamento objetivo ponderoso, diz respeito sobre a dificuldade na identificação dos casos em que a violação possa ser considerada como forte, em confronto com aqueles que possam ser caracterizada como fraca¹⁹⁰. Com efeito, para se determinar a intensidade do tratamento desigual, há mesmo certa margem de subjetivismo na definição do marco da escala de cada um dos parâmetros segundo as contingências do observador. E sob esse contexto, é factível que seja entendida a igualdade como proibição do arbítrio quando, em verdade, esse critério não seja suficiente para aferir a violação da igualdade.

Outro modelo que se pode evocar para compreensão do tema é o da “igualdade proporcional”, então adotado pela jurisprudência constitucional portuguesa. De estruturação diferente do modelo abraçado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a fórmula da “igualdade proporcional” considera o princípio da igualdade como proibição do arbítrio acrescido das prescrições do princípio da proporcionalidade no sentido lato (proibição do excesso).

Por esse modelo de uma “igualdade proporcional”¹⁹¹, a aferição da violação da igualdade vem ocorrer em dois passos. No primeiro, verifica-se se há um “critério legítimo de diferenciação”, mediante o teste do arbítrio. No segundo, uma vez superado o teste do arbítrio, sucede-se com o teste da proporcionalidade da “medida da diferença”, seguindo as análises próprias dos subprincípios do princípio da proporcionalidade em sentido lato, aferindo-se: a) a legitimidade do fim do tratamento desigual; b) a aptidão da

¹⁸⁷ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. 23 de maio de 1949. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em 19 out. 2013.

¹⁸⁸ PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, parágrafo 470.

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 1297;

¹⁹⁰ BRITO, Miguel Nogueira. COUTINHO, Luís Pereira. A “igualdade proporcional”, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013. **Direito & Política**. Loures: Diário de Bordo editores, n.4, p. 185, jul./out. 2013.

¹⁹¹ BRITO, Miguel Nogueira. COUTINHO, Luís Pereira. A “igualdade proporcional”, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013. **Direito & Política**. Loures: Diário de Bordo editores, n.4, p. 186, jul./out. 2013.

medida de tratamento desigual para assegurar um fim e a necessidade deste tratamento, ou melhor, a dimensão do sacrifício, para alcançar esse mesmo fim; e c) a proporcionalidade entre o sacrifício imposto e o benefício alcançado com o tratamento desigual para a prossecução do fim.

Essa fórmula, contudo, também não é imune a críticas. A divisão do controle do princípio da igualdade em um duplo teste – do arbítrio e da proporcionalidade da medida da diferença – pode dar ensejo a uma contradição lógica entre os testes, nos quais o critério legítimo de diferenciação aferido sob o crivo do arbítrio não seja aceitável enquanto fim legítimo sob a ótica do teste do princípio da proporcionalidade.

Por essa perspectiva, Brito e Coutinho observam que o modelo da “igualdade proporcional” em vez de se apresentar como um controle mais denso e exigente do princípio da igualdade, pode em verdade se convolar numa fórmula menos vigorosa, relativamente à satisfação dos testes de cada um dos princípios em que se fraciona o princípio da proporcionalidade no sentido lato (proibição do excesso)¹⁹².

Independentemente da crítica que se possa fazer aos modelos adotados pela jurisprudência constitucional em geral, é irrefragável que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo vem promover importante reforço ao método de controle do princípio da igualdade.

4.3. O controle do princípio da igualdade na experiência constitucional brasileira

Por corresponder a um princípio complexo e ainda em fase de consolidação, a igualdade depende sobretudo de modelos de controle para o escopo de se tornar factível sob o aspecto da realização dos propósitos do Estado de direito, democrático e social.

Mas é, sobretudo, nos “casos difíceis”, ou seja, naqueles em que não é fácil saber, *prima facie*, se o tratamento desigual atende aos preceitos da igualdade segundo os valores constitucionais ou se corresponde à sua violação, que a adoção de um método intersubjetivo de controle se faz imprescindível para evitar casuísmos.

No caso da experiência constitucional brasileira, verifica-se que o controle do princípio da igualdade tem seguido um modelo argumentativo baseado na proibição do arbítrio, muito embora num ou noutro acórdão se perceba alguma referência ao princípio da proporcionalidade, contudo sem que se decline especificamente alguma metódica de controle do tratamento desigual por uma razão ponderosa.

À guisa de exemplo dessa observação tomar-se-á a seguir alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal nos quais a igualdade esteja no centro da questão em causa.

Deve-se salientar, entretanto, que longe de querer aferir a correção ou não do conteúdo dos acórdãos, o que se propõe é tão somente perquirir o método adotado pela Corte Constitucional brasileira em termos de controle do princípio da igualdade.

¹⁹² BRITO, Miguel Nogueira. COUTINHO, Luís Pereira. A “igualdade proporcional”, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n° 187/2013. **Direito & Política**. Loures: Diário de Bordo editores, n.4, p. 183, jul./out. 2013.

4.3.1. Caso do salário da licença gestante

Na ação direta de inconstitucionalidade ADI nº 1.946-5 DF, o Supremo Tribunal Federal analisou, em julgamento realizado em 3 de abril de 2003, a constitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, que definiu o limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social, sem estatuir qualquer ressalva quanto ao salário da licença-maternidade mencionada no art. 7º, XVIII, do texto Constitucional¹⁹³.

De acordo com a citada emenda constitucional, uma vez estabelecido o valor do limite máximo do benefício do regime geral de previdência em R\$ 1.200,00, este também seria aplicado à licença-maternidade, não obstante a disposição do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal brasileira assegurar que a gestante tem direito fundamental à licença de cento e vinte dias sem prejuízo do emprego e do salário.

No caso, a Corte constitucional entendeu que a falta de ressalva na emenda constitucional tem o condão de criar uma discriminação entre homens e mulheres, pois o empregador estará conclamado a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam a suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00 para não ter que responder pela diferença não alcançada pelo regime geral de previdência.

Nas palavras do relator, ministro Sydney Sanches, em voto proferido por ocasião do julgamento da medida cautelar requerida nos autos da ação direta de inconstitucionalidade, a norma assim editada estaria a facilitar e estimular a opção do empregador pelo trabalhador masculino, em vez da mulher trabalhadora, fomentando “a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88)”¹⁹⁴.

Concluiu então o Supremo Tribunal Federal a ocorrência de violação ao princípio da igualdade em decorrência de discriminação fundada por motivo de sexo, sem uma razão objetiva bastante, motivo por que conferiu ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20 interpretação conforme a Constituição.

4.3.2. Caso da contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas do serviço público

Por meio das ações diretas de inconstitucionalidade ADI nº 3.105 e ADI nº 3.128¹⁹⁵, julgadas em 18.8.2004, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade

¹⁹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23 set. 2013.

¹⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 1.946-5/DF, Medida Cautelar. Relator: Ministro Sydney Sanches. Decisão unânime. Brasília, 29.4.1999. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>>. Acesso em 16.9.2013.

¹⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 3.105/DF, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão maioria. Brasília, 18.8.2004, Brasília. Disponível em <

do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003¹⁹⁶, que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas do serviço público.

Referida norma ao tempo que instituiu a contribuição previdenciária para inativos também criou diferentes faixas de incidência da contribuição para os aposentados e pensionistas da União e os dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Na proposição prescritiva, os servidores inativos e pensionistas da União contribuiriam para o regime próprio de previdência a partir do valor correspondente a sessenta por cento do que ultrapassasse nos seus proventos o valor máximo dos benefícios do regime geral de previdência social (setor privado). Para os servidores inativos e pensionistas dos Estados, Distrito Federal e Municípios a faixa de incidência seria diferenciada a partir de cinquenta por cento.

A Corte Constitucional manifestou-se à unanimidade no sentido de que o princípio da igualdade foi violado quando a norma jurídica instituiu tratamento discriminatório entre servidores públicos pelo só fato de estarem ligados a outros entes federativos, sendo pois arbitrária a medida legal restritiva.

No voto vista condutor dessa tese, o ministro César Peluso veio assinalar não haver correlação lógico-jurídica a mediar entre o critério de diferenciação tomado pela norma e o tratamento normativo diferenciado do valor dos proventos e das pensões¹⁹⁷. Assenta assim que a discriminação é injustificada, já que são servidores públicos tanto os da União, como os dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e, como tais, estão na mesma situação jurídico-funcional considerada pelo *caput* do art. 4º da Emenda Constitucional. E indaga “por que deveriam uns, por efeito de desconto da contribuição, suportar incidência mais gravosa que a de outros, à só luz da desvaliosíssima circunstância de não pertencerem aos quadros da União”.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 16.9.2013.

¹⁹⁶ BRASIL. Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, publicada no Diário Oficial da União de 31.12.2003. (...) Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República.

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

¹⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 3.105/DF, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão maioria. Brasília, 18.8.2004, Brasília. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 16.9.2013. p. 238 dos autos.

Noutras palavras, a Corte entendeu não justificado um tratamento desigual para os que são essencialmente iguais, relativamente ao critério diferenciador consistente na condição de servidor público.

Por outro vértice, a Corte, por sua maioria, entendeu não haver violação à igualdade por ter a norma instituído contribuição previdenciária para uma faixa de inativos e pensionistas do serviço público que percebem proventos acima do teto máximo dos benefícios do regime geral de previdência, e não ter feito o mesmo para os inativos do regime geral. Nesse caso, o entendimento resultante foi no sentido de que a relação de igualdade entre aposentados e pensionistas do regime geral e do regime próprio de previdência não é alterada, já que tanto num caso quanto no outro há uma igualdade de tratamento para os que se encontram na mesma situação de inativo. É o caso da faixa de inativos e pensionistas do serviço público que percebem proventos abaixo do teto do regime geral. Em ambos os casos, os aposentados não são tributados, não contribuem para o respectivo regime previdenciário. Não há aí nenhuma desigualdade de tratamento.

Quanto aos inativos e pensionistas do serviço público situados na faixa remuneratória superior ao teto do regime geral, entendeu-se que para estes o tratamento tributário diferenciado resulta da responsabilidade social pelo custeio da previdência, pela distribuição equitativa dos encargos públicos.

A perulstrar os argumentos da Corte constitucional brasileira, emerge o seguinte:

a) há igualdade essencial entre os inativos do regime geral com os inativos do regime próprio que percebem proventos até o limite do regime geral de previdência, de modo que houve um tratamento jurídico igual conferido a estes últimos. Nesse caso, a justificação jurídico-constitucional do tratamento não é relevante;

b) há uma igualdade essencial entre os servidores inativos da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal. E por essa razão, não se vislumbra uma justificação razoável e objetiva para que os servidores da União, Estados, Municípios e Distrito Federal sejam tratados de forma desigual, sem que isso não importe numa discriminação arbitrária.

4.3.3. Caso do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo

Na ação direta de inconstitucionalidade promovida pela Procuradoria Geral da República ADI nº 4.277-DF e na arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro ADPF nº 132, o Supremo Tribunal Federal analisou quanto à constitucionalidade do tratamento desigual conferido entre a união estabelecida entre homem e mulher e à união constituída por indivíduos do mesmo sexo.

Ao decidir a questão, em julgamento realizado em 5.5.2011, a Corte Constitucional brasileira entendeu que o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Entendeu ainda que há isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos a resultar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Em face disso, decidiu por conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 do Código Civil, para excluir do dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo enquanto entidade familiar.

No julgado, portanto, a Corte constitucional brasileira deixa patente que reconhece a igualdade essencial entre casais heterossexuais e casais homossexuais, bem assim que a ordem normativa infraconstitucional tem conferido tratamento diverso entre esses iguais, sem contudo, estabelecer qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família.

5. Conclusão: um controle ainda inacabado

Consoante resultou desenvolvido ao longo deste estudo, é de se sintetizar o seguinte:

1) Em que pese a sua evolução ao longo de duzentos anos e de reunir as diferentes dimensões (liberal, democrática e social) catalisadas durante o seu processo de formação, o princípio da igualdade não é um princípio perfeitamente acabado e estável, mas ainda aberto, controvertido e de compreensão nem sempre uniforme.

2) Por encerrar um conceito axiologicamente neutro, a partir do qual não é possível determinar o que se deve considerar igual, haja vista a impossibilidade de se especificar objetivamente todos os critérios admissíveis de diferenciação, a compreensão da ideia de igualdade passa a ser articulada concomitantemente com o seu método de controle. Igualdade passa a ser assim o tratamento igual dos iguais e, desigual, dos desiguais, segundo a metódica adotada.

3) Não há um modelo perfeito e inacabado de controle do princípio da igualdade, porquanto sempre há espaço para subjetivismo em algum aspecto considerado durante a análise da distinção de tratamento.

4) Na experiência constitucional brasileira, ao contrário da que se verifica na América do Norte e na Europa, a igualdade tem se resumido a ideia da proibição do arbítrio, nada obstante existam menções aqui e acolá ao princípio da proporcionalidade, contudo sem aplicação metódica firmada pela Corte.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução do grego por Mario da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, c1985.

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Traducción de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1993.

_____. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2ª reimpressão. São Paulo: Editora Unesp, 1995

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1983.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. Pirapozinho: Nova Cultural.

_____. **O segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Júlio Fischer. 1º ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**, 1º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book.

PLATÃO. **As Leis**. Bauru: Edipro, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem da desigualdade. Tradução de Maria Lacerda de Moura. Editora Ridendo Cadditigat Mores, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BÍBLIA. Traduzida em Português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida. Ed. 1995. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

BRITO, Miguel Nogueira. COUTINHO, Luís Pereira. A “igualdade proporcional”, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013. **Direito & Política**. Loures: Diário de Bordo editores, n.4, p. 182-191, jul./out. 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade Material e Discriminação Positiva: O princípio da Isonomia**. Artigo publicado no sítio da Universidade do Vale do Itajaí. Núcleo de Estudos Jurídicos. Vol. 13. n. 2. p. 77-92 / jul-dez 2008. Disponível em: <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1441/1144> Acesso em: 8 set 2013.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. 23 de maio de 1949. Disponível em: <
http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em 19 out. 2013.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União nº 191-A, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23 set. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 1.946-5/DF, Medida Cautelar. Relator: Ministro Sydney Sanches. Decisão unânime. Brasília, 29.4.1999. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>>. Acesso em 16.9.2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 3.105/DF, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão por maioria. Brasília, 18.8.2004, Brasília. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 16.9.2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 4.277-7/DF, Relatora: Ministro Ayres Britto. Decisão unânime. Brasília, 5.5.2011, Brasília. Disponível a partir de <
<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 16.9.2013.

DA SATISFAÇÃO PELO TRABALHO À SOCIEDADE DE CONSUMO E O CONSUMISMO: REFLEXÕES NA VIDA HUMANA¹⁹⁸

FROM SATISFACTION TO CONSUMER SOCIETY AND CONSUMER AFFAIRS: LEGAL IMPLICATIONS

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza¹⁹⁹

Josemar Sidinei Soares²⁰⁰

RESUMO: A pesquisa tem por objeto a análise da sociedade de consumo e as consequências na vida humana, a partir da análise da satisfação das necessidades em sua dupla abordagem: trabalho e consumo. Assim, o objetivo da pesquisa é, analisar a sociedade de consumo, seus hábitos e desejos e, quais as consequências na vida humana, demonstrando que este assunto decorre diretamente de atitudes existenciais. A relação entre consumismo e sustentabilidade não pode ser aperfeiçoada somente por meio de políticas públicas e diretrizes jurídicas, mas a partir da disseminação de uma nova cultura de responsabilização humana diante de si, dos ambientes nos quais interage e do próprio planeta. A vinculação entre as ideias de satisfação e consumo em detrimento de satisfação e trabalho, na pós-modernidade, é desafio para a questão da sustentabilidade. Quanto à metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de Consumo. Consumismo. Satisfação. Trabalho.

ABSTRACT: The aim of this research is to analyze the consumption society and the consequences in human life, from the analysis of the satisfaction of needs in its dual approach: work and consumption. Thus, the purpose of the research is to analyze consumer society, its habits and desires, and what the consequences in human life, demonstrating that this issue stems directly from existential attitudes. The relationship between consumerism and sustainability can not be improved only through public policies and legal guidelines, but from the dissemination

¹⁹⁸ Esta pesquisa foi publicada no livro intitulado “A racionalidade ambiental, o diálogo dos saberes e o papel da universidade”. Gina Vidal Marcílio Pompeu e Randal Martins Pompeu(Orgs). Editora Fundação Fenix. 2020.

¹⁹⁹ Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado, e na Graduação no Curso de Direito, ambos da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Advogada.. E-mail: mclaudia@univali.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8118-1071>.

²⁰⁰ Doutor em Filosofia - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Educação - UFSM. Mestre em Ciência Jurídica - UNIVALI. Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil. E-mail: jsoares@univali.br.

of a new culture of human accountability to the environment, to the environments in which it interacts and to the planet itself. The link between ideas of satisfaction and consumption to the detriment of satisfaction and work, in postmodernity, is a challenge for sustainability. As for the methodology, the inductive logic base was used through bibliographic research.

KEYWORDS: Consumer Society. Consumerism. Satisfaction. Work.

INTRODUÇÃO

A sociedade de consumo é notavelmente calcada no crescimento do consumismo na sociedade para manter a circulação de capitais e garantir a geração de lucro. Entende-se por sociedade de consumo a era contemporânea do capitalismo em que o crescimento econômico e a geração de lucro e riqueza encontram-se predominantemente pautados no crescimento da atividade comercial e, conseqüentemente, do consumo. Para manter esse desenvolvimento, incentiva-se o consumo de várias maneiras, principalmente a fetichização das mercadorias e o crescimento dos meios publicitários.

O desenvolvimento da sociedade de consumo ocorreu de forma mais completa a partir da expansão da atividade industrial ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX. As frequentes invenções e modernizações produtivas provocaram um crescimento sem igual no nível de consumo, bem como na difusão cada vez mais ampla da publicidade no meio de vida da população, com a divulgação dos mais diversos produtos, sendo eles úteis ou não.

Na era da pós-modernidade, pensar o planeta requer uma visão para além dos limites territoriais e geográficos estatais, isto porque a Sustentabilidade deve ser abordada em uma perspectiva global, considerando que os benefícios e riscos em matéria ambiental são repartidos solidariamente por todo o mundo, todos desfrutam da casa comum, a terra.²⁰¹

No entanto, uma sociedade sustentável é possível de ser pensada na medida em que os indivíduos começam desenvolver uma ética de buscar satisfação pelo trabalho, e não apenas pelo consumo, vez que a insustentabilidade começa no ponto em que o consumo ultrapassa o nível de produção.

Hegel, já no início do século XIX, em sua obra *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito*, apresentava a sociedade capitalista moderna como aquela na qual os indivíduos buscavam satisfazer suas necessidades de duas formas: pelo trabalho, sentindo satisfação pela obra realizada, e pelo consumo e negociação dos bens. No entanto, o processo de avanço para a pós-modernidade viu sempre mais a busca de satisfação pelo consumo prevalecer sobre aquela do trabalho. A problemática da Sustentabilidade se conecta ao argumento neste ponto.

Diante deste panorama, a relevância social e científica desta pesquisa justifica-se na necessidade refletir sobre a sociedade de consumo e suas conseqüências na vida humana. Nesta senda, obteve-se com a presente pesquisa, a análise da sociedade de consumo, consumismo e seus impactos aos meio ambiente e no planeta. O Objetivo é a análise da sociedade de consumo como finitização humana na busca da satisfação pelo consumismo, em detrimento da satisfação

²⁰¹ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012; CAPRA, Fritjof. **Teia da vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas**. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix. 2010.

pelo trabalho, apresentando também suas implicações jurídicas no que se refere à questão da sustentabilidade.

Em primeiro momento o artigo apresenta reflexões acerca da dupla busca por satisfação (trabalho e consumo) no sistema capitalista, a partir da perspectiva hegeliana. Na sequência são introduzidas as noções gerais sobre sociedade de consumo. Depois, a reflexão é aprofundada em dimensão existencial, demonstrando de que forma na sociedade de consumo a satisfação pessoal e a ideia de felicidade está intimamente vinculada ao consumo, em detrimento do trabalho, da elaboração do mundo, identificando aqui desafio jurídico para condução da temática da Sustentabilidade.

A Metodologia escolhida para a elaboração deste Artigo considerou as fases da Pesquisa Científica.²⁰² Para se desenvolver a base lógica deste artigo na fase de investigação, optou-se pela adoção do Método Indutivo. As técnicas de pesquisa acionadas para se cumprir com a finalidade proposta pelo método eleito são a Pesquisa Documental, histórica e Bibliográfica, a Categoria e o Conceito Operacional. As adoções dessas últimas ferramentas são necessárias para se estabelecer, com clareza necessária, o Acordo Semântico entre os escritores e o(s) leitor (es) a fim de se estabelecer, minimamente, quais são os pressupostos teóricos que conduzem o desenvolvimento, inclusive ideológico, deste estudo.

Em relação às citações de Hegel, foram utilizadas as obras reunidas na coleção de 20 volumes *Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft*, com estes trechos em alemão aparecendo sempre no formato de nota de rodapé. No tocante às traduções das citações da obra *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito* foi decidido utilizar as traduções de Marcos Lutz Muller, e para a *Fenomenologia do Espírito* a tradução de Paulo Meneses. As obras no original em alemão e as traduções para a língua portuguesa estão elencadas no rol de referências bibliográficas ao final do trabalho.

1 SATISFAÇÃO PELO TRABALHO E CONSUMO EM HEGEL: EXPLORAÇÃO A PARTIR DO SISTEMA DE NECESSIDADES

Antes de adentrar a problemática contemporânea da Sociedade de Consumo é importante estudar os fundamentos históricos e filosóficos deste fenômeno. Neste trabalho utiliza-se a argumentação hegeliana da obra *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito*, em especial a seção da obra intitulada Sociedade Civil, com atenção específica aos parágrafos onde o autor desenvolve a ideia de ‘sistema de necessidades’. Hegel nesta obra antecipa muitas questões que hoje são de importância central nos debates jurídicos, econômicos e sociais, apontando à dicotomia no interior da sociedade capitalista envolvendo satisfação pelo trabalho e satisfação pelo consumo. Ao mesmo tempo em que a dinâmica econômica moderna impele o indivíduo a produzir, para se inserir no sistema das necessidades, por outra ele coage o sujeito a usufruir sempre mais dos bens produzidos. Mais adiante se explorará neste artigo, a partir de autores contemporâneos, a ideia de que na pós-modernidade a satisfação pelo consumo prevalece sobre a satisfação pelo trabalho, sendo este aspecto central na problemática da Sustentabilidade.

Hegel apresenta a sociedade civil como o reino das necessidades, a qual estrutura-se como o momento onde os indivíduos relacionam-se livremente, porém tendo como fim um interesse particular, próprio. Na sociedade civil os indivíduos contraem relações entre si, jurídicas e econômicas, mas cujo objetivo primordial resta sempre o da própria satisfação. Seja ao mediar contratos no mercado, seja ao

²⁰² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. Florianópolis: Conceito Editorial. 2015. p. 20-28.

buscar um emprego, ou ao contratar o profissional, na sociedade civil a finalidade da ação é sempre a própria satisfação, ainda que os efeitos possam também ser benéficos a outros.

A sociedade civil origina-se das relações entre indivíduos. Tais relações são, fundamentalmente, jurídicas e econômicas, e identificam o indivíduo como um agente livre, capaz de gerir seus negócios, participando da riqueza da cidade, ao mesmo tempo em que contribui com seu trabalho. Esta reciprocidade revela o sentido cívico, pátrio, da sociedade civil, o indivíduo como contribuinte da economia nacional. “O sentido da sociedade ‘civil-burguesa’ consiste em ser simultaneamente econômica, civil e política”.²⁰³

Este fato desvela os princípios norteadores das relações na sociedade civil-burguesa. O primeiro é o da “pessoa concreta”, que representa aquela consciência que busca saciar seus desejos, porém numa perspectiva exclusivamente particular, isto é, aqueles objetivos que tange nas relações com os demais indivíduos não são mais do que meios para obter um êxito particular, em geral econômico, na forma do lucro. Em contrapartida, esta relação de desejos particulares, provoca uma relação contrária, donde cada indivíduo se torna diretamente dependente dos demais. “[...] pela procura egoísta do lucro, a vontade particular entra em relação com outras particularidades e cria um sistema de dependência recíproca de todos em relação a todos”.²⁰⁴ Sendo assim, o indivíduo, para alcançar seus fins econômicos, se vê compelido a relacionar-se com os demais, de forma que todos se encontram reunidos numa enorme relação intersubjetiva, manifestada na forma de uma universalidade abstrata, pois as vontades erigidas não são mais do que vontades naturais ou do arbítrio.

O § 183 da *Filosofia do Direito* denota a essência da sociedade civil, na forma de uma universalidade composta pela vontade particular.

Na sua realização efetiva, o fim egoísta, assim condicionado pela universalidade, funda um sistema de dependência omnilateral, tal que a subsistência e o bem-próprio do singular, bem como o seu ser-aí jurídico, estão entrelaçados com a subsistência, o bem próprio e o direito de todos, estão fundados nestes e só nesta conexão são efetivamente reais e assegurados. Pode-se encarar esse sistema, num primeiro momento, como o *Estado externo*, - o *Estado de necessidade constringente e do entendimento*.²⁰⁵

A vontade particular, por sua natureza, é uma necessidade subjetiva. Ela obtém a sua objetividade através da satisfação, que se dá por dois modos: tanto por coisas externas, ou seja, pela propriedade, como por meio do trabalho, que age como mediador entre as particularidades opostas. Portanto, o primeiro modo de satisfação das necessidades do indivíduo reporta às relações que envolvem a troca, a compra de bens, circulação de produtos, etc. O segundo compreende todas as implicações provenientes do trabalho, para o próprio indivíduo bem como para a sociedade. O sistema dos carecimentos, por conseguinte, sintetiza a esfera econômica que é mediada pelo trabalho. Em outras palavras o indivíduo encontra a satisfação ou na fruição de bens (consumo) ou na elaboração de bens (trabalho).

As necessidades e desejos têm sua satisfação estreitamente condicionada à satisfação e o trabalho dos outros. Em outras palavras, as necessidades denotam o seu caráter social no seu modo de satisfação,

²⁰³ ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983. p. 160.

²⁰⁴ ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**. p. 168.

²⁰⁵ “Der selbstsüchtige Zweck in seiner Verwirklichung, so durch die Allgemeinheit bedingt, begründet ein System allseitiger Abhängigkeit, daß die Subsistenz und das Wohl des einzelnen und sein rechtliches Dasein in die Subsistenz, das Wohl und Recht Aller verflochten, darauf gegründet und nur in diesem Zusammenhange wirklich und gesichert ist. – Man kann dies System zunächst als den *äußeren Staat*, - *Not- und Verstandesstaat* ansehen”. FD, *A sociedade civil*, § 183, HW 7, p. 340.

pois o indivíduo precisa do outro para ter o seu desejo satisfeito, ainda mais porque na relação entre duas consciências-de-si o que está em jogo é precisamente o desejo do outro.

Entretanto essa liberação é apenas formal, pois subsiste o seu conteúdo de caráter particular, regido pelo livre-arbítrio dos indivíduos. Ainda, em razão dessa descontrolada multiplicidade de satisfação e também dos seus meios, tanto de desejos naturais e culturais, existe a tendência, assevera Hegel, ao luxo. Esse aumento crescente de satisfação das necessidades tem como efeito uma maior dependência dentre os indivíduos.

A procura por novos meios para satisfazer (*befriedigen*) certas necessidades acabará por multiplicar infinitamente as possibilidades. Ou seja, o próprio trabalho, e não o carecimento passará a ter identidade autônoma, livre dos fins. Esta modificação fará com que a relação entre indivíduos deixe de ser essencialmente uma necessidade para suprir certos carecimentos, mas sim a própria essência. Neste momento o homem abandona sua imediaticidade natural, voltada tão somente aos carecimentos da sobrevivência, para atentar-se àqueles carecimentos que lhes parece necessários. “A relação de indivíduo a indivíduo, fundada sobre a natureza carente do homem, vem a ser uma relação entre diferentes individualidades ‘econômicas’”.²⁰⁶ Tal situação torna-se o fim do caráter simplesmente natural, pois adentra definitivamente o aspecto social do envolvimento com o outro. Isto é, o relacionamento intersubjetivo deixa de manifestar-se somente no suprimir dos carecimentos, para obter contornos da verdadeira essência da comunidade, a participação de todos nas relações mercantis. “O homem encontra-se face a um carecimento social, onde a representação feita por cada um tem um papel essencial”.²⁰⁷

Este é o momento em que o Espírito se revela em sua máxima personalidade na sociedade civil. A multiplicidade e os produtos originados dos novos carecimentos se transformarão na produção coletiva de certa época ou nação. Representam as funções e objetivos primordiais de determinada cultura. É trabalho do Espírito, porque estes novos produtos são obras humanas, projetadas com a vontade livre do homem, em seu desejo vivo de libertar-se da natureza (*Natur*). Livrar-se daquelas determinações precárias donde existem as matérias em estado bruto na natureza, elevando-as à uma condição de bem, arte, produto, somente pode ser um trabalho espiritual. O trabalho é então uma formação tanto teórica como prática na consciência de si.

A dependência destas limitações impostas pela natureza jamais poderá significar algo de liberdade, mas somente restrições aos modos de vida do homem. É tarefa da consciência de si abandonar (*aufgeben*) este estado precário e limitado. “O carecimento natural é o da não-liberdade, da dependência em relação em relação à contingência exterior, da não consciência de si como de um ser reflexivo”.²⁰⁸

O trabalho age como mediador entre as necessidades particulares e dos meios particularizados, o trabalho, portanto, dá valor ao material bruto da natureza. O trabalho é “a mediação entre a necessidade e a sua satisfação, entre o homem de um lado, a natureza e os materiais de outro”.²⁰⁹ Através do trabalho, o homem consome os produtos que são socialmente fabricados e não aqueles advindos diretamente da natureza. O trabalho não é reduzido a uma atividade repetitiva, é essencialmente, de natureza criadora, de modificação e transformação do próprio indivíduo. Enquanto ele labora o objeto dado, está, também, desenvolvendo a sua consciência.²¹⁰

²⁰⁶ ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**, p. 177

²⁰⁷ ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**, p. 177.

²⁰⁸ ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**, p. 178

²⁰⁹ “ A mediação entre o precisar e a satisfação, entre o homem de uma parte, e a natureza e a matéria de outra parte” . LÉCRIVAIN, André. **Hegel et l’Ethicité: commentaire de la troisième partie des Principes de la Philosophie du Droit**, p. 63.

²¹⁰ ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**, p. 179.

Destarte, pelo trabalho o homem transforma o mundo e, principalmente, transforma si mesmo nesse processo pela atuação da consciência-de-si.

A relação negativa para com o objeto torna-se a forma do mesmo e algo permanente, porque justamente o objeto tem independência para o trabalhador. Esse meio-termo negativo ou agir formativo é, ao mesmo tempo, a singularidade ou o puro ser-para-si da consciência, que agora no trabalho se transfere para fora de si no elemento do permanecer; a consciência trabalhadora, portanto, chega assim à intuição do ser independente, como [intuição] de si mesma.²¹¹

Segundo Hegel, por meio da ação do trabalho, o homem desenvolve-se teoricamente, pela assim chamada cultura teórica. Isto é, originada da multiplicidade das determinações e do saber, uma complexa conexão de conhecimentos próprios para a satisfação das exigências de uma sociedade organizada, que trata da ocupação em geral, ou seja, diz respeito às exigências da produção técnica.

Além da cultura teórica, desenvolve, por outro lado, também uma cultura prática, representada pela luta contra as limitações impostas pelos materiais dados pela natureza ou da vontade dos outros. O trabalho tem o valor de formação do indivíduo, pois o mesmo se constrói enquanto trabalha, “[...] nos costumes se adquire mediante esta disciplina, uma atividade *objetiva* e uma habilidade *universalmente válida*”.²¹² Pela mediação (*Vermittlung*) do trabalho, o homem aprende a se disciplinar, pois as suas necessidades são mediadas, o trabalho é objetivado na universalidade da sociedade civil.

Porém, esse aspecto objetivo e universal do trabalho acarreta na sua abstração, a maior especificação dos meios e das necessidades, e, conseqüentemente, da produção. Dessa abstração do trabalho, tem-se a sua divisão.

A divisão do trabalho torna-o cada vez mais simples, parcelado e mais abstrato, em contrapartida, a dependência entre os homens se torna obrigatória, tendo em vista o seu escopo de satisfação das recíprocas necessidades. Essa maior especialização do trabalho atende as necessidades de uma sociedade industrial, do processo de acumulação desenfreada. O perigo, adverte Hegel, dessa abstração do trabalho, é a sua mecanização, perde-se o ato criativo do laborar e o homem torna-se meramente uma peça, facilmente substituível.²¹³

Desse modo, quando o trabalho deixa de ser um ato de criação, ligado à atuação concreta da consciência-de-si, torna-se uma atividade destituída de sentido, puramente mecânica. Não existe liberdade nesse processo. Portanto, o homem só atinge a consciência-de-si quando conhece suas potencialidades e é livre para realizá-las, processo que só se realiza pelo confronto entre indivíduos em sua relação de trabalho. O trabalho surge então como verdadeira forma de liberdade.²¹⁴

²¹¹ “Die negative Beziehung auf den Gegenstand wird zur *Form* desselben, und zu einem *bleibenden*; weil eben dem arbeitenden der Gegenstand *Selbständigkeit* hat. Diese *negative* Mitte oder das formierende *Tun*, ist zugleich *die Einzelheit* oder das reine Fürsichsein das Bewußtsein, welches nun in der Arbeit außer es in das Element des Bleibens tritt; das arbeitende Bewußtsein kommt also hiedurch zur Anschauung des selbständigen Seins, *als seiner selbst*”. FE, *A luta por independência e dependência*, HW 3, p. 153-4.

²¹² “[...] und einer durch diese Zucht sich erwerbenden gewohnheit *objektiver* Tätigkeit und *allgemeingültiger* Geschicklichkeiten”. FD, *O trabalho*, § 197, HW 7, p. 352.

²¹³ ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**, p. 180-181.

²¹⁴ “Ora, a liberdade, segundo Hegel, passa necessariamente pelo trabalho, pela transformação da exterioridade natural em interioridade humana. Permanecer junto a um estado de natureza pretendidamente livre equivale à recusa de viver e de apreender as contradições de um mundo novo, o único existente”. ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**, p. 178.

A forma não se torna um outro que a consciência pelo fato de se ter exteriorizado, pois justamente essa forma é seu puro ser-para-si, que nessa exteriorização vem-a-ser ela a verdade. Assim, precisamente no trabalho, onde parecia ser apenas um sentido alheio, a consciência, mediante esse reencontrar-se de si por si mesma, vem-a-ser sentido próprio.²¹⁵

O indivíduo, ao buscar sua satisfação egoísta na sociedade civil, capacitará também os demais a aproveitar dessa conquista, pois aquela relação de dependência coletiva provoca um envolvimento universal na riqueza angariada.

Embora o indivíduo aja com o único intuito de satisfazer (*befriedigen*) as próprias necessidades, nessa busca cria-se um círculo recíproco de satisfação, em que o egoísmo individual acaba servindo também a satisfação dos demais membros da sociedade civil.

A partir daquilo que foi exposto nota-se que o individualismo egoísta, no sentido de perseguir satisfação pessoal, funciona como motor na sociedade capitalista moderna desde suas origens, utilizando a leitura hegeliana, e este motor articula a busca pela satisfação de dois modos: pela negociação e fruição de bens e pela elaboração de bens. Em ambas as medidas a pessoa contribui para a riqueza geral, produzindo bens ou consumindo-os. A dificuldade desta dialética está em manter um equilíbrio sustentável, e o que se verificaria nos séculos seguintes, sobretudo na contemporaneidade, é uma pendência da busca de satisfação pelo consumo, e aqui abre-se o risco do desafio para a Sustentabilidade, pois uma sociedade sustentável precisa de indivíduos que produzam, sintam-se satisfeitos também elaborando e contribuindo pelo trabalho. A Sustentabilidade contemporânea, então, exige a retomada de uma ética da busca pela satisfação pelo trabalho, a partir da ideia de que o indivíduo pode se sentir feliz e realizador também ao mediar sua relação com o mundo.

2 SOCIEDADE E VIDA DE CONSUMO

Vive-se hoje um período definido por muitos como *pós-modernidade*, um termo de difícil definição precisa, mas que no meio de diversas definições e características apresentadas por diferentes autores (inclusive por alguns que não usam o termo, mas também realizam análises e críticas à cultura contemporânea), um dos elementos que frequentemente aparece como central é o consumismo, fazendo com que alguns autores definam a atual sociedade como sociedade de consumo.

Para definir as condições da pós-modernidade e discutir as transformações do mundo moderno nos últimos tempos, o sociólogo sempre preferiu usar o termo “modernidade líquida”, por considerar “pós-modernidade” um conceito ideológico.

Bauman escolhe o “líquido” como metáfora para ilustrar o estado dessas mudanças: facilmente adaptáveis, fáceis de serem moldadas e capazes de manter suas propriedades originais. As formas de vida moderna, segundo ele, se assemelham pela vulnerabilidade e fluidez, incapazes de manter a mesma identidade por muito tempo, o que reforça esse estado temporário das relações sociais.²¹⁶

De acordo com Livia Barbosa em sua obra “Sociedade de consumo”, “todo e qualquer ato de consumo é essencialmente cultural” e é por meio do consumo individual e local de cada homem que ocorrem alterações nas “forças globais de produção, circulação, inovação

²¹⁵ “Die Form wird dadurch, daß sie *hinausgesetzt* wird, ihm nicht ein anderes als es; denn eben sie ist sein reines Fürsichsein, das ihm darin zur Wahrheit wird. Es wird also durch dies Wiederfinden seiner durch sich selbst *eigener Sinn*, gerade in der Arbeit, worin es nur *fremder Sinn* zu sein schien”. FE, *A luta por independência e dependência*, HW 3, p. 154.

²¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 41.

tecnológica e relações políticas”. No entanto, no mundo moderno o consumo se tornou o foco central da vida social. Práticas sociais, valores culturais, ideias, aspirações e identidades são definidas e orientadas em relação ao consumo ao invés de e para outras dimensões sociais como trabalho, cidadania e religião entre outros.²¹⁷

A sociedade atual, a sociedade do consumo, não surgiu após a Revolução Industrial e em virtude das invenções, facilidades e ofertas trazidos por ela. As grandes invenções tecnológicas teriam ocorrido simultaneamente e somente após uma mudança da relação do homem para com a necessidade e anseio de adquirir bens e produtos.

Diante disto, para Livia Barbosa, “não foram essas invenções que criaram as condições materiais para as pessoas consumirem mais”. Por isso, Zygmunt Bauman e Campbell acreditam que a fase de consumo exacerbado por que passa a sociedade moderna é caracterizada e tem origem na primazia da emoção e do desejo, o que faz com que se procure mais a gratificação destes do que a satisfação de necessidades. Além disso, há ainda o individualismo, que “atribui um valor extraordinário ao direito dos indivíduos de decidirem por si mesmos que bens e serviços desejam obter”.²¹⁸

Dessa forma, a busca individualista pelo prazer de ter seus desejos satisfeitos gera total desequilíbrio na forma de vida do homem uma vez que “enquanto as necessidades de uma pessoa podem ser objetivamente estabelecidas, os [...] desejos podem ser identificados apenas subjetivamente”.²¹⁹ Sendo assim “o desejo dos consumidores é experimentar na vida real os prazeres vivenciados na imaginação, e cada novo produto é percebido como oferecendo uma possibilidade de realizar essa ambição”.²²⁰

E, como tal anseio grande parte das vezes não é alcançado, justamente em função da ideologia consumista, da dinâmica de mercado e da chamada democratização do consumo, a velocidade com que os estilos se alteram diminui a vida útil dos produtos fazendo com que um produto recém-adquirido se torne obsoleto, defasado e condenado à substituição sem ao menos ter perdido sua utilidade.

O problema, então, encontra-se na formação e nos princípios do indivíduo. Atualmente, os compradores consomem apenas com o intuito de satisfazer seus desejos e o mercado sabe que “o preço que o potencial consumidor em busca de satisfação está preparado para pagar pelas mercadorias em oferta dependerá da credibilidade dessa promessa e da intensidade desses desejos”.²²¹ E, como visto, o homem moderno é um ser individualista e as empresas especialistas em suscitar desejos que não existem ou existiriam no ser humano e afirmar podê-los satisfazer. Infelizmente, a reunião dessas circunstâncias faz o alto preço ser pago muito mais pelo meio ambiente do que pelo próprio sujeito.

O grande problema é que o homem do humanismo, aquele que vivia em harmonia com a natureza e com seus semelhantes, no seio de instituições cuja tutela não discutia, sobreviveu. Agora a necessidade se libertou da natureza, engendrando no homem uma paixão de possuir e um espírito de ambição que alimenta, por sua vez, a corrida ao poder. Transbordando os limites da necessidade natural, o interesse prolifera e contamina rapidamente todo o tecido social. As instituições que tinham tradicionalmente a tarefa de contê-lo

²¹⁷ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. p. 13.

²¹⁸ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. p. 49.

²¹⁹ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. p. 49.

²²⁰ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. p. 49.

²²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 18.

se apresentam, contudo, como os instrumentos de uma vasta manipulação, tendendo a manter o poder dos mais fortes.²²²

Além disso, essa perda do contato do homem com a natureza e o apoio das instituições na continuação da cultura do consumo fez com que os homens acreditassem ser senhores de si, independentes e alheios aos de mais e ao ambiente a sua volta. É possível notar que não há real existência de “um universo no qual predomina a autonomia de escolha e a soberania do consumidor” como preconizam as propagandas e os vendedores.

O poder de escolha do indivíduo na esfera do consumo nas sociedades pós-tradicionais tem sido campo de debate sobre a sua real liberdade de escolha ou submissão a interesses econômicos maiores que se escondem por trás do marketing e da propaganda. Será o consumo uma arena de liberdade e escolha ou de manipulação e indução? Terá o consumidor efetivamente escolha? Ele é súdito ou soberano, ativo ou passivo, criativo ou determinado?²²³

Sendo, então, por meio dela, que as presentes e futuras gerações poderão ter seus direitos assegurados, em especial os direitos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, buscando sempre o consumo controlado, ou seja, o consumerismo.

Como destaca Gilles Lipovetsky, à medida que as sociedades enriquecem, surgem incessantemente novas vontades de consumir. Quanto mais se consome, mais se quer consumir. A época da abundância é inseparável de um alargamento indefinido da esfera das satisfações desejadas e de uma incapacidade de eliminar os apetites de consumo, sendo toda saturação de uma necessidade acompanhada imediatamente por novas procuras.²²⁴

Já Zygmunt Bauman afirma que vivemos em uma modernidade líquida, que difere dos períodos anteriores em que havia solidez. O sólido é um corpo que é obrigado a ocupar determinado lugar no tempo e no espaço. Ele não pode estar aqui e ali ao mesmo tempo. O sólido representa as instituições da Idade Moderna. O sólido é a instituição fixada em um lugar, é limitada, de tal forma que o interesse é que as pessoas se situem dentro daquele espaço limitado para que assim sejam mais facilmente vigiadas e controladas.²²⁵

Anthony Giddens nomeia a pós-modernidade como alta modernidade, pois para ele existe uma expansão das instituições que permeavam o período moderno. O homem, que antes tinha que conviver com sua cidade, sua região, agora precisa confrontar a cultura e as pessoas de toda a sociedade. Isto torna o homem muito mais vulnerável a se firmar em uma tendência ou identidade alheia.²²⁶

²²² SOËTARD, Michel. **Jean-Jacques Rousseau**. Tradução de Verone Lane Rodrigues. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4675.pdf>>. p. 14.

²²³ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. p. 35.

²²⁴ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 33.

²²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 22.

²²⁶ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p.20.

A característica mais proeminente da sociedade de consumidores, ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta, é a “transformação dos consumidores em mercadorias”²²⁷.

Importante o destaque de Lipovetsky que não é o consumismo como um todo que deve ser criticado, mas o seu excesso ou o seu imperialismo que constitui obstáculo ao desenvolvimento da diversidade das potencialidades humanas. A sociedade hipermercantil deve ser corrigida e enquadrada e não eliminada. Nem tudo é para ser rejeitado, muito é para ser reajustado e reequilibrado a fim de que a ordem tentacular do hiperconsumo não esmague a multiplicidade dos horizontes da vida.²²⁸

3 PERSONALIDADE, FELICIDADE E CONSUMO: avanço ou retrocesso?

Além do estudo a partir da sociedade, outra forma de se estudar o fenômeno do consumismo é analisando a relação da personalidade do indivíduo com o consumo.²²⁹ Personalidade, de acordo com Davidoff, significa “[...] os padrões relativamente constantes e duradouros de perceber, pensar, sentir e comportar-se, os quais parecem dar às pessoas identidades separadas”²³⁰.

Tendo em vista a sociedade de consumo em que se vive, Erich Fromm destaca que a sociedade é devotada à aquisição de propriedade e obtenção de lucro, raramente se vê alguma evidência do modo de existência de ser, e a maioria das pessoas vê o ter como o modo mais natural da existência, até mesmo como o único modo aceitável de viver. Isso faz com que seja especialmente difícil para as pessoas compreenderem a natureza do ser, e até mesmo entender que ter é apenas uma orientação possível.²³¹

Fromm explana que houve uma mudança no modo de consumir. Antigamente, tudo que uma pessoa possuía ela apreciava, cuidava e usava até os limites de sua existência. Hoje, o consumo é enfatizado, não a preservação, e comprar se tornou um comprar e jogar fora. Seja o objeto um carro, um vestido, um aparelho, depois de usar um tempo, o indivíduo se cansa e está ansioso em se livrar do velho e comprar o modelo mais novo.²³²

Thomas O’Guinn e Ronald Faber analisaram o fenômeno da compra compulsiva, identificando que os compradores compulsivos compram não para obter utilidade ou um serviço do bem comprado, mas para obter gratificação pelo processo de compra em si. A compra compulsiva serve principalmente para aliviar ansiedades e infelicidades.²³³

²²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. p. 20.

²²⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. p. 370.

²²⁹ FIRAT *et al.* Consumption, Consumer Culture and Consumer Society. **Journal of Community Positive Practices**, Bucharest, v. 13, n. 1, p. 182-203, 2013.

²³⁰ DAVIDOFF, Linda. **Introdução à psicologia**. São Paulo: McGraw-Hill, 1983. p. 507.

²³¹ FROMM, Erich. **To Have or to Be?** London; New York: Continuum, 2008. p. 24.

²³² FROMM, Erich. **To Have or to Be?** p. 59.

²³³ O’GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. **Journal of Consumer Research**, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989. p. 147-150.

O consumo compulsivo apresenta uma certa repetição e consumo excessivo que ocorre devido a ansiedade, depressão e tédio dos consumidores. Viciados em compras dependem do consumo excessivo da mesma maneira que um viciado busca drogas ou álcool.²³⁴

O'Guinn e Faber conduziram uma pesquisa empírica, por meio de questionário, identificando alguns aspectos da personalidade dos compradores compulsivos. Eles identificaram que compradores compulsivos possuem baixa autoestima, como se sentir mau, culpado, pouco atraente, e sem uma clara identidade.²³⁵

O problema do sentimento de identidade é descrito por Erich Fromm como a própria condição da natureza humana e é fonte dos impulsos mais intensos. Assim, não se pode estar são sem o sentimento do eu, fazendo com que o indivíduo busque fazer quase qualquer coisa para adquiri-lo. Por detrás da forte paixão por um *status* ou situação e pela conformidade está essa mesma necessidade, que muitas vezes é mais forte que a necessidade de sobrevivência física.²³⁶

Analisando as consequências emocionais, O'Guinn e Faber identificaram compradores compulsivos frequentemente desenvolvem sentimentos de vergonha ou culpa associados com o seu comportamento. Sentimentos de alienação, problemas jurídicos e dificuldades no casamento também aparecem como consequências da compra compulsiva. Há ainda um forte sentimento de solidão e alienação das outras pessoas. Os compradores compulsivos frequentemente têm vergonha do seu comportamento e sentem que os outros não entenderiam e, às vezes, se descrevem como não amados e rejeitados por causa de seus comportamentos.²³⁷

Uma das piores consequências seria o sentimento de frustração, de não ser capaz de controlar o próprio comportamento. Alguns compradores compulsivos descrevem o sentimento de ser incapaz de parar como extraordinariamente assustador e impossível para outros entenderem.²³⁸

Pensamentos que emergem dentro do horizonte cognitivo moldado pelas práticas diárias dos consumidores invariavelmente acentuam o agudo interesse pelo mercado consumidor e ampliam-lhe os poderes de sedução. Ao contrário do processo produtivo, o consumo é uma atividade inteiramente individual. Ele também coloca os indivíduos em campos opostos, em que frequentemente se atacam.²³⁹

Os “demônios interiores” desse tipo de sociedade nascem dos poderes de sedução do mercado consumidor. A Sociedade de consumidores não pode dispensar essa sedução mais do que a sociedade de produtores a podia dispensar, graças à vigência da regulamentação normativa. Por esta mesma razão, não pode permitir-se declarar guerra, menos ainda combater,

²³⁴ O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. **Journal of Consumer Research**, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989. p. 153.

²³⁵ O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. **Journal of Consumer Research**, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989. p. 153.

²³⁶ O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. **Journal of Consumer Research**, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989. p. 59.

²³⁷ O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. **Journal of Consumer Research**, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989.

²³⁸ O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. **Journal of Consumer Research**, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989. p. 155.

²³⁹ BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós -Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 54.

à tendência do mercado de elevar os sonhos e desejos dos consumidores a um estado de frenesi e alçá-los às nuvens, por mais prejudicial que essa tendência possa revelar-se à forma de ordem em que se radica. E prejudicial à ordem ela o é, tanto quanto lhe é indispensável.²⁴⁰

Os sentimentos de ansiedade e de solidão, que estão por detrás do comportamento consumista dos indivíduos, foram identificados como características do homem moderno por Rollo May, que afirma que o principal problema do homem moderno é o vazio, é não saber o que quer e frequentemente não ter a mínima ideia do que sente.²⁴¹

O consumo abundante é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e à fama. Estimulando a possuir e consumir determinados objetos, e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana, esta é a sensação da maioria dos consumidores. Contudo, Bauman destaca em sua obra “cegueira moral a perda da sensibilidade na modernidade líquida” que a sociedade é tão influenciada pelo consumo e pelos desejos que, esquece-se da sua origem e do seu entorno; tornando-se insensível com o próximo e, consigo mesmo. Considerando que adocece a cada dia, na ânsia de conquistar mais e mais seu espaço e sobreviver na sociedade de consumo.²⁴²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade de consumo vem provocando um comportamento generalizado e, ao mesmo tempo, individualizado de consumo desmedido e impensado, alcançando a exasperação da moda a uma alta taxa de descarte de mercadorias. A obsolescência programada, quando o fabricante planeja “o envelhecimento de um produto”, ou seja, programa “quando determinado objeto vai deixar de ser útil e parar de funcionar, apenas para aumentar o consumo” é apenas um exemplo das estratégias para garantir a compra constante de bens que movimentam o mercado.

O consumidor não está mais atento à qualidade e durabilidade do produto que consome, ele o adquire, como visto anteriormente, com o objetivo de satisfazer seus desejos. Assim, verifica-se a clara transição entre a sociedade tradicional para a sociedade de consumo. A insatisfação dos desejos instáveis e rapidamente mutáveis do consumidor o leva a descartar os objetos que comprou com a promessa de cumprir esta tarefa. Vê-se como, com apenas uma única situação ocasionada pela cultura do consumo, o meio ambiente e os direitos dos indivíduos são comprometidos.

A insaciabilidade dos desejos supérfluos do homem contemporâneo aqui gera toneladas de resíduos que devem ser removidas e que muitas vezes não tem a destinação adequada, acarretando enorme ônus ao planeta e a todas as espécies. Assim, é possível constatar, que, como já destacado por Fritjof Capra, tudo está relacionado e cada ação tem uma reação, que o homem vive em uma grande teia.

Diante das inúmeras projeções e conceitos distorcidos pelo ser humano, é elementar a tomada de consciência do lugar que ele ocupa no planeta para que não se deixe influenciar pelas culturas insustentáveis e consumistas e venha a prejudicar o meio ambiente e as futuras gerações.

²⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós -Modernidade**. p. 54.

²⁴¹ MAY, Rollo. **Man’s Search For Himself**. New York; London: W. W. Norton & Company, 2009. p. 4.

²⁴² BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira Moral**; a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014.

No entanto, esta retomada de consciência sustentável exige, conforme explicitado a partir de Hegel, o reforço da ética da busca pela satisfação pelo trabalho, enaltecendo não apenas o consumo irresponsável do planeta, mas também a responsabilização do humano como hóspede responsável e, portanto coprodutor do planeta, que ao sentir Felicidade ao trabalhar, produzir, gerar para si, ajuda na manutenção de um equilíbrio também os ecossistemas. A redução da influência do consumismo e seus impactos na Sustentabilidade pode ser feito a partir da enfatização da ética pelo trabalho, abrindo caminho a uma satisfação pessoal de realizar a obra.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós -Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira Moral; a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014.
- BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- CAPRA, Fritjof. **Teia da vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas**. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Editora Cultrix. 2010.
- DAVIDOFF, Linda. **Introdução à psicologia**. São Paulo: McGraw-Hill, 1983.
- FIRAT *et al.* Consumption, Consumer Culture and Consumer Society. **Journal of Community Positive Practices**, Bucharest, v. 13, n. 1, p. 182-203, 2013.
- FROMM, Erich. **To Have or to Be?** London; New York: Continuum, 2008.
- FROMM, Erich. **Psicoanálisis de la sociedad contemporánea**. 6. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 1964.
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- HEGEL, Georg W. F. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução de Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. Petrópolis: Vozes, 2005.
- HEGEL, Georg W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.
- HEGEL, Georg W. F. **Linhas Fundamentais da filosofia do direito ou Direito Natural e ciência do estado em compêndio (1820)** – Introdução. Tradução e notas de Marcos Lutz Müller, em *Analytica*, volume 1, número 2, 1994: 107-161.

HEGEL, Georg W. F. **Linhas Fundamentais da filosofia do Direito ou Direito natural e ciência do estado em compêndio – primeira parte, o direito abstrato.** Tradução, introdução e notas de Marcos Lutz Müller. Clássicos da Filosofia: Cadernos de Tradução nº 5. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2003.

HEGEL, Georg W. F. **Linhas Fundamentais da filosofia do Direito ou Direito natural e ciência do estado em compêndio – segunda parte, a moralidade.** Tradução, introdução e notas de Marcos Lutz Müller. Clássicos da Filosofia: Cadernos de Tradução nº 5. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2003.

HEGEL, Georg W. F. **Linhas Fundamentais da filosofia do Direito ou Direito natural e ciência do estado em compêndio – terceira parte, a eticidade – a segunda seção, a sociedade civil-burguesa.** Tradução, introdução e notas de Marcos Lutz Müller. Textos Didáticos nº 21. Campinas: IFCH/UNICAMP, 1996.

HEGEL, Georg W. F. **Linhas Fundamentais da filosofia do Direito ou Direito natural e ciência do estado em compêndio – terceira parte, a eticidade – terceira seção, o Estado.** Tradução, introdução e notas de Marcos Lutz Müller. Textos Didáticos nº 21. Campinas: IFCH/UNICAMP, 1998.

HEGEL, Georg W. F. **Phänomenologie des Geistes.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

LÉCRIVAIN, André. **Hegel et L'Éthicité: commentaire de la troisième partie des « Principes de la Philosophie du droit.** Paris: Librairie Philosophique, 2001.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo.**São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. **Journal of Consumer Research**, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989.

MAY, Rollo. **Man's Search For Himself.** New York; London: W. W. Norton & Company, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** Florianópolis: Conceito Editorial. 2015.

ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

SOËTARD, Michel. **Jean-Jacques Rousseau.** Tradução de Verone Lane Rodrigues. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4675.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2018.

JURISDIÇÃO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Bruno Makowiecky Salles²⁴³

Paulo Márcio Cruz²⁴⁴

SUMÁRIO: O presente artigo tem como objetivo articular a função jurisdicional com uma circunstância contemporânea transformadora, talvez inevitável em um contexto de crise quantitativa da Justiça, refletida no crescimento da inteligência artificial no campo do direito. Após contextualizar a crise quantitativa nos sistemas judiciários, o artigo dedica-se, de modo mais específico, ao estudo da inteligência artificial, fornecendo noções importantes para um contato preliminar com o tema, como a ideia mesma que a informa, algumas possibilidades de utilização no âmbito jurídico e determinadas dificuldades que já se apresentam.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição. Inteligência artificial.

ABSTRACT: *This article aims to articulate the jurisdictional function with a transforming contemporary circumstance, inevitable in a context of quantitative crisis: the growth of artificial intelligence. After contextualizing the crisis in the judicial systems, the article exposes relevant aspects of artificial intelligence, providing some notions for a preliminary contact, such as the idea that informs it, some possibilities of use in the legal scope and certain difficulties that arise.*

KEYWORDS: *Jurisdiction. Artificial intelligence.*

INTRODUÇÃO.

O presente artigo tem como objetivo articular alguns aspectos do exercício da função jurisdicional com uma circunstância contemporânea transformadora, talvez inevitável em um contexto de quantitativa da Justiça, consistente no crescimento da inteligência artificial no campo do direito.

Após contextualizar a crise quantitativa nos sistemas judiciários, o artigo dedica-se, de modo mais específico, ao estudo da inteligência artificial, fornecendo noções importantes para um contato preliminar com o tema, como a ideia mesma que a informa, algumas possibilidades

²⁴³ Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI e pela *Università Degli Studi di Perugia* - UNIPG, Itália (2019). Exerce o cargo de Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina (2009). CV: <http://lattes.cnpq.br/7479543022697803>. Email: brunomakosalles@terra.com.br

²⁴⁴ Paulo Márcio Cruz é pós-doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante (Espanha), doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina, mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina, coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) em seus cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, professor visitante nas Universidades de Alicante (Espanha) e Perugia (Itália), e foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice-reitor da UNIVALI. Sua obra versa, principalmente, sobre Direito Constitucional, Ciência Política, Direito e Transnacionalidade e Direito e Sustentabilidade. Google scholar: https://scholar.google.com.br/citations?user=2fNZ6_0AAAAJ&hl=pt-BR E-mail: pcruz@univali.br.

de utilização no âmbito jurídico e determinadas dificuldades que, desde logo, apresentam-se.

Em relação à metodologia, cabe o registro de que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo. Na fase de tratamento de dados, empregou-se o método cartesiano. Por fim, o texto foi composto sob a base lógica indutiva. As diversas fases da pesquisa foram auxiliadas com recurso às técnicas do referente, categoria, conceito operacional e pesquisa bibliográfica²⁴⁵.

1. JURISDIÇÃO E CRISE QUANTITATIVA.

Atualmente, com base no pensamento de autores nacionais e estrangeiros²⁴⁶, a jurisdição pode ser conceituada²⁴⁷ como a atividade própria do Estado mediante a qual as normas jurídicas, vazadas em regras ou em princípios, são aplicadas, por juízes²⁴⁸, para a composição definitiva de conflitos subjetivos ou normativos, compreendendo a dicção do direito e eventualmente sua execução.

²⁴⁵ Sobre o assunto: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

²⁴⁶ A respeito: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 4ed. Campinas: Bookseller, 2009. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*; CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Vol. I. 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Título Original: *Sistema di Diritto Processuale Civile*; CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil segundo o novo código**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Vol. I. 2ed. Campinas: Bookseller, 2003. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile Secondo Il Nuovo Codice*; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido R. Dinamarco. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984 Título Original: *Manuale di Diritto Processuale Civile*; FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. 1ed. Campinas: Bookseller, 2006. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale*; MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 4 ed., ver., ampl e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010; e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁴⁷ Tal conceito, assim como outros trechos esparsos deste artigo, podem ser encontrados em: SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: intercâmbios entre *civil law* e *common law***. 2019. 509f. Curso de Doutorado em Ciência Jurídica. Departamento do Centro de Educação de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí. *Dottorato di Ricerca. Università Degli Studi di Perugia - UNIPG*. Disponível em: <<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/264/TESE%20BRUNO%20MAKOWIECKY%20SALLES%20-%20TOTAL.pdf>>. Acesso em: 06 de julho de 2020.

²⁴⁸ Não se desconhecem propostas teóricas que reputam anacrônico atrelar a ideia de jurisdição ao monopólio judicial de distribuição de justiça, numa tentativa de compartilhar o exercício do poder e chamar para o âmbito jurisdicional as soluções, preventivas ou compositivas, auto ou heterocompositivas, obtidas também em outras instâncias decisórias, desde que o conflito seja solucionado de modo justo, eficiente e em tempo razoável. Todavia, semelhante concepção não é adotada neste artigo. Reconhece-se a importância e a necessidade da expansão de outras formas de resolução de conflitos no campo do Acesso à Justiça (*lato sensu*), em especial do Acesso aos Direitos. Mas isso não implica qualquer alteração no significado básico de jurisdição. Por um lado, a jurisdição é a dicção do direito pelo juiz e ocorre na esfera do Acesso ao Judiciário, resultando em um provimento jurisdicional caracterizado pela coisa julgada. Por outro lado, o Acesso aos Direitos pode dar-se, também, em outras instâncias decisórias, além do Judiciário e fora do contexto da jurisdição, sem a definitividade que constitui um atributo dos provimentos judiciais, podendo a decisão do conflito, se insatisfatória, ser questionada em juízo, via jurisdição.

Todavia, a função jurisdicional vem sendo impactada, em sua essência, pelo fenômeno da judicialização massiva de macro e microquestões, que imerge o Poder Judiciário em uma crise quantitativa sem precedentes, atraindo novos componentes e técnicas para o contexto da jurisdição.

Verifica-se nesta quadra histórica, sobretudo no Ocidente, uma espécie de judicialização generalizada que a tudo engloba: desde questões de vida ou morte até trivialidades cotidianas. Pode-se conceituar a judicialização como o fenômeno multicausal presente em inúmeros Países e neles manifestado com características próprias, que se vê ligado às peculiares interações entre direito e política. Por meio de tal fenômeno, o Judiciário é crescentemente acionado para decidir macroquestões e microquestões potencializadas pela repetição, e, ao fornecer respostas criativas não dadas pelos demais agentes ou consideradas inidôneas e submetidas à reanálise judicial, expandem tanto (i) o escopo das decisões judiciais, quanto (ii) os métodos judiciais de tomada de decisão, para a esfera política classicamente reservada aos demais Poderes. Essa expansão pode ocorrer, especialmente no primeiro caso (i), tanto no exercício do *judicial review* quanto na Jurisdição ordinária, seja em ações coletivas ou em demandas individuais²⁴⁹.

Forma-se em tal quadro, com frequência nos sistemas jurídicos, algo como um ciclo retroalimentável entre acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Tal ciclo resulta do “(...) *accentuato garantismo al quale si è pervenuti attraverso un’interpretazione talvolta esasperata dei precetti costituzionali* (...)”, inclusive sobre o Acesso aos Tribunais, “(...) *che ha inciso sensibilmente sull’aumento della litigiosità, soprattutto nelle fasi di impugnazione, e quindi sull’allungamento dei tempi della giustizia*”²⁵⁰.

O movimento circular atrai, entre outros, um problema de ordem quantitativa²⁵¹ atrelado à explosão da litigiosidade. Tal problema evidencia-se na avalanche de ações judiciais em curso nos diversos ordenamentos jurídicos, que provocam lentidão e insegurança, reclamando respostas do Estado, como responsável pela tutela jurisdicional, e da sociedade, como interessada em tal tutela. O excesso de ações em tramitação é um problema comum aos sistemas de *Civil* e de *Common Law*, afetando ainda mais fortemente a primeira família.

É importante notar que a judicialização e a intensa litigiosidade dizem respeito não apenas ao controle de constitucionalidade e às ações coletivas de vasta repercussão, mas também a lides individuais variadas, de direito público ou privado, relevantes ou não, e a microquestões que, deduzidas em massa e potencializadas pela repetição, acabam ostentando impactos em

²⁴⁹ A respeito: TATE, Neal C. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 28.

²⁵⁰ DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Costo i durata del processo civile in Italia. **Rivista di diritto civile**. v. 32, Parte Prima. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1986, ano XXXII, p. 290. Tradução livre: “(...) acentuado garantismo a que se chega através de uma interpretação às vezes exasperada de preceitos constitucionais”, e “(...) que tem afetado significativamente a taxa de litigiosidade, sobretudo na fase de recursos, e, portanto, o alongamento dos tempos da justiça”.

²⁵¹ Existem também problemas de ordem qualitativa, que não serão objeto de estudo neste artigo. Esses problemas advêm dos desafios que as Jurisdições constitucional e ordinária enfrentam, em Estados Democráticos de Direito, em seus tensionamentos com o sistema representativo. Aqui, é importante um esclarecimento terminológico: embora o termo qualitativo remeta à ideia de qualidade, ele não é empregado para designar a riqueza dos fundamentos de uma decisão, lançados ao interno dela como ato processual, tampouco para avaliar se as proposições da sentença estão ou não formalmente estruturadas a partir de uma regra lógica de inferência. A expressão é utilizada com uma conotação teórica mais abrangente, relacionada a quais características, propriedades, enfim, quais qualidades uma decisão jurisdicional deve ter para que possa cumprir, adequadamente, também um papel externo na democracia.

atividades políticas²⁵². Deve-se lembrar que os desafios da jurisdição não moram, unicamente, nos casos difíceis (*hard cases*) objeto de discussão pública²⁵³ ou que ofereçam dificuldades na resolução fático-jurídica, embora tais espécies de casos assumam maior notoriedade e atenção. Eles radicam também em um número maior e silencioso de situações cotidianas, cujas decisões são tomadas com urgência, no improviso, automatizadas e sem luxos ou preocupações teóricas²⁵⁴, e que suscitam o congestionamento do sistema.

Parte-se do pressuposto de que o desafio quantitativo é quase autoevidente nos tempos atuais. Há vários estudos constatando-o e qualquer um que atue no cotidiano forense o percebe via empirismo. Mesmo quem não vivencia o dia-a-dia das Cortes pode visualizá-lo. Em razão disso, torna-se desnecessária a exposição de dados estatísticos, facilmente encontráveis alhures²⁵⁵. O que importa aqui é a ideia difundida de que “*Litigation has gone totally out of control (...)*”, mostrando-se às vezes epidêmica²⁵⁶ e causando demora e incertezas que fazem do processo judicial “*blacklogged*”²⁵⁷.

Afirma-se, inclusive, que “A explosão dos contenciosos transformou silenciosamente o acto de julgar, a tal ponto que já não se sabe muito bem qual foi o mais determinante, se o desafio quantitativo ou o desafio qualitativo”²⁵⁸.

Sobre a lotação das Cortes, a doutrina observa que:

Overload is less a real defect in the judicial system than a powerful motivation for a change of some kind. True, the effects can be extraordinarily unfortunate; with more disputes to resolve than resources to dispose of them, a backlog soon builds up and long delays become inevitable. Moreover, the pressures to expedite decision-making often lead to cursory treatment of each individual

²⁵² SHAPIRO, Martin. The United States. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. p. 57.

²⁵³ ALLARD, Julie; e GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: *Les Juges Dans La Mondialisation*. p. 24.

²⁵⁴ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: *Le Gardien des Promesses*. p. 172.

²⁵⁵ A respeito: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf> >. Acesso em: 29 de novembro de 2018. Ainda: EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE- CEPEF. **European judicial systems**: efficiency and quality of justice, an overview. Edition 2014 (2012 data). Disponível em: < <https://rm.coe.int/european-judicial-systems-edition-2014-2012-data-efficiency-and-qualit/1680785d95> >. Acesso em 29 de novembro de 2018. Por fim: UNITED STATES COURTS. **Statistical tables for the federal judiciary. 2018**. Disponível em: < <http://www.uscourts.gov/statistics-reports/statistical-tables-federal-judiciary-june-2018> >. Acesso em 29 de novembro de 2018.

²⁵⁶ FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**: law, authority and culture. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994. p. 09. Tradução livre: “A litigância está totalmente fora de controle (...)”.

²⁵⁷ O termo *blacklogged* simboliza a demora e a incerteza do processo judicial. HAZARD JR., Geoffrey C. *Costo i durata del processo civile in Italia e in U.S.A. La durata eccessiva del processo: verso nuove promesse*. **Rivista di diritto civile**. v. 32, Parte Prima. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1986, ano XXXII, p. 271.

²⁵⁸ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. p. 255.

dispute, and thus to the appearance and reality of ‘‘mass-production justice’’²⁵⁹.

Em resposta aos problemas que eclodem a partir da crise numérica, na tentativa de superá-los ou de amenizá-los, vêm sendo propostas, já há algum tempo, além de algumas tipologias de reformas em sistemas judiciais²⁶⁰, soluções como a adoção de modelos gerenciais e o fomento a autocomposições em juízo. Tais métodos de desafogamento são importantes e contribuem para a eficiência dos sistemas de justiça. Contudo, inviável descurar alguns de seus impactos questionáveis no exercício da jurisdição, a fortalecer a máxima de que quase tudo na vida apresenta duas ou mais facetas, conforme já se destacou em estudo anterior²⁶¹.

Dentro desse contexto de crise quantitativa, no paroxismo dos sistemas jurídicos e sob similares considerações, desponta a inteligência artificial. Tem-se um novo ingrediente no cotidiano jurisdicional, que, embora positivo em inúmeras perspectivas, representando um trajeto sem retorno, apresenta-se problemático em determinados pontos, como se passa a expor.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: uma nova resposta.

Paralelamente aos modelos gerenciais e autocompositivos, que, com suas virtudes e vicissitudes, convivem com a solução adjudicada²⁶² e não se mostraram suficientes face-a-face com a crise quantitativa, raia uma nova e complementar tendência no cotidiano da jurisdição: a incorporação da inteligência artificial voltada, entre outras coisas, ao alcance de celeridade, de eficiência e de segurança jurídica²⁶³.

Presente em vários domínios do dia-a-dia, a inteligência artificial denota alto potencial de aplicação. Exemplificativamente, cabe mencionar os aparelhos de telefone celular, as centrais

²⁵⁹ JOHNSON JR, Earl. Promising Institutions: a synthesis essay. In: CAPPELLETTI, Mauro; WEISNER, John. **Access to justice**. v II. book II: promising institutions. Milano: Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979. p. 872. Tradução livre: “A sobrecarga é menos um defeito real no sistema judicial do que uma poderosa motivação para uma mudança de algum tipo. É verdade que os efeitos podem ser extraordinariamente infelizes; com mais disputas para resolver do que recursos para descartá-las, um acúmulo em breve se constrói e longos atrasos se tornam inevitáveis. Além disso, as pressões para agilizar a tomada de decisões muitas vezes levam a um tratamento superficial de cada disputa individual e, portanto, à aparência e à realidade da justiça de produção em massa”.

²⁶⁰ São exemplos o (i) aumento dos recursos destinados aos juízes e à estrutura e criação de Tribunais, a (ii) modificação da atuação judicial e dos processos, a (iii) tentativa de redução do número das ações que ingressam no sistema, ou, ainda, a (iv) combinação desses elementos.

²⁶¹ SALLES, Bruno Makowiecky. Acesso à Justiça e jurisdição: reflexões necessárias. In: ABREU, Pedro Manoel; FREYESLEBEN, Luiz Eduardo Ribeiro; GONÇALVES, Jéssica; OLIVEIRA PINTO, Ana Paula Machado de; SALLES, Bruno Makowiecky (orgs). **Acesso à justiça: novas perspectivas**. 1ed. Florianópolis: Habitus, 2019. p. 129-154.

²⁶² A respeito: SALLES, Bruno Makowiecky. Acesso à Justiça e Jurisdição: reflexões necessárias. In: ABREU, Pedro Manoel; FREYESLEBEN, Luiz Eduardo Ribeiro; GONÇALVES, Jéssica; OLIVEIRA PINTO, Ana Paula Machado de; SALLES, Bruno Makowiecky (orgs). **Acesso à justiça**. p. 129-154.

²⁶³ Nas palavras de Eduardo Cambi, “Proporcionar uma certa estabilidade e um mínimo grau de certeza às relações sociais são as preocupações inerentes à noção de segurança jurídica. O sistema jurídico deve prever, de antemão, o que as pessoas devem ou podem fazer, tendo em vista os resultados e as consequências imputáveis a seus atos. A segurança jurídica traduz esse conhecimento prévio dos direitos e dos deveres, permitindo o convívio social sem comoções abruptas ou surpresas inesperadas”. CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**. p. 113.

de atendimento ao consumidor (*chatbots*), os veículos autônomos, a área de diagnósticos e cirurgias médicas, o conceito de *smart cities* e outros²⁶⁴. Comuns, ainda, são os objetos inteligentes que se conectam à *internet* por sensores (*internet das coisas* ou *internet of things*), como aparelhos telefônicos, relógios, geladeiras e etc., contendo *softwares* que transmitem informações pessoais para a rede mundial de computadores²⁶⁵, o que abre, também, largas avenidas para discussões sobre a proteção à privacidade²⁶⁶.

Em uma abordagem preliminar, é possível traduzir a inteligência artificial como um “sistema computacional criado para simular racionalmente as tomadas de decisão dos seres humanos, tentando traduzir em algoritmos o funcionamento do cérebro humano”²⁶⁷. Diz-se que uma máquina é inteligente quando capaz de mimetizar ou imitar o comportamento humano em dada tarefa, de forma que a diferença entre homem e máquina não seja perceptível por um espectador inadvertido²⁶⁸. Trata-se, então, de uma tecnologia multidisciplinar destinada a tornar a ingerência humana prescindível em certas atividades.

No campo da jurisdição, para que se possa atingir semelhante finalidade, é essencial, entre outras coisas, que a máquina reúna a capacidade de compreender um padrão de linguagem, processar o conhecimento e os dados nela inseridos ou armazenados mediante um raciocínio automatizado e aprender com os erros, os acertos e os ajustes nos resultados de suas operações²⁶⁹.

Quando se fala em inteligência artificial, cumpre ter em mente uma distinção entre a acepção forte (*strong AI* ou *artificial general intelligence*) e a acepção fraca (*weak AI* ou *artificial narrow intelligence*) do termo. De forma resumida, tem-se que a primeira persegue um sucedâneo global para a mente humana, atribuindo aos computadores a habilidade de pensar, criar, processar, aprender autonomamente, planejar, comunicar-se, enfim, realizar as mesmas tarefas ao alcance do cérebro. A máquina, aqui, não se limita a simular a inteligência, mas é capaz de raciocinar e ter autoconsciência. Por outro lado, a segunda desenvolve inteligências com o objetivo menos ambicioso de utilizá-las em aplicações específicas, para tarefas especializadas, de modo a auxiliar, otimizar ou complementar a atuação humana, imitando artificialmente o cérebro a partir de algoritmos, mas sem a pretensão de desenvolver todas as suas potencialidades. É esta última, hoje, a forma de inteligência artificial aplicada no campo do direito, inclusive porque os fatores de decisão não estão totalmente absorvidos pelas máquinas²⁷⁰.

Em outros termos, “enquanto o objetivo da primeira (forte) é construir uma máquina que

²⁶⁴ CHELIGA, Tarcisio Teixeira Vinicius. **Inteligência artificial: aspectos jurídicos**. 2ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 20-23.

²⁶⁵ CHELIGA, Tarcisio Teixeira Vinicius. **Inteligência artificial**, p. 80-81.

²⁶⁶ A temática é objeto de preocupações mundiais. Na Europa, editou-se o Regulamento Geral de Proteção de Dados na União Europeia – GDPR. O Brasil segue caminho parecido com a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, em período de *vacatio legis* quando redigido este artigo.

²⁶⁷ CHELIGA, Tarcisio Teixeira Vinicius. **Inteligência artificial**. p. 16-17.

²⁶⁸ TURING, Alan M. Computing machinery and intelligence. **Mind**. New Series, v. 59, n. 236, p. 433-460. Oxford University Press, 1950. Disponível em: <https://www.csee.umbc.edu/courses/undergraduate/471/spring19/01/resources/turing_computing_machinery_and_intelligence.pdf>. Acesso em 04 de agosto de 2020.

²⁶⁹ CHELIGA, Tarcisio Teixeira Vinicius. **Inteligência artificial**. p. 24-27.

²⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no direito. **Revista da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 6, n. 2, e259, jul./dez.2019. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i02.259>. Disponível em: <<http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/259>>. Acesso em 16 de julho de 2020. p. 8.

responda à inteligência geral humana, a segunda (fraca) busca emular a realização de tarefas específicas”, mediante a ampliação do horizonte de informações, o manejo de dados, a execução de determinadas tarefas e a sugestão ou produção de decisões em sintonia com a normatividade²⁷¹. A inteligência artificial no universo jurídico, então, pauta-se por programações, regras e procedimentos lógicos por meio dos quais são processados dados e fornecidas respostas ou executadas atividades, notadamente mais específicas do que aquelas de que o ser humano é capaz²⁷².

A inteligência artificial opera por meio de algoritmos. Eles traduzem rotinas, etapas e instruções que cabe à máquina executar, roteirizando uma sequência lógica de procedimentos para a resolução de um problema ou a entrega de uma resposta. Cuida-se de “uma fórmula que divide determinada tarefa complexa em tarefas menores”²⁷³ perpassadas pelo computador ou, ainda, de “um conjunto de regras predefinidas a partir de um entendimento lógico com o objetivo de transformar as informações inseridas no dispositivo eletrônico em dados que produzirão respostas úteis”²⁷⁴. Recebendo os dados (*input*), a máquina os processa, identifica padrões, realiza inferências e entrega os resultados (*output*), fazendo-o por meio dos algoritmos, os quais podem ser classificados em programados ou não programados²⁷⁵.

Programados são aqueles algoritmos que atuam, em todas as fases, seguindo o itinerário estabelecido pelo programador. Os não-programados, de maior interesse no campo do direito, funcionam diferentemente. Ao receberem os dados a serem processados (*input*), eles percorrem com maior liberdade o percurso até o resultado (*output*), sem ater-se a uma prévia e expressa programação²⁷⁶, escrevendo a própria rota e aperfeiçoando-se conforme as respostas entregues. Por tal razão, mencionados algoritmos não-programados são chamados de *learners*²⁷⁷.

A compreensão de conceitos como *machine learning* e *deep learning* é fundamental no campo da inteligência artificial. O aprendizado da máquina (*machine learning*) é um ramo da inteligência artificial fundado “na ideia de que sistemas podem aprender com dados, identificar padrões e tomar decisões com o mínimo de intervenção humana”²⁷⁸. Por sua vez, o *deep learning* (aprendizagem profunda) reflete uma sub-área da *machine learning* que utiliza redes

²⁷¹ ROSA, Alexandre Morais da. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no direito. **Revista da Faculdade Guanambi**, Guanambi. p. 8.

²⁷² CHELIGA, Tarcisio Teixeira Vinicius. **Inteligência artificial**. p. 18-19.

²⁷³ FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 203

²⁷⁴ PAOLINELLI, Camilla Mattos; e AZIZ ANTÔNIO, Nacle Safar. Dilemas processuais do século XXI: entre os cérebros eletrônicos e a implementação de garantias-processuais – sobre como assegurar decisões legítimas. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 292

²⁷⁵ FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 203

²⁷⁶ WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Tecnologia e precedentes: do portão de kafka ao panóptico digital pelas mãos da jurimetria. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 658.

²⁷⁷ FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 203.

²⁷⁸ ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 66.

neurais artificiais (*artificial neural networks*), as quais emulam o processamento do cérebro humano²⁷⁹. Tais redes são organizadas em camadas conectadas entre si, encarregadas de atividades específicas e capazes de receber, processar e transmitir a informação adiante, permitindo, entre outras coisas, o estabelecimento de conexões, generalizações e aprendizados. Em ambos os casos (*machine learning* e *deep learning*), criam-se máquinas aptas realizar tarefas ou fornecer respostas, adquirir conhecimentos por si mesmas e entregar resultados crescentemente acurados, ganhando precisão por meio da experiência²⁸⁰.

Os algoritmos capazes de aprender (*learners*) podem ser divididos em supervisionados e não supervisionados. Nos primeiros, os dados lançados na máquina são previamente tratados pelo ser humano (*input*), no intuito de que ocorra a entrega um resultado (*output*) esperado como resposta correta. Assim, o algoritmo é treinado com base em dados já classificados, sabendo “que para o problema B a resposta é C, e por isso pode identificar que todas as vezes que a situação B se apresentar, a solução será C”²⁸¹. Nos segundos, os dados inseridos no computador (*input*) não são previamente categorizados, tornando mais complexa a entrega dos resultados (*output*). Aqui, exige-se maior capacidade de identificação, por conta própria, de padrões nas entradas, para posterior agrupamento dos dados²⁸². Ao fornecerem a resposta correta, esses algoritmos *learners* recebem um comando de reforço, que atribui um maior peso ao caminho percorrido, prática que promove um aprimoramento paulatino²⁸³. Dá-se uma espécie de calibração progressiva para operações futuras.

O estudo da inteligência artificial passa, ainda, por conceitos como *big data*, *analytics* e *jurimetria*²⁸⁴, diretamente conectados à aplicação da referida inteligência. O *big data* representa a imensidão de dados que circula no mundo virtual, estruturados ou não, captados de navegações, redes sociais, aplicativos, portais de compra e outros *locus* do mundo virtual, marcando-se pelo volume, variedade, velocidade, veracidade e valor (5vs). No meio jurídico, podem-se citar como exemplos desses dados fontes do direito como Constituições, Tratados, normas internacionais, leis, decretos e demais atos regulamentares internos, precedentes dos vários Tribunais nacionais e internacionais, produções doutrinárias, informações processuais e etc²⁸⁵. Dotados de conteúdo variado, referidos dados, após serem acessados por um computador inteligente que os processa em velocidades e quantidades superiores à capacidade humana, são utilizados para auxiliar a formulação de uma resposta e uma tomada de decisão, seja

²⁷⁹ ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 66.

²⁸⁰ PAOLINELLI, Camilla Mattos; e AZIZ ANTÔNIO, Nacle Safar. Dilemas processuais do século XXI: entre os cérebros eletrônicos e a implementação de garantias-processuais – sobre como assegurar decisões legítimas. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 292.

²⁸¹ PAOLINELLI, Camilla Mattos; e AZIZ ANTÔNIO, Nacle Safar. Dilemas processuais do século XXI: entre os cérebros eletrônicos e a implementação de garantias-processuais – sobre como assegurar decisões legítimas. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 293.

²⁸² WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Tecnologia e precedentes: do portão de kafka ao panóptico digital pelas mãos da jurimetria. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 659.

²⁸³ WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Tecnologia e precedentes: do portão de kafka ao panóptico digital pelas mãos da jurimetria. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 659.

²⁸⁴ ROSA, Alexandre Morais da. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no direito. p. 02-03.

²⁸⁵ ROSA, Alexandre Morais da. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no direito. p. 04.

jurisdicional, de política judiciária ou administrativa.

Analytics, um ramo da *business intelligence (BI)*, traduz-se num conjunto de técnicas com escopo mais específico do que o *big data*. Cuida-se de um “campo abrangente e multidimensional que se utiliza de técnicas matemáticas, estatísticas, de modelagem preditiva e *machine learning* para encontrar padrões e conhecimentos significativos em dados”²⁸⁶. Por meio da *analytics*, os dados são submetidos a análises sistemáticas, sejam elas do tipo estatístico, preditivo, estratégico ou outro, após o que são fornecidas informações que reúnem elementos para um processo mais eficiente de tomada de decisão.

A jurimetria consiste, resumidamente, na aproximação entre o direito e a área da estatística. Ela opera por meio da coleta, da organização e da interpretação de dados jurídicos, ostentando múltiplas potencialidades. Pode-se utilizá-la com fins descritivos, como, por exemplo, para a simples exposição da realidade estatística. Outras formas de emprego são o auxílio à gestão de unidades judiciárias ou o embasamento de medidas decisórias, entre as quais as políticas de organização judiciária. É possível empregá-la, também, com fins preditivos, o que ocorre, com o auxílio da inteligência artificial, mediante algoritmos aptos a reunir os julgados sobre determinado tema para, após analisá-los, prognosticar a tendência das decisões a serem proferidas e as chances de sucesso de dada reivindicação.

A jurimetria em sua forma preditiva é matéria controvertida e, recentemente, restou proscria na França²⁸⁷. A justificativa é a de que se deve evitá-la para impedir que os dados coletados sejam utilizados para pressionar os juízes a decidir em tal ou qual sentido ou para embasar estratégias prejudiciais ao Judiciário ou aos demais litigantes. Por outro lado, há destaques, em outros locais, para aspectos positivos da prática, que, ao permitir uma antevisão do resultado do conflito, detém aventuras jurídicas e fornece bases mais concretas para orientar as partes e advogados em negociações, inclusive em espaços extrajudiciais virtuais, fomentando técnicas alternativas de resolução de conflitos e desafogando o Judiciário²⁸⁸.

3. ALGUMAS APLICAÇÕES DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO.

Pertinente descrever algumas aplicações da inteligência artificial no direito estrangeiro e nacional, sem a pretensão de esgotar, nos modelos retratados, as funcionalidades das máquinas, apenas expostas em suas principais características.

Na Estônia, primeiro país que catalogou o acesso à *internet* como direito humano, pioneiro na área da robótica governamental, avalia-se, já em bases avançadas, a implementação de um robô incumbido de julgar conflitos de valor inferior a € 7.000,00 (sete mil euros), inicialmente em litígios simples de natureza contratual. Conforme a confiança que o sistema for angariando, estuda-se a possibilidade de ulterior expansão de valores e matérias submetidas aos *robots*. Ao julgar disputas singelas, os robôs abrirão tempo para que os atores jurídicos solucionem problemas jurídicos mais complexos. As decisões do juiz robô são recorríveis para

²⁸⁶ ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 66.

²⁸⁷ Sobre o tema: WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Tecnologia e precedentes: do portão de kafka ao panóptico digital pelas mãos da jurimetria. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 655-670.

²⁸⁸ A respeito: NUNES, Dierle; DUARTE, Fernanda Amaral. Jurimetria, tecnologia e direito processual. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 381-421.

um juiz humano²⁸⁹.

Na China, ao lado do crescimento das plataformas *on-line* de resolução de disputas, noticia-se a existência de um modelo de litigância virtual, no qual um juiz holográfico, com voz e imagem tridimensional, decide conflitos²⁹⁰. Ademais, destaca-se o papel dos robôs que prestam informações e esclarecimentos jurídicos aos cidadãos e dos *softwares* que, em audiências criminais, reproduzem comandos do juiz para exibir determinada prova, identificam oradores e convertem os depoimentos orais em caracteres escritos²⁹¹.

No Reino Unido e nos Estados Unidos da América um número crescente de escritórios de advocacia vem adotando avanços tecnológicos em detrimento de recursos humanos, seja na pesquisa de precedentes, seja na predição do resultado de reivindicações, seja na confecção de peças jurídicas e no acompanhamento processual. As *lawtechs* e *legaltechs*²⁹², empresas de tecnologia dirigida ao direito, auxiliam na análise de dados jurimétricos, na prognose sobre as chances ao se propor ou não uma ação, na resolução de conflitos *on-line* e na gestão de escritórios advocatícios, dentre outras atividades. Na Inglaterra, o robô *Hart* auxilia a polícia a identificar zonas com maiores riscos de ocorrências de crimes. E, na federação norte-americana, o Judiciário do Estado de Winsconsin emprega um *software* chamado COMPAS, ferramenta de avaliação de riscos que auxilia os juízes a decidirem acerca da concessão ou não de liberdade provisória a presos, mediante o exame dos dados e do histórico pessoal, a correlação com os dados de outros processados e o apontamento de um alto ou baixo risco de reincidência²⁹³. Tal *software* é objeto de controvérsias, havendo desconfianças de que a máquina pode reproduzir uma possível tendência discriminatória subjacente aos dados.

Em solo nacional, o Supremo Tribunal Federal (STF) desenvolveu a plataforma Victor, empregada com o objetivo inicial de identificar, com expressivo ganho de tempo, os recursos associados aos temas jurídicos afetados para fins de repercussão geral²⁹⁴. O Superior Tribunal

²⁸⁹ COWAN, David. Estonia: a robotically transformative nation. **Robotics Law Journal**. London. 26 jul. 2019. Disponível em: < <https://www.roboticslawjournal.com/global/estonia-a-robotically-transformative-nation-28728942> >. Acesso em 29 de julho de 2020.

²⁹⁰ A respeito: NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Decisão judicial e inteligência artificial: é possível a automação da fundamentação? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 554.

²⁹¹ AMARAL, Priscila Peixoto do. **A China e os tribunais inteligentes**. Disponível em: < <https://www.focus.jor.br/a-china-e-os-tribunais-inteligentes-por-priscilla-peixoto-do-amaral/> >. Acesso em 29 de julho de 2020.

²⁹² As *lawtechs* e as *legaltechs* são *startups* da área jurídica, buscando um modelo inovador de negócios no campo do Direito, via tecnologia. Tais empresas atuam no sentido de perceber deficiências no cotidiano jurídico para, com base nisso, apresentar produtos e serviços destinados a superá-las, com medidas que incorporem à rotina celeridade, eficiência e organização. Elas também desenvolvem novas ferramentas tecnológicas aos profissionais da área. São exemplos de medidas produzidas por *startups* os *softwares* de gestão, automação de documentos e processos, resolução de conflitos, jurimetria, informações jurídicas *online* e outros.

²⁹³ FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 199.

²⁹⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Imprensa. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. 30 de maio de 2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038> >. Acesso em 16 de julho de 2020.

de Justiça (STJ) adotou o sistema Sócrates²⁹⁵, apto a automatizar as etapas iniciais de processamento dos recursos que ascendem à Corte, promovendo a leitura de peças, detectando a matéria versada, promovendo a classificação dos processos e facilitando o enquadramento no rol de demandas repetitivas, inclusive antes da distribuição²⁹⁶.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados (ENFAM), em parceria com o Superior Tribunal de Justiça, elaborou a ferramenta denominada *Corpus927*²⁹⁷, que aplica sistemas de inteligência artificial para reunir as decisões e enunciados vinculantes dos Tribunais Superiores, além de agrupar posicionamentos similares para, a bem da coerência, facilitar a identificação de correntes jurisprudenciais ou entendimentos consolidados sobre determinado tema, promovendo celeridade e segurança jurídica.

Há um projeto de incorporação da ferramenta jurisprudencial *Corpus927* pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), mediante Termo de Cooperação Técnica com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados (ENFAM). Aludido Tribunal também utiliza um sistema para a busca de endereços e inicia um projeto de implantação de robô para a realização, no sistema *Eproc*, de penhoras *on-line* em execuções fiscais. Ademais, a Corte catarinense lançou a iniciativa Judlab, que visa incentivar a sugestão e a participação em ideias que inovem as atividades do Judiciário nos segmentos tecnológico, organizacional, de gestão administrativa e outros²⁹⁸.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) desfruta do sistema *Victoria*²⁹⁹, que automatiza os trâmites das execuções fiscais, atuando nas citações, na atualização dos valores das dívidas, bem como na emissão de ordens de bloqueio e desbloqueio via Bacenjud. Segundo informações, o *software* ainda elabora minutas de sentença de extinção, caso o bloqueio integral seja exitoso, ou prossegue na busca de bens em outros sistemas como Renajud e Infojud, caso malogrado o bloqueio³⁰⁰. Robôs também são utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) para a automação de atos em processos de execução fiscal³⁰¹.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN), entre seus projetos de

²⁹⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Relatório do 1º ano de gestão, Ministro João Otávio Noronha, 2018-2019. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relat%C3%B3rio%20de%20gest%C3%A3o.pdf> >. Acesso em 28 de julho de 2020.

²⁹⁶ ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 75-76.

²⁹⁷ BRASIL. **Escola Nacional de Formação de Magistrados**. Disponível em: < <http://corpus927.enfam.jus.br/> >. Acesso em 28 de julho de 2020.

²⁹⁸ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Imprensa. 11 mai. 2020 Disponível em: < <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/judlab-esse-e-o-nome-do-novo-laboratorio-de-inovacao-do-poder-judiciario-catarinense> >. Acesso em 28 de julho de 2020.

²⁹⁹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Imprensa. 14 ago. 2018 Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5771753> >. Acesso em 28 de julho de 2020.

³⁰⁰ ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 70.

³⁰¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Imprensa. 11 jul. 2019 Disponível em: < <https://tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=58118> >. Acesso em 30 de julho de 2020.

inovação tecnológica, apresentou as plataformas Poti, Clara e Jerimum³⁰². A primeira (Poti) efetua, com significativa economia de tempo, atualizações de dívidas, operacionaliza a penhora de ativos via Bacenjud e reprograma as ordens de bloqueios dentro de determinadas periodicidades, caso inexitosas as constrações. Já a segunda (Clara) procede à leitura de peças processuais e recomenda decisões, a exemplo das de extinção do processo pelo pagamento. A terceira (Jerimum) lê, classifica e rotula processos, separando-os de acordo com temas predominantes em execuções fiscais, indenizações por danos morais, demandas bancárias e outras, em uma triagem eficiente. Em tais atividades, Clara e Jerimum utilizam-se do *deep learning*³⁰³.

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE) opera com o robô Elis. A proposta é a de incrementar a produtividade e a eficiência das unidades judiciárias e otimizar a classificação de processos e a qualidade dos dados para a gestão de informações³⁰⁴. Também capaz do aprendizado profundo (*deep learning*), o sistema efetua a triagem acurada de milhares de processos de execução fiscal do Município do Recife, classificando-os, identificando prescrições ou erros nas Certidões de Dívida Ativa, elaborando a inserindo minutas de sentenças e decisões no sistema e até mesmo assinando-as, caso a subscrição seja autorizada pelo juiz³⁰⁵.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) desenvolveu a ferramenta Radar³⁰⁶, vocacionada, entre outras coisas, a separar e acelerar o julgamento de casos repetitivos em primeiro e segundo grau de jurisdição, mediante leitura de peças, a pesquisa por palavras-chave, a triagem e a reunião para julgamento conjunto, notadamente em matérias já decididas pelas Cortes Superiores ou em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no próprio Tribunal³⁰⁷.

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (TJRO) passou a empregar a plataforma Sinapse, a qual foi objeto de acordo de cooperação com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para disponibilização aos demais Tribunais do País³⁰⁸. Valendo-se do *deep learning*, a ferramenta efetua uma varredura na base de decisões da Corte, economizando tempo de pesquisa e apresentando determinadas sugestões de textos ou predições a partir das informações obtidas. Além disso, o programa efetua a classificação de ações de massa em assuntos

³⁰² PACHECO, Júlio César Barroso. **Possibilidades de utilização da inteligência artificial no judiciário**. 2019, 48f. Curso de Graduação em Direito. Departamento de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. p. 33. Disponível em: < https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/10212/1/PossibilidadesUtilizacaoInteligencia_Pacheco_2019 >. Acesso em 28 de julho de 2020.

³⁰³ ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 70.

³⁰⁴ PACHECO, Júlio César Barroso. **Possibilidades de utilização da inteligência artificial no judiciário**. p. 32.

³⁰⁵ ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 72.

³⁰⁶ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Imprensa. 21 jul. 2018 Disponível em: < <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/plataforma-radar-aprimora-a-prestacao-jurisdicional.htm#.XyHLPRCWyM8> >. Acesso em 28 de julho de 2020.

³⁰⁷ ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 73.

³⁰⁸ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia**. Imprensa. 7 nov. 2018 Disponível em: < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/10172-inteligencia-artificial-do-tjro-potencialidade-do-sinapses-e-apresentada-no-conipjud-2018> >. Acesso em 28 de julho de 2020.

bancários, seguro DPVAT, de telefonia e outras temáticas repetitivas³⁰⁹ para julgamento em bloco, bem ainda permite a identificação de possíveis casos de prevenção e produz resumos personalizados de textos jurídicos.

O Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJRR) lançou o programa Justiça 4.0., que objetiva prover celeridade e eficiência à prestação jurisdicional, além de garantir qualidade de vida aos juízes e servidores³¹⁰. No âmbito de tal projeto foram criados sistemas de inteligência artificial e soluções tecnológicas como o *Mandamus*, o *Scriba*, o SIJA e o *Chatbot*. O *Mandamus* volta-se à automação na emissão, distribuição e gestão de mandados, redigindo-os e alocando-os aos Oficiais de Justiça por critérios de zoneamento e localização. A ferramenta também permite atualizar os endereços das partes, efetuar citações e intimações em tempo real, de modo totalmente eletrônico, podendo ser utilizada em *tablets* ou celulares acompanhados de uma mini-impressora portátil, lançando o resultado da diligência imediatamente no sistema e dispensando a necessidade de comparecimento à Central de Mandados³¹¹. Em uma segunda fase, o *Mandamus* ainda tem a proposta de classificar o risco no cumprimento dos mandados em razão do local da diligência, da matéria e de outros aspectos, o que auxiliará na designação dos Oficiais de Justiça aptos e na avaliação sobre a necessidade de reforço policial³¹². O *Scriba* promove a transcrição automática de audiências e sessões, enquanto o SIJA permite a propositura de ações do juizado especial cível por um aplicativo de aparelho de telefone celular. O *Chatbot* é uma espécie de robô assistente que se comunica com as pessoas por mensagens, atendendo usuários em atividades burocráticas e liberando os servidores para outros afazeres³¹³.

Em áreas afins, o Tribunal de Contas da União (TCU) utiliza os robôs Alice, Sofia e Monica para o exame de uma alta quantidade de editais de licitação, a fim de flagrar eventuais fraudes, acompanhar as aquisições públicas e sugerir melhorias em relatórios internos³¹⁴. Por sua vez, a Advocacia Geral da União (AGU) adotou o sistema *Sapiens*, voltado a simplificar, automatizar e facilitar a produção de peças, inclusive com sugestões de teses jurídicas aplicáveis³¹⁵. Trata-se de um gerenciador de documentos com recursos avançados de apoio à produção de conteúdo e de controle de fluxos administrativos³¹⁶.

³⁰⁹ ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 74-75.

³¹⁰ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Roraima**. Imprensa. Disponível em: < <https://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/noticias/3899-justica-4-0-solucoes-tecnologicas-do-tjrr-facilitam-atendimento-promovem-qualidade-de-vida-e-inclusao-social> >. Acesso em 29 de julho de 2020.

³¹¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Roraima**. Imprensa. Disponível em: < <http://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/noticias/4338-mandamus-automacao-de-processos-e-distribuicao-eletronica-de-mandados-comeca-a-funcionar-no-tjrr> >. Acesso em 30 de julho de 2020.

³¹² PACHECO, Júlio César Barroso. **Possibilidades de utilização da inteligência artificial no judiciário**. p. 36.

³¹³ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Roraima**. Imprensa. Disponível em: < <https://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/noticias/3899-justica-4-0-solucoes-tecnologicas-do-tjrr-facilitam-atendimento-promovem-qualidade-de-vida-e-inclusao-social> >. Acesso em 29 de julho de 2020.

³¹⁴ FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 201-202.

³¹⁵ NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Decisão judicial e inteligência artificial: é possível a automação da fundamentação? *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 554-555.

³¹⁶ A respeito: < <https://sapiens.agu.gov.br/login> >. Acesso em 28 de julho de 2018.

Como se vê a partir dos exemplos, o potencial de emprego da inteligência artificial é amplo e multifário. Aplicada ao Poder Judiciário, a inteligência artificial assume inúmeras funcionalidades, entre as quais podem-se listar:

(...) as seguintes atuações: (a) auxiliando o Magistrado na realização de atos de constrictão (penhora *on line*, *Renajud* e outros); (b) auxiliando o Magistrado a identificar os casos de suspensão por decisões em recursos repetitivos, IRDR, Reclamações e etc., possibilitando que o processo seja identificado e suspenso sem esforço humano maior do que aquele baseado em confirmar o que a máquina apontou; (c) auxiliar o Magistrado na degravação de audiências, poupando enorme tempo; (d) auxiliar na classificação adequada dos processos, gerando dados estatísticos mais consistentes; (e) auxiliar o Magistrado na elaboração do relatório dos processos, filtrando as etapas relevantes do processos e sintetizando o mesmo; (f) auxiliar na identificação de fraudes; (g) auxiliar na identificação de litigante contumaz; (h) auxiliar na identificação de demandas de massa; (i) auxiliar na avaliação de risco (probabilidade/impacto de algo acontecer no futuro); (j) auxiliar na gestão relativa à antecipação de conflitos a partir de dados não estruturados; (k) auxiliar o Magistrado na avaliação da jurisprudência aplicada ao caso; (l) possibilitar uma melhor experiência de atendimento ao usuário: sistemas conversacionais, “*chat bot*” (atendimento para ouvidoria e Corregedoria); (m) identificar votos divergentes na pauta eletrônica; (n) auxiliar na gestão cartorária, identificando pontos de gargalos, processos paralisados, servidores com menor/maior carga de trabalho; (o) identificar e reunir processos para movimentação em lote, e (p) auxiliar o Magistrado na elaboração de minutas de despachos, decisões e sentenças³¹⁷.

Em um panorama geral, vê-se que a virada tecnológica e os sistemas de inteligência artificial têm potencial para transformar significativamente atividades como (i) a pesquisa, a localização e a seleção de documentos relevantes em processos judiciais, (ii) a leitura de peças, a triagem e a classificação de feitos para o planejamento do trabalho, a identificação de causas de prevenção ou extinção de processos e/ou o julgamento em massa de temas repetitivos, (iii) as pesquisas jurídicas doutrinárias e legislativas em geral, compreendidas as variadas fontes nacionais e internacionais do direito, (iv) a criação de documentos, (v) a produção de relatórios e atos postulatórios ou decisórios e (vi) a previsão de resultados de julgamentos³¹⁸, influenciando, neste caso, a decisão a respeito de judicializar uma causa ou de resolvê-la extrajudicialmente, com padrões de resultados mais concretos para fins de negociação.

A tecnologia também impactará na (viii) promoção da segurança jurídica e redução da discricionariedade judicial, ao viabilizar um retrato mais fiel do estado da arte jurisprudencial, na (ix) efetividade de atividades executórias como a busca de ativos financeiros, bens para penhora e endereços, (x) na gestão de processos, automatizando atos em determinadas fases processuais, (xi) na concepção de políticas de organização judiciária em níveis micro e macro, inclusive com a detecção de hipóteses de litigância frívola, habitual ou predatória, para auxiliar na definição de estratégias jurídicas de enfrentamento, (xii) no fornecimento de informação jurídica facilitada em espaços judiciais e extrajudiciais, apresentando aos interessados vias informais e céleres para solucionar problemas cotidianos, conscientizando sobre direitos e dissuadindo falsas expectativas, (xiii) na abertura de novos *fóruns*, institucionalizados ou não, mais ou menos formais, de resolução *on-line* de conflitos, (xiv) na implementação de *chats* de

³¹⁷ PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. Estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Direito em Movimento**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, 1º sem. 2019, p. 180-181.

³¹⁸ NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade Rodrigues. O contraditório e sua implementação pelo *design: design thinking, legal design e visual law* como abordagens de implementação efetiva de influência. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 227-259.

atendimento ao usuário, no (vx) crescimento do chamado *visual law* para a desformalização da comunicação jurídica mediante o uso de ilustrações gráficas, QR Codes e outros expedientes que deixem as petições mais didáticas e criativas³¹⁹, na (xvi) utilização da tecnologia *blockchain*³²⁰ para o arquivamento de documentos e para fins probatórios, na (xvii) consolidação das sessões de julgamento totalmente virtuais e das audiências judiciais e sessões de julgamento por videoconferência, intensificadas, com expressivos resultados, no período da pandemia da Covid-19, no (xviii) controle de usuários com acesso a dados ou atividades sensíveis, (xiv) entre outras atividades.

Em síntese, desde tarefas de rotina automatizadas, até sofisticadas pesquisas de apoio à tomada de complexas decisões, produções de atos em massa e análises preditivas, passando por atividades as mais variadas, a tecnologia e em especial os sistemas de inteligência artificial racionalizam a atividade judiciária e tendem a reduzir “o tempo e o custo do processo, além de aumentar a eficiência e possibilitar maior segurança jurídica”³²¹.

Fundamental enfatizar que os reflexos dessas transformações vão além da esfera jurisdicional. Eles repercutem em arenas extrajudiciais e podem favorecer um movimento de desjudicialização, através da qual temas são desviados da apreciação jurisdicional para ser entregues, primeiro e até obrigatoriamente³²², a instâncias privadas como a mediação, a conciliação (ADRs) e a arbitragem, especialmente *on line* (ODRs). Sites jurídicos gratuitos, cada vez mais, disponibilizam informações relevantes e didáticas, de natureza legal e jurisprudencial, bem como viabilizam a resolução de conflitos públicos e privados por plataformas da *internet*³²³, cabendo citar o *resolution center* do *eBay*, o *in-company* do Mercado Livre, o programa de proteção aos consumidores do *Paypal* e, ainda, a plataforma *consumidor.gov* do Ministério da Justiça e *sites* como *Sem Processo*, *Concilie Online*, *Juspro* e *Leegol*³²⁴. Os serviços de *On-Line Dispute Resolution* (ODR) permitem a resolução de controvérsias oriundas da rede de computadores e do comércio eletrônico, resolvendo na própria

³¹⁹ A respeito: NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Decisão judicial e inteligência artificial: é possível a automação da fundamentação? *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 556.

³²⁰ A tecnologia *blockchain* (cadeia de blocos), um protocolo de confiança, permite a gravação de documentos e transações de modo seguro, utilizando a criptografia e cifrando os conteúdos em códigos indecifráveis. O teor dos documentos é compartilhado com uma cadeia cronológica de usuários, servindo a descentralização como medida de segurança e veracidade e não cabendo a alteração após tal compartilhamento.

³²¹ ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 78.

³²² Na Itália, por exemplo, acolhendo-se as linhas comunitárias traçadas na Diretiva n. 52, de 21 de maio de 2008, da União Europeia, foram instituídos procedimentos extrajudiciais de mediação obrigatória como condição de procedibilidade das ações judiciais nos campos civil e comercial. A respeito: ITÁLIA. **Decreto legislativo n. 69**, de 21 de junho de 2013. Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana, Roma, LA, Serie Generale n. 144 de 21-6-2013. No Brasil, a instituição de similares condicionantes não possui expressa previsão legal e encontra resistência na jurisprudência e no pensamento dos autores jurídicos, presos às concepções tradicionais do Acesso à Justiça (*lato sensu*) e à ideia de litigar em juízo.

³²³ RHODE, Deborah L. **Access to justice**. New York: Oxford University Press, 2004. p. 82.

³²⁴ WERNECK, Isadora. *Online dispute resolution (ODR) e a (des)necessidade de formulação de reclamação prévia dos consumidores junto às plataformas virtuais para configuração do interesse de agir*. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 113.

rede os conflitos que nela surgiram. Utiliza-se o ciberespaço, com a tecnologia informática e telemática, para superar dificuldades espaciais opostas aos demais métodos de resolução, minimizar custos e abreviar o deslinde³²⁵.

4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E JURISDIÇÃO.

As várias faces de aplicação da inteligência artificial formam um campo promissor em termos de eficiência, padronização, previsibilidade, reforço da legalidade pela aplicação das leis e padrões jurisprudenciais³²⁶, razoável duração do processo, eficácia da atividade executiva e redução de custos.

Com o auxílio dos algoritmos em uma miríade de tarefas rotineiras e situações padronizadas, aos juízes e suas equipes resta mais tempo para debruçar-se, com qualidade e adequada reflexão, sobre questões complexas e temas relevantes. Deve-se notar que “*Évoquer la justice c'est évoquer le temps du juge*”³²⁷, de forma que, em cortes abarrotadas (*overcrowded*), os magistrados que presidem disputas sobre pequenos desajustes são aqueles sem tempo para decidir o destino de uma criança abusada ou negligenciada³²⁸.

Apesar desses traços positivos, aspectos críticos compõem contrapontos e recomendam cautela. Em determinadas situações, por exemplo, a inteligência artificial pode produzir em larga escala decisões incorretas, injustas, ativistas³²⁹ ou demasiado contidas³³⁰, e, no mais das vezes, ressentidas de uma adequada *accountability*. Os vícios decisórios são potencializados com a produção automatizada em larga escala. Além disso, surgem possíveis dificuldades na avaliação dos precedentes, pela máquina, com a devida consistência jurídica. A própria reedição irrefletida de tais precedentes dificulta, potencialmente, a legítima missão de modernização do conteúdo do direito e a busca por justiça.

Cabe destacar que, se a base de dados (*data sets*) que alimenta os algoritmos é de qualidade duvidosa, ou herda vieses cognitivos dos programadores, as decisões produzidas tendem a exponenciar

³²⁵ TROISI, Claudia. *Forme e Modelli di ADR. Profili sostanziali*. In: AUTORINO, Gabriella; NOVIELLO, Daniela; TROISI, Claudia. **Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali**. Seconda edizione. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2013. p. 75-76.

³²⁶ Uma crítica feita às autocomposições, inaplicável à inteligência artificial, é a de que a aplicação das normas resta substituída por práticas de barganha, fragilizando a normatividade. Sobre o tema: FISS, Owen M. **The law as it could be**. New York: New York University Press, 2003. *Ebook*.

³²⁷ TRÉBULLE, Francis Guy. *Synthèse*. In: BÉTAILLE, Julien (org). **Le droit d'accès à la justice em matière d'environnement**. Presses de L'université Toulouse, 2016. p. 367. Tradução livre: “Evocar o tempo da justiça é evocar o tempo do juiz”.

³²⁸ RHODE, Deborah L. **Access to justice**. p. 16.

³²⁹ Pode-se conceituar o ativismo como a atitude jurisdicional de inclinações transformadoras que se manifestam (*stricto sensu*), conjunta ou isoladamente, nos âmbitos (i) interpretativo ou de aplicação, mediante um acentuado voluntarismo na criação do direito em detrimento da legislação, dos precedentes ou dos padrões jurídicos em geral, e/ou (ii) institucional ou relacional, por meio de uma elevada interferência nas atribuições dos demais Poderes. Em qualquer das situações, confere-se aos juízes um papel que vai além das missões clássicas de aplicar o direito a disputas subjetivas ou normativas e moderar as condutas dos demais ramos do governo. Posturas ativistas são aptas a verificar-se não só na jurisdição constitucional, mas também na jurisdição ordinária, seja coletiva ou individual, em inúmeras situações do dia-a-dia, inclusive massificadas, e podem externar-se, ainda, em várias dimensões práticas de aplicação do direito.

³³⁰ Autocontenção é a tendência jurisdicional oposta ao ativismo, nos planos (*stricto sensu*) (i) interpretativo ou aplicativo e (ii) institucional ou relacional, notabilizada por atitudes judiciais de prudência e deferência às escolhas políticas, manifestadas no *judicial review* e na judicção ordinária, coletiva ou individual, aí compreendidas as inúmeras dimensões da prática jurídica.

tais distorções, fugindo à crença de neutralidade e cientificidade da máquina para carregar ideologias, preferências e preconceitos. Da mesma forma, como os algoritmos aprendem e são calibrados com os comandos de reforço recebidos após os acertos, os erros e os ajustes, a propensão é de que eles reproduzam cada vez mais tais *feedbacks*, os quais, caso baseados em compreensões questionáveis da sociedade ou do direito, ganharão indevida expressão nas decisões produzidas futuramente³³¹.

Por sua vez, o fato de os algoritmos que adotam a *machine learning* serem não-programados, modificando e reescrevendo sua estrutura enquanto funcionam, torna problemático desvendar os percursos internos entre o *input* e o *output*³³², atraindo ao processo decisório um buraco-negro ou uma caixa-preta (*black-box*). Tal circunstância revela o problema da opacidade e sujeita os destinatários aos mistérios dos algoritmos, constatando-se dificuldades para obter explicações precisas, conhecer as etapas lógicas que guiaram até a decisão e exercer o direito de influência ou de recurso em bases completas. A inteligência artificial, assim, pode assumir um convívio turbulento com garantias processuais, sendo necessário buscar uma harmonização.

A avaliação criteriosa e consistente dos precedentes que servirão de base para a decisão da máquina é outra questão a ser refletida. Em rigor, em um autêntico sistema de precedentes, como o da *common law*, a norma expressa na decisão judicial (*holding*) e sua motivação central (*ratio decidendi*) têm caráter vinculante (*binding*) e aplicam-se aos casos futuros, chamando-se essa obrigatoriedade de *stare decisis*, dela excluídas as notas incidentais e acessórias (*obiter dictum*) registradas na fundamentação (*opinion*)³³³. O precedente não é formado propriamente pelo resultado da demanda, mas pelas razões jurídicas refletidas em proposições de direito, doutrinas aplicadas a fatos e até mesmo doutrinas abstratas lançadas na fundamentação³³⁴. Esse sistema de precedentes vem sendo incorporado, com adaptações, pela família da *civil law*³³⁵, conservadas algumas diferenças: na *common law* os precedentes são produzidos caso-a-caso a partir dos fatos, enquanto na *civil law* eles se fundam em teses gerais construídas com olhar prospectivo³³⁶. De qualquer modo, é legítima, nas duas situações, a preocupação em torno da capacidade do algoritmo de perceber fatos e raciocinar adequadamente por analogia, como se requer em sede de precedentes, ou de diferenciar o que é a motivação central que pode servir como precedente das razões meramente incidentais lançadas na decisão.

A automatização das decisões ainda pode aproximar o direito de doutrinas ultrapassadas como o convencionalismo³³⁷, ao atribuir às máquinas a função de olhar excessivamente para o passado, descobrindo o direito estabelecido em convenções legais ou jurisprudenciais pretéritas e só considerando como direito, para fins de construção de decisões, aquilo que já tenha sido previamente decidido³³⁸.

³³¹ FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 206-209.

³³² FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 210.

³³³ RADBRUCH, Gustav. **Lo spirito del diritto inglese**. A cura di Alessandro Baratta. Milano: Giuffrè Editore, 1962. Titolo originale: Der geist des englischen rechts. p. 34.

³³⁴ MATTEI, Ugo. Precedente giudiziario e stare decisis. **Digesto delle discipline privatistiche**. Sezione civile. Torino: Utet Giuridica, 1996. p. 155.

³³⁵ A respeito: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília, v. 15., n. 03, p. 09-52, jul/set/2016.

³³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Common law e civil law: aproximação: papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil: demandas repetitivas. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v.12, n.71, mar./abr. 2016. p. 06.

³³⁷ A respeito: NUNES, Dierle; DUARTE, Fernanda Amaral. Jurimetria, tecnologia e direito processual. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. p. 382.

³³⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica

Também tende a atribuir peso excessivo à sintaxe ou a teorias semânticas, a exemplo do positivismo, apegando-se excessivamente a padrões linguísticos para avaliar as proposições jurídicas. Tais fatores são aptos a dificultar a operacionalização do direito em bases mais contemporâneas, como os conceitos argumentativo³³⁹ e discursivo³⁴⁰, a utilização dos princípios e as técnicas de ponderação, por exemplo. Além disso, o foco no passado, no que está estabelecido e é extraído da vastidão de dados varridos, também é apto a enfraquecer componentes decisórios pragmáticos, aqui entendidos em uma acepção jurídica³⁴¹, os quais traduzem um olhar essencialmente para o futuro, para os resultados e as consequências³⁴². Assim, um direito robotizado é, em alguma dimensão, um rico em dados e pobre de sentido, cuja aplicação, por tais motivos, deve restringir-se a determinadas espécies de casos ou a determinadas funções de auxílio, notadamente em demandas repetitivas e padronizadas, com sérias limitações e utilizações meramente acessórias nos *hard cases*.

É importante ter em conta, como diretrizes gerais, que a inteligência artificial na área jurídica deve observar, de acordo com estudos da Comissão Europeia³⁴³, a legalidade, a eticidade e a solidez, cumprindo a legislação e a regulamentação aplicáveis, observando valores éticos em sua convivência com os seres humanos, sem substituí-los, expô-los a riscos ou discriminá-los, e mostrando-se segura do ponto de vista técnico³⁴⁴. Também tais desafios se impõem como temperamento à inteligência artificial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisdição constitui uma atividade própria do Estado mediante a qual as normas jurídicas, vertidas em regras ou princípios, são aplicadas, pelos juízes, para a composição

de Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's Empire*. p. 119.

³³⁹ Segundo Ronald Dworkin, tal concepção exige uma atitude interpretativa no sentido de identificar regras, padrões, finalidades, justificativas, princípios e valores morais subjacentes aos institutos, a fim de permitir que eles sejam compreendidos e aplicados de forma dinâmica, podendo-se inclusive adaptá-los, ampliá-los ou modificá-los à luz de novas circunstâncias, de modo conectado aos paradigmas vigentes na comunidade. DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 57-58.

³⁴⁰ Para Robert Alexy, a teoria do discurso opera como um método de fundamentação de normas, as quais devem possuir uma pretensão de correção e cujos critérios devem incluir, necessariamente, os direitos fundamentais, os princípios da democracia e a técnica da ponderação. A aplicação das normas só é legítima se fundada em uma argumentação racional convincente. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução e organização de Luís Afonso Heck. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 09.

³⁴¹ O pragmatismo jurídico pode ser conceituado como a teoria pós-positivista segundo a qual as decisões judiciais devem orientar-se para a obtenção dos melhores resultados, priorizando a eficiência, a utilidade, a justiça, o bem-estar ou outra virtude contemporânea às respectivas decisões. Os juristas pragmáticos dispensam uma vinculação estrita a decisões legislativas ou judiciais pretéritas, ou a âncoras morais, princípios ou slogans jurídicos, dando prevalência a ares racionais e empiricistas e considerando as leis e os precedentes como fontes potenciais de informações valiosas, todavia não muito limitadoras aos julgamentos.

³⁴² A respeito: POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, pragmatism and democracy*. p. 10.

³⁴³ EUROPEAN COMMISSION. **Ethics guidelines for trustworthy AI**. Bruxelas. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai> >. Acesso em: 20 de jul. 2020.

³⁴⁴ FARIA, Guilherme Henrique Lage; PEDRON, Flávio Quinaud. Inteligência artificial: diretrizes éticas de utilização e negociação processual: um diálogo essencial para o direito brasileiro. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**, p. 140.

definitiva de conflitos subjetivos ou normativos, compreendendo a dicção do direito e eventualmente sua execução.

A crise quantitativa dos sistemas de justiça, todavia, pressionou os sistemas jurídicos a uma reformulação, fazendo com que a jurisdição passe a conviver com os modelos gerenciais e o fomento a técnicas autocompositivas em juízo, em um movimento destinado, entre outras coisas, a garantir a celeridade, a efetividade e a razoável duração dos processos.

Nesse horizonte raia uma nova possibilidade: a inteligência artificial. Desde tarefas de rotina automatizadas, até sofisticadas pesquisas de apoio à tomada de decisões, produções em massa, atos executivos e análises preditivas, passando por atividades as mais variadas, os sistemas de inteligência artificial racionalizam a atividade judiciária, promovendo ganho de tempo e eficiência.

Entre outros aspectos, a tecnologia contribui para a padronização, a previsibilidade, o reforço da legalidade pela aplicação das leis e padrões jurisprudenciais, a razoável duração do processo, a eficácia da atividade executiva e a redução de custos. Com o auxílio dos algoritmos, os juízes e suas equipes também passam a dispor de mais tempo para debruçar-se sobre questões complexas e temas relevantes, decidindo aquelas ações que demandam uma resposta humana individualizada, o que reforça a ideia de jurisdição em um sentido clássico.

Todavia, aspectos críticos compõem contrapontos e recomendam cautela. Em determinadas situações, por exemplo, a inteligência artificial pode produzir em larga escala decisões incorretas, e, no mais das vezes, ressentidas de uma adequada *accountability*. Além disso, surgem dificuldades na avaliação dos precedentes, pela máquina, com a devida consistência jurídica, e na própria reedição irrefletida de tais precedentes, o que dificulta a legítima missão de modernização do conteúdo do direito e a busca por justiça. Disso resulta que a inteligência artificial deve ser aprimorada para conviver com garantias processuais e, ao menos neste momento de evolução da tecnologia, ser utilizada em tipologias de demandas compatíveis com sua natureza.

Por fim, é importante ter em conta, como diretrizes gerais, que a inteligência artificial na área jurídica deve observar a legalidade, a eticidade e a solidez, cumprindo a legislação e a regulamentação aplicáveis, observando valores éticos em sua convivência com os seres humanos, sem substituí-los, expô-los a riscos ou discriminá-los, e mostrando-se segura do ponto de vista técnico. Assim, trata-se de utilizá-la como instrumento de auxílio na tomada da decisão judicial, automatizando certas ações, mas sem substituir a atividade humana inerente à jurisdição ou implicar qualquer forma de menosprezo ao ato humano de julgar.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS:

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução e organização de Luís Afonso Heck. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALLARD, Julie; e GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: *Les Juges Dans La Mondialisation*.

AMARAL, Priscila Peixoto do. **A China e os tribunais inteligentes**. Disponível em: < <https://www.focus.jor.br/a-china-e-os-tribunais-inteligentes-por-priscilla-peixoto-do-amaral/> >. Acesso em 29 de julho de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf> >.

BRASIL. **Escola Nacional de Formação de Magistrados**. Disponível em: < <http://corpus927.enfam.jus.br/> >. Acesso em 28 de julho de 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Relatório do 1º ano de gestão, Ministro João Otávio Noronha, 2018-2019. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relat%C3%B3rio%20de%20gest%C3%A3o.pdf> >. Acesso em 28 de julho de 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Imprensa. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. 30 de maio de 2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038> >. Acesso em 16 de julho de 2020.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Imprensa. 21 jul. 2018 Disponível em: < <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/plataforma-radar-aprimora-a-prestacao-jurisprudencial.htm#.XyHLPRCWyM8> >. Acesso em 28 de julho de 2020.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Imprensa. 14 ago. 2018 Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5771753> >. Acesso em 28 de julho de 2020.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia**. Imprensa. 7 nov. 2018 Disponível em: < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/10172-inteligencia-artificial-do-tjro-potencialidade-dos-sinapses-e-apresentada-no-conipjud-2018> >. Acesso em 28 de julho de 2020.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Roraima**. Imprensa. Disponível em: < <https://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/noticias/3899-justica-4-0-solucoes-tecnologicas-do-tjrr-facilitam-atendimento-promovem-qualidade-de-vida-e-inclusao-social> >. Acesso em 29 de julho de 2020.

_____. _____ Imprensa. Disponível em: < <http://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/noticias/4338-mandamus-automacao-de-processos-e-distribuicao-eletronica-de-mandados-comeca-a-funcionar-no-tjrr> >. Acesso em 30 de julho de 2020.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Imprensa. 11 mai. 2020 Disponível em: < <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/judlab-esse-e-o-nome-do-novo-laboratorio-de-inovacao-do-poder-judiciario-catarinense> >. Acesso em 28 de julho de 2020.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Imprensa. 11 jul. 2019 Disponível em: < <https://tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=58118> >. Acesso em 30 de julho de 2020.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil segundo o novo código**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Vol. I. 2ed. Campinas: Bookseller, 2003. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile Secondo Il Nuovo Codice*.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. 1ed. 5reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Vol. I. 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p 373. Título Original: *Sistema di Diritto Processuale Civile*.

CHELIGA, Tarcisio Teixeira Vinicius. **Inteligência artificial**: aspectos jurídicos. 2ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 4ed. Campinas: Bookseller, 2009. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale*

Civile.

COWAN, David. Estonia: a robotically transformative nation. **Robotics Law Journal**. London. 26 jul. 2019. Disponível em: < <https://www.roboticslawjournal.com/global/estonia-a-robotically-transformative-nation-28728942> >. Acesso em 29 de julho de 2020.

DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Costo i durata del processo civile in Italia. **Rivista di diritto civile**. v. 32, Parte Prima. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1986, ano XXXII, p. 285-310.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's Empire*.

EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE- CEPEF. **European judicial systems: efficiency and quality of justice, an overview**. Edition 2014 (2012 data). Disponível em: < <https://rm.coe.int/european-judicial-systems-edition-2014-2012-data-efficiency-and-qualit/1680785d95> >. Acesso em 29 de novembro de 2018.

EUROPEAN COMMISSION. **Ethics guidelines for trustworthy AI**. Bruxelas. Disponível em: < <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai> >. Acesso em: 20 de jul. 2020.

FARIA, Guilherme Henrique Lage; PEDRON, Flávio Quinaud. Inteligência artificial: diretrizes éticas de utilização e negociação processual: um diálogo essencial para o direito brasileiro. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 135-157.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. 1ed. Campinas: Bookseller, 2006. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale*.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 199-255.

FISS, Owen M. **The law as it could be**. New York: New York University Press, 2003. *Ebook*.

FRIEDMAN, Lawrence M. **The republic of choice: law, authority and culture**. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

JOHNSON JR, Earl. Promising Institutions: a synthesis essay. *In*: CAPPELLETTI, Mauro; WEISNER, John. **Access to justice**. v II. book II: promising institutions. Milano: Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979. p. 869-903.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: *Le Garden des Promesses*.

HAZARD JR., Geoffrey C. Costo i durata del processo civile in Italia e in U.S.A. La durata eccessiva del processo: verso nuove promesse. **Rivista di diritto civile**. v. 32, Parte Prima. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1986, ano XXXII, p. 271-284.

ITÁLIA. **Decreto legislativo n. 69**, de 21 de junho de 2013. Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana, Roma, LA, Serie Generale n. 144 de 21-6-2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido R. Dinamarco. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 6. Título Original: *Manuale di Diritto Processuale Civile*.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MATTEI, Ugo. Precedente giudiziario e stare decisis. **Digesto delle discipline privatistiche**. Sezione civile. Torino: Utet Giuridica. 1996, p. 148-167.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 4 ed., ver., ampl e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília, v. 15., n. 03, p. 09-52, jul/set/2016.

NUNES, Dierle; DUARTE, Fernanda Amaral. Jurimetria, tecnologia e direito processual. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 381-421.

_____; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Decisão judicial e inteligência artificial: é possível a automação da fundamentação? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 551-590.

_____; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade Rodrigues. O contraditório e sua implementação pelo design: *design thinking, legal design e visual law* como abordagens de implementação efetiva de influência. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 227-259.

PACHECO, Júlio César Barroso. **Possibilidades de utilização da inteligência artificial no judiciário**. 2019, 48f. Curso de Graduação em Direito. Departamento de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/10212/1/PossibilidadesUtilizacaoInteligencia_Pacheco_2019>. Acesso em 28 de julho de 2020.

PAOLINELLI, Camilla Mattos; e AZIZ ANTÔNIO, Nacle Safar. Dilemas processuais do século XXI: entre os cérebros eletrônicos e a implementação de garantias-processuais – sobre como assegurar decisões legítimas. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 287-327.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, pragmatism and democracy*.

PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. Estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Direito em Movimento**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 142-199, 1º sem. 2019.

RADBRUCH, Gustav. **Lo spirito del diritto inglese**. A cura di Alessandro Baratta. Milano: Giuffrè Editore, 1962. Titolo originale: Der geist des englischen rechts.

RHODE, Deborah L. **Access to justice**. New York: Oxford University Press, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no direito. **Revista da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 6, n. 2, e259, jul./dez.2019. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i02.259>. Disponível em: < <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/259> >. Acesso em 16 de julho de 2020.

_____; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 65-80.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. 2019. 509f. Curso de Doutorado em Ciência Jurídica. Departamento do Centro de Educação de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí. *Dottorato di Ricerca. Università Degli Studi di Perugia - UNIPG*. Disponível em: < <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/264/TESE%20BRUNO%20MAKOWIECKY%20SALLES%20-%20TOTAL.pdf> >. Acesso em: 06 de julho de 2020.

_____. Acesso à Justiça e Jurisdição: reflexões necessárias. In: ABREU, Pedro Manoel; FREYESLEBEN, Luiz Eduardo Ribeiro; GONÇALVES, Jéssica; OLIVEIRA PINTO, Ana Paula Machado de; SALLES, Bruno Makowiecky (orgs). **Acesso à justiça**: novas perspectivas. 1ed. Florianópolis: Habitus, 2019. p. 129-154.

SHAPIRO, Martin. The United States In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 43-66.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 27-38.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Common law e civil law: aproximação: papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil: demandas repetitivas. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v.12, n.71, p. 5-18, mar./abr. 2016.

TRÉBULLE, Francis Guy. Synthèse. In: BÉTAILLE, Julien (org). **Le droit d'accès à la justice em matière d'environnement**. Presses de L'université Toulouse, 2016. p. 359-385.

TROISI, Claudia. Forme e Modelli di ADR. Profili sostanziali. In: AUTORINO, Gabriella; NOVIELLO, Daniela; TROISI, Claudia. **Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali**. Seconda edizione. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2013. p. 37-78.

TURING, Alan M. Computing machinery and intelligence. **Mind**. New Series, v. 59, n. 236, p. 433-460. Oxford University Press, 1950. Disponível em: < https://www.csee.umbc.edu/courses/undergraduate/471/spring19/01/resources/turing_computing_machinery_and_intelligence.pdf >. Acesso em 04 de agosto de 2020.

UNITED STATES COURTS. **Statistical tables for the federal judiciary. 2018.** Disponível em: < <http://www.uscourts.gov/statistics-reports/statistical-tables-federal-judiciary-june-2018> >. Acesso em 29 de novembro de 2018.

WERNECK, Isadora. *Online dispute resolution (ODR) e a (des)necessidade de formulação de reclamação prévia dos consumidores junto às plataformas virtuais para configuração do interesse de agir.* In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2020, p. 105-133.

WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Tecnologia e precedentes: do portão de kafka ao panóptico digital pelas mãos da jurimetria. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2020, p. 655-670.

O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DE SUSTENTABILIDADE NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: OS IMPACTOS DA JUSTIÇA 4.0

THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS AN INSTRUMENT FOR PROMOTING SUSTAINABILITY IN THE BRAZILIAN JUDICIAL POWER: THE IMPACTS OF JUSTICE 4.0

Regina Célia Ferrari Longuini³⁴⁵

Eveline Denardi³⁴⁶

Resumo O artigo analisa os impactos do “Programa Justiça 4.0 – Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos”, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob o prisma da sustentabilidade. Sabe-se que o investimento na indústria, na inovação e na infraestrutura integra um dos objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, porquanto o progresso tecnológico é uma das soluções para os desafios econômicos e ambientais. Assim, o Poder Judiciário brasileiro emerge como um campo fértil para a introdução de novas tecnologias, especialmente da Inteligência Artificial (IA). Seu atual cenário, lotado de processos e com baixo número de serventuários de justiça, representa um problema que requer rápida resposta, sob pena de fragilizar a segurança jurídica. Logo, perquire-se quais riscos acarretarão a implantação da Inteligência Artificial aos tribunais brasileiros e quais seriam as soluções para o seu enfrentamento. Por fim, avalia-se que a boa gestão sustentável do Poder Judiciário, atrelada ao avanço de novas tecnologias e da Inteligência Artificial, revela que o

³⁴⁵ Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Mestre em Ciência Política pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) da Universidade Candido Mendes (UCAM) e Master in Business Administration (MBA) em Poder Judiciário pela Fundação Getulio Vargas. Email: ramaluz17@gmail.com.

³⁴⁶ Docente na Escola Paulista de Direito (EPD), no programa de mestrado Soluções Extrajudiciais de Conflitos Empresariais, disciplina Metodologia de Pesquisa e Ensino do Direito e na Fundação Instituto de Administração (FIA), nos cursos de MBA e pós-graduação *lato sensu* em Gestão de Fraudes e *Compliance*, disciplina Metodologia de Desenvolvimento de Projetos. Pesquisadora do CNPq pelo Núcleo Dignidade Humana e Garantias Fundamentais na Democracia, da Faculdade de Direito da PUC-SP. Consultora acadêmica e editora sênior de textos científicos e revisora técnica-profissional neste segmento. Doutora (2012) e Mestre (2008) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Foi Diretora da Divisão de Comunicação Institucional da PUC-SP e Coordenadora do editorial jurídico da Editora Saraiva (durante 6 anos). Email: evelinedenardi@uol.com.br.

grande gargalo consiste não só na capacitação adequada dos servidores. O artigo foi elaborado com base no método indutivo, utilizando-se as técnicas do referente e da revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Poder Judiciário; Tecnologia; Sustentabilidade.

Abstract The research analyzes the impacts of the “Justice 4.0 Program – Innovation and effectiveness in the realization of Justice for all” of the National Council of Justice – CNJ under the prism of sustainability. It is known that investment in industry, innovation and infrastructure integration is one of the objectives of the 2030 Agenda for Sustainable Development, as technological progress is one of the solutions to economic and environmental challenges. Thus, the Brazilian Judiciary Power emerges as a fertile field for the introduction of new technologies, especially artificial intelligence. The current scenario in which it finds itself, crowded with processes and with a low number of civil servants, represents a problem that requires a quick response, under penalty of weakening legal certainty. Therefore, it is investigated what risks the implantation of artificial intelligence will entail for the Brazilian Courts and what are the solutions to face it. Finally, it is evaluated that the good sustainable management of the Judiciary linked to the advancement of new technologies and AI and verifies that the major bottleneck consists in the adequate training of public servants regarding their use. The article was prepared by applying the inductive method, using the techniques of the referent and bibliographic review.

Keywords: Artificial intelligence. Judicial power. Technology. Sustainability.

Sumário

1 Introdução. 2 Inteligência artificial aplicada ao direito: soluções inovadoras em tempo de crise. 3 O uso da inteligência artificial como instrumento de promoção de sustentabilidade no Poder Judiciário. 4 O advento da inteligência artificial: desafios e riscos de sua implementação no Poder Judiciário brasileiro. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O presente artigo constitui um recorte da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, “Programa Justiça 4.0 – Inovação e efetividade na realização da justiça para todos”, que objetiva

promover o acesso à justiça, por meio de ações e de projetos desenvolvidos para o uso colaborativo de produtos que empregam novas tecnologias e inteligências artificiais³⁴⁷.

As ações que integram parte da Justiça 4.0 são implantar o juízo 100% digital; implantar o balcão virtual; projeto da plataforma digital do Poder Judiciário (PDPJ), com possibilidade de ampliar o grau de automação do processo judicial e o uso da Inteligência Artificial (IA); auxiliar os tribunais a aprimorar os registros processuais primários, consolidar, implantar, oferecer tutoria, treinar, higienizar e publicizar a Base de Dados Processuais do Poder Judiciário (DataJud), visando contribuir com o cumprimento da Resolução CNJ n. 331/2020; colaborar para a implantação do sistema Codex, cujas funções principais são alimentar o DataJud de forma automatizada e transformar em texto puro decisões e petições, a fim de ser utilizado como insumo de modelo de IA³⁴⁸.

Todas essas providências visam solucionar um dos maiores problemas dos tribunais brasileiros: a demora da prestação jurisdicional por conta do acúmulo de processos em tramitação, o que consiste na principal reclamação dos jurisdicionados, atribuída à falta de estrutura do Poder Judiciário³⁴⁹.

Soma-se a esse cenário desafiador o fato de que grande parte dos operadores do direito ainda aparenta estar alheia às grandes transformações dos meios de produção de bens e serviços pelas quais o mundo moderno atravessa, especialmente pelo uso de novas tecnologias, dentre elas, o objeto deste estudo, a Inteligência Artificial.

Essas mudanças foram sensivelmente potencializadas pela pandemia da Covid-19, sobretudo por conta do imprescindível e obrigatório distanciamento social, que exigiu a adaptação, tanto quanto possível, ao trabalho remoto. Aliás, muitos especialistas dizem estarmos diante da revolução 4.0 ou 4ª revolução industrial³⁵⁰.

Logo, o uso da inteligência artificial, dentre outras tecnologias e ferramentas oriundas desta nova era digital, pairam no horizonte, e seus efeitos no cotidiano jurídico não podem mais ser ignorados, notadamente diante do imenso leque de possibilidades trazidas no que diz respeito à otimização do serviço jurisdicional.

Nessa perspectiva, cabe ressaltar que, no Brasil, de modo geral, os gestores públicos ainda não compreenderam o potencial transformador do uso da Inteligência Artificial como ferramenta estratégica para melhorar a prestação do serviço público³⁵¹. Portanto, pontual e

³⁴⁷A cartilha informativa do programa pode ser consultada no *site* do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Cartilha-Justica-4-0-WEB-28-06-2021.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2021.

³⁴⁸ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>. Acesso em: 02 jul. 2021.

³⁴⁹ O *site* Consultor Jurídico (CONJUR) publicou em 2018 uma série de entrevistas com os presidentes das seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, ocasião que foi abordado quais os gargalos enfrentados pela advocacia de cada estado. Foi destacada a falta de estrutura do Judiciário como a principal reclamação, como ausência de varas, servidores, magistrados de primeiro grau de jurisdição e infraestrutura adequada. CONJUR. **Falta de estrutura do Judiciário é o principal gargalo da advocacia**. Por: Brenno Grillo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-28/falta-estrutura-judiciario-principal-gargalo-advocacia>. Acesso em: 5 jun. 2021.

³⁵⁰ A quarta mudança traz consigo uma tendência à automatização total das fábricas – seu nome vem, na verdade, de um projeto de estratégia de alta tecnologia do governo da Alemanha, trabalhado desde 2013 para levar sua produção a uma total independência da obra humana. BBCNews. **O que é a 4ª revolução industrial** – e como ela deve afetar nossas vidas. Por: Valéria Perasso. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>. Acesso em: 30 jul. 2021.

³⁵¹ Essa crítica é ratificada por Rodrigo Felisdório e Luís Dutra e Silva: No Brasil, de forma geral, ainda não há compreensão sobre o potencial transformador da inteligência artificial como ativo estratégico para o aprimoramento dos serviços e políticas públicas. A ausência de articulação governamental para discutir e fomentar o uso e desenvolvimento da Inteligência Artificial no país abre espaço para criar

bastante elogiável essa iniciativa do CNJ que faz referência à revolução 4.0 em curso e representa um poderoso pontapé inicial para remodelar os meios de produção de todo o Poder Judiciário brasileiro.

Afinal, não se vislumbra outra saída, a não ser o forte investimento em tecnologia, para que os tribunais pátrios correspondam às novas exigências da vida moderna, que demandam celeridade e eficiência na entrega de um produto de excelência.

Somente assim, mediante o diálogo entre o real e o digital, que incremente a boa governança, a transparência e a eficiência, seja possível mitigar a lentidão da prestação jurisdicional e do seu altíssimo custo, os quais constituem não só grandes gargalos de produção, mas também minam gradativamente a credibilidade social do Poder Judiciário.

Ressalta-se que o uso da Inteligência Artificial possui alto potencial de contribuir sensivelmente à boa gestão pública, no que tange à promoção da sustentabilidade, por meio da diminuição de uso de recursos humanos, naturais e energéticos, seja por meio do aumento da qualidade de vida dos serventuários da justiça, seja por meio da oferta rápida e com excelência da jurisdição.

Com efeito, esta pesquisa, à luz do Programa 4.0 do CNJ, analisa os impactos que o uso da inteligência artificial implicará ao Poder Judiciário ao longo do tempo, suas eventuais contribuições sob uma perspectiva sustentável, os riscos e os desafios de sua implementação.

Na primeira seção deste artigo, expõe-se os conceitos basilares de Inteligência Artificial e suas ramificações – *machine learning*, *deep learning* e o processamento de linguagem natural (PLN) – e suas potenciais contribuições para o campo do direito.

Na segunda seção, introduz-se o conceito de sustentabilidade e sua importância fundamental no cenário jurídico à vista da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Sob esse enfoque, são avaliados os possíveis resultados que o uso da Inteligência Artificial trará ao Poder Judiciário.

Em seguida, discutem-se as dificuldades da implementação do uso da inteligência artificial no Poder Judiciário, especificamente quanto à resistência e/ou necessidade de treinamento adequado aos serventuários da justiça para que possam utilizá-la adequadamente e discorre-se acerca de prováveis soluções para esse enfrentamento. Por fim, na última seção, apresentam-se as conclusões desta pesquisa, relatadas por meio do método indutivo³⁵²,

iniciativas segmentadas e desvinculadas de direcionamento estratégico claro, além de não otimizar recursos materiais, financeiros e humanos. Portanto, torna-se necessária a inserção desse tema na agenda governamental brasileira, trazendo para o debate as empresas privadas e *startups*, o ecossistema acadêmico e o terceiro setor. FELISDÓRIO, Rodrigo César Santos; SILVA, Luís André Dutra e. Inteligência artificial como ativo estratégico para a Administração Pública. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital**: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 95-100.

³⁵² Método indutivo: “base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 205.

utilizando-se as técnicas do referente³⁵³, da categoria³⁵⁴, do conceito operacional³⁵⁵ e da pesquisa bibliográfica³⁵⁶.

2 Inteligência artificial aplicada ao direito: soluções inovadoras em tempo de crise

A origem da Inteligência Artificial é atribuída ao matemático britânico Alan Turing que, durante a Segunda Guerra Mundial, desenvolveu uma máquina capaz de decodificar mensagens. Contudo, somente na primeira década do século XXI, houve o impulso definitivo da Inteligência Artificial, com a evolução da internet e dos microprocessadores, a redução dos custos de armazenagem em nuvens, os novos algoritmos e outras inovações³⁵⁷.

Tendo em vista seu marco histórico, e antes de adentrar às possibilidades de contribuições decorrentes do uso da Inteligência Artificial (IA) ao campo do direito, ressalta-se seu conceito, definido por Nils J. Nilsson, como a “atividade dedicada a tornar as máquinas inteligentes, e inteligência é qualidade que permite que uma entidade funcione adequadamente e com previsão em seu ambiente”³⁵⁸.

Na mesma linha, Fabiano Peixoto conceitua Inteligência Artificial como o ramo da ciência da computação que busca, por meio da interação multidisciplinar com outras áreas do conhecimento, reproduzir ações cognitivas tipicamente humanas. Para tanto, a Inteligência Artificial pode valer-se de diversas técnicas como estratégica de incremento de performance ou simplesmente de delegação de funções enfadonhas, repetitivas ou delegáveis e roboticamente praticáveis³⁵⁹.

Além disso, convém esclarecer que o termo Inteligência Artificial referencia todo um conjunto de técnicas, dispositivos e algoritmos computacionais, além de métodos estatísticos e matemáticos capazes de reproduzir, simular, representar ou registrar algumas das capacidades

³⁵³ Referente: “explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa [...]”; PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 209.

³⁵⁴ Categoria: “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia (sic)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 197.

³⁵⁵ Conceito operacional [COP]: “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic) expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 198.

³⁵⁶ Pesquisa bibliográfica: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 207.

³⁵⁷ HARTMANN, Fabiano Peixoto; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito**. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 24.

³⁵⁸ STONE, Peter; BROOKS, Rodney; BRYNJOFSSON, Erik; CALO, Ryan; ETIZIONI, Oren; HAGER, Greg; HIRSCHBERG, Julia; KALYANAKRISHNAN, Shivaram; KAMAR, Ece; KRAUS, Sarit; LEYTON-BROWN, Kevin; PARKES, David; PRESS, William; SAXENIAN, AnnaLee; SHAH, Julie; TAMBE, Milind; TELLER, Astro. **Artificial Intelligence and Life in 2030**. One Hundred Year Study on Artificial Intelligence: Report of the 2015-2016 Study Panel, Stanford University, Stanford, CA, September. Disponível em: <http://ai100.stanford.edu/2016-report>. Acesso em: 28 jun. 2021.

³⁵⁹ PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Direito e inteligência artificial: referenciais básicos** [livro eletrônico]: com comentários à resolução CNJ 332/2020. Brasília: Ed. do Autor, 2020, p. 17.

cognitivas humanas, cujos recursos são conhecidos como *machine learning*, *deep learning*, sistemas especialistas, heurísticas, redes neurais e métodos preditivos, dentre outros³⁶⁰.

Baseado nessa ampla gama de funcionalidades derivadas do uso da Inteligência Artificial, Fabiano Hartmann Peixoto afirma que são várias as capacidades de sistemas de Inteligência Artificial que podem ser úteis para o campo do direito. Dentre elas, cita reconhecer objetos/pessoas; converter linguagem/imagem em texto; extrair sentido da linguagem e transmitir significado através de sentenças; ordenar informações de uma forma prática; combinar informações para alcançar conclusões e programar uma sequência de ações para serem cumpridas. Assim, sistemas de reconhecimento, classificadores, tradutores de perguntas-respostas, de diagnósticos, de recomendação e planejadores podem ser úteis para solucionar problemas jurídicos das mais diversas ordens³⁶¹.

Para além disso, a Inteligência Artificial também impacta o direito pelas possibilidades de seu uso, desde o consolidado auxílio em pesquisa jurisprudencial, passando pela produção e valoração probatórias, elaboração de petições e juízos de admissibilidade de recursos extraordinários³⁶². Uma delas em particular, segundo Rodrigo R. C. Guimarães, vem gerando não apenas controvérsia, mas até mesmo providência legislativa: trata-se da função preditiva que o uso da inteligência artificial pode promover em torno das decisões judiciais no âmbito processual³⁶³.

³⁶⁰ Em termos gerais, tanto *machine learning* como *deep learning* são formas de inteligência artificial. [...] O aprendizado de máquina (*machine learning*) é uma forma de conseguir a inteligência artificial. É um ramo da inteligência artificial que envolve a criação de algoritmos que podem aprender automaticamente a partir de dados. Ao invés de os desenvolvedores de **software** elaborarem enormes códigos e rotinas com instruções específicas para que a máquina possa realizar determinadas tarefas e conseguir resultados (e, com isso, limitar drasticamente o seu campo de atuação e resultados), no aprendizado de máquina treina-se o algoritmo para que ele possa aprender por conta própria e, até mesmo, conseguir resultados que os desenvolvedores dos algoritmos nem mesmo poderiam imaginar. Nesse treinamento, há o envolvimento de grandes quantidades de dados que precisam ser alimentadas para o algoritmo (ou aos algoritmos envolvidos), permitindo que ele (o algoritmo) se ajuste e melhore cada vez mais os seus resultados. Já o *deep learning* é inspirado na capacidade de aprendizagem do cérebro humano ao utilizar as chamadas redes neurais profundas, que aceleram as máquinas de aprendizado. Ele também elimina a intervenção do cientista de dados, que gasta menos tempo na preparação das informações e pode se concentrar no ajuste e otimização do *software*, alcançando resultados muito mais precisos. As redes neurais profundas são a primeira família de algoritmos que não requer engenharia de recursos manual. Elas aprendem por conta própria, processando recursos de alto nível a partir de dados brutos. O aprendizado profundo (*deep learning*), segundo Paulo Sá Elias, “é uma das várias abordagens para o aprendizado de máquinas. Outras abordagens incluem aprendizagem por meio de árvores de decisão (*decision tree learning*), programação de lógica indutiva (*inductive logic programming*), agrupamento (*clustering*), aprendizagem de reforço (*reinforcement learning*), redes bayesianas (*Bayesian networks*), entre outros. ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos, inteligência artificial e o direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

³⁶¹ PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Direito e inteligência artificial**: referenciais básicos [livro eletrônico]: com comentários à resolução CNJ 332/2020. Brasília: Ed. do Autor, 2020, p. 23.

³⁶² NIEVA FENOLL, Jordi. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

³⁶³ O artigo explora a disputa entre dois modelos globais em torno da aceitação da inteligência artificial para pesquisas preditivas de decisões de juízes e tribunais, com especial enfoque no âmbito do processo penal. Enquanto nos Estados Unidos a pesquisa é livre e vem se desenvolvendo, na França houve criminalização do comportamento de quem se utilizar de decisões judiciais para tanto. GUIMARÃES, Rodrigo R. C. A Inteligência artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1.555-1.588, set.-dez. 2019.

Enfim, é incontroverso que a Inteligência Artificial não pode mais ser preterida pelo Poder Judiciário, considerando a inexorável Era Digital a abranger o mundo moderno. Nessa linha, são pontuais as considerações do Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli:

Para fazer frente à realidade da Era Digital, do processo eletrônico e de uma “sociedade em rede”, o Judiciário também precisa ser dinâmico, flexível e interativo. É preciso estimular a utilização de novas ferramentas tecnológicas: julgamentos virtuais de processos, comunicação processual por meio de redes sociais, programas de inteligência artificial, arquitetura de computação em nuvem, dentre outros. Chegou a hora de a Justiça aplicar a tecnologia no auxílio de magistrados e servidores; não pode haver tabu sobre esse tema. O investimento tecnológico não dispensa o investimento no capital humano. Pelo contrário, a informatização das rotinas de trabalho exige a requalificação dos servidores, os quais não mais precisarão desperdiçar tempo e energia com tarefas rotineiras e burocráticas, podendo focar nas atividades intelectuais necessárias para a célere e eficiente prestação jurisdicional³⁶⁴.

Considerando que estamos vivenciando o que muitos pesquisadores alegam ser a 4ª revolução industrial, também chamada de 4.0, a qual traz consigo uma tendência de automatização total dos meios de produção, completamente independentes da mão de obra humana³⁶⁵, são precisos os apontamentos de Alexandre Morais da Rosa:

A pretensão de construir máquinas inteligentes passa pelos desafios da tecnologia, tendo recentemente o Supremo Tribunal Federal noticiado a utilização do denominado “Victor”. Por isso, 30 anos depois, parece necessário buscar minimamente compreender o que se passa. Há um fosso entre o ensino do Direito e as novas tecnologias. Enfim, o campo da inteligência artificial pretende discutir as possíveis equivalências entre os mistérios do cérebro humano e as capacidades das máquinas. O desenvolvimento da inteligência artificial se deu por diversos caminhos e não cabe aqui fazer uma introdução à inteligência artificial. O que se pretende é indicar algumas variáveis capazes de autorizar o estabelecimento de diálogos com o campo do Direito, mais especificamente sobre a possibilidade da tomada de decisão e a predição dos resultados processuais penais³⁶⁶.

Com efeito, considerando, ainda, que a humanidade está passando por um momento crítico, em que a expansão da exploração dos recursos naturais causou severos danos não só ao planeta, mas aos próprios seres humanos, conforme ilustrou de forma trágica a deflagração da pandemia da Covid-19, a Inteligência Artificial exsurge como uma ferramenta estratégica para promover o desenvolvimento sustentável no âmbito da governança pública.

3 O uso da inteligência artificial como instrumento de promoção de sustentabilidade no Poder Judiciário

³⁶⁴ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital**: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia, 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 19.

³⁶⁵ BBCNews. **O que é a 4ª revolução industrial** – e como ela deve afetar nossas vidas. Por: Valéria Perasso. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>. Acesso em: 30 jul. 2021.

³⁶⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **A inteligência artificial chegou chegando**: magistratura 4.0. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/limite-penalinteligencia-artificial-chegou-chegando-magistratura-40>. Acesso em: 30 jul. 2021.

Inicialmente, relevante observar que o cenário mundial traz à tona uma consternação contínua e elevada de que são necessárias alternativas sustentáveis à exploração dos recursos do planeta, sob o risco de a humanidade causar danos tão graves ao próprio ambiente onde vive que isto culmine sua própria destruição³⁶⁷.

Nesse contexto, fala-se muito em sustentabilidade e desenvolvimento sustentável³⁶⁸, até mesmo como ideias que alcançaram o *status* de verdadeiros princípios fundamentais³⁶⁹ e, portanto, devem servir como parâmetros para orientar diretrizes e ações da boa gestão pública, de modo a conceder, além da celeridade e da excelência na prestação de seus serviços, também a redução de gastos e de recursos.

Até mesmo porque, segundo Juarez Freitas, sustentabilidade, enquanto princípio constitucional, requer do Estado sua concretização direta e imediata:

é um valor supremo, que se desdobra no princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar³⁷⁰.

³⁶⁷ Diversos países e organismos internacionais estão empenhados em discutir, fomentar e aplicar estrategicamente a inteligência artificial para avançar nas mais diversas áreas. A Organização das Nações Unidas (ONU) tem discutido sobre como utilizar a inteligência artificial para combater a pobreza e os grandes desafios da humanidade. Na mesma esteira, em 10 de abril de 2018, os Estados-Membros da União Europeia assinaram a declaração de cooperação em inteligência artificial, cujo objetivo é aplicar a Inteligência Artificial para avançar em questões relevantes de interesse comum da Europa. Os principais desafios estão relacionados à garantia da competitividade, ao crescimento econômico, à formação de capital humano, ao desenvolvimento tecnológico e ao tratamento de questões sociais, econômicas, éticas e legais. FELISDÓRIO, Rodrigo César Santos; SILVA, Luís André Dutra e. Inteligência artificial como ativo estratégico para a Administração Pública. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 96.

³⁶⁸ Apesar de conceitos distintos, as ideias de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável convergem para um mesmo fim, a grosso modo, assegurar o futuro saudável e seguro para a humanidade. Nesse sentido, a diferença entre sustentabilidade e desenvolvimento sustentável recai sobre o fato de que aquela corresponde a um meio, enquanto este é o próprio fim a ser alcançado. PAVAN, Kamilla. A inserção do paradigma da sustentabilidade como direito fundamental. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul/RS, v. 4, n. 10, jan.-abr. 2015, p. 146.

³⁶⁹ Reforçam essa ideia os estudos de Saulo de Oliveira Pinto Coelho e André Fabiano Guimarães Araújo, que encaram o princípio da sustentabilidade como detentor da natureza de um verdadeiro direito fundamental, vista sua consagração em diversos dispositivos estampados na Constituição Federal: a) quanto à soberania, aspecto político; b) quanto à cidadania, aspecto político, social e cultural; c) quanto aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, aspecto econômico, social e cultural; d) quanto ao pluralismo político, aspecto político, social e cultural e e) quanto à dignidade da pessoa humana, que é a manifestação de todos os aspectos da sustentabilidade. COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social**: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. Disponível em: https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/artigo_prof_saulo.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

³⁷⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 71; 133-134.

Igualmente, defende José Afonso da Silva³⁷¹, que o conceito de sustentabilidade tem fundamentos constitucionais, pois quando o art. 225 da Constituição Federal impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e de preservar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ‘para as presentes e futuras gerações’, está precisamente dando o conteúdo essencial da sustentabilidade. E essa é uma cláusula que imanta todos os parágrafos e incisos daquele artigo.

Demais disso, sustenta Gabriel Ferrer³⁷² que o conceito pluridimensional de sustentabilidade também engloba uma perspectiva tecnológica, no que diz respeito à possibilidade de o uso de novas tecnologias, especialmente da Inteligência Artificial, possa viabilizá-la. Logo, sustentabilidade e inteligência artificial se inter-relacionam de maneira que esta poderá ser uma ferramenta fundamental de promover aquela.

Os estudos de Eloy Fassi Casagrande Jr. ratificam o entendimento ao abordarem a dimensão tecnológica da sustentabilidade:

processos de eficiência que podem economizar energia e recursos, diminuir poluição, aumentar produtividade com distribuição equitativa de renda e evitar desperdício de capital, passam pela Educação e Inovação Tecnológica norteados pela conservação ambiental. Mudanças em *design* de produto, a aplicação da tecnologia da informação em controle e medição, a utilização de novos materiais de baixo impacto ambiental, o aproveitamento de materiais reciclados, a agregação de valor a resíduos (emissão zero), o uso de substâncias de base natural e capacitação de trabalhadores conscientes do processo em que estão inseridos, são a plataforma de um desenvolvimento tecnológico ambientalmente saudável que podem diminuir nossa “pegada ecológica”³⁷³.

Aliás, não é demais ressaltar que a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável possui como um dos seus objetivos a construção de infraestruturas resilientes, a promoção da industrialização inclusiva e sustentável e o fomento da inovação, deixando claro que o progresso de novas tecnologias, na qual se enquadra a Inteligência Artificial, está diretamente associado à sustentabilidade a ser alcançada em todo o planeta.

A partir dessas considerações, conclui-se que o avanço de novas tecnologias, especialmente da Inteligência Artificial, contribui para fortalecer o desenvolvimento sustentável, por meio de processos inovadores que trazem medidas alternativas e sustentáveis de produção.

Fixadas essas premissas, não é demais rememorar que o Poder Judiciário brasileiro é uma instituição excessivamente cara, congestionada e morosa, mas ao mesmo tempo, revela-se como um nicho altamente potencial de inovação e de experimentação aos avanços tecnológicos. Isso porque a maioria dos dados que o compõe já estão digitalizados em plataformas virtuais, passíveis de acesso, em sua maioria, por intermédio da rede mundial de computadores.

Essa grande quantidade de informações geradas pela constante alimentação de dados dentro do Poder Judiciário pode ser definida como *Big Data*, cujo conceito é explicado por Sam

³⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 27- 28.

³⁷² FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Revista NEJ, v. 17, n. 3, 2012. Univali, Itajaí. Disponível em: <https://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em: 02 jul. 2021.

³⁷³ CASAGRANDE JR., Eloy Fassi. **Inovação tecnológica e sustentabilidade: integrando as partes para proteger o todo**. Disponível em: <http://aplicweb.feevale.br/site/files/documentos/pdf/23231.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

Siewert: “captura, gerenciamento e análise de dados que vão além de dados estruturados típicos, que podem ser consultados por sistemas de gerenciamento de banco de dados relacional”³⁷⁴.

Dessa forma, na linha do raciocínio de Fabiano Hartmann Peixoto e Eduardo André Carvalho Shiefler, esse significativo volume de dados, quando produzidos originariamente no âmbito de um sistema eletrônico – como o processo administrativo eletrônico – ou transferidos a ele, permite o desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial hábeis a realizar a devida leitura e a tornar mais célere e efetiva a atuação administrativa³⁷⁵.

Como exemplo, embora não integre a estrutura do Poder Judiciário, o Tribunal de Contas da União, mediante o uso da Inteligência Artificial, já obteve resultados contundentes e satisfatórios ao desenvolver solução para processar minutas de acórdãos antes de serem disponibilizados para julgamento, a qual permite detectar erros materiais, como inconsistência no nome do responsável, CPF e CNPJ, nome do colegiado, citação de normativos revogados, aplicação de multa para responsável já falecido, dentre outros, evitando a publicação de centenas de acórdãos retificadores e economizando centenas de milhares de reais aos cofres públicos³⁷⁶.

Observa-se que essa solução contribui para que o operador do direito não tenha tanto que se dedicar a perscrutar meros erros materiais quando da análise de uma petição, de maneira que poderá direcionar seus esforços ao trabalho de julgamento do conflito material ali presente, circunstância que economiza trabalho, tempo e, sobretudo, traz celeridade à prestação jurisdicional.

Reforça essa tese a conclusão exposta na pesquisa elaborada por Armando Luciano Carvalho Agostini: a partir desses avanços será possível vislumbrar que a habilidade de pesquisa jurídica e a realização de atividades repetitivas perderá espaço na determinação de qualidade ou capacidade de um profissional do direito. Entretanto, ganharão mais destaques aqueles que cultivarem características como a correta implementação de gestão e produção, análise e enfrentamento adequado às controvérsias jurídicas³⁷⁷.

Com efeito, é certo que a tramitação eletrônica já existente no âmbito do Poder Judiciário associada ao incremento da inteligência artificial irá acelerar o procedimento processual, eliminando tarefas repetitivas e reduzindo tempo ocioso do processo, principal gargalo a acarretar a morosidade na tramitação dos processos e, ao final, contribuirá sensivelmente para a sustentabilidade pretendida por toda governança pública³⁷⁸.

³⁷⁴ SIEWERT, Sam. **Big Data na nuvem**: velocidade, volume, variedade e veracidade dos dados. IBM, 2013. Disponível em: <https://www.ibm.com/developerworks/br/library/bdbigdatacloud/index.html>. Acesso em: 30 jul. 2021.

³⁷⁵ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Administração Pública Digital e o Acesso à Justiça**: a simbiose entre o Código de Processo Civil de 2015, o processo administrativo eletrônico e a inteligência artificial. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/acts/article/view/17138/9720>. Acesso em: 30 jul. 2021.

³⁷⁶ FELISDÓRIO, Rodrigo César Santos; SILVA, Luís André Dutra e. Inteligência artificial como ativo estratégico para a Administração Pública. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital**: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 98.

³⁷⁷ AGOSTINI, Armando Luciano Carvalho. **A inteligência artificial no Poder Público**. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/acts/article/view/17138/9720>. Acesso em: 30 jul. 2021.

³⁷⁸ Não se trata dos processos de baixa complexidade a principal causa da morosidade, mas sim do tempo gasto entre as práticas dos atos processuais, o chamado tempo morto, correspondente àquele em que o processo fica paralisado na serventia aguardando a realização de tais atos. GOMES, Luciane Mara Correa; SOARES, Durcelania da Silva. **Lidando com a morosidade do sistema judiciário em tempos**

Contudo, não se sabe se a implementação dessa nova tecnologia será bem assimilada pela estrutura do Poder Judiciário, especificamente em relação aos seus serventuários. Afinal, toda mudança é difícil de aceitação, sobretudo quando imposta sem qualquer preparação ou treinamento.

Nessa perspectiva, analisaremos em seguida os desafios e os riscos que poderão ser trazidos pela Inteligência Artificial aos tribunais pátrios, pincelando seus aspectos éticos e morais quanto ao trato indiscriminado e não monitorado de dados processuais.

4 O advento da inteligência artificial: desafios e riscos de sua implementação no Poder Judiciário brasileiro

Esta pesquisa já entabulou a premissa de que a morosidade judiciária no Brasil tem relação direta com o tempo morto, lapso temporal existente entre a prática de um ato e o retorno à coordenação do processo pelo juízo.

Contudo, importante pontuar, conforme assinala Leonardo Greco³⁷⁹, que a principal causa do tempo morto decorre da falta de serventuários para impulsionar o fluxo cartorário. Para o doutrinador, a solução estaria centrada nos servidores da justiça, equipe de auxiliares do juízo que tem entre suas competências funcionais desenvolver atividades destinadas a realizar a movimentação cartorária.

Para além disso, chama atenção a carência da estrutura administrativa da serventia, pois além da reduzida quantidade de servidores, a má remuneração, a falta de formação técnica e a ausência de estruturas adequadas para o fluxo regular do imenso acervo processual contribuem para a elasticidade do tempo morto processual. Cabe, aliás, a ressalva de que esses problemas não têm sua relevância diagnosticada no sistema do Poder Judiciário.

Diante desse cenário de dificuldades as quais enfrenta o Poder Judiciário, não se pode negar que a Inteligência Artificial poderá contribuir para reduzir os gargalos de produtividade atinentes à prestação jurisdicional, conduzindo à otimização dos recursos humanos, ao dotá-los de novas ferramentas, tornando possível economizar custos ao restringir sua dedicação às tarefas nas quais o trabalho humano seja realmente imprescindível.

Todavia, não basta apenas trazer a Inteligência Artificial para as serventias judiciais, sob pena de isto se tornar esforço inócuo. É necessário, primeiramente, contratar mais serventuários da justiça e fornecer-lhes tanto uma capacitação técnica satisfatória, quanto uma estrutura administrativa adequada para o enfrentamento da imensa demanda processual.

Outro risco que poderá surgir perante a implementação da inteligência artificial é o uso não transparente de algoritmos no que tange ao fluxo de dados, os quais possuem potencial de

de pandemia: uma análise estatística do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl6180k3/74gvx4c8/6Vv31Hdt0taplz3P.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

³⁷⁹ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Introdução do Direito Processual Civil. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 32.

reforçar estereótipos e vieses discriminatórios^{380 381}. A esse respeito, o CNJ editou a Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020, prevendo expressamente a obrigatoriedade de respeito à não discriminação quanto ao uso das ferramentas de Inteligência Artificial³⁸².

É também o alerta do estudo elaborado por Mateus de Oliveira Fornasier e Norberto Knebel³⁸³, de que também representam desafios complexos as questões técnicas (complexidade

³⁸⁰ A discriminação algorítmica decorre do fato de que nessas operações por algoritmos alguém pode pertencer a determinado grupo e ser julgado a partir das características generalizadas desse grupo, onde as características individuais de uma pessoa são desconsideradas, sendo vista apenas como membro de um dado conjunto de pessoas. A ocorrência da discriminação se torna melhor explicável quando se conceitua generalizações em consistentes (universais e não universais) e inconsistentes. As generalizações consistentes podem ser subdivididas em universais e não universais. Nas universais tem-se como destaque o exemplo utilizado por Aristóteles de que “Todos os humanos são mortais”, o que significa que a totalidade da raça humana um dia, de fato, morre, de modo que essa generalização se mostra verdadeira em 100% dos casos. Nas não universais, a generalização não se presta a descrever a totalidade de um grupo, mas uma característica compartilhada da maioria dos indivíduos daquele grupo, o que pode ser utilizado com grupo de indivíduos de determinada localidade. Generalizações inconsistentes são as que falham em preencher os parâmetros anteriormente definidos.

³⁸¹ Abordagens atuais para auditar a funcionalidade e o impacto dos algoritmos de decisões em áreas sensíveis incluem soluções complexas e avançadas, como a criação de funções de alerta incorporados nesses sistemas e algoritmos. A auditoria pode criar um registro processual para demonstrar vies ideológico, político, estratégico,

preconceitos contra indivíduos (e grupos particulares) e ajudará os controladores de dados a atender os requisitos de responsabilidade, detectando quando as decisões produzem efeitos prejudiciais, explicando como eles ocorreram e em que condições eles podem ocorrer de novo. No entanto, a auditoria não é viável sem um forte apoio regulamentar ou cooperação de prestadores de serviços. Talvez sejam, no futuro, obrigados por decisões judiciais (com apoio em legislação específica) a colaborar. Para que a tomada de decisão algorítmica seja significativa, responsável, transparente e justa, os controladores de dados devem cooperar em auditorias. Da mesma forma, devem ser realizados mais trabalhos para entender como ocorre a governança nesses processos. ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos, inteligência artificial e o direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

³⁸² BRASIL. CNJ. Resolução n. 332/2020. “Art. 7º. As decisões judiciais apoiadas em ferramentas de Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos. § 1º Antes de ser colocado em produção, o modelo de Inteligência Artificial deverá ser homologado de forma a identificar se preconceitos ou generalizações influenciaram seu desenvolvimento, acarretando tendências discriminatórias no seu funcionamento. § 2º Verificado viés discriminatório de qualquer natureza ou incompatibilidade do modelo de Inteligência Artificial com os princípios previstos nesta Resolução, deverão ser adotadas medidas corretivas. § 3º A impossibilidade de eliminação do viés discriminatório do modelo de Inteligência Artificial implicará na descontinuidade de sua utilização, com o consequente registro de seu projeto e as razões que levaram a tal decisão.

³⁸³ Dentro desse complexo cenário que implica questionamentos éticos ao desenvolvimento tecnológico das IAs – entre oportunidades, desafios e riscos – a regulação precisa encontrar estratégias para conter suas consequências negativas e incentivar a inovação, criando caminhos juridicamente estáveis para a produção de tecnologia. No Brasil, tramitam em fase inicial três projetos de lei: um de iniciativa da Câmara dos Deputados (PL 21/2020) que, conforme seu histórico de tramitação, foi apresentado em fevereiro de 2020 propondo, na ementa: “estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de IA no Brasil”; e dois de iniciativa do Senado Federal – desde 2019, o PL 5.091 (que “estabelece os princípios para o uso de IA no Brasil”) e o PL 5.691 (que “institui a Política Nacional de Inteligência Artificial”). FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Norberto. **Inteligência Artificial: desafios e riscos ético-jurídicos**. Disponível em: <https://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1279/546>. Acesso em: 30 jul. 2021, p. 208-209; 218.

do desenvolvimento desses sistemas de Inteligência Artificial), econômicas (custos para desenvolver o conhecimento relacionado à Inteligência Artificial e para sua implementação) e político-burocráticas (desenvolver lideranças e políticas capazes de tornarem efetiva a aplicação de Inteligência Artificial na sociedade).

Os riscos até então expostos representam os desafios a serem enfrentados pela Inteligência Artificial na sua implementação no Poder Judiciário. Não obstante, por intermédio de boas práticas regulatórias, a Inteligência Artificial tem muito a contribuir para o funcionamento dos tribunais brasileiros. Atualmente, é o principal expoente da nova leva de tecnologias criadas pela humanidade, de maneira que não pode ser relegada, mas desenvolvida e trabalhada da melhor forma ético-jurídica possível.

5 Conclusão

Esse artigo teve como objetivo avaliar os impactos, os riscos e os desafios que a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio do “Programa Justiça 4.0 – Inovação e efetividade na realização da justiça para todos”, poderia acarretar ao Poder Judiciário brasileiro, especificamente quanto ao uso da inteligência artificial e seus efeitos sob o enfoque da sustentabilidade.

Abordou-se, nessa perspectiva, o conceito de Inteligência Artificial, suas ramificações e potenciais funcionalidades aos tribunais pátrios, os quais demandam soluções imediatas para reduzir a morosidade processual e alcançar uma boa prestação jurisdicional, o que também representa fortalecer a segurança jurídica nacional.

Discorreu-se, ainda, sobre a importância da ideia de sustentabilidade no cenário jurídico, conceito pluridimensional, que também engloba o avanço tecnológico, representado pela Inteligência Artificial, de maneira que seu bom uso possui o condão exponencial de contribuir para incrementar a sustentabilidade no Poder Judiciário, mediante a automatização de tarefas manuais, promovendo celeridade, transparência e eficiência à atividade jurisdicional.

Discutiu-se, ainda, que a implantação da Inteligência Artificial no Poder Judiciário brasileiro implica riscos, exige extremo cuidado quanto ao fornecimento de estrutura e de capacitação aos serventuários da justiça, principais operadores dessa ferramenta.

Portanto, não basta o Poder Judiciário investir em inovação no Poder Judiciário sem uma revisão minuciosa e a superação de problemas derivados de sua própria estrutura funcional, que apresenta reduzido número de servidores e sem treinamento adequado para que possam lidar com implantação de novas tecnologias.

Em arremate, sugere-se ao CNJ incluir novos indicadores em suas metas propostas aos tribunais brasileiros, os quais apontem, a título de ilustração, a quantidade de servidores e de magistrados capacitados para o uso da Inteligência Artificial, de cursos e/ou treinamentos sobre o tema, uma vez que hoje não se computa esse gargalo tão grave e ratificador da morosidade processual.

Referências

AGOSTINI, Armando Luciano Carvalho. **A inteligência artificial no Poder Público**. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/acts/article/view/17138/9720>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BBCNews. **O que é a 4ª revolução industrial** – e como ela deve afetar nossas vidas. Por: Valéria Perasso. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>. Acesso em: 30 jul. 2021.

CASAGRANDE JR., Eloy Fassi. **Inovação tecnológica e sustentabilidade**: integrando as partes para proteger o todo. Disponível em: <http://aplicweb.feevale.br/site/files/documentos/pdf/23231.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social**: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. Disponível em: https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/artigo_prof_saulo.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

CONJUR. **Falta de estrutura do Judiciário é o principal gargalo da advocacia**. Por: Brenno Grillo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-28/falta-estrutura-judiciario-principal-gargalo-advocacia>. Acesso em: 5 jun. 2021.

ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos, inteligência artificial e o direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

FELISDÓRIO, Rodrigo César Santos; SILVA, Luís André Dutra e. Inteligência artificial como ativo estratégico para a Administração Pública. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital**: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital**: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia, 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Revista NEJ, v. 17, n. 3, 2012. Univali, Itajaí. Disponível em: <https://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em: 02 jul. 2021.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Norberto. **Inteligência Artificial**: Desafios e riscos ético-jurídicos. Disponível em: <https://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1279/546>. Acesso em: 30 jul. 2021.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GOMES, Luciane Mara Correa; SOARES, Durcelania da Silva. **Lidando com a morosidade do sistema judiciário em tempos de pandemia**: uma análise estatística do tribunal de justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl6180k3/74gvx4c8/6Vv31Hdt0taplz3P.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Introdução do Direito Processual Civil. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUIMARÃES, Rodrigo R. C. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1.555-1.588, set.-dez. 2019.

HARTMANN, Fabiano Peixoto; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito**. Curitiba: Alteridade, 2019.

JOTA. **Inteligência artificial e discriminação algorítmica**. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoва-e-acao/inteligencia-artificial-e-discriminacao-algoritmica-10012021>. Acesso em: 04 jul. 2021.

NIEVA FENOLL, Jordi. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

PAVAN, Kamilla. A inserção do paradigma da sustentabilidade como direito fundamental. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul/RS, v. 4, n. 10, jan.-abr. 2015.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Administração pública digital e o acesso à justiça: a simbiose entre o Código de Processo Civil de 2015, o processo administrativo eletrônico e a inteligência artificial**. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/acts/article/view/17138/9720>. Acesso em: 30 jul. 2021.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Direito e inteligência artificial: referenciais básicos** [livro eletrônico]: com comentários à resolução CNJ 332/2020. Brasília: Ed. do Autor, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **A inteligência artificial chegou chegando: magistratura 4.0**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/limite-penalinteligencia-artificial-chegou-chegando-magistratura-40>. Acesso em: 30 jul. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SIEWERT, Sam. **Big Data na nuvem: velocidade, volume, variedade e veracidade dos dados**. IBM, 2013. Disponível em: <https://www.ibm.com/developerworks/br/library/bdbigdatacloud/index.html>. Acesso em: 30 jul. 2021.

STONE, Peter; BROOKS, Rodney; BRYNJOFSSON, Erik; CALO, Ryan; ETIZIONI, Oren; HAGER, Greg; HIRSCHBERG, Julia; KALYANAKRISHNAN, Shivaram; KAMAR, Ece; KRAUS, Sarit; LEYTON-BROWN, Kevin; PARKES, David; PRESS, William; SAXENIAN, AnnaLee; SHAH, Julie; TAMBE, Milind; TELLER, Astro. **Artificial intelligence and life in 2030**. One Hundred Year Study on Artificial Intelligence: Report of the 2015-2016 Study Panel, Stanford University, Stanford, CA, September. Disponível em: <http://ai100.stanford.edu/2016-report>. Acesso em: 28 jun. 2021.

Corpo de Servidores da Esjud

Assessoria da Direção

Adalcilene Pinheiro Araripe
Cleide Helena Prudêncio da Silva
Marcos Antonio Alexandre Bezerra

Gerência de Planejamento e Execução do Ensino – GEPEE

Graiciane Bonfim
Odson Moreira
Maria Marilene Abreu de Oliveira
Maria Gorete da Silva Bandeira Feitosa

Gerência de Administração de Ensino – GEADE

Bono Maia
Rosinéia Guilherme de Abreu Lima
Maria Gerliane Moura Costa
Maria de Lourdes Alves
Maria Lúcia Rodrigues Gabriel

Gerência de Avaliação de Ensino – GEAVE

Breno Nascimento
Valéria Cristina Morais de Oliveira
Cláudio da Silva Pereira
Mario Robson Yamasaki Sassagawa
Maria do Socorro Malveira



Tribunal de Justiça do Estado do Acre
Escola do Poder Judiciário do Acre (ESJUD)
Anexo I - Rua Tribunal de Justiça, s/n. Via Verde. 69.915-631 - Rio Branco-AC
(68) 3302-0406
Site: <https://esjud.tjac.jus.br/periodicos>
E-mail: revistaesjud@gmail.com