

Anais de Artigos Completos - Volume 7 VII CIDHCoimbra 2022

Organizadores:

Vital Moreira

Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



VII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

ORGANIZAÇÃO:



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



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

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

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO
VII CIDHCoimbra 2022
VOLUME 7**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasílica / Edições Brasil
2023**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2023

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes
Capa e editoração: João J. F. Aguiar
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral: Comissão Organizadora do VII CIDHCoimbra 2022

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

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

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

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do VII CIDHCoimbra 2022 -
Volume 7 / César Augusto R. Nunes et. al. (org.) [et al.] – Campinas /
Jundiaí: Brasília / Edições Brasil, 2023.

451 p. Série Simpósios do VII CIDHCoimbra 2022

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-5104-029-0

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

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

VII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

11 a 13 de Outubro de 2022 – Coimbra/Portugal

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 7 - Composição dos Simpósios:

<p>Simpósio n.º. 68</p> <p>CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS IDOSAS NA ATUALIDADE</p> <p>Coordenadores: Eduardo Manuel Val e Nivea Corcino Locatelli Braga</p>
<p>Simpósio n.º. 69</p> <p>PESSOA COM DEFICIÊNCIA E PESSOA IDOSA – UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR</p> <p>Coordenadores: Flávia Piva Almeida Leite e Maria Cristina Teixeira</p>
<p>Simpósio n.º. 70</p> <p>OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA</p> <p>Coordenadores: Andrea Maria Begnami Mazzi e Guilherme de Almeida Prazeres</p>
<p>Simpósio n.º. 75</p> <p>ARBITRAGEM COMO MECANISMO E GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA</p> <p>Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira</p>
<p>Simpósio n.º. 76</p> <p>ACESSO À JUSTIÇA, RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, TECNOLOGIA E OS DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: Alexandre Augusto Fiori de Tella e Álvaro Sérgio Cavaggioni</p>
<p>Simpósio n.º. 77</p> <p>RESOLUÇÕES ADEQUADAS DE LITÍGIOS. MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO, ARBITRAGEM E NEGOCIAÇÃO</p> <p>Coordenadores: Alessandra Balestieri e Diego El-Jaick Rapozo</p>
<p>Simpósio n.º. 78</p> <p>MEDIAÇÃO COMO MECANISMO E GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA</p> <p>Coordenadores: Guilherme Bertipaglia Leite da Silva e Letícia Amorim Marques Pereira</p>
<p>Simpósio n.º. 79</p> <p>MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA CONTEMPORANEIDADE: OS MODELOS PROCESSUAIS E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: Marcelo Pereira de Almeida e Alexandre de Castro Catharina</p>

ISBN: 978-65-5104-029-0

COMISSÃO CIENTÍFICA DO VII CIDHCOIMBRA 2022:

Membros Titulares:

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

Membros Convidados:

Prof. Doutor César Aparecido Nunes; Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin; Mestre Alexandre Sanches Cunha; Mestre Orquídea Massarongo-Jona

SUMÁRIO

A Importância da Conscientização dos Direitos Humanos da Pessoa Idosa em Prol de sua Efetiva Concretização	11
Felipe Formágo Ribeiro de Souza e Rafael dos Santos Soares	
A Violação do Dever Constitucional Filial-Paterno de Amparar os Pais, Dependentes de Assistência Permanente, Não Abandonados Por Todos os Filhos na Velhice	24
Fabricia Moreira Rodrigues Mescolin	
O Funcional Analfabetismo Digital da Pessoa Idosa: a tecnologia de aproximação e inclusão, efetivamente distancia e exclui?	35
Carlos Affonso Leony Neto e Patrice Desirée Neves de Mello	
Uma Pobreza Branca	43
José Luiz Marques Lino	
Os Tributos Extrafiscais e a Pessoa com Deficiência: concretização de direitos pelo acesso à tecnologia assistiva.....	57
Adriano Fernando Segantin	
Uma Análise Interdisciplinar Sobre a Inclusão Digital de Pessoas com Deficiência e Idosos no Regime de Home Office Durante o Período Pandêmico	68
Guilherme Burzynski Dienes	
Uma Análise Sobre a Insuficiência da Tecnologia Digital Assistiva às Pessoas com Deficiência.....	81
Isabela Ramalho de Souza	
As Diferentes Versões Para o Português do Tratado de Marraquexe e Seus Impactos na Definição dos Beneficiários.....	95
Guilherme Carneiro Leão Farias	
Desafios e Complexidade no Processo de Inclusão Escolar de Pessoas com Deficiência.....	108
Cinara Aline de Freitas e Cleuza Rezende Macêdo	
Espacialidade e Temporalidade da Pessoa com Deficiência Visual, Por um Olhar com Cuidado.....	120
Karen Paola Valencia Mercado	
Lar Marista de Ermesinde: uma obra educativa e social a favor dos direitos dos mais desfavorecidos	129
Raimundo Castaño Calle e Fernando González Alonso	

Um Lugar no Mundo: inclusão, participação política e deficiência	140
Alessandra Moraes de Sousa	
A Utilização do Procedimento de <i>Expert Determination</i> Associado à Cláusulas Compromissórias Arbitrais Como Mecanismo de Simplificação e Facilitação Ao Acesso à Justiça e Preservação dos Direitos Fundamentais Processuais	155
Caetano Augusto Magalhães de Abreu e Matheus Lins Rocha	
O Consentimento Implícito na Escolha da Arbitragem e a Proibição de Comportamento Contraditório	168
Gustavo Henrique Schneider Nunes	
Acesso à Justiça Acessível	177
Ana Teresa Silva de Freitas e Roberta Silva Vasconcelos	
Acesso à Justiça: métodos alternativos de resolução de conflito e impacto da pandemia Covid-19	187
Glória Roberta Tonelotti	
Principais Reflexões Jurídicas Suscitadas a Partir da Leitura da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital	197
Nathaly Veloso Lehnen	
A Assimetria de Poder nas Negociações e a Importância da Busca por Meios Capazes de Alcançar o Equilíbrio	210
Ana Luiza de Castro Viana e Nathalia Nunes Cruz	
A Construção da Satisfação dos Usuários na Mediação em Soluções de Conflitos... ..	222
Guilherme Bertipaglia Leite da Silva	
A Empatia Segundo Edith Stein e o Ofício do Mediador	235
Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho Malanchini	
A Importância do Mediador na Sistemática da Justiça Multiportas	246
Kivya Ribeiro Gomes e Thaís Da Penha	
A Mediação Como Método Preventivo à Alienação Parental: um olhar sobre o Direito Humano das Crianças E Adolescentes à Convivência Familiar	258
Fernanda Francisca Veras Carvalho e Jane Pereira de Santana	
A Tecnologia Como Impulso à Desjudicialização	271
Ana Clara Paiva de Almeida e Marina Massae de Lima Uyeda	
Gerenciamento do Tempo na Gestão de Conflitos	280
Larissa Leite Campos	

Mediação Como Ferramenta Para Promoção dos Direitos Humanos Voltados à Diversidade no Brasil.....	291
Eloá Marinho de Oliveira	
Meios Adequados de Solução de Conflitos: democratização dos remédios para superação da crise	302
Felicia Zuardi Spinola Garcia e Juliana Biolchi	
O Dinamismo na Aplicação das Técnicas de Negociação: a captação das emoções e necessidades do interlocutor e atores em mesa e a utilização destas para alcance da alta performance e potencialização de resultados.....	312
Fernanda Lana de Oliveira e Camila Regina de Oliveira	
O Direito Humano à Paz e a Mediação em Conflitos de Guerra.....	322
Thaís Dias David	
O Mediador Judicial: validade extraterritorial da atuação do mediador de conflitos fora da jurisdição do tribunal em que o certificado foi emitido pela instituição formadora reconhecida.....	334
Ana Cristina Freire Lima e Luciana Martins Loureiro	
Mediação: uma das portas de acesso à justiça.....	345
Valéria da Silva Lima Ribeiro e Vera Regina Cunha Cancio	
O Impacto do Ambiente no Conforto Para as Soluções de Conflito	354
Gabriela Pereira Palmeira	
Os Desafios de Implementação da Mediação e da Conciliação nos Casos Cíveis da Justiça Estadual Brasileira: a cultura da sentença é uma barreira ao acesso à justiça?	365
Thais de Menezes Viana	
A Adoção da Mediação de Conflitos Para Construção do Processo Decisório no Conflito Estrutural: análise do novo modelo de transporte público no município do Rio de Janeiro	375
Ana Lucia Pazos Moraes	
A Efetivação da Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais Sociais Pelos Processos Estruturais.....	385
Thais Stefano Malvezzi e Mariana Dias Mariano	
Ativismo Dialógico: Atuação do Conselho Nacional de Justiça no Tratamento da Litigiosidade Repetitiva no Caso do Auxílio-Emergencial	399
Priscilla Pereira da Costa Corrêa	

Modelo Cooperativo Como Método de Tratamento Adequado no Direito de Família.....	411
Priscila Felix Tenório da Silva Gomes Gonçalves	
Os Poderes Instrutórios do Juiz nos Modelos Processuais Contemporâneos e as Limitações Impostas Pela Garantia do Devido Processo Legal.....	419
Lília Nunes Silva	
Os Processos Estruturais e a Dinamicidade do Processo Civil: em busca de alternativas para a justiça em tempos de crise	431
Micaela Porto Filchtiner Linke	
Processo Estrutural e Processo Democrático: desafios na implementação de direitos fundamentais	441
Arthur Oliveira Lima Procópio e Vinícius Diniz Monteiro de Barros	

A IMPORTÂNCIA DA CONSCIENTIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA PESSOA IDOSA EM PROL DE SUA EFETIVA CONCRETIZAÇÃO

Felipe Formágio Ribeiro de Souza

Aluno do curso de direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie

Rafael dos Santos Soares

Aluno do curso de direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

O presente trabalho visa elucidar a conjectura de efetiva concretização dos direitos assegurados a pessoa idosa, com ênfase no município de Campinas, São Paulo. Nessa senda, de proêmio, a fim de se consubstanciar a relevância temática da atual pesquisa exploratória, descritiva e qualitativa, foi perscrutada a condição de invisibilidade social que aflige os indivíduos na velhice, a qual concatena-se estritamente ao ageísmo - preconceito às pessoas de idade avançada - e com esse intuito, buscou-se respaldo nos estudos de Júlia Tomaz. Em segunda análise, discorreu-se acerca da concretização dos direitos da pessoa idosa, mormente, no município de Campinas. Para tanto, inicialmente, fora elencada a vigência de diversas instituições que zelam pela terceira idade prometendo conferir-lhe plenos direitos, em seguida, foi feita uma análise contrastiva entre a média do Índice de Desenvolvimento Humano na União Europeia e no Mercosul, a fim de lograr-se um panorama geral das influências de fatores em tese “supralegais” nas condições suportadas pelos idosos. Ainda nessa conjuntura, optou-se pela utilização do método hipotético dedutivo, intentando, por meio de um “teste de falseabilidade”, extrair um diagnóstico real da hodierna realidade vivenciada pela ancianidade. Por fim, foi analisada a conscientização como possível mecanismo na luta em prol de uma realidade “desmitologizada”, e no que lhe concerne que engendre a plena observância dos direitos da pessoa idosa, com fulcro na obra “conscientização” de Paulo Freire.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Conscientização; Idosos; Concretização; Ageísmo.

Introdução

A presente pesquisa visa explorar e descrever a atual situação dos direitos humanos concernentes à pessoa idosa, a fim de verificar se há uma efetiva concretização destes e introduzir o conceito de conscientização como um fim garantidor de direitos. Ademais, durante o desenvolvimento da pesquisa, optou-se por realizar um recorte geográfico no município de Campinas, com o intuito de trazer dados concisos, específicos e pertinentes, todavia mantiveram-se determinados tópicos que introduzem os direitos humanos da pessoa idosa no Brasil, Mercosul e na Europa.

Tendo isso em vista é vital ressaltar a importância da pesquisa realizada, uma vez que os direitos associados às pessoas idosas, mormente os observados nos princípios das Nações Unidas, adotados pela resolução 46/91 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1999, nada mais são do que reafirmações dos direitos fundamentais da pessoa humana, a título de exemplo os direitos da personalidade. Posto isto, em síntese, os direitos do idoso correspondem a tentativas de manutenção dos direitos inerentes a todos os seres humanos, tais como dignidade, imagem, honra e intimidade, tendo em vista as inexoráveis diminuições das capacidades funcionais tanto do corpo como da mente, advindas pela idade.

Logo, para permitir uma melhor compreensão acerca do tema, tem-se uma segmentação do trabalho em três tópicos. No primeiro tópico, nomeado Invisibilidade social das pessoas idosas, é explorado o conceito de invisibilidade social a partir dos estudos de Julia Tomás, seguido de uma construção lógica que demonstra a população idosa como padecedora do ageísmo e consequentemente da invisibilidade social.

Em sequência, no segundo tópico da pesquisa, Concretização dos direitos da pessoa idosa no município de Campinas, é explorado o objetivo geral do artigo, expondo e descrevendo os direitos humanos da pessoa idosa a fim de estabelecer uma conclusão a respeito de sua possível concretização.

Por fim, é analisada a obra de Paulo Freire, “Conscientização”, buscando edificar a conscientização como um fim a ser atingido e que exercerá grande importância na manutenção dos direitos humanos da pessoa idosa.

Invisibilidade social das pessoas idosas

De *proemio*, com enfoque nos estudos de Julia Tomás, insta-se perscrutar sobre o conceito de invisibilidade social. Nessa senda, ele se constrói a luz de três instâncias de inteligibilidade, são elas: na Fenomenologia de Sartre e Husserl; na Hermenêutica de Gadamer e Ricoeur; e na Teoria Crítica da Escola de Frankfurt. Posto isso, por meio de uma análise em cada um desses respectivos âmbitos epistemológicos, faz-se possível extrair as seguintes considerações.

Na fenomenologia, a luz do raciocínio da autora: a priori, a nebulosidade social concerne à característica dispensada aos entes que não são distinguíveis, isto é, identificáveis. Em outros termos, alude em sentido conotativo,

mormente, sobre a honra objetiva (reputação) que a alteridade visível sustenta de determinado indivíduo ou extrato social. Nesse viés, deduz-se que tal conceito afigura-se uma acepção “clautropsíquica”, ipso facto, adquire concreitude (forma) quando a consciência constituinte¹ perpetra o hábito de “não ver outrem”. Nesse diapasão, a invisibilidade social designa um fenômeno peremptoriamente condicionado pela subjetividade, cuja essência, é senão outra a intersubjetividade². Ademais, urge especificar que a alteridade invisível, como aduz Júlia Tomaz, transcende a relação supracitada, compreendida entre o sujeito singular e o outro, recalcando bem como na esfera da coletividade, isto é, fixando uma relação entre “nós” e o próximo. Dessa forma, percebe-se que a invisibilidade social se assenta como fenômeno exterior, coercitivo e generalizado, constatando-se, pois, um fato social, definido por Durkheim. Outrossim, poderia caracterizar-se como uma ação social, sendo essa estruturada por Weber, essencialmente intencional, contudo, não inexoravelmente voluntária, cujo catalisador constitui a própria relação de intersubjetividade.

Ademais, concatenando-se com o âmbito hermenêutico, segundo os escritos da autora, complementa-se que a projeção do “eu” (honra subjetiva) é adstrita e condicionada perante a consciência assimilada pelo indivíduo ou grupo, no que concerne o julgamento moral do constituinte coletivo, ou seja, para o ente ser visível é necessário que ele sinta que o outro o vê, isto é, que seja reconhecido. Nessa conjuntura, o filósofo Riocour disserta sobre a existência de três arquétipos de reconhecimento: o amor, o direito e a estima social. Dentre esses, observa-se a ausência dos três no tocante aos idosos. O primeiro modelo, reconhecimento afetivo, encontra-se presente nas relações familiares, conjugais e amicais, sendo que o repúdio deste acarreta à perda da autoestima. Quanto ao segundo modelo, reconhecimento jurídico, equivale a concretização dos direitos fundamentais dos entes que integram a sociedade, nesse sentido, implica-se que a renúncia dos direitos civis, provoca: humilhação; dos direitos políticos: frustração; direitos sociais: exclusão. Em relação ao terceiro modelo, reconhecimento da estima social, associa-se à valoração conferida ao indivíduo, que no que lhe concerne irá consubstanciar sua identidade perante o corpo social, a rejeição desse reconhecimento gera o sentimento de que tal indivíduo não possui mais valor, isto é utilidade.

Posto isso, com base na interpretação da pesquisa de Julia Tomás, percebe-se que a invisibilidade social se consuma quando ao menos um desses modelos de reconhecimentos é negado a um indivíduo ou grupo social. Assim, percebe-se que a pessoa pode ser invisível no âmbito afetivo, jurídico e/ou social. Portanto, a invisibilidade, em última análise, constitui uma realidade donde se emerge o “desprezo social”. Por conseguinte, os entes que se sentem invisíveis nutrem o pesar de que são inúteis, sem valor para a sociedade.

Uma vez percorrido e explicado o conceito de invisibilidade social, é mister compreender que a alteridade invisível, negligenciada pela consciência

1 Grupo dominante, os que são vistos.

2 Relação estabelecida entre o “eu” e o “outro”.

constituente como forma de ensinar a manutenção da “superioridade” injusta dessa, denomina-se grupo de minoria. Em suma, segundo a Teoria Crítica da escola de Frankfurt, tais grupos invisíveis são determinados pelo contexto histórico a nível coletivo e individual, relacionado a um determinado conformismo cultural entre o visto e o não visto, isto é, dominante e dominado. Nesse sentido, nota-se que as pessoas idosas se afiguram como grupos vulneráveis desde tempos remotos, sendo tal preconceito denominado ageísmo.

Segundo o Relatório Mundial Sobre idadismo, existem três teorias empíricas que explicam o surgimento de tal visão estigmatizada. A primeira delas denomina-se Teoria de gerenciamento do terror, a qual preconiza que:

Os indivíduos idosos representam uma ameaça existencial às pessoas mais jovens por lembrá-las de que a morte é inevitável. Nosso medo da morte, da deterioração física e da perda da dignidade e da autoestima geram reações negativas em relação às pessoas idosas e um desejo de nos distanciarmos delas, que se manifesta na forma de estereótipos, preconceitos e discriminações contra as pessoas idosas. (Organização Pan-Americana da Saúde, 2022, p. 75)

Ademais, em seguida, há a Teoria de ameaça intergrupala sobre a qual extrai-se que:

Os indivíduos reagem de maneira hostil aos grupos de fora, especialmente quando esses grupos são vistos como potencialmente nocivos, representando uma ameaça real ou simbólica. As ameaças reais estão relacionadas com o poder, com os recursos e com o bem-estar de um grupo, enquanto as ameaças simbólicas são as que ameaçam a visão de mundo, o sistema de crenças e de valores de um grupo. (Organização Pan-Americana da Saúde, 2022, p. 75)

Por fim, têm-se a Teoria de Assimilação dos estereótipos, da qual denota-se que: “(...) os membros dos grupos estigmatizados tendem a assimilar os estereótipos impostos pela sociedade, levando-os a terem baixa autoestima, o que pode influir em sua saúde (39).” (Organização Pan-Americana da Saúde, 2022, p. 76)

Em suma, a partir da análise destas teorias percebe-se a ampla difusão e institucionalização do ageísmo, que através de diversos meios, surge, causa efeitos e é perpetuado em todo o corpo social. Tal fenômeno mesmo não possuindo sua origem nos dias atuais, todavia, fora potencializado com a introdução do sistema capitalista industrial, que ensejou uma radical transformação no corpo social, provocando dentre outros, a individualização das sociedades e maior enfoque dispensado ao valor produtivo (força de trabalho).

Outrossim, conforme consta no Relatório sobre Idadismo, faz-se possível constatar que o ageísmo estabelece uma relação harmônica com os estereótipos, preconceitos e discriminações, relacionados ao âmbito da incapacidade, denominado capacitismo. Nesse raciocínio, por mais que esse grupo

não possua necessariamente algum tipo de incapacidade física e/ou mental, projeta-se um pensamento generalizado (estereótipo) que leva à sentimentos de ódio (preconceito) e por sua vez, a ações nefastas (discriminação) relacionadas às “incapacidades” atribuídas ao idoso, estabelecendo-o como uma figura incompetente e improdutiva. Esse fator, quando relacionado com as exigências produtivas do sistema capitalista vigente, demonstra que ao associar tais estigmas às pessoas idosas, estas ficam submetidas à margem da visibilidade, uma vez que em detrimento da visão estabelecida de incapacidade não constituem uma força produtiva desejada pelo mercado, isto é capaz de o gerar lucro esperado.

Além disso, em decorrência da evolução da medicina, e no que lhe concerne, sucessivas melhorias nas condições de vida da população, possibilitou-se maior longevidade do ser humano que, conseqüentemente, gerou um aumento das pessoas idosas, levando a criação de políticas específicas, como por exemplo a aposentadoria, que faz surgir na sociedade uma visão custosa da velhice. Em síntese, esses fatores, quando reunidos, evidenciam a perda do reconhecimento da população idosa perante uma sociedade capitalista, fomentando o ageísmo e suas influências negativas no corpo social.

Portanto, em vista do que fora exposto, faz-se possível traçar um paralelo com a Alegoria da Caverna, elaborada por Platão, que em síntese, narra uma situação hipotética, na qual um grupo de prisioneiros se encontravam acorrentados em uma caverna, de forma que ficavam limitados a somente observar a parede da gruta. Nesse contexto, atrás dos detentos havia uma tocha, e em função dela, sombras eram projetadas na parede, que somadas aos sons produzidos pelas pessoas que passavam pela caverna, geravam projeções distorcidas que constituíam, para os cárceres, sua verdadeira realidade. Todavia, quando um destes adquire liberdade e observa a luz do mundo, espanta-se, mas rapidamente compreende que aquela era a origem da falsa visão que outrora teve como verdade. Agora, este sujeito liberto, dotado de razão, sente em si um dever de libertar seus companheiros. A partir do exposto, extrai-se que, no combate contra o ageísmo, os prisioneiros representariam a sociedade; a sombra as falsas aceções dadas a pessoa idosa que a coloca em situação de vulnerabilidade; os libertos seriam aqueles que, dotados de conscientização, lograriam compreender a realidade em sua essência, isto é, “desmitologizada”, para então, transmiti-la para todo o corpo social, promovendo a plena concretização dos direitos da pessoa idosa.

Concretização dos direitos da pessoa idosa no município de Campinas

Em vista do que fora exposto, denota-se que diante da nítida e perene problemática anteriormente perscrutada - Invisibilidade Social concernente

às pessoas idosas. Inúmeras instituições, tais como ONU³, AGE⁴ e UNIÃO FEDERAL, no âmbito de suas respectivas competências, elaboraram diversas cominações, dispositivos legais e afins, intentando conceder voz ativa, bem como instigar a promoção dos interesses da população idosa, entre as mais variadas áreas concatenadas às prerrogativas fundamentais desse grupo. Nesse sentido, em decorrência de tal fato, diversos ordenamentos jurídicos foram consumados tanto em nível global, quanto nacional, tais como os Princípios das Nações Unidas para o Idoso (ONU, 1991) e o Estatuto do idoso (União Federal, 2003) respectivamente.

Nessa senda, é vital fazer cognoscível que a introdução do envelhecimento aos Direitos Humanos é relativamente recente, tendo sua consolidação em 1982 na primeira assembleia mundial que versava sobre o amadurecimento populacional. Nesta assembleia, estabeleceu-se um documento conhecido como “Plano Internacional de Ação de Viena sobre o Envelhecimento”, que, diretamente inspirado na Declaração Universal de Direitos Humanos, instituiu uma relação direta da população idosa e sua proteção a partir dos Direitos Humanos, recebendo em 1991, com respaldo nos Princípios das Nações Unidas para o Idoso, sua devida concretização e capacidade de observância. (THOMÉ, 2020)

Nesse diapasão, faz-se possível aplicar o Método hipotético dedutivo, a fim de extrair considerações fulcrais, no que concerne, a prognose de haver plena observância dos direitos humanos à pessoa Idosa, sobretudo no município de Campinas. Nesse sentido, por meio da técnica supramencionada, a qual em síntese preconiza o desenvolvimento de um raciocínio lógico, baseado na construção de conjecturas que são altamente prováveis de se substancializarem, logra-se que caso as hipóteses elencadas sejam verídicas, as premissas delas derivadas também serão. Não obstante, insta salientar que a etapa mais importante de tal método, afigura em submeter constantemente todos os resultados obtidos a um “teste de falseabilidade”.

Portanto, a partir de tal raciocínio, em primeira análise, infere-se que diante das multiplicidades de instituições que lutam e rogam pelo direito da pessoa idosa, tudo indica que tais prerrogativas, dentre elas, as relacionadas à vida e dignidade dos idosos são existentes e válidas, logo pois, em tese, tal extrato social possuiria total amparo legal, ou seja, plena visibilidade no âmbito jurídico.

Contudo, ao aplicar tal hipótese a um “teste de falseabilidade”, denota-se uma possível discordância com a realidade proposta. Nessa senda, para a execução do mesmo, primeiramente, optou-se pela promoção de uma análise comparativa do *Human Development Index* (HID) atuais entre a União Europeia (UE) e Mercosul, vez que, tal índice avalia o desenvolvimento humano de uma nação, utilizando como critério o nível de saúde, renda e educação. Nesse tocante, faz-se possível mensurar a média da qualidade de vida (dignidade) da

3 Organização das Nações Unidas

4 *AGE Platform Europe*

população idosa, bem como de sua expectativa de vida. Isso posto, insta elucidar que os resultados obtidos da análise entre os dois blocos econômicos demonstraram um nítido contraste social, visto que em média a União Europeia (UE), composta de 27 Países atualmente, conta com índice de 0,862, ao passo que, o Mercosul, composto de 4 países membros atuais, teve uma média de 0,780 pontos. Por conseguinte, denota-se que as circunstâncias vivenciadas pelos indivíduos, mormente, entre os idosos europeus e latinos afiguram-se completamente distintas. Dessa forma, inexoravelmente, a realidade em seu “status quo” apresenta-se passiva de ter a subsunção dos Direitos Humanos da pessoa idosa condicionada pelas conjunções particulares de cada nação, ou seja, mesmo que os ordenamentos jurídicos que tutelam os direitos da pessoa idosa dos Países afiliados a ONU, tenham como inspiração o mesmo dispositivo - Princípio da Nações Unidas para o Idoso, isto é, visam assegurar os mesmos privilégios, é inegável que tais ordenamentos específicos configuram graus distintos no que tange a concretização dos Direitos do Idoso.

Nesse contexto, segundo o artigo “Previdência Social: uma comparação entre o modelo previdenciário brasileiro e o dinamarquês” de Alesse Rodrigues, o qual se propõe a estudar as principais características dos sistemas previdenciários supramencionados, a fim de traçar uma análise contrastiva entre eles, infere-se que existem certas semelhanças entre os dois arquétipos confrontados, sobretudo, no que diz respeito a operacionabilidade da aposentadoria. Contudo, tais modelos divergem-se quanto a data de vigência, dado que enquanto no Brasil fora implantado somente em 1966, na Dinamarca a ideia de que o Estado deveria assegurar tais direitos já se encontrava arraigada a quase um século. Além disso, a discrepância do PIB per capita entre as duas nações denuncia a alta defasagem brasileira na produção de capital para sua população, sendo essa quase seis vezes menor que o da Dinamarca. Portanto, através desses dados fica nítida a grande influência das esferas políticas, sociais, econômicas e históricas na concretização dos Direitos no corpo social.

Outrossim, fazendo um paralelo específico com o município de Campinas, a fim de aproximar o presente estudo à hodierna realidade social nacional, foi descrito um caso real coletado do jornal G1. Nesse contexto, na matéria selecionada, logra-se que determinada pessoa idosa se afigurava vítima de violência e negligência em seu âmbito (seio) familiar, todavia foi necessário intervenção de terceiros para que o senhor passasse a ter consciência de que estava tendo seus direitos abusados. Nessa conjuntura, reforça-se a ideia de que o ageísmo encontra-se fortemente arraigado e no que lhe concerne institucionalizado nas diretrizes de funcionamento do corpo social, assim, reiteradamente, os membros da sociedade habitam-se com injustiças, as quais sofrem um processo de “normalização”, logo figurando-se como invisíveis e consentidas. Ainda, nesse tocante, foi realizada uma análise do Diagnóstico da População Idosa de Campinas, pelo qual, pode-se aferir que, especialmente em relação à dignidade, vida e honra, esse grupo enfrenta uma série de violências, totalizando, em um interim de aproximadamente 3 anos, 20.869 bo-

letins de ocorrências em delegacias cuja circunscrição de atendimento seja de Campinas. Esses números, fornecidos pela SSP-SP⁵, ainda que subnotificados, representam grande alarme quando comparados a população total de idosos de Campinas, que é de aproximadamente 134 mil⁶, estabelecendo uma relação aproximada de 3 registros a cada 20 habitantes maiores de 60 anos.

Ademais, após reintroduzir o conceito de ageísmo e fundamentar sua ampla difusão no corpo social, foi analisado o discurso do secretário geral da ONU Ban Ki-Moon, o qual condena o ageísmo e o qualifica como um fator violador dos direitos humanos (DÓREA, 2020). Partindo desse pressuposto pode-se afirmar, por raciocínio lógico, que apesar de possuir amparo legal, perpetra-se o ageísmo. Destarte, os Direitos Humanos do grupo em questão não apresentam plena concretização no Brasil, especificamente em Campinas, em razão de não lograrem capacidade para serem aplicados, “*ipso facto*”, condicionarem a realidade social.

Portanto, em suma, constata-se que por mais sentido que possa transparecer, os direitos previstos às pessoas idosas afiguram em não apenas aparente, como também em real dissonância com a realidade social, vez que por mais que os mesmos se constituam como válidos, não se pode afirmar que produzam efeitos concretos (eficácia), ou ainda desejados (eficiência). Em outros termos, fazendo alusão a teoria da Validade da Norma Jurídica de Tércio Sampaio Ferraz: Validade, Vigência e Eficácia, por mais que os direitos das pessoas idosas satisfaçam os planos da vigência e validade, isto é, sejam existentes e válidos, o mesmo não se observa quanto ao plano da eficácia, que compreende a produção de efeitos concretos na sociedade. Portanto, há como alega BOBBIO, nitidamente uma lacuna jurídica, mais precisamente uma lacuna fática, o que quer dizer que apesar de haver normas jurídicas, elas não produzem efeitos reais.

Por fim, verifica-se por meio do Relatório Internacional do Idoso, que um dos principais catalisadores para a existência e manutenção da lacuna supramencionada é senão outra o ageísmo e no que lhe concerne a invisibilidade social sofrida durante a velhice. Nessa situação, uma vez identificados os estigmas que ensejam a não concretização dos direitos da Pessoa Idosa, faz-se necessário antes solucioná-los para enfim alcançar a plena observância de tais prerrogativas, para tanto, exige-se em última análise um povo conscientizado.

Conscientização

Tendo em vista as conclusões obtidas no tópico anterior, evidencia-se a necessidade da tomada de consciência por toda a população no tocante às pessoas idosas, seus direitos e sua verdadeira representação na sociedade, tornando possível uma oposição ao pensamento vigente, marcado pelo idadismo e, conseqüentemente, pela não observância de determinadas prerrogativas

5 Secretaria de Segurança Pública de São Paulo

6 Censo de 2010.

destinadas a esse grupo. Portanto, buscando respaldo na obra “Conscientização” escrita por Paulo Freire, faz-se necessário, a priori, definir o conceito que confere nome ao livro para posteriormente explorá-lo como um fim a ser almejado, que tem como finalidade arrematar os preconceitos e discriminações proferidos à população idosa.

Nesse sentido, insta salientar que a tomada de consciência, pelos integrantes da sociedade, não contempla por si só a conscientização consumada, uma vez que esta preconiza um reconhecimento crítico da tomada daquela, ou seja, a conscientização é consolidada quando os indivíduos ultrapassam a esfera da consciência e empregam nela um posicionamento crítico. Isto é, ela pretende anunciar e denunciar a realidade social, conseqüentemente, ensejando futuras mudanças, a fim de superar o nível espontâneo e instintivo de compreensão do meio externo, para enfim alcançar uma esfera crítica de interpretação, eliminando os fatores “mitológicos” que constituem um estado de falsa consciência e inserindo os indivíduos em uma realidade “desmitologizada”. A partir desta, os indivíduos dominados passariam a obter consciência crítica da situação na qual encontram-se subordinados e, conseqüentemente, tornar-se-iam capazes de transcender seu “status quo” de “corpos dóceis”. (FREIRE, 2018)

Posto isso, em segunda análise, faz-se plausível estabelecer uma relação entre o conceito apresentado à conjectura contemporânea defrontada pela população idosa, considerando que essa se afigura como um extrato socialmente invisível. Nessa senda, presume-se na conscientização, uma ferramenta para a garantia dos direitos dos idosos, ou seja, a partir de um ato crítico e consciente do corpo social, os indivíduos exteriores ao estigma do agêismo, assim como propõe Ricoeur, identificariam sua responsabilidade de promoção da pluralidade, alteridade, ação recíproca e mutualidade, consolidando um compromisso histórico, de modo que assumam papéis de sujeitos que “fazem e refazem o mundo”. Ademais, essa também possibilita aos sujeitos dominados reconhecerem e delatarem sua situação desumanizante, assumindo uma posição de permanente denuncia e comprometimento com a realidade, fomentando uma nova ordem na qual deixam de constituir-se como dominados e passam a integrar um processo humanizante.

Portanto, para alcançar a conscientização, que constituir-se-á como garantidora dos direitos humanos assegurados a pessoa idosa, faz-se vital o uso de um método ativo de educação, somado à um método de diálogo que convida à crítica, assim como afirma Paulo Freire. Desta forma, evidencia-se a necessidade de uma verdadeira reforma na educação, vez que a conscientização coexiste ao ato educacional, como “prática de liberdade”, trazendo uma análise crítica da realidade vivenciada, dessa forma, possibilitando ao homem inserir-se na construção da sociedade a partir de conceitos reais e refletidos.

Considerações finais

A partir dos dados expostos e analisados, logra-se possível concluir que não há uma plena concretização dos Direitos Humanos da Pessoa Idosa, sobretudo no que tange o município de Campinas/SP, tendo em vista, a condição de invisibilidade social e o ageísmo arraigados no corpo social sofridos pelo grupo, que somados manifestam uma relação autopoiética, no qual ambos os aspectos potencializam e fomentam a existência um do outro, assim, ocasionando um ciclo vicioso e eterno. Nesse sentido, apesar de existirem diversos dispositivos legais que versam sobre a manutenção dos direitos da ancianidade, em última instância, eles constata-se ineficazes e no que lhe concerne ineficientes.

Em segunda análise, insta salientar que segundo o Diagnóstico da População Idosa de Campinas, a prognose de crescimento demográfico da população idosa até 2050 representará o percentual de 32,3% do corpo social, ou seja, é prevista a existência de 30 idosos para cada 100 indivíduos. Destarte, diante desse exposto urge a necessidade de políticas específicas e revisões acerca da atual conjuntura do grupo referido, considerando que esses compõem parte significativa do extrato social e nele depositarão suas contribuições, necessidades e interesses. Dessa forma, evidencia-se a insustentabilidade da situação apresentada, de modo que essa seja confrontada pelo pensamento crítico e consciente dos indivíduos.

Portanto, em suma, apreende-se que a tomada de pensamento crítico e consciente, denominada conscientização, constitui-se um importante agente profilático no combate aos estigmas sociais atribuídos a população idosa, possibilitando, conseqüentemente, uma maior observância das prerrogativas destinadas a esse grupo. Logo, faz-se vital uma intervenção no processo educacional de modo a desenvolver-se o raciocínio crítico da população como um todo, permitindo uma reflexão das problemáticas vividas e posteriormente sua devida constatação e revolução, transcendendo o estado “mitologizado” demonstrado por Freire.

Referências

ALFIER, C. P. **A Vulnerabilidade do Idoso Diante do Distanciamento Social em Decorrencia da Covid-19 no Brasil**. CIDH, Coimbra, Vol. 6, p. 36-48, mês, 2022. Disponível em: https://a3ec55aa-1c0f-448d-a555-bf0db2483a45.filesusr.com/ugd/8f3de9_dae15e9e87f34152a68299a03c580290.pdf. Acesso em: 26 de maio de 2022;

ALMEIDA, V. L. V.; GONÇALVES, M.P. & LIMA, T.G. **Direitos Humanos e Pessoa Idosa: publicação de apoio ao Curso de Capacitação para a Cidadania: Atenção e Garantia dos Direitos da Pessoa Idosa**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2005. Disponível em: http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/_livros/2.pdf. Acesso em: 11 de junho de 2022;

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3ª Ed. (lugar): Ed. Martins Fontes,

2010;

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm#:~:text=LEI%20No%2010.741%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs&text=Art.,Art. Acesso em: 28 de maio de 2022;

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm#:~:text=LEI%20No%2010.741%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs&text=Art.,Art. Acesso em: 28 de maio de 2022;

BRASIL. Lei nº 2.528, de 19 de outubro de 2006. Disponível em: https://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/sau.delegis/gm/2006/prt2528_19_10_2006.html. Acesso em: 26 de maio de 2022;

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Estatuto do Idoso**. 2ª Ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007;

CARVALHO, A. C. **Previdência Social: Uma Comparação entre o Modelo Previdenciário Brasileiro e o Dinamarquês**. 2018, Tese (TCC em Administração) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/187652>. Acesso em: 15 de novembro de 2022;

CONSELHO MUNICIPAL DO IDOSO. **Diagnóstico da Situação da População Idosa no Município**. Campinas: Ação Social & Políticas Públicas Ltda, 2020. Disponível em: https://www.campinas.sp.gov.br/arquivos/assistencia-social-seguranca-alimentar/diagnostico_populacao_idosa.pdf. Acesso em: 29 de setembro de 2022;

COUTO, M. C.; SOARES, P. S.; NOVO, R.; KOLLER, S. H. **Avaliação de Discriminação contra Idosos em Contexto Brasileiro - Ageísmo**. Psicologia: Teoria e Pesquisa, Brasília, Vol. 25, n. 4, p. 509-518, out-dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistaptp/article/view/17412/15927>. Acesso em: 08 de setembro de 2022;

DÓREA, E. L. **Idadismo - Um Mal Universal Pouco Percebido**. 1ª Ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2020;

FERRAZ JUNIOR, T. S. **A validade das normas jurídicas**. Sequência Estudos Jurídicos Políticos, Florianópolis, Vol. 15, n. 28, p. 72-87, jun. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15875/14364>. Acesso em: 01 de outubro de 2022;

FREIRE, Paulo. **Conscientização**. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2018;

KALACHE, A.; KICKBUSCH, L. **A global Strategy for Healthy Ageing**. World Health, Genova, No. 4, P.4-5, July-August. 1997. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/330616/WH-1997-Jul-Aug-p4-5-eng.pdf>. Acesso em: 28 de outubro de 2022;

KARNAL, Leandro. **O dilema do porco-espinho: Como encarar a solidão**. 1ª Ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018;

MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGAL. Ministério Público: Gabinete de Documentação e Direito Comparado. **PRINCÍPIOS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA AS PESSOAS IDOSAS**. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princ-pessoasidosas.pdf>. Acesso em: 11 de junho de 2022;

O Doente Crônico e a Saúde Comunitária, 25 e 26 de novembro de 2009. Instituto Politécnico de Bragança - Avenida D. Afonso V - 5300-121 Bragança. Disponível em: <https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/4247/1/Comunica%20c3%a7%20c3%a3o%20-%20Idadismo.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2022;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Plano de ação internacional contra o envelhecimento**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. Disponível em: http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/_manual/5.pdf. Acesso em: 03 de junho de 2022;

PERUFO, K. F. **Idosos no Mercosul: Uma análise da efetividade do Estatuto do Idoso e suas implicações frente ao processo de envelhecimento populacional**. 2008. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-graduação em Integração Latino-Americana - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/9730/PERUFO%2c%20KATIUSCE%20FACCIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 de outubro de 2022;

Relatório mundial sobre o idadismo. Washington, D.C.: Organização Pan-Americana da Saúde; 2022. Licença: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. Disponível em: <https://doi.org/10.37774/9789275724453>. Acesso em: 31 de outubro de 2022;

SILVA, P. R. **Um olhar educativo: “Algumas notas sobre conscientização” de Paulo Freire**. EDUCA, Porto Velho, Vol. 3, n. 5, p. 1-12, jul. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unir.br/index.php/EDUCA/article/view/1637/1573>. Acesso em: 02 de outubro de 2022;

SIMÕES, Ângela. **Da vulnerabilidade à invisibilidade. Os idosos institucionalizados durante a pandemia covid 19**. HIGEIA, Castelo Branco, Edição Especial - COVID 19, p. 45-56, mar. 2021. Disponível em: https://repositorio.ipcb.pt/bitstream/10400.11/7517/1/06_Da_Vulnerabilidade_a_invisibilidade_os%20idosos_institucionalizados_durante_a_pandemia_covid_19.pdf. Acesso em: 15 de agosto de 2022;

TEIXEIRA, Patrícia. **‘Me sentia mal, mas não sabia que era uma violência’, conta idoso acolhido em abrigo de Campinas após sofrer abuso financeiro**. G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2022/06/30/me-sentia-mal-mas-nao-sabia-que-era-uma-violencia-conta-idoso-acolhido-em-abrigo-de-campinas-apos-sofrer-abuso-financeiro.ghtml>. Acesso em: 04 de outubro de 2022;

THOMÉ, M. T. **O Trabalho do idoso na União Europeia e no Mercosul**. 2020. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/bitstream/123456789/3820/1/O%20Trabalho%20do%20Idoso%20na%20Uni%C3%A3o%20Europeia%20e%20no%20Mercosul%20-%20Mariana%20Teixeira%20Thom%C3%A9.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2022;

TOMÁZ, Júlia. **A Invisibilidade Social, uma construção teórica**. Colóquio “Crise das Socializações”, Braga, abr. 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Julia-Tomas/publication/228333133_A_invisibilidade_social_uma_construcao_teorica/links/0fcfd4ff9604f657c0000000/A-invisibilidade-social-uma-construcao-teorica.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2022;

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Human Development Reports, 2022. Human Development Index. Disponível em: <https://hdr.undp.org/data-center/human-development-index#/indicies/HDI>. Acesso em: 12 de novembro de 2022;

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Envelhecimento ativo: uma política de**. 1ª Ed. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2005. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/envelhecimento_ativo.pdf. Acesso em: 09 de junho de 2022.

A VIOLAÇÃO DO DEVER CONSTITUCIONAL FILIAL-PATerno DE AMPARAR OS PAIS, DEPENDENTES DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE, NÃO ABANDONADOS POR TODOS OS FILHOS NA VELHICE

Fabricia Moreira Rodrigues Mescolin

Mestranda em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense, Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada atuante na área de Cível

Resumo:

Aos filhos maiores incube o dever jurídico de amparar seus genitores na velhice, estabelecido na segunda parte do art. 229 da Constituição Federal de 1988. Dever esse, que por vezes, é esquecido e violado por alguns filhos, que se omitem na participação dos cuidados ao idoso genitor dependente de assistência permanente, gerando um desequilíbrio na divisão dos cuidados e sobrecarregando o filho que cuida sozinho do seu genitor. Nesse contexto o presente trabalho propõe-se investigar qual o alcance desse dever constitucional de amparar os pais na velhice, em relação a todos dos filhos, quando o idoso genitor não se encontra em total estado de abandono, por estar amparado por um filho. Para tanto o problema do artigo consiste identificar se a omissão desse dever de cuidado por parte de apenas alguns filhos, em relação aos seus genitores fragilizados, caracteriza violação do direito do irmão de ter essa obrigação dividida com outros irmãos, diante do princípio da solidariedade familiar. Através de um levantamento bibliográfico, especificamente consulta de artigos científicos e doutrina, com enfoque na omissão filial-paterna por parte de apenas alguns filhos, identificou-se o perfil dos cuidadores de idosos no Brasil, refletiu-se acerca da aplicação do princípio da solidariedade familiar no que tange a divisão dos cuidados dos genitores entre irmãos, de modo a garantir a dignidade das filhas que se dedicam, sozinhas, ao cuidado dos pais idosos. O resultado poderá servir de base para a melhoria das atuais diretrizes que regem a relação de cuidado entre os filhos e seus genitores, proporcionando um novo pensamento jurídico na divisão desses cuidados, e a garantia de sua efetiva execução.

Palavras-chave: Solidariedade familiar; Cuidado idosos genitores.

Introdução

À medida que o índice de pessoas idosas aumenta no país, as demandas no âmbito do cuidado para com os idosos crescem consideravelmente, pois mesmo que tenham boa saúde, os idosos se debilitam naturalmente, e estão conseqüentemente propensos a dependência nessa etapa da vida. Esse envelhecimento com dependência é um desafio para as famílias dos idosos, pois produz demandas que requerem muitas alterações no cotidiano da vida dos familiares e dos próprios idosos.

Estudos brasileiros sobre cuidadores de idosos apontam que essas demandas são atendidas quase que exclusivamente pelos integrantes da família conforme pesquisa socializada pelo IBGE, que apresenta o aumento significativo no número de familiares que se dedicam a cuidar de idosos, passando de 3,7 milhões para 5,1 milhões entre 2016 e 2019 (IBGE, 2020).

Esse dado divulgado pelo IBGE demonstra a grande importância do papel da família nos cuidados dos idosos, entretanto apesar dos avanços sociais no que tange à equidade de gênero, o membro da família que assume a responsabilidade pela assistência do idoso é, geralmente, uma única mulher, filha ou esposa, talvez por historicamente pertencer a mulher a função de cuidado, e de forma não remunerada.

Sousa, Girliani Silva de et al, autores do artigo “A gente não é de ferro”: Vivências de cuidadores familiares sobre o cuidado com idosos dependentes no Brasil, publicado em 25 Jan 2021, observaram que 88,7% dos cuidadores familiares entrevistados para pesquisa são do sexo feminino, e que do total de participantes da pesquisa, 54,8% dos entrevistados não contavam com mais ninguém para dividir a assistência à pessoa idosa.

Ainda, os participantes dessa pesquisa de Sousa, Girliani Silva de et al consideraram como a parte mais difícil, conciliar os cuidados de sua própria saúde com as demandas de cuidado intermitente que a pessoa idosa demanda, sem alternância.

O artigo científico Perfil de Cuidadores de Idosos no Brasil, publicado em 2015, constatou que que 80% dos cuidadores familiares ou informais residiam com o idoso, sendo que 60% destes, dormiam no mesmo quarto. Ele ainda percebeu que 57% dos cuidadores dedicavam-se aos cuidados e assistência aos idosos de 13-24 horas diárias, exercendo uma sobrecarga de trabalho capaz de refletir na saúde do cuidador, como nos cuidados prestados ao idoso fragilizado¹.

Mais recente, os pesquisadores Daniel Groisman, da Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio (EPSJV/Fiocruz), e Dalia Romero, do Instituto de Informação e Comunicação Científica e Tecnológica em Saúde (Icict/Fiocruz), realizaram, em 2021, uma pesquisa nacional sobre as condições de trabalho e saúde das pessoas cuidadoras de idosos na pandemia. De acordo

1 ARAÚJO, Flávia Nunes Ferreira; FERNANDES, Maria Janine Pereira. Perfil de cuidadores de idosos no Brasil. Anais CIEH, v. 2, n. 1, 2015.

com essa pesquisa, 92% das pessoas que cuidam de idosos dependentes de assistência são mulheres da família, de forma não remunerada, apesar do constante crescimento da participação feminina no mercado de trabalho.

Outro aspecto apontado pelo estudo acima citado, é que uma em cada três mulheres não recebe ajuda de mais ninguém da família para esse cuidado, o que sugere uma situação de evidente risco de sobrecarga de trabalho e exaustão, com potenciais consequências para a saúde física e mental do idoso e da cuidadora, porque são inúmeras as dificuldades encontradas por esta filha cuidadora, que presta assistência de forma integral sem auxílio dos irmãos e sem remuneração.

Portanto, em que pese a família ter um papel primordial no cuidado dos idosos, na prática, nem sempre a divisão dos cuidados e da assistência com a pessoa idosa é feita de forma igual ou equilibrada pelos familiares.

Cuidar de um idoso fragilizado demanda dar suporte às necessidades da pessoa fragilizada, garantindo desde cuidados básicos, como alimentação e higiene, e outras atividades básicas do dia a dia como horários de medicamentos, acompanhamento a exames e consultas, e ainda, as obrigações com as tarefas simples do dia a dia, como manter as contas da casa em dia, entre outros.

Cuidar é uma tarefa desafiadora, árdua e complexa que pode provocar uma série de reações para o próprio cuidador, afetando a sua saúde, a vida social e profissional, principalmente se não compartilhar de ajuda de outros membros da família.

Os conflitos familiares que ocorrem entre os membros da família para não compartilhar o papel de cuidador, geralmente estão associados ao quanto é penosa, onerosa a vida de quem cuida. Dividir a responsabilidade por cuidar do genitor idoso com outros irmãos, costuma ser um assunto complicado, quase tabu, no núcleo familiar.

Diante da existência do desequilíbrio na divisão dos cuidados com o genitor idoso o presente estudo investiga qual o alcance do dever constitucional previsto na segunda parte do art. 229 da Constituição Federal de 1988 em relação a todos dos filhos. Como o ordenamento jurídico poderia amparar as filhas cuidadoras solitárias, que por vezes renunciam oportunidades para se dedicar a demanda de cuidado com os genitores? A omissão desse dever de cuidado por parte de apenas alguns filhos, em relação aos seus genitores fragilizados, caracteriza a violação do direito do irmão de ter essa obrigação dividida com outros irmãos, diante do princípio da solidariedade familiar?

No que toca a metodologia, trata-se de estudo descritivo realizados a partir de uma revisão bibliográfica, por meio de artigos científicos, livros, jurisprudências e consulta a periódicos especializados, tendo como questão norteadora a inobservância do dever de cuidado, por parte de alguns filhos ao seu genitor, que não se encontra abandonado por todos os filhos, considerando a problemática das famílias em que o cuidado dos pais idosos dependentes de assistências, apesar da existência de diversos filhos, recai normalmente sobre

um único membro da família, geralmente do gênero feminino, que se torna cuidador informal e não recebe orientações e auxílio.

Direitos dos idosos no contexto familiar

A Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional, em especial o Estatuto do Idoso, reconhecem a vulnerabilidade dos idosos e asseguraram especial proteção a essa parcela da população, garantindo seu amparo e cuidado pelos filhos maiores.

A assistência aos genitores idosos vai muito além da questão material. Ela demanda comportamento ético para cumprir com o dever constitucional, previsto na segunda parte do art. 229 da Constituição Federal de 1988, no que tange aos cuidados da pessoa idosa por parte dos filhos maiores:

Art. 229 da Constituição Federal:

“Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Amparar os pais na velhice requer comportamentos de cuidar, seja no auxílio da realização das atividades básicas da vida diária, apoio emocional, financeiro ou como companhia noturna em seus próprios lares, seguindo a orientação da Constituição Federal de 1988, que também normativa, em seu artigo 230, parágrafo primeiro, a preferência pela execução de amparo aos idosos em seus próprios lares.

Para corroborar com os direitos dos idosos estabelecidos na Constituição, foi criado o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. O artigo 3º desse Estatuto partilha entre a família, comunidade, sociedade e Poder Público a efetivação dos direitos básicos dos idosos como saúde, alimentação, educação, cultura, esporte, lazer, dignidade, respeito e convivência familiar, garantindo-lhes no parágrafo § 1º, inciso V, a prioridade do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar.

Na mesma linha o Estatuto do Idoso, também, demonstra no artigo 14, a preferência da família para prover o sustento do idoso que não possui condições de manter-se sozinho, impondo ao Poder Público esse dever, apenas se os familiares do idoso não possuírem condições econômicas para tal.

É notável que a legislação impõe de forma clara, a preferência dos familiares ao desempenho do amparo e cuidado do idoso, indicando justa a expectativa dos pais idosos, de que seus filhos lhe amparem, na velhice, carência e enfermidade, mesmo diante de todas as dificuldades impostas. (GALVÃO; DUMET, 2021; p. 109)

A realidade social no Brasil segue a legislação na preferência pelo desempenho familiar no cuidado e assistência do idoso genitor, mais especifi-

camente pelas filhas, que assumem sozinhas o trabalho de cuidado, sem qualquer contraprestação

Essa mesma legislação traz, também, direitos e deveres para a família e a sociedade no que tange à proteção da pessoa idosa, entretanto não há, no direito brasileiro, nenhuma lei específica que preveja uma divisão nos cuidados dos genitores, quando este possui mais de um filho, decerto devido as especificidades de cada família na forma de agir.

Não existe, também, dispositivo legal ou alguma atitude legislativa que trate de sanções civis ou penais para os casos de inobservância dos deveres de cuidado por parte apenas dos filhos omissos em relação aos cuidados dos pais idosos, como forma de coação, visando garantir a efetiva participação de todos os filhos no amparo de seus pais, talvez pelo fato do idoso, sujeito que a lei protege, não se encontrar em estado de abandono, tendo sua dignidade e bem-estar garantidos pela filha cuidadora solitária.

Essa temática da omissão filial-paterno de apenas alguns filhos, quando se tem o genitor amparado por outro ou outros filhos, é ainda pouco abordada na doutrina e em trabalhos acadêmicos. É basicamente foco inédito, na cultura brasileira, que se preocupa com a efetivação dos direitos mais básicos dos idosos, sem observar que a tarefa da filha cuidadora exige dedicação constante, capaz de prejudicar a saúde física, emocional e até financeira quando realizada de forma ininterrupta, sem auxílio dos irmãos, inclusive podendo prejudicar a qualidade de vida do idoso.

O desequilíbrio na divisão dos cuidados com o genitor idoso pode ocorrer em virtude de inúmeras variáveis, como condições financeiras, estrutura familiar, distâncias geográficas e conflito de interesse, diante de condutas individualistas e egoístas, que não deveriam ter amparo no âmbito familiar, onde se deve imperar a solidariedade, confiança, respeito, acolhimento e cooperação.

Responsabilidade civil e alimentos compensatórios nas relações familiares

No direito de família, muito se discute na doutrina e na jurisprudência, a responsabilidade civil, diante do julgado do REsp 1159242/SP em 2012², de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que reconhece a possibilidade de aplicar a indenização moral nas relações familiares, num caso envolvendo abandono afetivo de crianças.

Nesse viés, passou-se a debater sobre o abandono afetivo inverso, que é interpretado pela inobservância do dever de cuidado dos filhos para com seus genitores idosos, estando o idoso em situação de abandono, de modo a caracterizar a violação do texto constitucional, que impõe aos filhos o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, bem como violação ao preceito fundamental

2 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP 1159242/SP. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em, v. 24, n. 04, 2012.

da dignidade da pessoa humana.

Sobre esse tema, a jurisprudência atualmente admite-se a possibilidade de indenização por dano moral, observando os critérios da responsabilidade subjetiva, embora não goze de amparo em norma legal, de forma a preservar as garantias fundamentais das pessoas idosas e compensar os danos extrapatrimoniais oriundos do abandono.

Entretanto, não se tratará da responsabilização pela compensação dos danos sofridos em decorrência do abandono afetivo inverso. Na situação analisada pelo presente estudo, diferentemente dos casos de abandono afetivo inverso, o genitor não se encontra em estado de abandono material ou afetivo, por estar sob os cuidados de uma filha. O foco desse artigo é preservar as garantias fundamentais das filhas que cuidam sozinhas, de modo a evitar que o estresse tenha impacto no cuidador, levando a manifestações físicas e psicológicas, o que influencia na própria tarefa de cuidado.

Encontra-se estudos científicos³ acerca do cabimento de alimentos compensatórios entre irmãos visando reequilibrar a situação econômico-financeira dessas filhas, que se dedicam, sozinhas, ao trabalho de cuidado dos pais idosos ou enfermos, sem abordar o conflito da real possibilidade de quem paga, pois nem todos terão a mesma condição e disponibilidade. Ademais as obrigações dos familiares em face do idoso são muito mais do que um auxílio material, expandindo esta obrigação na proteção, bem estar, apoio e inserção social.

Questão fundamental que se põe é garantir a essa filha, que muitas vezes assumiu sozinha de forma involuntária a obrigação pelo cuidado de seu genitor idoso, que por vezes renunciou oportunidades, seja de trabalho, seja na parte afetiva, pela impossibilidade de conciliar com as demandas exigidas no amparo do genitor, a promoção do bem-estar, defendendo sua dignidade, saúde física, mental e a vivência de atividades de lazer.

Outrossim, não se pretende obrigar que os filhos maiores demonstrem sentimentos em relação ao genitor. Uma das intenções é conscientiza-los de que são responsáveis solidariamente a filha cuidadora pelo bem estar dos pais idosos, de modo a respeitar deveres de cooperação intrínseco das relações familiares, que nenhuma convenção particular pode afastá-lo, porque é uma exigência de ordem pública.⁴

3 GALVÃO, Lize Borges; DUMET, Carolina. Filhas Que Cuidam: a sobrecarga das mulheres no trabalho de cuidado com os pais idosos ou enfermos e a possibilidade de fixação de alimentos compensatórios entre irmãos. **Revista Conversas Civilísticas**, v. 1, n. 1, 2021.

4 SAMPAIO, Luísa Dantas et al. IDOSO E FAMÍLIA EM TEMPOS DE PANDEMIA: o abandono afetivo inverso e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. **SEMOC-Semana de Mobilização Científica-Envelhecimento em tempos de pandemias**, 2020.

Princípio da solidariedade familiar

Inicialmente cumpre informar que não é escopo deste estudo dissecar o conteúdo do princípio da solidariedade, por este motivo o sentido de solidariedade aqui trabalhado é amplo, retirado do objetivo da construção de uma sociedade solidária.

Após o Brasil ter passado por um longo período ditatorial, em que vários direitos eram suprimidos, com o advento da Constituição Federal de 1988, demarcou-se a ascensão dos direitos fundamentais, centrados no objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, inaugurando-se o denominado Estado Democrático de Direito com fundamento na dignidade da pessoa humana, na igualdade substancial e na solidariedade social. (MORAES 2008)

Esses objetivos elencados no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, condicionam toda a estrutura e dinâmica do Estado, representando uma direção a ser seguida. E é nesse contexto que a solidariedade deixa de ser apenas um pensamento ético e passa a apresentar a qualidade de norma constitucional, desdobrando-se em princípio fundamental da solidariedade.

Ainda, com advento da Constituição Federal de 1988, além da ascensão dos direitos fundamentais, tem-se também a consagração da força normativa dos princípios constitucionais, superando o efeito simbólico com que eram tratados pela doutrina, permitindo a aplicação dos princípios nas interpretações judiciais das normas, deixando de ficar adstritas ao positivismo jurídico.

Deste modo a interpretação das normas infraconstitucionais passou a ser em conformidade com a Constituição, não somente quando existir dúvidas e ambiguidade em relação ao sentido da norma, mas para atender aos fins dos princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, e assim, obter validade jurídica.

Nesse contexto que passamos a refletir sobre a legítima incidência do princípio da solidariedade familiar ao tratar da negligência filial de amparar e ajudar os pais na terceira idade, em detrimento de apenas uma única filha cuidadora, que trabalha sobrecarregada, sem ajuda ou orientações dos demais irmãos.

O princípio da solidariedade tem sua raiz na intenção de unir a sociedade em um sentimento de fazer o bem ao próximo, de superação do individualismo jurídico e o predomínio dos interesses individuais. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. (TARTUCE 2006)

No direito de família, o imperativo do princípio da solidariedade impõe a repartição dos encargos entre os familiares, impondo deveres a família enquanto ente coletivo e a cada um de seus membros, individualmente.

Paulo Lobo⁵ em seu artigo sobre Princípio da solidariedade familiar ex-

5 Doutor em Direito Civil (USP); Diretor do Instituto Brasileiro de Direito de Família; Professor na UFPE (Mestrado e Doutorado) e na UFAL.

plana de maneira muito e clara e objetiva:

“Que existe solidariedade quando há afeto, cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda, cuidado; o direito os traz a seu plano, convertendo-os de fatos psicológicos ou anímicos em categorias jurídicas, para iluminar a regulação das condutas. Cada uma dessas expressões de solidariedade surge espontaneamente, nas relações sociais, como sentimento. Mas o direito não lida com sentimentos e sim com condutas verificáveis, que ele seleciona para normatizar. Assim, o princípio da solidariedade recebe-os como valores e os transforma em direitos e deveres exigíveis nas relações familiares. Por exemplo, o Estatuto do Idoso transformou o dever apenas moral de amparo dos idosos em dever jurídico; ou seja, o sentimento social de amparo migrou para o direito, concretizando o princípio da solidariedade. Mas, ainda quando a lei seja omissa, o juiz deve aplicar diretamente o princípio”. (2007)

Portanto, a solidariedade não mais é confundida com a caridade, mas é identificada como dever constitucional, expresso na Constituição Federal, considerada cláusula geral, perdendo portanto a concepção de simples recurso de hermenêutica.

Certo é que a solidariedade - aqui familiar - como princípio jurídico, dotada, portanto, de coercibilidade, não se ocupa da dimensão da vontade humana, tampouco de impulsos ou desejos momentâneos. Ao contrário, a solidariedade como imposição de deveres de auxílio, a despeito de eventual manifestação volitiva em sentido que lhe seja oposto, tem em mira sanar uma vulnerabilidade identificada no seio familiar, disponibilizando ao membro da família vulnerável o arcabouço mínimo necessário para que ele desfrute de condições de vida dignas⁶.

Conclusão

A Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional, em especial o Estatuto do Idoso, reconhecem a vulnerabilidade dos idosos e asseguraram especial proteção a essa parcela da população, garantindo seu amparo e cuidado pelos filhos maiores.

Mas o desamparo por parte de apenas alguns filhos, quando se tem o genitor amparado por outro filho, geralmente filha mulher, não é incomum de se encontrar na prática, gerando o desequilíbrio na divisão dos cuidados do idoso como acima já explicitado.

Desta feita, a omissão dos filhos em relação aos deveres que possuem para com seus pais idosos, em prol apenas de uma cuidadora familiar, necessita de uma solução, pois as filhas cuidadoras precisam de uma rede de apoio e proteção.

⁶ Silva, Beatriz de Almeida Borges e S586p Parâmetros para aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica / Beatriz de Almeida Borges e Silva. Belo Horizonte, 2018.

A doutrina muito se ocupa com o plano dos direitos fundamentais, e pouco trata dos temas ligados aos deveres fundamentais. Como propõe Casalta Nabais (2005, p. 81), os direitos e deveres devem ser colocados no mesmo patamar constitucional, uma vez que tanto os direitos como os deveres são elementos que integram o estatuto constitucional do indivíduo.

Nesse diapasão que o presente estudo reflete acerca da extensão do princípio da solidariedade familiar, no que tange a divisão dos cuidados dos genitores entre irmãos, especificamente na vinculação de todos os filhos do idoso aos deveres constitucionais de cuidado e amparo, vez que em que pese ser um sujeito de direito, não é apenas um titular de direitos, mas também de deveres.

Por seu turno, identificou-se que o conteúdo dos deveres impostos pelo princípio da solidariedade familiar coincide com os cuidados que assegurem saúde, bem estar social, dignidade, segurança, assiduidade médica e nutricional, além de respeito.

Não basta dizer que o princípio está positivamente estabelecido na Constituição Federal. É preciso que, como todas as prescrições jurídicas, o princípio da solidariedade tenha aplicação efetiva, que tal princípio seja verdadeiramente observado não só nas relações entre particulares com o Estado, mas também nas relações dos particulares entre si. Não basta apenas reconhecer a existência desse princípio, é necessário que para que se alcance a efetividade de sua aplicação, passar da teoria para prática.

Nesse viés, identificando que as dificuldades enfrentadas pela filha cuidadora solitária poderiam ser amenizadas com apoio efetivo de todos os outros filhos e assumindo como premissa a necessidade de consagrar essa corresponsabilidade pelo cuidado do idoso genitor entre os irmãos, seria legítima a aplicação do princípio da solidariedade familiar, que possui atribuição de força normativa, com intenção de vincular todos os filhos, independentemente de haver ou não aderência voluntária, por meio da imposição de deveres prestacionais.

Assim, o presente estudo cumpre o seu objetivo, qual seja, certificar que o filho que descumpra com o dever constitucional de ajudar e amparar os pais na velhice, se omitindo na participação e divisão dos cuidados ao idoso com os outros filhos deste, estaria violando além do direito do genitor idoso, o direito do irmão de ter essa responsabilidade compartilhada solidariamente, dando maior visibilidade ao assunto ainda pouco difundido, no meio acadêmico, abordando principalmente a aplicação e a efetividade do princípio constitucional como meio jurídico disponível para tentar prevenir e remediar essa questão tão prejudicial aos idosos.

Referências

ARAÚJO, Flávia Nunes Ferreira; FERNANDES, Maria Janine Pereira. **Perfil de cuidadores de idosos no Brasil**. Anais CIEH, v. 2, n. 1, 2015.

BECKENKAMP, Cristine; BRANDT, Fernanda. **Recente Mudança na Estruturação de Modelo Familiar: O Princípio da Solidariedade como instrumento de concretização das novas famílias.** Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. LEI Nº8.842, DE 4 DE JANEIRO DE 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências.

BRASIL. LEI Nº10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1159242/SP.** Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em, v. 24, n. 04, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE BEAUVOIR, Simone. **A velhice.** Nova Fronteira, 2018.

DE FIGUEIREDO, Leila Adriana Vieira Seijo. **Responsabilidade civil pelo desamparo aos pais na velhice.** Editora Thoth, 2019.

GALVÃO, Lize Borges; DUMET, Carolina. **Filhas que Cuidam: a sobrecarga das mulheres no trabalho de cuidado com os pais idosos ou enfermos e a possibilidade de fixação de alimentos compensatórios entre irmãos.** Revista Conversas Civilísticas, v. 1, n. 1, 2021.

GROISMAN, Daniel; ROMERO, Dalia; ANDRADE, Zelia Pimentel; ARAUJO, Anna Barbara; ARAUJO, Giulia de Castro Lopes; BARROS, Heglauccio; BERNARDO, Maria Helena de Jesus; CAVALETTI, Ana Carolina Lima; DAMACENA, Gisele Nogueira; PASSOS, Rachel Gouveia; SANTOS, Ana Gilda Soares; SOUZA JÚNIOR, Paulo Roberto Borges; TRAVASSOS, Ronaldo. **Cuida-Covid: Pesquisa nacional sobre as condições de trabalho e saúde das pessoas cuidadoras de idosos na pandemia - Principais resultados.** Rio de Janeiro: EPSJV/ICICT/Fiocruz, 2021.

LYNCH, Christian Edward Cyril; DE MENDONÇA, José Vicente Santos. **Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade.** Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, V. 8, n.2, p.942-973, jun.2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da solidariedade familiar.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. v. 0 (out./nov. 2007). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 146-159.

LOPES, Ana Beatriz Vieira et al. **Direitos das pessoas cuidadoras de idosos na pandemia de Covid-19. 2020.**

MASSAÚ, Guilherme Camargo; DA COSTA, Victor Ribeiro. **Mapeamento da aplicação do princípio da solidariedade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 20, n. 81, pág. 223-240, 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade.** In: MATOS,

Ana Carla Harmatiuk. (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

NERI, Anita Liberanesso. **As políticas de atendimento aos direitos da pessoa idosa expressas no Estatuto do Idoso**. *A terceira idade*, v. 16, n. 34, p. 7-24, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada e traduzida por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAMPAIO, Luísa Dantas et al. **Idoso e Família em Tempos de Pandemia: o abandono afetivo inverso e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo**. SEMOC-Semana de Mobilização Científica-Envelhecimento em tempos de pandemias, 2020.

SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. **Parâmetros Para Aplicação do Princípio da Solidariedade Familiar: em Busca de Segurança e Previsibilidade na Adoção da Perspectiva Principiológica**/Beatriz De Almeida Borges E Silva; Orientador: Taisa Maria Macena De Lima. 2018.

SILVA, Me André Luís Mattos. **O Princípio da Solidariedade Constitucional Aplicado ao Direito de Família. Abandono Afetivo e Alimentos**.

SILVA, Marleth. **Quem vai cuidar dos nossos pais?** Editora Best Seller, 2016.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **Pequeno Manual de Metodologia da Pesquisa Jurídica ou roteiro de pesquisa para estudantes de Direito**, Instituto Pazes, Belo Horizonte, 2020.

SOUSA, Girliani Silva de et al. **“A gente não é de ferro”**: Vivências de cuidadores familiares sobre o cuidado com idosos dependentes no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 26, p. 27-36, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. Artigo especialmente escrito para o seminário virtual Temas atuais do Direito de Família, do site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006.

TORRES, Claudia Vechi. **Afetividade e Solidariedade Familiar: princípios constitucionais do direito das famílias**. Editora Dialética, 2020.

TORRES, Claudia Vechi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros**. 2014. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27878-com-envelhecimento-cresce-numero-de-familiares-que-cuidam-de-idosos-no-pais#:~:text=O%20n%C3%BAmero%20de%20familiares%20que,de%20moradores%20no%20ano%20passado>.

O FUNCIONAL ANALFABESTISMO DIGITAL DA PESSOA IDOSA: A TECNOLOGIA DE APROXIMAÇÃO E INCLUSÃO, EFETIVAMENTE DISTANCIA E EXCLUI?

Carlos Affonso Leony Neto

Advogado. Diretor Jurídico do Parlamento Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, Mestrando em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Imobiliário pela UNESA, Professor do Curso de Pós-graduação da UNESA. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros

Patrice Desirée Neves de Mello

Advogada. Pós Graduada em Direito Médico e Direito da Saúde. LLM Ligation pela Fundação Getúlio Vargas. Mestranda em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá

Resumo:

A tecnologia invadiu as casas, empresas, instituições de todos os tipos, a sociedade, como um todo, se tornou informatizada¹. Os recursos da imprensa, rádio, TV, telefone, fax, vídeo, computador e Internet são disseminadores de culturas, valores e padrões sociais de comportamento. A exceção da geração baby boomer, os millenials, gerações X, Y e Z... que apresentam familiaridade com o uso dessas inovações, e interagem com inúmeras tecnologias, inclusive concomitantemente, a geração no extremo oposto da linha do tempo lança-se no desafio diário para incorporar esse novo *modus operandi*. Essa geração, mais antiga, sente-se analfabeta diante das novas tecnologias, alcunhados de analfabetos funcionais digitais, revelam grandes dificuldades para aprender e apreender a nova linguagem de modo que até mesmo em questões básicas, como eletrodomésticos, celulares e os caixas eletrônicos instalados nos bancos, a rotina torna-se penosa. As pessoas acima de 60, 70 anos, por exemplo, apesar de possuírem um acúmulo de experiências, e apesar de ainda estarem trabalhando, sofrem preconceitos no local de trabalho, na medida em que sua eficiência neste novo mundo tecnológico lhe é sempre posto a prova, e cujos resultados são cada vez mais utilizados como indicadores de eficiência. A sociedade moderna exige constante reciclagem e rapidez de raciocínio, pois o idoso perde a rapidez, tornando difícil acompanhar o ritmo acelerado da so-

1 Benefícios da computação na terceira idade | Happy Code, <https://happycodeschool.com/blog/beneficios-mentais-da-computacao-na-terceira-idade/>.

cidade. A pesquisa tem como objetivo analisar os fatores, que retardam ou mesmo obstam a integração dos idosos nesta nova realidade inexoravelmente impregnada de novos gadgets de sol a sol.

Palavras-chave: Pessoa idosa; Tecnologia; Políticas públicas; Estado; Economia da vida; Sociedade plural e desigual; Dignidade da pessoa humana.

Introdução

O termo cunhado que atribui título a este trabalho é paráfrase emprestada do original conceito de analfabetismo funcional criado na década de 30, nos Estados Unidos, que passou, posteriormente, a ser utilizado pela UNESCO para se referir às pessoas que, apesar de saberem ler e escrever formalmente, por exemplo, não conseguem compor e redigir corretamente uma pequena carta solicitando um emprego.²

Segundo a Declaração Mundial sobre Educação para Todos, mais de 960 milhões de adultos são analfabetos, sendo que mais de um terço dos adultos do mundo não têm acesso às novas habilidades e tecnologias, que poderiam melhorar a qualidade de vida e ajudá-los a perceber e a adaptar-se às mudanças sociais e culturais.³ Naquela declaração, o analfabetismo funcional é considerado um problema relevante em todos os países industrializados ou em desenvolvimento⁴

Estudos realizados sustentam que o Brasil poderá ocupar o quinto lugar com a população mais idosa do mundo em 2030.

O processo de envelhecimento populacional brasileiro, de acordo com dados mais recentes do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2030, o número de idosos vai superar, pela primeira vez, o de crianças e adolescentes de 0 a 14 anos.

“Não só no Brasil, mas no mundo todo vem se observando essa tendência de envelhecimento da população nos últimos anos. Ela decorre tanto do aumento da expectativa de vida pela melhoria nas condições de saúde quanto pela questão da taxa de fecundidade, pois o número médio de filhos por mulher vem caindo. Esse é um fenômeno mundial, não só no Brasil. Aqui demorou até mais que no resto do mundo para acontecer”, explica a gerente da PNAD Contínua, Maria Lúcia Vieira.

2 “analfabetismo funcional - EducaBrasil” n.d., <https://www.educabrasil.com.br/analfabetismo-funcional/>.

3 MENEZES, Ebenezzer Takuno de. Verbete analfabetismo funcional. Dicionário Interativo da Educação Brasileira - EducaBrasil. São Paulo: Mídiamix Editora, 2006. Disponível em <<https://www.educabrasil.com.br/analfabetismo-funcional/>>. Acesso em 20 nov 2022.

4 MENEZES, Ebenezzer Takuno de. Verbete analfabetismo funcional. **Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educa Brasil**. São Paulo: Mídiamix Editora, 2006. Disponível em <<https://www.educabrasil.com.br/analfabetismo-funcional/>>. Acesso em 19 jun. 2022.

A Lei brasileira de n. 14.741, de 2003, conhecida como o Estatuto do Idoso, sob vertente jurídico-social, à frente do seu tempo, já impunha em seu artigo 3º que “é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”, devendo-se, ainda, nas exatas disposições do inciso IV, do § 1º, garantir como prioridade a “viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações.”

A pergunta, o problema que se pretende enfrentar e talvez responder, mora e vive no ainda em estudo impacto da **Tecnologia da Informação e da Comunicação** no cotidiano da pessoa idosa. Considerando, em especial, sua influência sobre as variáveis psicológicas ao se relacionar com a tecnologia de comunicação e os desdobramentos atualmente experimentados pela sociedade. Seja no que diz respeito ao acesso as mais variadas espécies de conteúdo, seja nas tarefas e respectivo processo de aprendizagem, aqui não se deixando levar por uma perspectiva tendenciosa e miupe da questão, sabe-se que o tema ainda é muito insipiente.

O impacto das TIC na inserção ou exclusão social, especialmente na pessoa idosa, sabe-se, distancia e exclui, em razão da já conhecida dificuldade de adaptação destas pessoas a tais recursos.

O Estatuto do Idoso, compreendendo o dever do estado em implementar políticas públicas, já impunha em seu artigo 21 que: “O Poder Público criará oportunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados.”, estabelecendo para tanto, conforme disposição do § 1o do indigitado artigo, que “Os cursos especiais para idosos incluirão conteúdo relativo às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna.”

É lugar comum no cotidiano social o distanciamento inconsciente que as novas tecnologias proporcionam, não só aos mais antigos. Ainda que presente certa cultura acumulada em determinada população idosa privilegiada, aquela dita academicamente letrada, o desinteresse pelos botões, softwares, Ap's, rotinas, conceitos e adereços, comuns a esse maravilhoso mundo novo, não privilegia, respeita, separa ou agrega, seletivamente, idosos de níveis culturais ou classe sociais distintas. Em verdade o que se experimenta no cotidiano atualmente vivido é o antagonismo conceitual das ferramentas tecnológicas que serviriam para aproximar e incluir, efetivamente, cada vez mais, distanciando e excluindo idosos do cotidiano social.

Caminhamos para um mundo em que as tarefas mais mezinhas de outrora, hoje não mais é possível resolver presencialmente ou, ainda, por um simples telefonema, falando com alguém de verdade do outro lado da linha. Nos submetemos a robôs que determinam quais números você deve, entres nove, zeros, asteriscos, reticências e jogo da velha apertar.

Este desencontro geracional de conceitos que no passado resumia-se a temas, muitas vezes de tradições comportamentais, cruzou a novel linha da evolução, distanciando, ainda mais, as gerações, circunstância prevista e disciplinada pelo legislador brasileiro.

Este mal acometerá sucessiva gerações. Há 20 anos, quando o Estatuto do Idoso foi publicado, os idosos de hoje, então, eram os jovens de 50 e 60 anos.

Não socorre aos céticos que nem todos os idosos sofrem do apontado mal. Pois se assim pensar, estar-se-ia diante da máxima potência da Tirania do Mérito defendida por Sandel pois, no dizer de Max Weber, “Os afortunados raramente se contentam com o fato de serem afortunados. Além disso, necessitam saber que têm o direito à sua boa sorte. Desejam ser convencidos de que a “merecem” e, acima de tudo, que a merecem em comparação aos outros. Desejam acreditar que os menos afortunados também estão recebendo o que merecem”.⁵

Ao lado do relevante papel desempenhado pelas mais variadas tecnologias, também não há dificuldade de perceber que as atividades delas decorrentes e desenvolvidas, acomodam-se em atos potencialmente ofensivos à dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, II, da Constituição Federal de 1988.

O fato é que, para além de todos os debates, todos nós nascemos, crescemos e, seguindo a ordem natural das coisas, deixamos essa vida para quem sabe, para aqueles que creem, experimentar outras, conforme asseverou Richard Dawkins:

“nós vamos morrer, e isso nos torna afortunados. A maioria das pessoas nunca vai morrer porque nunca vai nascer. As pessoas potenciais que poderiam estar no meu lugar, mas que jamais verão a luz do dia, são mais numerosas que os grãos da Arábia. Certamente esses fantasmas não nascidos incluem poetas maiores que Keats, cientistas maiores que Newton. Sabemos disso porque o conjunto de pessoas possíveis permitidas pelo nosso DNA excede em muito o conjunto de pessoas reais. Apesar dessas probabilidades assombrosas, somos eu e você que aqui estamos.” (DAWKINS, 1941, p.21)

Marshall Berman tratando do tema da temporalidade das coisas afirma que existe um tipo de experiência vital - de tempo e espaço, de si mesmo e dos outros, das possibilidades e perigos da vida -, que é compartilhada por homens e mulheres em todo o mundo, hoje. Designando aquele autor como um conjunto de experiências como “modernidade”.

Segundo ele, ser moderno, então, é encontrar-se em um ambiente que promete aventura, poder, alegria, crescimento, autotransformação e transformação das coisas ao redor - mas, ao mesmo tempo, ameaça destruir tudo o

5 VASCONCELLOS, Caio. Theodor Adorno e as tendências fascistas na democracia. *Civitas-Revista De Ciências Sociais*, v. 22, p. e41422-e41422, 2022.

que temos, tudo o que sabemos, tudo o que somos⁶.

A experiência ambiental da modernidade anula todas as fronteiras geográficas e raciais, de classe e nacionalidade, de religião e ideologia. Nesse sentido, pode-se dizer que a modernidade une a espécie humana. Porém, é uma unidade paradoxal, uma unidade de desunidade. Ela nos despeja a todos num turbilhão de permanente desintegração e mudança, de luta e contradição, de ambiguidade e angústia. Ser moderno é fazer parte de um universo no qual, como disse Marx. “tudo o que é sólido desmancha no ar” (BERMAN, 1940, p. 15)

Encontrando fortes indícios para afirmar que a ausência de políticas públicas de inclusão digital destinada a minorar ou, quem sabe sob utopia, extinguir não só o analfabetismo mas funcional analfabetismo digital, promovendo aproximação e integração social da pessoa idosa, prestigiando-se o inevitável envelhecimento populacional, é preciso pensar de forma urgente em novas formas e modelos de linguagem, adaptados ao público mais velho, o presente artigo buscará responder, mesmo que de forma parcial, os seguintes questionamentos: 1) Quais impactos sociais a exclusão digital da pessoa idosa ocasionará na sociedade?; 2) Se existem formas de governo que contribuem para o acentuamento de políticas públicas destinadas a minorar, conter o progressivo distanciamento?; 3) Como assegurar paralela equidade no tratamento geracional, uma vez que o avanço tecnológico contribui a passos largos para o avanço da exclusão e distanciamento social dos mais idosos?

Impactos sociais da exclusão digital da pessoa idosa

Os impactos da exclusão digital irradiam e ultrapassam a esfera individual e ganham relevância quando se torna mais um fator, não só de manutenção, como de agravamento da miséria, na medida em que não só isola o indivíduo no ambiente em que se encontra, mas o distancia ainda mais das oportunidades não só para o desenvolvimento profissional na medida em que é condição sine qua non a habilidade no uso de novas tecnologias e sistemas, mas também para sua saúde.

Neste ponto, há que se compreender a saúde em seu conceito mais amplo, ou seja, não somente as informações para acesso a redes hospitalares próximas, serviços de informação e conscientização, como também seu bem-estar psíquico e emocional.

Esse fluxo, para além do aprisionamento à miséria, cria um novo padrão de desigualdade e conforma o mercado de tecnologia da informação, que não encontra condições mínimas para implementar novas tecnologias por falta de condições para aderência, inviabilizando a integração do idoso na sociedade e a fruição das oportunidades que podem mitigar os aspectos maléficos do decurso do tempo, seja sob a perspectiva individual na esferas que im-

6 BERMAN, M. Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade. São Paulo: Cia. das Letras, 1986 (adaptado).

pactam a sua dignidade; seja na esfera coletiva, quanto o acesso aos serviços já disponíveis.

O Governo brasileiro, em um processo acelerado pela pandemia do Sars Cov 19, implementou a informatização dos serviços públicos, Receita Federal, concessionárias de serviço público, sistemas de saúde, Previdência, cartórios, dentre outros, são acessíveis através de plataformas eletrônicas, que se por um lado, para os alfabetizados digitais, tornou o acesso mais eficiente, para os analfabetos digitais representa uma barreira a mais a ser superada.

O papel das políticas públicas

O primeiro passo deve ser a compreensão do fim último - a tutela da dignidade. Para tanto há que se compreender o idoso a partir de seu ciclo de vida.

Nesse sentido, Novaes⁷ salienta que:

Envelhecer não é seguir um caminho já traçado mas, pelo contrário, construí-lo permanentemente. O idoso confronta-se com novos desafios, outras exigências, devendo renunciar a uma certa forma de continuidade, sobretudo biológica, e desenvolver atitudes psicológicas que o levem a superar dificuldades e conflitos, integrando limites e possibilidades.

Isto porque, ao longo do processo de envelhecimento o ser humano passa por diversas rupturas, seja por doenças, mortes de pessoas próximas, distanciamento de familiares, dentre outros, são fatores que demandam um processo de reconstrução perene e doloroso, na medida em que o idoso se encontra mais fragilizado em razão das vulnerabilidades físicas, e em alguns casos, cognitivas também; a par disso, medo, depressão, ansiedade, insegurança, hipossuficiência econômica, dentre outros fatores - circunstâncias estas que desafiam o Poder Público a estabelecer a linha tênue entre o que é dever da família e o que é dever do Estado; sendo certo que na ausência ou falta de apoio familiar, a integração com a sociedade pode ser um paliativo para atenuar tal circunstância - integração essa que pode ter na inclusão digital sua mais efetiva ferramenta.

Através do Livro Verde da Sociedade da Informação, lançado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia em setembro de 2000, o Poder Público se comprometeu a universalizar o acesso as tecnologias de informação através da criação de políticas públicas de inclusão social.

O maior acesso à informação poderá conduzir a sociedades e relações sociais mais democráticas, mas também poderá gerar uma nova lógica de exclusão, acentuando as desigualdades e exclusões já existentes, tanto entre sociedades, como, no interior de cada uma, entre setores

7 NOVAES, Maria Helena. Psicologia da terceira idade: conquistas possíveis e rupturas necessárias. 2. ed., 1. reimp. Rio de Janeiro, 2000, p 24

e regiões de maior e menor renda. No novo paradigma, a universalização dos serviços de informação e comunicação é condição necessária, ainda que não suficiente, para a inserção dos indivíduos como cidadãos. No Brasil, o crescimento recente das telecomunicações tem democratizado o uso do telefone. O acesso à rede internet, contudo, ainda é restrito a poucos⁸

Contudo, grande conquista adveio da lei que reconhece que o acesso à rede se tornou essencial ao exercício da cidadania, sendo assegurados aos usuários os seguintes direitos contidos no artigo 7º da Lei nº 12.675/14, que se relacionam com o exercício pleno da cidadania e constitui dever fundamental do Estado a “inclusão digital”.

Rover⁹, propõe que inclusão digital se dê em 3 etapas, o primeiro seria a capacitação dos sujeitos, consistente na alfabetização tecnológica, possibilitando ao idoso o desenvolvimento de destrezas básicas para utilização dos recursos tecnológicos; o segundo passo, seria o desenvolvimento de habilidades de interação com o mundo digital, e o terceiro passo, seria tornar o idoso capaz não só de consumir, mas também de interagir e gerar novos conhecimentos.

Instrumentos legais aptos a garantir a inclusão digital do idoso já existem em nosso ordenamento, contudo o grande desafio ainda persiste em fazer com que tais políticas sejam de fato implementadas. Há que se criar pontes, conscientizar e fomentar a participação da sociedade neste processo.

Como assegurar paralela equidade no tratamento geracional, uma vez que o avanço tecnológico contribui a passos largos para o avanço da exclusão e distanciamento social dos mais idosos?

Pesquisas evidenciam que os sistemas de cuidado com a saúde sobretudo no ramos dos equipamentos médicos, em razão do notório envelhecimento populacional, é um dos ramos de crescimento mais rápido - nesta seara, é possível verificar o empoderamento do usuário dessas tecnologias, como ocorre, por exemplo, com pacientes diabéticos, que cada vez mais podem cuidar de si mesmos, na medida em são detentores de 99% da gestão de sua doença; chips biosensores que monitoram a quantidade de açúcar no sangue, dentre outros tantos exemplos.

O fato significativo é que essa nova sociedade se sustenta, em grande medida, no desenvolvimento espetacular das TIC durante a metade do século XX. Como consequência desse inevitável desenvolvimento, estamos diante de um “novo paradigma tecnológico, organizado em torno das tecnologias da informação” e associado a profundas transformações, como dito, sociais, econômicas e culturais.

8 Sociedade da informação no Brasil: livro verde / organizado por Tadao Takahashi. - Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p.7

9 ROVER, Aires José. Democracia digital possível. Revista Sequência, no 52, p. 85-104, jul. 2006

Conclusão

Os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer¹⁰; nas lições de Norberto Bobbio, esses direitos nascem a partir das exigências de novos reconhecimentos, nascem de forma gradual¹¹, é, portanto, um construído. É notória a rede de proteção, tanto na esfera pátria, quanto em âmbito global que a inclusão digital já reconhecida como direito, evidencia disto, é a farta legislação existente; contudo, é possível afirmar com segurança, que ainda se encontra em fase de construção.

Entretanto, a mão invisível do mercado, *sponte propria* não vem desenvolvendo sistemas voltados para a inclusão digital do idoso, razão pela qual, faz-se necessária não só a invocação das normas que tutelam os direitos dos idosos, mas também a ampliação do seu espectro de alcance para que se tornem efetivos.

A inclusão digital já é reconhecida como direito humano intimamente relacionada ao direito à informação, a liberdade de opinião e expressão e até mesmo ao direito ao trabalho e acesso as informações para desenvolvimento de habilidades para seu bem estar, assim, há que se reconhecer a inclusão digital como um meio para o exercício dos demais direitos¹².

A “inclusão digital é um processo de alfabetização em tecnologia, onde um grupo excluído digitalmente passa a adquirir os conhecimentos para trocar e disseminar a informação através do uso das tecnologias”¹³, conforme conceituaram BOTTENTUIT e FIRMO, ao destacar que o processo de inclusão visa integrar os excluídos aos usos e costumes já usufruídos por uma coletividade privilegiada.

Não se trata apenas de disponibilizar computadores e acesso à internet, é preciso capacitar os idosos, integrá-los.

10 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano, e africano. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37

11 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25/26

12 DA SILVA, R.; DONADEL, 2013

13 BOTTENTUIT JUNIOR, João Batista; FIRMO, Rosana Marques. Empresa, governo e sociedade: a tríplice aliança no contexto da inclusão digital. 2004.

UMA POBREZA BRANCA

José Luiz Marques Lino

Universidade Estácio de Sá. Mestrando em Direito (Direitos Fundamentais). Alma Mater: Universidade de São Paulo (1991)

Resumo:

A proteção social no Brasil tem marco inaugural na Era Vargas e prossegue lentamente até a Constituição de 1988, privilegiando a população masculina de origem europeia, de cor branca, residente nos grandes centros urbanos e predominantemente adulta, como se procura demonstrar neste trabalho a partir da trajetória de quatro gerações da família do pesquisador. A legislação originalmente escassa em direitos humanos, a ineficácia das políticas públicas, e as condições estruturais de racismo, discriminação e preconceito são os principais fatores encontrados. Para tanto, é utilizada metodologia multidisciplinar, com abordagem empírica antropológica-etnográfica, e teórica sociológica, crítica histórica e psicanalítica, a fim amplificar a perspectiva jurídica, propriamente, permeando a evolução dos marcos regulatórios do último século, e as referências do direito internacional. O pressuposto inicial era que a população estivesse juridicamente desprotegida de modo similar, e que houvesse, depois, uma progressão relativamente equitativa. Todavia, os resultados apontaram para o desequilíbrio e a desigualdade estrutural, especialmente entre negros e indígenas, mulheres, crianças e idosos, que não conseguiram as mesmas oportunidades dos grupos dominantes, e acabaram tomados, precocemente, por comorbidades, ou sendo levados a óbito pela escassez de recursos, na primeira e segunda geração, superando efetivamente a pobreza, e seus infortúnios, somente a partir dos anos 2000, a uma década da Constituição Cidadã.

Palavras-chave: Pobreza; Direitos Humanos; Proteção social; Exclusão social; Racismo estrutural.

Introdução

Não é de hoje que a pobreza causa aversão e constrangimento (CORTINA, 2020), tanto para os que se consideram pobres, quanto para os que já o foram e não querem mais lembrar-se disso; e até mesmo para os que apenas de longe a percebem. Há muito o que se aprender até se encontrar riqueza e

beleza nela, a ponto de ser grato e admira-la pela rudeza, incerteza e privação severa, capaz de produzir gratidão, superação e solidariedade na intensa dor e abandono das instituições que, por meio dela, firmam-se e a retroalimentam. E, por isso, se antes a pobreza constrangia e apavorava também a este pesquisador, hoje lhe provoca o dever de combatê-la e transforma-la (BOURDIEU, 2004, p. 28-29), pelas razões que se pode verificar na pesquisa.

E que pesquisa seria essa senão a da própria pobreza que permeia a história da proteção social no Brasil, representada por uma família branca em suas quatro gerações, que surgiram com a proclamação da república e se livraram da miséria a partir da Constituição (1988). Seria essa uma trajetória linear em termos de cor, raça, sexo, idade e afins? Que tratamento lhe deu o Direito e quais direitos cada qual pode exercer na prática, sendo igualmente brasileiro, porém, desigual?

Para melhor entendimento do trabalho, parte-se do cuidado crítico de Hespanha (2019, p. 24), ciente da realidade artificial criada pelo observador embebido das raízes sociais e culturais a dirigir-lhe o discurso, especialmente por ocupar-se aqui tanto a posição de pesquisador quanto a de pesquisado, observador e observado, como um dos membros da família e cerne da narrativa.

Pela mesma razão, adota-se a experiência antropológica do olhar imerso da pesquisa etnográfica, cercado-se do “estranhamento necessário” e da “perplexidade” da descoberta (ASSIS; KÜMPEL, 2011, p. 26). E prossegue-se pela epistemologia prática bourdieusiana dos “campos de lutas”, e seus “capitais simbólicos” e “microcosmos dotados de suas próprias leis” (BOURDIEU, 2004, p. 20-21 e 29).

Com a mesma atenção e cuidado, procura-se não dissociar a “narrativa do conhecimento” da “narrativa dos afetos”, prevenindo “híbridos inférteis”, na medida em que “[...] não se pode propriamente assumir um discurso sem ocupar o lugar de agente.” (Lacan apud DUNKER, 2016, p. 209-214). E por tratar-se de contextos familiares, cuja pobreza fez restar rara documentação¹, não se enveredou pela verdade substantiva e incontestável, mas antes pela evidencial, considerando-se mesmo a relatividade das narrativas envoltas em emoções, maculadas pelo tempo e pelo filtro de cada testemunha, incluindo-se o próprio pesquisador (op. citada, p. 228).

No quesito políticas públicas, toma-se a definição mais ampla e multi-cêntrica, que engloba tanto as ações governamentais estruturadas, quanto as não-governamentais, como atuação indireta do Estado, que incluem entidades filantrópicas de rede suplementar (SECCHI, 2016, p. 2-3). Assume-se, também, a premissa de que toda política pública é, em última instância política social, na medida em que busca, ou deve buscar: “[...] respeitar, proteger e implementar os direitos humanos e as liberdades fundamentais [...]” (ONU,

1 A miséria profunda das primeiras gerações, sem residência e móveis permanentes, impediu que se salvassem documentos, restando poucas certidões de nascimento e óbito, e singelas fotografias dos anos de 1960 em diante.

2011, p. 1, tradução nossa), embora a elas não se reduzam (BUCCI, 2013, p. 195). E como bússola histórica, segue-se o traçado branco (DE CARVALHO, 2020) com adendos de outros estudiosos (ALMEIDA, 2021), contrapontos de assistência social (SPOSATI, 2012), atuação judiciária (BARROSO, 2022) e críticas em geral.

Sobre a pobreza, nem o entendimento da Organização das Nações Unidas (2021a), e tampouco o corte de “linha da pobreza” do Banco Mundial (2018), espelham, na visão do pesquisador, o grave contexto que se analisa aqui, de um Brasil rural, pós-escravocrata, que passou por duas guerras mundiais, diversas revoltas internas, ditaduras, o milagre econômico e múltiplas crises financeiras globais. Da mesma forma, nenhuma comparação cambial, monetária, ou com quaisquer medidores de inflação poderia definir com clareza a situação daquela época, especialmente porque os indicadores tecnicamente confiáveis, sobre as condições de vida, surgiram apenas a partir dos anos 1970 (IBGE, 2017). Optou-se, então, por uma definição prática e de senso comum: “Pobreza é [...] a situação na qual as necessidades não são atendidas de forma adequada. [...] ser pobre significa não dispor dos meios para operar adequadamente no grupo social em que se vive.” (ROCHA, 2008, p. 9-11).

É justamente nessa configuração de pobreza que se encontram as três primeiras gerações do grupo familiar deste pesquisador, que serve de instrumento à pesquisa, permitindo paralelos com a evolução das normas e políticas sociais, até se chegar, um século depois, ao bem-estar da quarta geração cingida pelas graças da Constituição Cidadã. No percurso, intermeios de racismo, discriminação e preconceito frente ao padrão dominante: *homem-branco-adulto-metropolitano*.

A evolução assimétrica da proteção social

A trajetória da família em referência, em termos econômicos, é muito simples e pode ser assim resumida: (i) a primeira geração, avós, de miseráveis; (ii) a segunda geração, pais e tios, inicialmente de miseráveis, passando pela pobreza e chegando a sair dela por um curto período, depois retornando à pobreza no limite da miséria, na fase mais grave de doença e morte do pai, arrimo da família; (iii) a terceira geração, incluindo o pesquisador, sua irmã e primos, partindo da pobreza no limite da miséria para a pobreza e depois superando-a na fase adulta avançada; e, por fim, (iv) a quarta geração, netos, já no início acima da linha da pobreza, chegando a condição de razoável conforto, bem-estar e previsibilidade financeira.

Poder-se-ia dizer que é uma história de superação e ascensão social devida, em boa parte, à progressão dos mecanismos de proteção social a partir do governo Vargas (DE CARVALHO, 2020, p. 91), dentre as quais: a regulação do trabalho (DOU, 1943) e da aposentadoria (DOU, 1960); a reestruturação da saúde pública, da assistência social (SPOSATI, 2012, p. 30) e da filantropia

(SANGLARD, 2003); a ampliação da rede educacional pública (CECCON, 1983, p. 31) e do ensino fundamental ao superior (BITTAR, 2012, p. 162); o incremento do transporte público (VASCONCELLOS, 2011, p. 9); o fomento ao crédito estudantil (BACEN, 1976); os planos econômicos, *e.g.*, Milagre Econômico (LAGO, 2009), Plano Cruzado (DOU, 1986) e Plano Real (DOU, 1995); bem como a liberdade religiosa e associativa, que permitiu a disseminação de projetos caritativos, como o das Santas Casas de Misericórdia (FRANCO, 2014, p. 5-25); os clubes de serviço, como Rotary e Lions Clube (SETTON, 1996, p. 1); e afins.

Entretanto, tais mecanismos não foram implementados de modo uniforme e equitativo (CARVALHO, 2020), favorecendo, principalmente, as pessoas que tinham acesso a tais recursos, seja pela proximidade dos postos de atendimento, prioritariamente nos centros metropolitanos, seja pela condição de favorecimento e apadrinhamento político (SPOSATI, 2012, p. 30-31), comum à época, como testemunhado na infância e adolescência por este pesquisador, e amplamente comentado pelos seus parentes e vizinhos. Havia o amigo da previdência social, o outro da farmácia, o prefeito médico que pedia voto e trabalho na eleição, o religioso buscando fiéis, o fulano da capital que gerava estatísticas, e assim por diante. Todos homens brancos², interessados em troca de favores ou benefícios, selecionando tipos que lhe eram convenientes, especialmente outros homens brancos adultos, no entorno do seu centro de poder³.

Foi a aparência branca daquela família que, de modo prevalente, garantiu-lhes superar as adversidades da miséria e da pobreza, blindando-os do “racismo estrutural” (ALMEIDA, 2021, p. 15-16). A cor da pele, em inúmeras ocasiões, abriu oportunidades, gerou empatia e compaixão, com socorro e amparo nos momentos mais críticos. O mesmo não se deu, *e.g.*, com a avó paterna, descendente de negros⁴ e índios⁵, desfalecida na rua por abandono e fome após a viuvez do marido, descendente de italianos. Almeida (2021) ressalta exatamente esse ponto:

[...] O racismo estabelecerá a linha divisória entre superiores e inferiores, entre os bons e os maus, entre os grupos que merecem viver e os que merecem morrer, entre os que terão a vida prolongada e os que serão deixados para morte, entre os que devem permanecer vivos e os

2 Exceto por um casal de japoneses, donos de uma quitanda, que parecia realmente ajudar por caridade.

3 “Para compreender o processo civilizatório, não se pode descontextualizar a vida de nenhum sujeito tampouco deixar de considerar os sentimentos e a possibilidade de sua modificação em relação ao outro. Os sentimentos são poderosos mecanismos de mudança e transformação social.” (DE ALMEIDA, 2012, p. 179).

4 “[...] a miscigenação muitas vezes louvada no país também foi fruto de estupro cometido contra elas. Essa tentativa de romantização da miscigenação procura escamotear a violência.” (RIBEIRO, 2018, p. 166).

5 O exame de ancestralidade de DNA do pesquisador demonstra que tem ascendência branca dominante, mas também de negros e índios, dedutivamente por parte dessa avó, ao menos. Depoimentos familiares apontam a mesma direção.

que serão mortos. E que se entenda que a morte aqui não é apenas a retirada da vida, mas também é entendida como a exposição ao risco da morte, a morte pública, a expulsão e a rejeição. (op. citada, p. 115).

Contudo, mesmo os brancos da primeira geração, vivendo antes dos 1930 e 1940, pouco ou quase nada usufruíram de proteção social, que era praticamente inexistente no Brasil, ficando suscetíveis a inúmeros infortúnios e doenças, especialmente as infecciosas, principal causa de mortalidade no seu tempo (BUCHALLA, 2003, p.338). Pelas narrativas de parentes, o avô paterno, tido por carcamano, faleceu de doença de chagas, desempregado e sem socorro médico, por volta dos 30 anos em Mococa, interior noroeste rural paulista. A avó paterna, já mencionada, morreu logo em seguida de inanição, catando sobras na rua e pedindo ajuda aos passantes, na mesma cidade, com os filhos sendo dados para criação a parentes de São Paulo. O avô materno, descendente de portugueses, parece ter tido uma vida mais longa e de certa riqueza até a fase adulta⁶, antes de se juntar à avó materna, companheira amasiada; porém, deixou seus bens para a primeira esposa e filhos originários, restando apenas uma casinha de cômodos em Cerqueira César, interior sul rural paulista, para morar com a mulher e três filhas. A avó materna, também descendente de portugueses, quando viúva, viu-se constantemente ameaçada pelos enteados, que lhe queriam usurpar a casa e procuravam por herança⁷, mas viveu o suficiente para que suas filhas arrumassem trabalho, tendo falecido antes dos 40 anos. Não há fotos dessa geração, tampouco documentos, que se perderam na maresia dos desmandos da pobreza.

A segunda geração, de pais e tios, nasceu naquele contexto originário de miséria, agravado por doenças, orfandade e seus males mais típicos, *e.g.*: fome, abuso, violência, falta de moradia e incertezas imediatas profundas. Mas sobreviveu, cursando com dificuldade as primeiras séries e tornando-se, pouco a pouco, autodidata. O pai ficou órfão de ambos os genitores entre quatro e seis anos, e foi morar com uma prima mais velha, enquanto sua irmã passou a morar com uma tia, ambos tidos como filhos de criação (GUIMARÃES, 2008), crescendo separados e trabalhando desde cedo em condições insalubres, na capital de São Paulo. Consta que foi em uma empresa química, exposto à agentes nocivos sem a devida proteção⁸ ou registro oficial, como tantos do seu tempo nessas mesmas condições, que o pai adquiriu tuberculose (COSTA, 2017), tida como “o mal do século” (SUPER, 2002). A mãe vitimou-se, por sua vez, da orfandade paterna por volta dos cinco anos, traba-

6 Consta que herdou posses de alguns ancestrais, antepassados da família Marques do Valle, que parecem ter sido bem afortunados (PRADO, 2020; SILVA JÚNIOR, 2018).

7 Como não era casada, a lei não lhe favorecia, e nem às suas filhas (DOU, 1916). A casinha lhe foi concedida por posse e, muito depois, por usucapião. Tampouco estavam ao seu alcance de informação e engajamento os movimentos feministas que buscavam reformas e conquistas sociais (CHEHAB, 2018).

8 Normas de proteção à saúde somente foram editadas pelo Ministério do Trabalho a partir de 1978.

lhando primeiro em casa e na roça⁹ até a adolescência, quando sobreveio a orfanade materna, e depois em São Paulo, como uma espécie de dama de companhia, atraída por falsas promessas de prestimosa senhora, porém tudo o que encontrou foi um quartinho úmido para dormir e muitos afazeres domésticos que não tinham hora para terminar, e nenhum direito trabalhista¹⁰. Trouxe de lá o aprendizado de resignar-se com fé e disciplina, trancar-se no quarto para não ser surpreendida por assédio ou abuso noturno, e um pouquinho de francês, que aprendeu ao ouvir de longe pessoas conversando e lendo alto na sala. Trocou de casa e serviço, mas muito pouco mudou de fato para ela¹¹, acabando por adquirir também a tuberculose. Foi assim que se conheceram, pai e mãe, por volta de 1955 em Campos do Jordão, “cidade sanatório” (JORNAL DA USP, 2019), ambos internados no hospital Bandeira Paulista, lá tendo sido curados e, depois, contratados: ele como auxiliar de almoxarifado em 1947 e ela como assistente hospitalar em 1955. Era a primeira vez que tinham carteira de trabalho assinada e estímulo genuíno para recomeçar a vida, apesar das graves sequelas: ele sem um pulmão e ela com perda auditiva severa, pela medicação da tuberculose.

Então, casaram-se, compraram uma casinha e tiveram filhos, superando temporariamente a pobreza. Até que o pai adoeceu novamente, com hipertensão, levando a família às pressas para o litoral norte paulista, em Caraguatatuba, em 1971, abrindo mão do emprego e de uma vendinha de secos e molhados (VIEIRA, 2020, p. 8); na sequência, descobriu-se tardiamente com câncer, sem tratamento adequado. São poucos os registros dele saudável nesse período, permanecendo acamado por pelo menos sete anos. A mãe-esposa, cuidava dele e dos filhos pequenos, e sustentava a todos com dois benefícios de aposentadoria por invalidez, equivalentes cada um a meio salário-mínimo (CAMARANO, 2016, p. 267), conseguidos a duras penas, embora as razões fossem justas e de direito, por intermédio um amigo alemão que trabalhava na previdência. O uso de medicamentos e procedimentos médicos mantidos em casa levaram-nos à mingua de recursos; não fosse a compaixão de amigos e parentes fracassariam na subsistência¹². O pai nasceu em 1930 e morreu em 1978, aos 48 anos. Ela nasceu em 1927 e morreu em 1994, aos 67 anos, resultado de uma angina e infarto agudo do miocárdio, precedidos de diabetes - não havia tempo e recursos para ela se tratar e prevenir doenças, antes dos filhos se tornarem adultos, mas, ao final, já na década de 1990, com sessenta

9 Trabalhar na roça significava cuidar e cultivar a terra, e cuidar dos animais, ordenhando vacas, recolhendo ovos etc.

10 Os serviços domésticos foram reconhecidos e regulados no Brasil muito anos depois (DOU, 1972).

11 Eram muitas as dificuldades das mulheres de conseguirem trabalhos dignos e galgarem posições sociais, especialmente se jovens e idosas, como ainda hoje demonstra o relatório sobre Idadismo (ONU, 2021b).

12 Aqui mais uma vez a questão racial fez a diferença, pois um vizinho preto, em situações similares, não obteve o mesmo grau de auxílio e compaixão, desfalecendo-se rapidamente.

anos, tinha plano de saúde e pode ser diagnosticada e tratada corretamente.

A terceira geração, que inclui o pesquisador e sua irmã, de Campos do Jordão, e seus primos, da capital e interior paulista, superou a miséria com árduo estudo, trabalho, auxílio de outros amigos e parentes, e o benefício da proteção social mais proeminente, porém não antes da idade adulta. A escola pública, *e.g.*, ajudou suprimindo a principal refeição do dia e mais um lanche, compensando, assim, a qualidade ruim do ensino (BITTAR, 2012, p. 163). A irmã continuou no ensino público até o magistério, dando aulas depois para pagar a faculdade particular em município vizinho, com transporte público gratuito fornecido pela prefeitura. Ela nem tentou as universidades públicas, a 350 quilômetros de distância, em São Paulo, pois estava convencida de que a sua formação elementar era insuficiente, e que não poderia arcar com os custos de viagem ou moradia. Tampouco, recebeu convites ou patrocínio de parentes para que fosse para lá¹³ - eram tempos de chumbo, com tudo o que isso possa significar (O GLOBO, 2021). E mesmo com toda adversidade, conseguiu graduar-se em história, fazendo concursos e trabalhando como professora primária da rede estadual, e como historiadora no arquivo municipal de São Sebastião, no mesmo litoral, com renda suficiente para criar um filho preto com parcimônia¹⁴.

Na infância, a irmã e este pesquisador, atendendo ao desejo paterno, vendiam ioiôs e artesanatos na rua, que ele fazia doente e acamado para complementar a renda, mas sentiam enorme constrangimento, vergonha e medo dos adultos, sucumbindo, mormente, ao fracasso comercial. O pesquisador voltou ao trabalho informal ao final dos doze anos, como operador de copiadora em cartório, e, no ano seguinte, iniciou como porteiro e bibliotecário no colégio interno filantrópico, onde foi estudar por iniciativa própria e alívio da mãe, que via garantido o seu futuro e desincumbia-se do cuidado e educação direta de um adolescente insurgente. Lá concluiu o ensino fundamental e o médio, aprimorando e corrigindo o conhecimento defasado com aulas complementares de música, latim, psicologia, filosofia, religião etc., além de muita leitura espontânea e pesquisas, por incentivo dos dirigentes, professores e demais colegas. O trabalho interno custeava as passagens mensais para visitar a mãe e a irmã, além das despesas escolares. A miséria tinha ficado para trás, mas a pobreza espreitava a todos, exigindo controle e sacrifício.

Ainda na infância, o atendimento médico familiar era prestado, gratuita e satisfatoriamente, pelo posto de saúde municipal e pelo ambulatório e hospital filantrópico da Santa Casa (CMB, 2021) onde este pesquisador foi submetido a importante cirurgia. Acordava-se às quatro horas da manhã e andava-se por cerca de oito quilômetros para pegar a fila, que tinha atendi-

13 A “dominação masculina” (BOURDIEU, 2020) induz contra a mulher uma “violência simbólica”, distribuindo privilégios e hierarquizando as relações socioafetivas de modo estrutural, sistemático e raramente consciente.

14 Seu marido merece um texto à parte. Preto, teve muito mais dificuldades em todas as frentes, morrendo de câncer antes dos cinquenta anos, em circunstância similar ao de seus pais e antepassados.

mento atencioso e eficaz, depois de umas seis horas de espera. O prefeito era médico e incentivava a prevenção e os cuidados com a saúde em geral, o que também fazia toda a diferença, todavia não conseguia resolver questões sanitárias, como o esgoto a céu aberto. A violência na rua era também intensa, assim como os abusos sexuais e a carestia em geral. Poucos vizinhos usufruíam de conforto, como carro e telefone, compartilhados com os demais nas urgências, e a grande maioria grassava em penúria, especialmente negros e idosos. Apesar disso, sem os aparatos da Pirâmide de Maslow (BRITAN-NICA, 2022), aquela pobreza ensinava muito sobre solidariedade e alegria espontânea.

Concluído o colégio interno, o pesquisador tentou o mesmo traçado constricto e resignado da irmã, sem conseguir, no entanto, custear as despesas, por estar desempregado¹⁵, sobrevivendo de favores e aguardando dispensa do serviço militar obrigatório (DOU, 1964). Mas providencialmente¹⁶, foi acudido e instigado por parentes¹⁷ a empenhar-se na disputada conquista de vaga das universidades públicas, gratuitas e bem referenciadas, dominadas por colégios de elite. Aceito o desafio, foi-lhe ofertado singelo emprego em instituição filantrópica, como o qual - ajudado também pelo congelamento de preços do Plano Cruzado (DOU, 1986) -, pode arcar com o curso preparatório do vestibular para suprir a defasagem em matemática, ciências e língua estrangeira. E, ultrapassado “o difícil começo” (CAETANO, 1978), guindou-se ao Curso de Direito da Universidade de São Paulo entre os últimos colocados, abrindo-se vagarosamente as portas àquele pretencioso maltrapilho a ver-se distinto¹⁸.

A quarta geração nasceu e vive bem acima da linha da pobreza, com raríssimas exceções, divididos entre São Paulo e Rio de Janeiro. O núcleo central familiar, *e.g.*, cursa excelentes escolas e faculdades de primeira linha, podendo escolher livremente as carreiras e fazer intercâmbio, algo impensável para as gerações anteriores - as exceções apontam para os descendentes que ainda moram no interior, entre negros de ambos os sexos e mulheres, que atraem para si racismo e discriminação, contra o padrão dominante. Por isso, se constata que não se trata de meritocracia, nem de conquista da liberdade ou da igualdade de oportunidades em um mercado de francas opções. Se o ponto de partida é diferente, mesmo quando se consegue ultrapassar as barreiras dominantes, o resultado é a manutenção das condições de opressão (BOURDIEU, 2004, p. 23).

15 Aqui também o Idadismo (ONU, 2021b), pela dificuldade de acesso de jovens ao mercado de trabalho adulto.

16 Isto é: pelo privilégio de ser dominante, como homem branco tipo.

17 O mesmo braço familiar paterno que acolheu a segunda geração na orfandade, agora no quinto grau de consanguinidade e vínculos de apadrinhamento religioso, renovava seu apoio, dando provas de que uma rede socioafetiva de suporte pode fazer toda a diferença na sobrevivência e na superação da pobreza.

18 Havia ali ao menos dois, dos mais importantes “capitais” de “poder simbólico” do “campo jurídico” (BOURDIEU, 2021) e da “distinção” (*ibid.*, 2011): a credencial da melhor faculdade de Direito do país e a “masculinidade tipo” (*ibid.*, 2020), faltando, apenas, “ter nascido no campo” para “dominar as leis imanentes, não escritas” (*ibid.*, 2004, p. 27).

Enfim, é patente na pesquisa que a proteção social, por ausência de legislação e políticas públicas, era inexistente na primeira geração de 1989 a 1927 - antes de Vargas; fez muito pouco para a segunda, de 1927 a 1964 - pós-Vargas; bem mais para a terceira, de 1964 a 1998 - período militar; e conceitualmente satisfatório, embora não plenamente implementada, para a quarta geração, de 1998 até o presente - Pós-constituição Cidadã; mas isso em termos de serviços públicos e benefícios sociais prestados a pessoas brancas¹⁹, e dividindo-se os períodos pelos nascimentos. E, apesar das deficiências, foi fundamental para a sobrevivência da família e superação da pobreza. Porém, é da mesma forma patente, que foi a condição branca que a tudo favoreceu, e que mais lhes catapultou a privilégios e oportunidades onde quer que estivessem. E, para realçar o fator de dominância e distinções (ibid., 2011), somem-se a isso, *e.g.*: a prevalência cisgênera; o fato de não se ter nenhuma deficiência física aparente ou expressivo déficit mental; de serem praticamente todos paulistas, o estado mais rico e de maior oportunidades da federação; de terem sido educados na pronúncia, no relacionar-se e no “bem-vestir”, discretamente; e de não serem excessivamente obesos ou terem qualquer outra característica socialmente tida por negativa ou degradante, excludente por conseguinte de oportunidades de atenção, cuidado, emprego e ascensão. E de todos, inegavelmente, foram os homens brancos adultos e moradores das grandes cidades que mais facilmente se adequaram ao “*habitus*” (ibid., 2004, p. 28) e usufruíram das prerrogativas do “poder simbólico” como algo normalizado (ibid., 2021, p. 3-13). Já as mulheres, embora secundadas e muito mais oprimidas, foram as que mais resistiram e sobreviveram às adversidades, e ainda guiaram homens para serem mais do podiam, a cada dia, dia após dia, brava e afetuosamente. E algumas, contra todas as probabilidades, superaram homens em conquistas.

Conclusão

Toda pobreza é trágica, e mais trágica é a pobreza de quem não tem como supera-la. Pelo que se pode desvendar nesta pesquisa, o avanço das políticas sociais no Brasil, a filantropia e a solidariedade foram decisivos para que a família investigada superasse a miséria, após quase um século de agruras. Do mesmo modo, pode-se verificar a clara evidência de que os homens brancos adultos e residentes em áreas metropolitanas foram privilegiados em detrimento dos negros, dos idosos, das mulheres, das crianças e de outros marginalizados sociais. A dominação masculina branca prevalece, ainda, irrefutável em todo o círculo familiar, mas é possível observar na quarta geração uma atitude mais empoderada das mulheres, no sentido sociopolítico, e mais cuidadoso e atento dos homens. O franco debate em casa, o amplo debate público, a disponibilidade plena de informações, a influência dos movimentos

19 Pela experiência do entorno da família, a ausência da proteção social para os não brancos-tipo chegaria até 1988.

sociais e dos organismos internacionais possivelmente contribuíram para essa guinada consciencial (DUNKER, 2016, p. 249) e de “*habitus*” (BOURDIEU, 2004, p. 28).

Não há mais, nessa família, casos de abandono de idosos, orfandade extrema ou penúria. Nunca ouve, também, e continua não havendo, preconceito ou discriminação ostensiva em relação às opções sexuais, ao menos desde a década de 1970, pelo que foi investigado, embora o assunto permanecesse ve-lado entre os mais idosos e religiosos de primeira e segunda gerações e fosse motivo frequente de sarcásticas anedotas pelos demais, o que era comum até os anos 2000. Já o *bullying* e o abuso entre jovens e crianças eram intensos, e por qualquer motivo, praticados principalmente por homens brancos e de idade um pouco mais avançada - portanto, com mais força física -, e com melhor poder aquisitivo ou mostras aparentes de conquistas de símbolos sociais, o que hoje inexistente no núcleo central familiar, mas que pode continuar existindo de modo não ostensivo²⁰.

No contexto jurídico e de políticas públicas nacionais, os dados (IPEA apud PINHEIRO, 2007, p. 33) demonstram que há muito a fazer, apesar da Constituição (DOU, 1988) ter introduzido consideráveis avanços sociais. Assistência social e educação, *e.g.*, precisam edificar-se como direitos e não “ajuda”, a fim de gerarem “visibilidade e reconhecimento” público, empoderando os “desassistidos sociais” (SPOSATI, 2012, p. 22), “oprimidos”, à efetiva “autonomia” e “liberdade” (FREIRE, 2011 e 2013). O ativismo judicial (BARROSO, 2022, p. 446), por seu turno, tem feito do poder judiciário um firme protagonista, zelando como guardião constitucional, mas há espaço para muito mais, partindo-se da pesquisa e do ensino jurídico acadêmico mais aberto à efetividade da justiça, e não de modo instrumental, ao contrário, atento a contribuições de outras disciplinas não convencionais, como as aqui utilizadas por referência. É tempo também de se repensar o papel do advogado, do jurista, do magistrado, do legislador, e de todos os demais operadores do Direito, e suas responsabilidades sobre a pobreza e seus estigmas, a fim de que se faça uma sociedade mais justa, ética e equitativa, e não apenas operativa. Temas esses que merecem estudos apartados e amplos debates dialógicos, quiçá também sob a perspectiva de uma pobreza negra e de múltiplos outros semblantes.

Contudo, sabe-se que há um longo caminho a ser percorrido e que, possivelmente, necessitará de outras quatro gerações, no mínimo, para ser consumado, mas já se tem plantadas as sementes e, com elas, “nada será como antes” (GUEDES; NASCIMENTO, 1972).

Referências

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. p. 21. São Paulo: Jandaíra, 2021.

²⁰ Sempre é possível que a violência subsista camuflada, mesmo que dela se previna de todas as formas.

ASSIS; Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**: de acordo com o Provimento n. 136/2009. p. 26. São Paulo: Saraiva, 2011.

BANCO MUNDIAL. **Quase Metade do Mundo Vive com Menos de USD \$5.50 por Dia**. Comunicado à imprensa, 18 out. 2018. Disponível em: www.worldbank.org/pt/news/press-release/2018/10/17/nearly-half-the-world-lives-on-less-than-550-a-day-brazilian-portuguese. Acesso em 13 nov. 2021.

BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BITTAR, Marisa; BITTAR, Mariluce. **História da Educação no Brasil**: a escola pública no processo de democratização da sociedade. *Acta Scientiarum - Education*, Maringá, v. 34, n. 2, p. 157-168, *July-Dec.*, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção**: crítica social do julgamento. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Zouk, 2011.

_____. **A dominação masculina**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

_____. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70 (Almedina), 2021.

_____. **Os usos sociais da ciência**: Por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: UNESP, 2004.

BRASIL. Lei n. 3.071, 1 jan. 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil** (DOU, 1916), Rio de Janeiro, Capital Federal, 5 abr. 1916. Seção 1, p. 133.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, 1 mai. 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil** (DOU, 1943), Rio de Janeiro, Capital Federal, 09 ago. 1943. Ano LXXXII, n. 184, Seção 1, p. 11.937.

BRASIL. Lei n. 3.807, 26 ago. 1960. Dispõe sobre a organização da previdência social. **Diário Oficial da União** (DOU, 1960), Brasília, DF, 5 set. 1960. Seção 1, p. 12.157.

BRASIL. Lei n. 4.375, 17 ago. 1964. Dispõe sobre o serviço militar. **Diário Oficial da União** (DOU, 1964), Brasília, DF, 3 set. 1964. Seção 1, p. 7881, ret. Seção 1, 9 set. 1964, p. 8009.

BRASIL. Lei n. 5.859, 11 de dez. 1972. Dispõe sobre a profissão do empregado doméstico no Brasil, conceituando-a e atribuindo-lhe direitos. **Diário Oficial da União** (DOU, 1972), Brasília, DF, 12 dez. 1972. Seção 1, p. 11.065.

BRASIL. Resolução n. 356, 12 jan. 1976. Dispõe sobre o programa especial de crédito destinado a conceder empréstimos a estudantes. Brasília, DF: **Banco Central do Brasil** (BACEN, 1976). Disponível em: www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1976/pdf/res_0356_v1_o.pdf. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.283, 27 fev. 1986. Dispõe sobre a instituição da nova unidade do sistema monetário brasileiro, do Seguro-Desemprego e dá outras providências (Plano Cruzado). **Diário Oficial da União** (DOU, 1986), Brasília, DF, 28 fev. 1986. Seção 1, p. 3.085.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Constituição).

Diário Oficial da União (DOU, 1988), Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei n. 9.069, 29 jun. 1995. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do Real e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** (DOU, 1995), Brasília, DF, 30 jun. 1995. Seção 1, p. 9.621.

BRITANNICA. **Abraham Maslow**. Encyclopedia Britannica, 23 Jun. 2022. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/Abraham-H-Maslow>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BUCCI, Maria P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. p. 195. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCHALLA, Cássia M.; WALDMAN, Eliseu A.; LAURENTI, Ruy. **A mortalidade por doenças infecciosas no início e no final do século XX no Município de São Paulo**. Revista Bras. Epidemiologia, vol. 6, n. 4, p. 335-344, 2003.

CAETANO, Veloso. **Sampa**. Letra e música. Álbum: Muito: dentro da estrela azulada (1978).

CAIRES, Luiza. Campos do Jordão: epidemia de tuberculose deu origem à cidade sanatório que hoje é destino turístico. **Jornal da USP**, São Paulo, 11 mar. 2019, caderno de Ciências Humanas.

CAMARANO, Ana A.; FERNANDES, Daniele. A previdência social brasileira. In: **Política nacional do idoso: velhas e novas questões**. ALCÂNTARA, Alexandre O. et al. Cap. 10, p. 265-294. Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

CECCON, Claudius; DE OLIVEIRA, Miguel D.; DE OLIVEIRA, Rosiska D. **A vida na escola e a escola da vida**. Petrópolis: Vozes/IDAC, 1983.

CHEHAB, Isabelle M. C. V. **Movimentos feministas no Brasil: ciclos históricos, velhos desafios e novas propostas de resistência no contexto da pós-democracia**. Themis: Revista da Esmec, v. 16, n. 2, p. 71-89, 2018.

CMB. **Quem somos**. Confederação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos. Disponível em: <https://www.cmb.org.br/cmb/index.php/institucional/quem-somos>. Acesso em 13 nov. 2021.

CORTINA, Adela. **Aporofobia, a aversão ao pobre: um desafio para a democracia**. Kindle. São Paulo: contracorrente, 2020.

COSTA, Sebastião O. **Pneumonia X Tuberculose**. João Pessoa: UNIMED João Pessoa, 2017.

DA SILVA JÚNIOR, Gesiel. **Santa Bárbara: seu monge e sua igreja**. p. 22 e seg. São Paulo: Arcádia, 1998.

DE ALMEIDA, Carlos A. L. **Vamos colocar o preto no branco?** SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 175-185, ago. 2012.

DE CARVALHO, José M. **Cidadania no Brasil: O longo caminho**. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

DE VASCONCELLOS, Eduardo A.; DE CARVALHO, Carlos H. R.; PEREIRA, Rafael H. M. **Transporte e mobilidade urbana**. Textos para Discussão CEPAL-I-

PEA, 34. Brasília: CEPAL/IPEA, 2011.

DO LAGO, Luís A. C. *et. al.* **Milagre Econômico Brasileiro**. FGV/CPDOC. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/milagre-economico-brasileiro>. Acesso em: 18 nov. 2021.

DUNKER, Christian. **Por que Lacan?** 1. ed. São Paulo: Zagodoni, 2016.

FRANCO, Renato J. O modelo luso de assistência e a dinâmica das Santas Casas de Misericórdia na América portuguesa. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 53, p. 5-25, jan-jun. 2014. Resumo.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 70ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2021.

_____. **Pedagogia do oprimido**. 78ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.

GUEDES, Beto; NASCIMENTO, Milton. **Nada será como antes**. Letra e música. Álbum: Clube da Esquina (1972).

GUIMARÃES, Janaína R. **Filhos de criação: o valor jurídico do afeto na entidade familiar**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008. Disponível em: ibdfam.org.br/artigos/424/Filhos+de+criação++o+ valor+jur%C3%ADdoc+do+afeto+na+Entidade+Familiar. Acesso em: 19 nov. 2021.

HELAL FILHO, William. ‘Apesar de você’: O hino de Chico Buarque que a ditadura censurou após levar drible do poeta. **O Globo**, Rio de Janeiro, 7 mai. 2021. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/blog-do-acervo/post/apesar-de-voce-o-hino-de-chico-buarque-que-ditadura-censurou-depois-levar-por-debaixo-das-pernas.html>. Acesso em: 19 nov. 2021.

HESPANHA, António M. **Cultura Jurídica Europeia: a história do direito na formação dos juristas**. p. 24. Coimbra: Almedina, 2019.

HUGO, Victor. **Les Misérables. Tome III, II Le Bas-Fond**. Curitiba: JM, 2013. Kindle, edições completas, 5 volumes, edição francesa.

IBGE. **Linha do tempo: síntese da história do IBGE (1936-2016)**, 2017. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível em: <https://memoria.ibge.gov.br/sinteses-historicas/linha-do-tempo>. Acesso em: 17 nov. 2022.

ONU. **Guiding Principles on business and human rights: Implementing the United “Protect, Respect and Remedy” Framework (RUGGIE PRINCIPLES)**. United Nations - Office of the high commissioner. p. 1. New York and Geneva, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 19 nov. 2021.

_____. **Pobreza** (2021a). *ONU News - Organização das Nações Unidas*. Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental. Disponível em: <https://unric.org/pt/eliminar-a-pobreza/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

_____. **Relatório mundial sobre o Idadismo: resumo executivo** (2021b). Organização das Nações Unidas. Organização Mundial da Saúde (OMS). Disponível em: <https://www.who.int/pt/publications/i/item/9789240020504>. Acesso em: 17 nov. 2022.

PINHEIRO, Luana *et. al.* **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. 3.

ed. Brasília: IPEA, 2009. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3223/1/Livro_Retrato

Desigual .pdf. Acesso em: 19 nov. 2021.

PRADO, Celso; PRADO, Junko S. **Razias**: incursões predatórias em territórios indígenas do Vale do Paranapanema, a partir do Pardo santa-cruzensense. p. 457 e seg. (2018). Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=bOP0DwAA-QBAJ&pg=GBS.PA4&hl=pt>. Acesso em: 13 nov. 2021.

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** 1ª. ed. Kindle: Companhia da Letras, 2018.

ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil**: afinal de que se trata? p. 9-11. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SANGLARD, Gisele. **Filantropia e assistencialismo no Brasil**. História, Ciências, Saúde. Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 10(3):1095-98, set-dez., 2003.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. p. 2-3. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

SETTON, Maria G. J. **Clubes de Serviço**: ou “clubes de capital social simbólico”. CERU, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 135-148, 1996.

SPOSATI, Aldáiza; *et al.* **Os direitos (dos desassistidos) sociais**. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2012.

SUPER. **O mal dos séculos, a tuberculose**. Super Interessante, 31 mai. 2002 (31 out. 2016). Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/o-mal-dos-seculos-a-tuberculose/>. Acesso em: 18 nov. 2022.

VIEIRA, Karime M. G.; HARDT, Letícia P. A. **Desenvolvimento econômico e mudança cultural**: armazéns de secos e molhados na cultura e memória brasileira, Revista OIDLES, vol. 14, n. 29, 2020.

OS TRIBUTOS EXTRAFISCAIS E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA: CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS PELO ACESSO À TECNOLOGIA ASSISTIVA

Adriano Fernando Segantin

Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”
- Franca/São Paulo

Resumo:

Pessoas com deficiência sempre foram vítimas de preconceito, discriminação e exclusão. Cotidianamente não têm condições de usufruir dos mesmos direitos das outras pessoas, fundamentalmente, pelos seus impedimentos físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais confrontados com as barreiras que lhes são impostas. Barreiras que podem ser amenizadas ou eliminadas pela utilização de tecnologia assistiva. Trata-se de uma ampla gama não apenas de produtos, mas também de equipamentos, serviços, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias e práticas cujo objetivo é exatamente o de amenizar ou idealmente eliminar as barreiras que impedem as pessoas com deficiência de usufruir os mesmos direitos que as demais. Essa tecnologia pode ser entendida como qualquer equipamento ou sistema que ajude alguém a superar as dificuldades decorrentes da sua deficiência. Ainda que não elimine a deficiência, proporciona auxílio para essas pessoas potencializando suas forças e demonstrando suas habilidades. Empreendeu-se uma pesquisa jurídico-dogmática de modelo hermenêutico com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica pela qual, a partir da indagação inicial, questionando o impacto da redução da tributação na utilização da tecnologia assistiva por pessoas com deficiência como fator determinante para lhes facilitar o alcance de seus direitos em igualdade de condições com as demais pessoas, promovendo-lhes inclusão social, destacou-se a importância da desoneração dessa tecnologia para garantir-lhes inclusão na sociedade e igualdade, porque ela contribui para promover vida independente, proporcionando integração, autonomia e acesso pleno na sociedade, o que resulta em qualidade de vida e inclusão social.

Palavras-chave: Tributação; Tecnologia assistiva; Inclusão; Pessoa com deficiência.

O dever de pagar tributos

Os agrupamentos sociais organizados em Estados devem ser capazes de atender as necessidades dos seus integrantes. Diz-se necessidades sociais ou públicas. Tais necessidades são aquelas que nascem da vida em sociedade e se satisfazem no momento em que o Estado atua em favor dos integrantes. O atendimento aos assim chamados direitos sociais, pois realizados em benefício de todos, implica no surgimento de despesas públicas que são suportadas pela tributação. Esses direitos, pela sua própria natureza geram ao Estado um dever de agir positivamente, o que implica em gastos para o atendimento dessas demandas sociais. Os recursos para a concretização desses direitos sociais advêm, em grande medida, da tributação.

Nesse sentido a lição de Leandro Paulsen:

Aliás, resta clara a concepção da tributação como instrumento da sociedade quando são elencados os direitos fundamentais e sociais e estruturado o estado para que mantenha instituições capazes de proclamar, promover e assegurar tais direitos. Não há mesmo como conceber a liberdade de expressão, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, o exercício do direito de propriedade, a garantia de igualdade, a livre iniciativa, a liberdade de manifestação do pensamento, a livre locomoção e, sobretudo, a ampla gama de direitos sociais, senão no bojo de um Estado Democrático de Direito, Social e Tributário. (PAULSEN, 2008, p. 137)

O Estado deve gerar os recursos não apenas para sua própria manutenção e a dos governos que o administram, mas também para que preste aos indivíduos aqueles direitos para uma vida em comum e próspera de todos os seus integrantes.

É um dever que obriga todos os indivíduos indistintamente, para contribuírem com parcela de seus recursos para o desenvolvimento do Estado e da sociedade como um todo.

Schoueri, ensina que:

A existência de um Estado implica a busca de recursos financeiros para sua manutenção. Com efeito, numa perspectiva histórica, pode-se contemplar a existências de tributos desde tempos imemoriais. As mais primitivas formas de organização social já relatavam alguma espécie de cobrança para gastos coletivos, como os dízimos, cobrados no século XIII a.C. sobre frutos, carnes, óleo e mel. (SCHOUERI, 2011, p. 119)

Sacha Calmon (1998, p. 267) pontua que *o exercício da tributação é fundamental aos interesses do Estado, tanto para auferir as receitas necessárias para a realização dos seus fins, quanto para utilizar o tributo como instrumentos extrafiscal.*

Geraldo Ataliba (1968, p. 29), afirmou que o dever de pagar tributos nada mais era do que *a transferência de dinheiro das pessoas privadas, submetidas ao*

poder do Estado, para os cofres públicos, corroborando, dessa maneira, com a tese de que se tratava da imposição de um dever, pelo Estado, aos indivíduos.

Em poucas palavras, o tributo é a principal fonte de recursos para o Estado cumprir suas tarefas.

É sabido que o Estado, no exercício de sua soberania, tem o poder de exigir tributos de seus cidadãos. Com o fim de satisfazer o bem comum, e como organizador máximo da soberania tem de dispor do aparelhamento indispensável à sua organização, destinada a atender aos interesses do povo e por isso necessita de meios para cumprir seus fins. Um dos aspectos da soberania de um Estado é o seu poder de adentrar no patrimônio dos particulares, exigindo-lhes as receitas de que necessita, dentro, é claro do que estiver legalmente previsto.

Incontáveis são as classificações dos tributos; uma delas é de especial relevo para o desenvolvimento dessa pesquisa, aquela investiga os valores finalísticos que o legislador imprime na instituição dos tributos.

Para os objetivos dessa pesquisa, damos especial destaque à classificação dos tributos de acordo com suas três funções

A primeira delas e de extrema importância é a função fiscal, pela qual o Estado arrecada os recursos necessários para sua manutenção, para que exerça suas atribuições e consiga gerir a máquina pública. Perceptível quando o dinheiro dos contribuintes é repassado ao Estado porque ele precisa de meios para o exercício de suas atividades, cabendo aos tributos, precipuamente, a função de angariar fundos aos cofres das pessoas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Diz-se que os tributos cuja finalidade seja meramente arrecadatória são dotados de fiscalidade.

Se o objetivo visado pela lei de incidência seja o de prover de recursos a entidade arrecadadora, diz-se que os tributos têm finalidade arrecadatória ou fiscal. Assim se a instituição de um tributo visa, precipuamente, a abastecer de recursos os cofres públicos (ou seja, a finalidade da lei é arrecadar), ele se identifica como um tributo de finalidade arrecadatória. (AMARO, 2006, p. 89)

Fala-se, assim, em fiscalidade sempre que a organização jurídica do tributo denuncie que os objetivos que presidiram sua instituição, ou que governam certos aspectos da sua estrutura, estejam voltados ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos, sem que outros interesses - sociais, políticos ou econômicos - interfiram no direcionamento da atividade impositiva. (CARVALHO, 1997, p. 145)

A norma tributária modalizada na função fiscal, em vista das prescrições constitucionais que tratam do princípio da igualdade e de seus critérios gerais de discriminação, tem como finalidade distribuir igualmente os encargos dos tributos entre os contribuintes. Não há qualquer finalidade subjacente à distribuição igualitária dos encargos nas normas fiscais, sendo esta, inclusive, a característica que as diferencia das normas tributárias extrafiscais: a finalidade. A igualitária distribuição da carga tributária entre os contribuintes passa

a ser encarada como a única finalidade que pode ser ostentada pelas normas tributárias com função fiscal. A função fiscal modaliza a tributação para o objetivo de angariar recursos, sendo certo concluir que sua finalidade, neste caso, é exclusivamente distribuir de maneira igualitária a carga tributária entre os contribuintes. (BOMFIM, 2014, p. 30)

Uma segunda função que é atribuída aos tributos é a função parafiscal, na qual o tributo possui a finalidade de arrecadar recursos para custear as atividades do Estado, porém essas atividades não são diretamente exercidas por ele. As entidades não são públicas, mas procuram efetivar políticas sociais. Além disso, essas funções exercidas não são de direta e relevante responsabilidade do Estado. Quando falamos de fiscalidade, estamos nos referindo ao financiamento do setor público, no caso dos tributos ditos parafiscais arrecadação é destinada ao custeio de atividade paraestatal, ou seja, atividade exercida por entidades privadas, mas com conotação social ou de interesse público.

Em resumo, seria a arrecadação feita pelo Estado e repassada para entidades que promovem atividades específicas de melhoria da sociedade e economia, que, porém, não são deveres primordiais em que o Estado deva intervir diretamente. É como se houvesse a delegação por parte ao Estado ao ente parafiscal, para que o mesmo exerça determinada função social. Os exemplos clássicos de tributos parafiscais são as contribuições destinadas ao Sistema S (SESI, SENAC, SENAI, SESC) à OAB e a contribuição sindical.

Por fim, um tributo pode ter função extrafiscal, que ocorre quando o Estado usa os tributos como meio de intervenção na sociedade e na economia. A finalidade principal do Estado nesses tipos de tributos não é meramente a de arrecadar, mas sim regular, buscar, em alguns casos, equilíbrio, incentivar, etc. As normas tributárias extrafiscais são utilizadas como instrumento de consecução das finalidades constitucionais. Geralmente, é vista a aplicabilidade dessa função quando o Estado propõe isenção de tributos, incentivo econômico, redução de alíquotas, etc.. Exemplificativamente podemos citar a redução da alíquota de algum imposto que resultará na redução do preço tornando aquele bem mais atrativo economicamente.

Paulo de Barros afirmou que *extrafiscalidade consiste no emprego de instrumentos tributários para o atingimento de finalidade não arrecadatórias, mas, sim, incentivadoras ou inibitórias de comportamentos, com vista à realização de outros valores constitucionalmente contemplados* (CARVALHO, 1997, p. 146)

Seja pela aplicação das imunidades, das isenções ou dos benefícios fiscais, o Estado pode - no dizer de Paulo de Barros Carvalho - obter metas que prevaleçam sobre os fins simplesmente arrecadatórios de recursos monetários. Ao utilizar a norma tributária para a regulação de condutas objetivando a realização de valores erigidos no ordenamento, tem-se claro exemplo de atuação do fenômeno da extrafiscalidade.

A extrafiscalidade pressupõe a utilização de normas tributárias indutoras cuja finalidade é incentivar o contribuinte a adotar comportamentos desejados pelo legislador.

Mario Augusto Carboni destaca

A função promocional do Direito é o aspecto que o diferencia dos demais subsistemas sociais, sendo que essa promoção evidencia-se por meio de sanções positivas previstas nas normas jurídicas incentivadoras e premiadoras e encorajam a promoção e realização de atos socialmente desejáveis [...] torna-se possível justificar o Direito Tributário como instrumento que por meio de normas jurídicas, além de regular o poder de tributar com vistas à satisfação do interesse arrecadatório do Estado Fiscal e em proteção às garantias e liberdades fundamentais dos contribuintes, apresenta-se hábil e capaz de revelar e conduzir certa matiz jusfuncional incentivadora ou indutora de comportamentos.(CARBONI, 2017, p. 219/220)

Nesse contexto surge uma concepção pela qual a relação tributária é dirigida num primeiro momento à arrecadação, mas também servirá para a manutenção de um estado de direitos e responsabilidades cujo objetivo é a promoção social de todos os indivíduos que fazem parte do Estado. *A análise da fenomenologia impositiva lastreada apenas na visão formal do direito, é insuficiente.* (MARTINS, 1998, p. 27)

Pode-se notar claramente se a norma tem função extrafiscal *nas hipóteses que demonstrem necessário incentivar ou desestimular determinado comportamento no mercado econômico ou na sociedade com vistas à manutenção do equilíbrio entre os objetivos e finalidades encampados pela Constituição Federal* (CARBONI, 2017, p. 227)

Ainda que imbuídas de evidente propósito extrafiscal, importante destacar que a norma tributária extrafiscal não pode se afastar do núcleo de garantias fundamentais dos contribuintes, sendo-lhes aplicadas todas as limitações constitucionais ao poder de tributar.

A pessoa com deficiência

A Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com deficiência e seu protocolo facultativo foram adotados pela ONU em 13 de dezembro de 2006 sendo que, o conceito de pessoa com deficiência está veiculado logo no artigo 1 (propósito) daquele instrumento, com a seguinte redação:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (ONU, 2006)

A redação desse artigo evidencia que a deficiência é um conceito em evolução e condição inerente a todo ser humano. Algumas barreiras atitudinais e ambientais, fruto da própria sociedade, da natureza e do nosso modo de vida, impedem que algumas pessoas tenham sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A Convenção abandona o caráter assistencialista dos documentos anteriores e passa a ter uma índole fundamentada nos direitos quando preceitua expressamente, por exemplo, no seu artigo 10, que a pessoa com deficiência tem o direito à vida em igualdade com outros seres humanos

A Convenção e seu protocolo facultativo foram encaminhados à Câmara dos Deputados e tramitaram com a equivalência de Emenda Constitucional, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal (incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 8/12/2014).

Em 9 de julho de 2008, a Convenção e o protocolo facultativo foram ratificados com equivalência de Emenda Constitucional pelo Senado através do Decreto Legislativo nº 186. Em agosto, o Governo Brasileiro depositou o instrumento de ratificação desses dois documentos junto ao Secretário-Geral na sede da ONU. Um ano depois, a Convenção e seu Protocolo foram promulgados pelo Presidente da República através do Decreto nº 6.949. (BRASIL, 2009)

Fica dessa forma demonstrado o papel de destaque da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

Buscando seu fundamento de validade em todo o texto da Carta Maior de maneira geral, mas de modo particular e específico no texto da Convenção - agora recepcionada como norma constitucional -, o legislador ordinário procurou regulamentar os direitos ali estabelecidos e elaborou a denominada Lei Brasileira de Inclusão, o Estatuto da Pessoa com deficiência veiculado pela lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015 com o objetivo de concretizar os direitos das pessoas com deficiência, notadamente o direito às políticas públicas de inclusão na sociedade da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida.

Seu artigo primeiro, aliás, afirma a correspondência que há entre o Estatuto e os compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil ao ratificar a Convenção, ao estabelecer, textualmente:

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. (BRASIL, 2015)

A lei Brasileira de Inclusão, tem como principal premissa oferecer uma perspectiva diferente sobre a definição de deficiência. Se antigamente a palavra era vista pela lei como uma condição enfrentada por determinadas pessoas, hoje ela é vista sob o prisma das barreiras que podem tornar alguns espaços físicos e sociais inaptos para receber essas pessoas de maneira adequada.

Ao longo das eras sempre houve preconceito em relação às pessoas com deficiência, sendo que por muito tempo era pacífica a noção de que eram

inúteis e sua condição pessoal de incapacitados justificaria sua exclusão da sociedade.

Pelo magistério da professora Flavia Piva Almeida Leite (LEITE, 2007, p.112) desde a Grécia antiga, com Platão, que preconizava que os filhos defeituosos deveriam ser abandonados para morrer, passando por Licurgo, a orientação era o extermínio das pessoas com deficiência.

A existência de pessoas com limitações de toda natureza sempre existiu na História da Humanidade, sendo que a preocupação da sociedade para com as pessoas que possuem alguma deficiência não vem de hoje.

Com o advento da Revolução industrial a situação tornou-se ainda pior pois, além da exclusão das pessoas nascidas com deficiência, esse contingente aumentou em virtude dos excessos da jornada de trabalho, atividades insalubres e condições inadequadas para o trabalho o que provocava lesões e mutilações.

Podemos afirmar que o mundo efetivamente só voltou seus olhos às dificuldades das pessoas com deficiência a partir do advento das duas grandes guerras. A esse tempo, os soldados que voltaram mutilados do front de batalha, enfrentavam então uma luta ainda mais inglória. Como vencer a exclusão, o preconceito e se reinserir na vida cotidiana.

Com a positivação da dignidade humana como valor jurídico a ser protegido, ocorrida após o fim da Segunda Guerra Mundial, o advento da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre 1945 e 1948, a comunidade internacional passou a buscar respostas aos horrores produzidos pelas Grandes Guerras, criando e fortalecendo um sistema global de proteção de direitos humanos.

Desde então, as pessoas com deficiência passaram a ser reconhecidas como sujeitos titulares de direitos em primeiro lugar, independentemente de sexo, raça, origem, idade, classe social, religião ou quaisquer outras condições físicas, sensoriais ou intelectuais. A deficiência é, pois, uma das características da diversidade humana.

Ao compararmos os aspectos trazidos pela Convenção da ONU sobre com direitos das pessoas com deficiência, e o correlato tratamento jurídico veiculado pela lei brasileira de inclusão com a situação que essas pessoas enfrentaram ao longo da história, é inegável que tenha havido uma notável evolução.

Evolução essa perfeitamente justificável, especialmente se levarmos em consideração o formidável contingente de pessoas com deficiência nos tempos atuais.

Em todo o mundo, segundo o Relatório Mundial sobre a deficiência, mais de um bilhão de pessoas convivem com alguma forma de deficiência, dentre os quais cerca de 200 milhões experimentam dificuldades funcionais consideráveis. Nos próximos anos, a deficiência será uma preocupação ainda maior porque sua incidência tem aumentado. Isto se deve ao envelhecimento das populações e ao risco maior de deficiência na população de mais idade,

bem como ao aumento global de doenças crônicas tais como diabetes, doenças cardiovasculares, câncer e distúrbios mentais. (WHO, 2012)

No cenário doméstico, os números também são bastante expressivos.

O número de pessoas com deficiência no Brasil é representado por um contingente de cerca de 12 milhões de pessoas, ou seja, 6,7% das 190.755.048 recenseadas em 2010. (IBGE, 2010). Tanto os números globais quanto aos nacionais são impactantes.

Aliado a isso, as pessoas com deficiência estão entre as mais marginalizadas e estigmatizadas no mundo, possuindo, naturalmente, impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que, em interação com uma ou mais barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na vida em sociedade.

Se encontram em uma situação de vulnerabilidade, devendo ser tutelados de forma diferenciada, na medida justa de suas desigualdades, para que possam estar em condições de igualdade com o próximo, de forma a efetivar princípios constitucionais de igualdade e dignidade da pessoa humana.

Tecnologia assistiva

A Lei Brasileira de Inclusão, no artigo 3º inciso III, conceitua tecnologia assistiva nos seguintes termos:

Tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social. (BRASIL, 2015)

Nesse sentido tem-se como principal contribuição da tecnologia assistiva a atenuação ou eliminação do fosso existente entre as habilidades funcionais de um indivíduo e as demandas cotidianamente impostas, inclusive pela melhoria de vários aspectos físicos com o consequente aumento de sua qualidade de vida.

No dizer de Rodrigues & Alves (2013, p.174) *podemos identificar como objetivo essencial a qualidade de vida, com referência a processos que favorecem, compensam, potencializam ou auxiliam habilidades ou funções pessoais comprometidas por algum tipo de deficiência.*

Outro aspecto importante da tecnologia assistiva está relacionado ao fato de que ela pode também proporcionar até mesmo uma melhoria na autoestima ao diminuir a frustração da pessoa com deficiência por não completar determinada tarefa, por exemplo. É intuitivo pensar que o uso dessas tecnologias resulta em realização pessoal e propicia um encorajamento à independência e autonomia desses indivíduos. Esses recursos ajudam a tornar a vida das pessoas com deficiência mais fácil e agradável. A falta de mobilidade

urbana, por exemplo, tira o ânimo e abre espaço para raiva, culpa, angústia.

Para as pessoas sem deficiência, a tecnologia torna as coisas mais fáceis. Para as pessoas com deficiência, a tecnologia torna as coisas possíveis. (RADABAUGH, 1993 apud OLIVEIRA, 2019, p. 319)

Quando a pessoa com deficiência tem garantido seu direito à acessibilidade, ela tem condições de superar as barreiras que lhes são impostas, tendo com isso a possibilidade de participar plena e efetivamente na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Embora o baixo grau de sofisticação envolvido, até mesmo uma bengala, os óculos com grau, ou ainda um prosaico engrossador de lápis utilizado para facilitar a escrita de pessoas com dificuldade motora, se enquadram no conceito de tecnologia assistiva. Todavia, parcela considerável da tecnologia assistiva é composta de produtos, equipamentos, serviços e estratégias sofisticados. Sofisticação que resulta, inexoravelmente, em alto custo de aquisição. Mas, à semelhança da bengala ou do engrossador de lápis, são todos produtos de tecnologia assistiva, afinal todos têm o condão de diminuir e eliminar barreiras e propiciar acessibilidade.

Já existem iniciativas cuja finalidade é facilitar o o acesso das pessoas com deficiência à essa tecnologia, como a do governo brasileiro que instituiu o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver sem Limite, que tem por objetivo orientar uma rede composta por 20 núcleos de pesquisa em universidades públicas para estabelecer as diretrizes e coordenar ações de desenvolvimento de tecnologia assistiva, bem como articular a atuação dos centros de produção científica e tecnológica em todo o país. (BRASIL, 2011)

Além disso, a Lei Brasileira de Inclusão preceitua que o Poder Público tem obrigação de desenvolver plano específico de medidas que tenha por finalidade facilitar o crédito para aquisição de tecnologia assistiva; simplificar e priorizar os procedimentos de importação dessa tecnologia; a criação de mecanismos de fomento de pesquisa e à produção de tecnologia assistiva; a incidência tributária menos gravosa a ser aplicada à tecnologia assistiva e, por fim, a criação de medidas que facilitem e agilizem o processo de inclusão de novos recursos de tecnologia assistiva no rol de produtos distribuídos pelo Sistema Único de Saúde. (BRASIL, 2015)

Com efeito, ao fomentar e incentivar a elaboração e aplicação de políticas públicas voltadas especificamente em favor da pessoa com deficiência estamos diante de medidas de discriminação positiva cuja finalidade é propiciar a equiparação de oportunidades entre essas pessoas e as demais.

Conclusões

As pessoas com deficiência estão entre as mais marginalizadas e estigmatizadas no mundo, possuindo, naturalmente, impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que, em interação com uma ou mais barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na vida em sociedade.

Tecnologia assistiva ou ajuda técnica é o rol de produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social.

Quanto mais sofisticada for essa tecnologia mais onerosa se torna sua aquisição, o que acaba por inviabilizar sua ampla utilização por todas as pessoas que dela necessitam.

A instituição de tributos com caráter extrafiscal incidente sobre a tecnologia assistiva pode servir como um instrumento de consecução das finalidades constitucionais de inclusão das pessoas com deficiência.

Referências

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006.
- ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- BOMFIM, Diego Marcel Costa. **Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle**. São Paulo (Tese de Doutorado), USP, 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. DF, 1998.
- BRASIL. **Lei 13.146 de 06 de julho de 2015**. Lei Brasileira de Inclusão. Brasília/DF, 2015.
- BRASIL. **Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Brasília/DF, 2009.
- BRASIL. **Decreto 7.612 de 17 de novembro de 2011**. Institui o Plano Viver sem Limites. Brasília/DF, 2011.
- CARBONI, Mario Augusto. **Regime tributário a extrafiscalidade e a função promocional do Direito**. Franca. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP n° 33, 2017.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **XII Censo demográfico de 2010**. Brasília/DF, 2010.
- LEITE, Flávia Piva Almeida. **O município acessível à pessoa portadora de deficiência**, São Paulo: RCS Editora, 2007.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria da Imposição Tributária**, 2ª ed. São Paulo: LTR 1998.

OLIVEIRA, Ana Irene Alves de. **Tecnologia Assistiva**. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, 2ª. ed. São Paulo: SARAIVA, 2019.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Nova Iorque, 2006.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 1ª Ed., Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2008.

RODRIGUES & ALVES. **Tecnologia Assistiva. Uma Revisão Do Tema**. São Paulo, Holos, 2013.

SCHOUERI. Luís Eduardo. **Direito Tributário**, São Paulo: Saraiva, 2011.

WHO. World Health Organization. The world bank. **Relatório mundial sobre a deficiência**. Washington, 2012.

UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR SOBRE A INCLUSÃO DIGITAL DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E IDOSOS NO REGIME DE HOME OFFICE DURANTE O PERÍODO PANDÊMICO

Guilherme Burzynski Dienes

Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”

Resumo:

A capacitação e inclusão digital de pessoas idosas e com deficiência se apresenta como um compromisso assumido pelo Estado brasileiro e imposto à sociedade civil, que teve a sua efetividade testada com o advento do cenário pandêmico onde a preservação da vida e da família exigia o distanciamento social e a adoção em massa do regime de *home office* e do teletrabalho. Essas pessoas estariam preparadas para se adaptar a essa solução sanitária ou a exclusão era iminente certa? Analisa-se os dados da Relação Anual de Informações Sociais de 2019 e o relatório do Sistema Nacional de informações sobre deficiência para responder essa pergunta, abordada através do método indutivo com o emprego de revisão bibliográfica e análise documental. As conclusões demonstram que a despeito das boas intenções, a adoção do *home office* ou teletrabalho representa uma ameaça de desemprego imediata e arrisca diretamente a autonomia e os meios de subsistência digna das pessoas idosas e das pessoas com deficiência, tornando-as dependentes de parcas políticas assistenciais brasileiras que firmam um compromisso político indissolúvel com o subdesenvolvimento e o atraso.

Palavras-chave: Teletrabalho; Home office; Idoso; Pessoa com deficiência; Exclusão social.

Introdução

Como forma de preservar a vida dos trabalhadores e de suas famílias no cenário pandêmico houve a adoção em massa do regime de *home office* sob os moldes recém-insertos na legislação brasileira pela figura do teletrabalho, prevista no art. 75-A e seguintes, então delineados pela Lei 13.467/2017. Essa virtualização do ambiente de trabalho se deu em concomitância com a expansão da automação de diversos postos de trabalho, eliminando tarefas de baixa

complexidade e o ganha-pão de quem antes as realizava.

Como consequência, a exclusão digital passa a corresponder à exclusão social e a não empregabilidade: com a experiência e a aptidão profissional relegadas a um segundo plano, a prioridade se torna proficiência e completo domínio do suporte tecnológico aplicado a cada atividade laboral em apreço.

Ao trabalhador é exigida uma constante reinvenção de sua forma de atuação, um aprimoramento e capacitação permanente não apenas em seu mister profissional como no uso dessas novas formas tecnológicas de trabalho, o que exige investimentos específicos para custear tais treinamentos.

A lei brasileira incumbe às empresas a acessibilidade no ambiente do trabalho e o fornecimento de cursos, treinamentos e educação continuada às pessoas com deficiência, por inteligência dos arts. 34 e 37 da Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL, 2015). Exige-se acessibilidade e não discriminação nas relações de trabalho das pessoas idosas cabendo ao Poder Público a criação e fomento de programas de “profissionalização especializada [...] aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas”, nos termos do inciso I, art. 28 e art. 27, da Lei 10.741/2003 (BRASIL, 2003).

Determinações que dialogam com o direito à educação e ao dever do Estado a promover “a educação e formação do idoso no uso das novas tecnologias da informação e das comunicações (TICs) para minimizar a brecha digital, geracional e geográfica e aumentar a integração social e comunitária” (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 2015), nos termos do art. 20, alínea “d”, da Convenção Interamericana sobre a proteção dos direitos humanos dos idosos de 2015, compromisso internacional assinado porém ainda não ratificado pelo Brasil.

Ante essas obrigações de custeio eis a problemática abordada: os idosos e as pessoas com deficiência estariam preparados para a adoção do *home office* ou do regime de teletrabalho obrigatório durante o período pandêmico? A implementação dessa forma de trabalho corresponde a um risco de desemprego e de exclusão social desses grupos sociais?

O objetivo desse artigo é compreender essas questões por meio de revisão bibliográfica e análise documental abordadas pelo método indutivo, tendo como ponto inicial de análise os dados levantados pelo Sistema Nacional de Informações sobre Deficiência sobre o índice de emprego e escolaridade da pessoa com deficiência de 2019 (FIOCRUZ, 2022), bem como os microdados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) do ano de 2019 com relação à escolaridade de trabalhadores idosos (BRASIL, 2022b).

Inicia-se a exposição contextualizando o tratamento legal da matéria e a delimitação da amostra com relação a esses microdados da RAIS no tocante às pessoas idosas inseridas no mercado formal de trabalho em 2019.

A inclusão digital e a proteção aos trabalhadores com deficiência e às pessoas idosas

Reputa-se como idosa a pessoa com “idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos” pelo teor do art. 1º da Lei 10.741/2003, diploma conhecido como Estatuto da Pessoa Idosa (BRASIL, 2003). O implemento desse critério etário pelo trabalhador deve ser acompanhado de uma proteção distinta visando garantir a efetividade de seus direitos fundamentais, dentre eles o direito à profissionalização e ao trabalho, respeitadas as suas condições físicas, intelectuais e psíquicas (art. 26), vedando-se a discriminação com base exclusivamente na idade, salvo cargos cuja natureza torne impeditiva a sua participação (art. 27).

Releva-se a garantia de acessibilidade que guia todo o diploma normativo, mas se faz textualmente expressa com relação à aquisição de imóveis para moradia própria em programas habitacionais, *in verbis*:

Art. 38. Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, a pessoa idosa goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte: [...]

II - implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados à pessoa idosa;

III - eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas, para garantia de acessibilidade à pessoa idosa;

Parágrafo único. As unidades residenciais reservadas para atendimento a pessoas idosas devem situar-se, preferencialmente, no pavimento térreo. (BRASIL, 2022a).

Contemplando a crescente relevância e, por vezes preponderância, das interações no meio digital, a Convenção Interamericana sobre a proteção dos direitos humanos dos idosos (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 2015) não só reconhece o conceito de acessibilidade com relação às barreiras e limitações físicas e arquitetônicas, mas igualmente identifica as dificuldades de integração no meio virtual, estabelecendo como dever aos estados signatários a acessibilidade, nos seguintes moldes:

Artigo 26 Direito à acessibilidade e à mobilidade pessoal

O idoso tem direito à acessibilidade ao entorno físico, social, econômico e cultural e à sua mobilidade pessoal.

A fim de garantir a acessibilidade e a mobilidade pessoal do idoso para que possa viver de forma independente e participar plenamente em todos os aspectos da vida, os Estados Partes adotarão de maneira progressiva medidas pertinentes para assegurar o acesso do idoso, em igualdade de condições com as demais pessoas, ao entorno físico, transporte, informação e comunicações, inclusive os sistemas e as tecnologias da informação e das comunicações, e a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto em zonas urbanas como rurais. Estas medidas, que incluirão a identificação e eliminação de obstáculos e barreiras de acesso, aplicar-se-ão, entre ou-

tros, ao seguinte:

- a) Os edifícios, as vias públicas, o transporte e outras instalações externas e internas, como centros educativos, residências, instalações médicas e locais de trabalho.
- b) Os serviços de informação, comunicações e de outro tipo, inclusive os serviços eletrônicos e de emergência.

Os Estados Partes também adotarão as medidas pertinentes para:

- a) Desenvolver, promulgar e supervisionar a aplicação de normas mínimas e diretrizes sobre a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público.
- b) Assegurar que as entidades públicas e privadas que possuam instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em conta todos os aspectos de acessibilidade para o idoso.
- c) Oferecer formação a todas as pessoas envolvidas nos problemas de acessibilidade que o idoso enfrenta.
- d) Promover outras formas adequadas de assistência e apoio ao idoso para assegurar seu acesso à informação. [...]
- e) Promover o acesso do idoso aos novos sistemas e tecnologias da informação e das comunicações, inclusive a Internet, e que estas sejam acessíveis ao menor custo possível. (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 2015)

Ali se estabelece o direito da pessoa idosa à educação em igualdade de condições com outros setores da população, sem discriminação, podendo partilhar sua vivência com as novas gerações devendo os Estados signatários garantirem esse direito e se comprometerem a:

- a) Facilitar ao idoso o acesso a programas educativos e de formação adequados que permitam o acesso, entre outros, aos diversos níveis do ciclo educativo, a programas de alfabetização e pós-alfabetização, formação técnica e profissional e à educação permanente contínua, em especial aos grupos em situação de vulnerabilidade.
- b) Promover o desenvolvimento de programas, materiais e formatos educativos adequados e acessíveis ao idoso, que atendam suas necessidades, preferências, aptidões, motivações e identidade cultural.
- c) Adotar as medidas necessárias para reduzir e, progressivamente, eliminar as barreiras e as dificuldades de acesso a bens e serviços educativos no meio rural.
- d) Promover a educação e formação do idoso no uso das novas tecnologias da informação e das comunicações (TICs) para minimizar a brecha digital, geracional e geográfica e aumentar a integração social e comunitária.
- e) Formular e implementar políticas ativas para erradicar o analfabetismo do idoso, em especial das mulheres e grupos em situação de vulnerabilidade.
- f) Fomentar e facilitar a participação ativa do idoso em atividades educativas, tanto formais como informais. (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 2015).

Salienta-se que o referido compromisso internacional até o presente

momento aguarda a ratificação pelo Congresso Nacional brasileiro, ato que efetivaria a integração normativa de seus preceitos ao Estatuto da Pessoa idosa, a despeito da Convenção já ter sido assinada pelo Estado brasileiro.

A acessibilidade e o combate à discriminação seguem como foco central da legislação aplicável à pessoa com deficiência, compreendida pelo art. 2º da Lei Brasileira de Inclusão (LBI) como aquela que “possui impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015).

As barreiras a serem suplantadas pelas políticas estabelecidas por esse diploma legal são pormenorizadas pelo art. 3º, inciso IV, onde se consigna expressamente como barreira tecnológica “as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias”.

A superação de tais barreiras tecnológicas no contexto laboral seria de responsabilidade do empregador, considerando que “as pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos”, no teor do art. 34, §1º, LBI.

A falta de escolaridade da pessoa com deficiência, por si, não serve de pretexto para a sua exclusão do trabalho considerando que a ela é resguardada o direito de participar e acessar eventuais cursos de formação e capacitação, treinamentos, educação continuada fornecidos pelo empregador de forma acessível e em igualdade de oportunidade com os demais empregados conforme preleciona o art. 34, §§ 4º e 5º.

A inclusão desse trabalhador no trabalho deve se dar de forma a “atender as regras de acessibilidade, o fornecimento de tecnologias assistivas e a adaptação razoável do ambiente de trabalho”, nos termos do art. 37, com um destaque em seu parágrafo único, inciso IV, à “provisão de suportes individualizados que atendam a necessidades específicas da pessoa com deficiência, inclusive a disponibilização de recursos de tecnologia assistiva, de agente facilitador e de apoio no ambiente de trabalho” (BRASIL, 2015).

Aborda-se ao contexto do presente trabalho a circunstância apresentada ao ano de 2020 pela pandemia do patógeno SARS-Cov-2, que impôs aos trabalhadores uma série de medidas de distanciamento social para conter a proliferação da moléstia, dentre elas o trabalho à distância mediante o uso de dispositivos telemáticos, ou o teletrabalho (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020, p. 7).

Ao que esse breve contexto normativo expõe, haveria ao menos um arcabouço legal versando a respeito da acessibilidade. Estariam os trabalhadores preparados para trabalhar em teletrabalho? Essa medida corresponderia ao desemprego em massa dessas pessoas? A essa pergunta nos debruçamos a seguir.

Materiais e métodos

A análise documental dos microdados do Relatório Anual de Informações Sociais de 2019 é efetivada de acordo com a metodologia delineada por DIETRICH, HELLER e YANG (2015) e LACERDA et. al. (2021), ou seja, o acesso a banco de dados mediante o uso da programação em R.

Utilizou-se da aplicação FILEZILLA (2022) para extração do banco de dados e RSTUDIO (2022) para o tratamento, filtragem e consolidação dos dados.

Parte-se do pressuposto de que a escolaridade possui correlação direta com a inclusão digital, que, por sua vez, corresponde a uma maior propensão para a adoção do teletrabalho e para a manutenção do posto de trabalho.

Adota-se como material a ser analisado com relação à pessoa idosa o RAIS correspondente ao exercício 2019, avaliando especificamente os vínculos ativos até a data de 31/12/2019, representada na relação de 60 colunas produzida pelo documento através do código V12 (Vínculo em 31/12), que corresponde a uma variável binária onde 1 corresponde aos vínculos daquele período (BRASIL, 2021).

A variável elencada como faixa etária foi dispensada da análise devido à sua imprecisão, pois compreende uma sucessão de códigos de 01 a 08 onde o indicador 7 se refere a trabalhadores de 50 a 64 anos e 8 aos de 65 anos ou mais.

Em seu lugar, optou-se por avaliar individualmente cada faixa etária de 60 a 80 anos através da variável Idade de Código V20, associada à escolaridade correspondente a cada ano que varia de Analfabeto (cód. 1) a Doutorado (cód. 11). Os dados foram condensados em demonstrativos de cinco em cinco anos com relação a cada grau de escolaridade.

A amostra selecionada para efetivar a análise se restringe às informações disponibilizadas com relação à região Centro-Oeste, Norte e Nordeste do Brasil.

Adota-se como material para aferir a escolaridade com relação à pessoa com deficiência os relatórios produzidos pela Fundação Oswaldo Cruz para o Sistema Nacional de Informações sobre Deficiência (SISDEF) sobre o índice de emprego e escolaridade da pessoa com deficiência de 2019 (FIOCRUZ, 2022).

Ressalta-se que essa análise efetivada pela FIOCRUZ também compreende a apuração dos microdados da RAIS, contudo essa análise optou por adotar a variável de faixa etária disponibilizada pelo banco de dados, o que pode sobredimensionar os dados com relação à eventual apuração sobre pessoas idosas, pelas razões já explicitadas acima.

Classifica-se os dados identificados na RAIS e no estudo do SISDEF entre:

a) **Pessoas em Inclusão digital** -Escarlaridade de ensino superior incompleto a doutorado;

b) **Pessoas em Exclusão digital** -Escolaridade desde o analfabetismo ao ensino fundamental completo;

c) **Entre exclusão e inclusão** - Escolaridade entre ensino médio incompleto e ensino médio completo.

Ressalta-se que a despeito de diferenças regionais que certamente cumprem um papel para as dificuldades nas taxas de escolaridade, as normas para o ensino de computação básica só foram inseridas efetivamente no currículo básico nacional da educação em 2021 (BRASIL, 2021).

No tocante à pessoa com deficiência, ressalta-se que a correlação efetivada pelo SISDEF analisou os dados com base na faixa etária, variável que é imprecisa no tocante à avaliação de trabalhadores que poderiam se beneficiar do Estatuto da pessoa idosa, ou seja, com 60 anos ou mais.

Salienta-se, ainda, que não é objeto de análise a eventual necessidade de emprego de adaptação razoável com tecnologia assistiva à pessoa com deficiência. Essa circunstância, por si, pode fazer com que a exclusão desses trabalhadores se amplie e novos estudos mais apurados a esse respeito se mostrem necessários.

Ao que se apresenta aqui seria, ao menos, uma estimativa básica tomando em consideração apenas a escolaridade dos trabalhadores, servindo como um indicativo do mínimo de pessoas incluídas ou excluídas digitalmente, em dada categoria.

Dadas essas considerações, apresentamos os resultados com relação à cada região.

Resultados e discussão

Na região Centro-oeste identifica-se um total de 169.534 trabalhadores em idade avançada atuando no mercado formal de trabalho, dentre os quais se destaca os que se encontram em baixa e alta escolaridade:

Figura 1 - Baixa Escolaridade Região Centro-oeste

BAIXA ESCOLARIDADE DOS TRABALHADORES IDOSOS DA REGIÃO CENTRO-OESTE

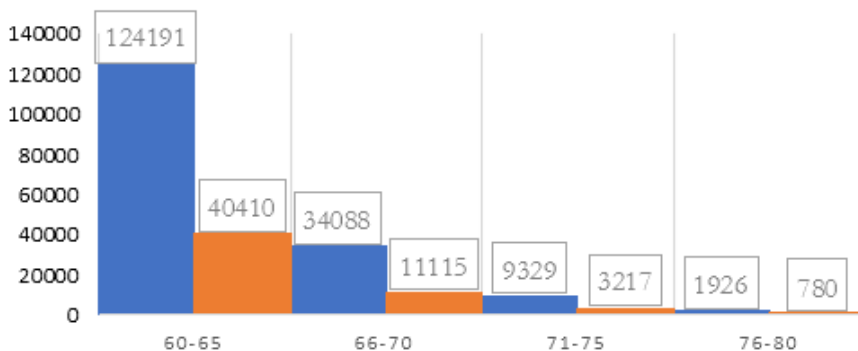
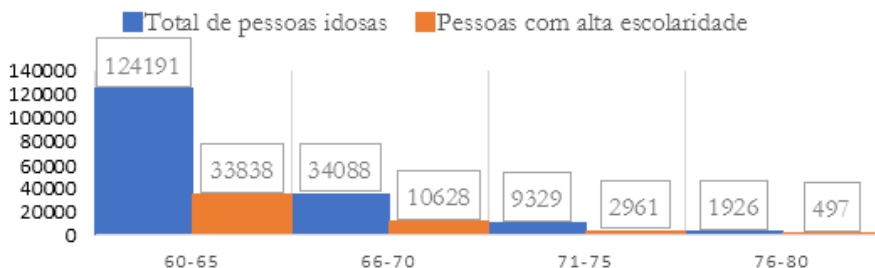


Figura 2 - Alta escolaridade na Região Centro-oeste

ALTA ESCOLARIDADE DOS TRABALHADORES IDOSOS NA REGIÃO CENTRO-OESTE



Fonte: gráficos elaborados pelo autor com base nos demonstrativos RAIS 2019 (BRASIL, 2021).

Aplicando a classificação proposta e traçando um paralelo entre as categorias é possível identificar a exclusão digital de 55.522 dos trabalhadores da região centro-oeste (32,75%) com um total de 1.931 pessoas idosas analfabetas (1,14%). As pessoas incluídas digitalmente representam 28,27% dos trabalhadores com vínculo formal (47.924) e as pessoas entre inclusão e exclusão representam o total de 66.088 (38,28%).

A região Norte, por sua vez, apresenta um total de 125.358 pessoas idosas atuando em funções laborais, apresentando os que se encontram em baixa e alta escolaridade:

Figura 3 - Baixa escolaridade região Norte

BAIXA ESCOLARIDADE DOS TRABALHADORES DA REGIÃO NORTE

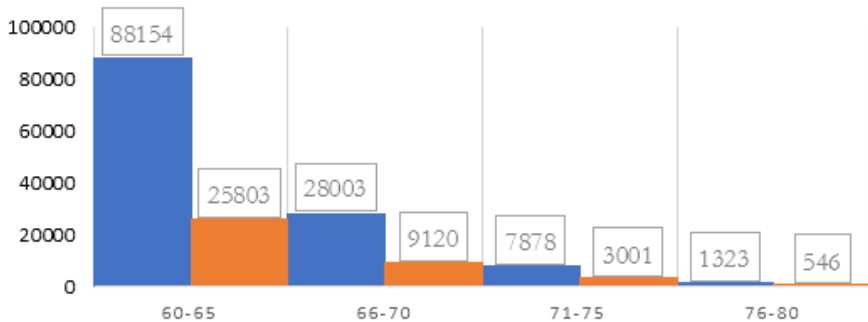
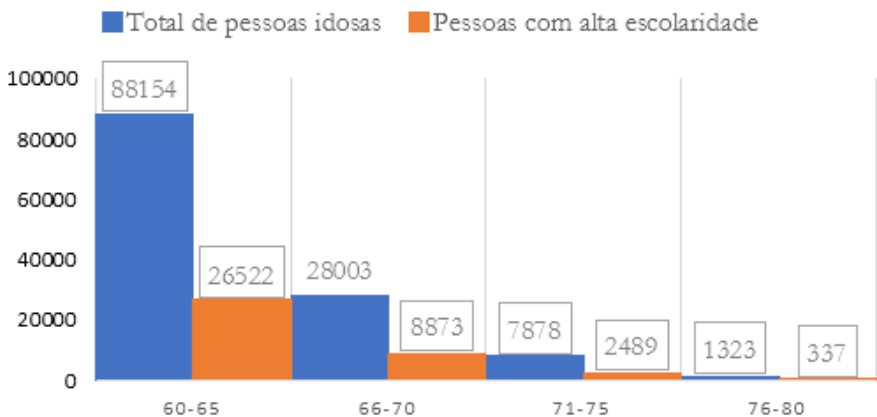


Figura 4 - Alta escolaridade Região Norte

ALTA ESCOLARIDADE DOS TRABALHADORES DA REGIÃO NORTE



Fonte: gráficos elaborados pelo autor com base nos demonstrativos RAIS 2019 (BRASIL, 2021).

Na Região Norte, identifica-se a exclusão digital de 38.470 pessoas idosas (30,69%), dentre os quais 966 são analfabetos (0,77%). As pessoas incluídas digitalmente somam um total de 38.221 (30,49%) e entre a inclusão e a exclusão há, novamente, a maioria dos trabalhadores ao total de 48.667 (38,82%).

Por fim, a região Nordeste apresenta um total de 394.012 pessoas idosas trabalhando e registradas no mercado formal, com a seguinte relação de baixa e alta escolaridade:

Figura 5 - Baixa escolaridade Região Nordeste

BAIXA ESCOLARIDADE DOS TRABALHADORES DA REGIÃO NORDESTE

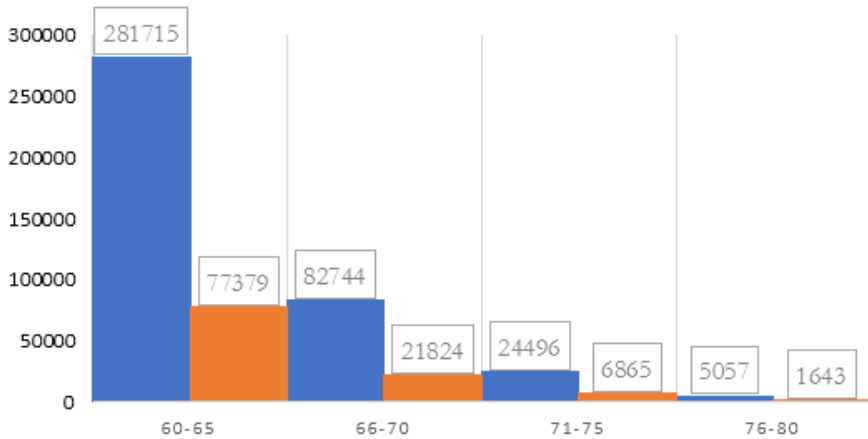
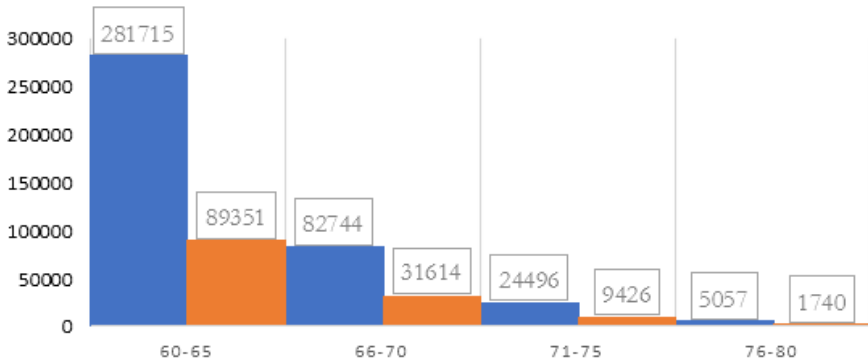


Figura 6 - Alta escolaridade Região Nordeste

ALTA ESCOLARIDADE DOS TRABALHADORES DA REGIÃO NORDESTE



Fonte: gráficos elaborados pelo autor com base nos demonstrativos RAIS 2019 (BRASIL, 2021).

Na Região Nordeste estão excluídas do convívio digital 107.711 das pessoas idosas que estão ativas no mercado formal de trabalho, correspondendo a 27,34% do total de trabalhadores idosos, com 4.893 trabalhadores analfabetos com vínculo de trabalho (1,24%). O meio virtual acolheria 33,53% desses funcionários (132.131) e na incerteza entre essa exclusão e inclusão haveria a maioria dos trabalhadores: um total de 154.170 pessoas, o que equivale a 39,13% da força de trabalho com idade avançada.

No tocante à pessoa com deficiência, ressalta-se que a correlação efetivada pelo SISDEF analisou os dados com base na faixa etária, variável que é

imprecisa no tocante à avaliação de trabalhadores que poderiam se beneficiar do Estatuto da pessoa idosa, ou seja, com 60 anos ou mais.

Salienta-se, ainda, que não é objeto de análise a eventual necessidade de emprego de adaptação razoável com tecnologia assistiva à pessoa com deficiência. Essa circunstância, por si, pode fazer com que a exclusão desses trabalhadores se amplie e novos estudos mais apurados a esse respeito se mostrem necessários.

Ao que se apresenta aqui seria, ao menos, uma estimativa básica tomando em consideração apenas a escolaridade dos trabalhadores, servindo como um indicativo do mínimo de pessoas incluídas ou excluídas digitalmente, em dada categoria.

Assentes essas considerações, eis os dados apresentados com relação aos trabalhadores com deficiência e a sua respectiva escolaridade, traçando um comparativo com a região centro-oeste, norte e nordeste, respectivamente, de acordo com os dados levantados e analisados por FIOCRUZ (2022).

Na região Centro-oeste estariam excluídas do convívio digital no trabalho 7.825 pessoas com deficiência (20,08%), sendo 236 dessas pessoas anal-fabetas (0,61%). A maior chance de inclusão e retenção de trabalho recairia sobre 10.975 desses funcionários o que equivale a 28,17% dos trabalhadores registrados no mercado formal com alguma deficiência. Entre a inclusão e exclusão estaria a maioria dessas pessoas, ou seja, 20.163 de todos os postos de trabalho reservados pela política de inclusão social (51,75%).

Por sua vez, na região Norte 3.624 pessoas com deficiência potencialmente seriam excluídas de seu trabalho devido à baixa escolaridade caso fosse implementado o teletrabalho (17,34%), 3.502 conseguiriam se adaptar na função no meio virtual se a oportunidade se apresentasse (16,76%) e, novamente, a maioria das pessoas estaria entre a exclusão e inclusão do meio digital, um total de 13.775 trabalhadores (65,91%).

Cerca de 15.949 pessoas com deficiência com baixa escolaridade que trabalhavam no nordeste em 2019 seriam excluídas do meio digital podendo perder a sua função com o teletrabalho (20,98%). Devido a uma maior escolaridade, ao menos 13.975 de trabalhadores nas mesmas condições teriam maiores condições de reter o seu trabalho ou se adaptar para outra função (18,38%). A incerteza da manutenção de sua função recairia a 46.098 trabalhadores que devido à sua instrução mediana (ensino médio incompleto e completo) poderiam ou não comungar da mesma miséria, a depender do infortúnio individual, 60,64% do total de pessoas com deficiência que trabalham naquela região.

Conclusão

O arcabouço legal aplicável tanto às pessoas idosas quanto às pessoas com deficiência consiste em uma legislação aprovada e imposta no âmbito nacional, ou seja, com pretensão de efetividade em todo o território nacional.

A escolaridade desses trabalhadores que se encontram no mercado de trabalho se não evidencia, ao menos é um indício do abandono das políticas públicas assumidas pelo Estado Brasileiro.

Nesse contexto, o teletrabalho que hipoteticamente preserva a vida dessas pessoas arrisca diretamente a sua autonomia e os seus meios de subsistência digna, tornando-as dependentes de parcas políticas assistenciais brasileiras que firmam um compromisso político indissolúvel com o subdesenvolvimento e o atraso.

Referências

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. **Microdados RAIS e CAGED**. Brasília: Programa de Disseminação das estatísticas do trabalho, 2021. Disponível em: <ftp://ftp.mtps.gov.br/pdet/microdados/> Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm Acesso em: 16 jul. 2022

BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.423, de 22 de julho de 2022**. Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, para substituir, em toda a Lei, as expressões “idoso” e “idosos” pelas expressões “pessoa idosa” e “pessoas idosas”, respectivamente. Brasília: Presidência da República, 2022a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14423.htm Acesso em: 22 dez. 2022.

DIETRICH, David; HELLER, Barry; YANG, Beibei. **Data science & big data analytics: discovering, analyzing, visualizing and presenting data**. 1ª ed. Indianapolis [Estados Unidos]: Wiley, 2015. E-book formato kindle.

FILEZILLA. The Free FTP Solution. **Filezilla - Overview**. [s. l.], 2022. Disponível em: <https://filezilla-project.org/> Acesso em: 05 set. 2022.

FIOCRUZ. Núcleo de Informação, Políticas Públicas e Inclusão Social. **Sistema Nacional de Informações sobre Deficiência - SISDEF**. Petrópolis: Fiocruz,

2022b. Disponível em: <https://nippis.icict.fiocruz.br/sisdef/> Acesso em: 06 set. 2022.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. Edição Kindle.

LACERDA, Paulo S. Pádua D.; PEREIRA, Mariana A.; LENZ, Maikon L.; et al. **Programação em Big Data com R**. Porto Alegre: SAGAH, 2021. E-book. ISBN 9786556901091. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556901091/>. Acesso em: 11 out. 2022.

Organização Mundial da Saúde. Getting your workplace ready for COVID-19. **Organização Mundial da Saúde (World Health Organization)**. 3 mar. 2020, Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/getting-workplace-ready-for-covid-19.pdf> Acesso em: 28 dez. 2021.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Assembleia Geral. **Convenção Interamericana sobre a proteção dos direitos humanos dos Idosos**. Washington [Estados Unidos], 15 jun. 2015. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/CIPM_POR.pdf Acesso em: 02 jul. 2022.

RSTUDIO. Open Source and professional software for data science. **R Studio Desktop**. Boston [Estados Unidos], 2022. Disponível em: <https://www.rstudio.com/products/rstudio/#rstudio-desktop> Acesso em: 05 set. 2022.

UMA ANÁLISE SOBRE A INSUFICIÊNCIA DA TECNOLOGIA DIGITAL ASSISTIVA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Isabela Ramalho de Souza

Mestranda em direito pela Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio; bacharel em Direito na Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais

Resumo:

Se o ordenamento jurídico reconhece que determinados segmentos sociais suportam desproporcionalmente situações de risco na interação social favorecendo violação de direitos humanos, como ocorre com as pessoas com deficiência, conseqüentemente, deve ser elaborada uma proteção jurídica específica para esses grupos, além de políticas públicas e medidas para superação desta condição. Ocorre que, as pessoas com deficiência, além de serem consideradas como um grupo vulnerável sob o aspecto social, também suportam os impactos negativos da sociedade em rede. A vulnerabilidade digital pode ser compreendida como o estado de predisposição a risco nos cyberspaços, que favorece a aparição de desigualdades, diminuições da cidadania, além de violações à privacidade e à autodeterminação informativa. Por sua vez, a vulnerabilidade tecnológica engloba a ausência de tecnologia digital assistiva em relação às pessoas com deficiência, objeto específico deste estudo. Não se pode ignorar que na atualidade, sobretudo no atual cenário pandêmico, marcado pelo uso da internet como fonte principal de informação e comunicação, a exclusão digital passa a corresponder à exclusão social. Esta pesquisa tem como objetivo indagar qual o papel do Direito na proteção da vulnerabilidade digital, constatar quais os efeitos negativos suportados pelas pessoas com deficiência decorrentes da evolução tecnológica, analisar os resultados dos estudos empíricos já realizados para comprovar como a ausência de tecnologia digital assistiva impacta a vida das pessoas com deficiência. Para alcançar tais respostas, utilizar-se-á do método bibliográfico e método indutivo, baseando-se nos dados levantados pelos estudos empíricos já realizados sobre a temática.

Palavras-chave: Vulnerabilidade digital; Tecnologia digital assistiva; Pessoa com deficiência; Acessibilidade; Exclusão social.

Introdução

A preocupação em proteger grupos vulneráveis como mulheres, idosos, crianças e adolescentes, população LGBTQIA+, pessoas com deficiência, intensificou-se nas últimas décadas. Entretanto, embora o ordenamento jurídico tenha avançado consideravelmente, as pessoas com deficiência não conseguem ter seus direitos plenamente assegurados, culminando na necessária intervenção do Poder Estatal. Ainda, em que pese seu lado benéfico, as novas tecnologias podem acentuar determinadas formas de discriminação, violando direitos humanos desses grupos historicamente marginalizados.

No presente estudo, inicialmente serão analisados os conceitos de vulnerabilidade digital e de tecnologia assistiva. Após, serão estudadas as normas jurídicas relacionadas ao tema. Na última parte, será investigado de que forma a tecnologia assistiva tem impacto sobre as pessoas com deficiência.

Esse artigo tem como objetivo refletir sobre o atual tratamento da pessoa com deficiência, indagar qual o papel do Direito na proteção da vulnerabilidade digital, bem como constatar quais os efeitos negativos suportados pelas pessoas com deficiência decorrentes da evolução tecnológica. Também, pretende analisar os resultados dos estudos empíricos já realizados para comprovar como a ausência de tecnologia digital assistiva impacta a vida das pessoas com deficiência.

A proposta desse estudo se justifica pela relevância da temática e pela demonstração de que as ferramentas tecnológicas podem ser ofensivas para a pessoa com deficiência, impulsionando os Estados a efetivarem políticas públicas a fim de evitar tal forma de discriminação.

Vulnerabilidade digital

A evolução da sociedade se deu acompanhada da evolução tecnológica. Atualmente, a tecnologia está cada vez mais presente em nossas vidas cotidianas, desde as funções mais simples às complexas, o que facilita e gera diversos benefícios para os cidadãos. Segundo Roberto Lisboa (2016, p.10), essas facilidades estão tão em evidência no cotidiano que não há uma percepção clara de que se vive em uma sociedade informatizada, onde os dados fluem a velocidades inimagináveis há alguns anos, e tudo isso influi nos valores sociais e econômicos.

Enquanto para considerável parte da população acessar ambientes virtuais se tornou parte da rotina, outras pessoas não conseguem fazê-lo, tais pessoas são chamadas de excluídos digitais. As pessoas não conseguem ter acesso ao mundo digital por diversos fatores, sendo eles de ordem socioeconômica, por falta de competências digitais que impedem o manejo da tecnologia, por falta de educação digital, pela internet não chegar ao domicílio, pela possibilidade de uso da internet apenas pelo celular que impede ou limita consideravelmente a realização de *home office* ou ensino à distância.

Como todos sabemos, a inevitabilidade do isolamento social causada pela SARS/Covid-19 produziu um cenário profícuo para a proliferação de vulnerabilidades, não apenas agravando antigos problemas sociais (pobreza, desigualdade etc.), mas descortinando novas situações de risco e iniquidade decorrentes da efetiva migração do mundo real para o virtual (AZEVEDO, 2022).

Segundo os dados da pesquisa TIC Domicílios 2021 (CETIC.BR, 2022) realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC.BR), que tem o objetivo de medir a posse, o uso, o acesso e os hábitos da população brasileira em relação às Tecnologias da Informação e Comunicação, a proporção de residências brasileiras com acesso à internet cresceu em 2021 para 82%, entretanto, ainda há 35,5 milhões de pessoas sem acesso à internet.

Diante desse contexto, a vulnerabilidade digital, também chamada de virtual ou cibernética, a depender do referencial teórico adotado, congrega os impactos negativos suportados pelos cidadãos na sociedade em rede. Ela pode ser conceituada como um estado universal de impotência e suscetibilidade a (exploração de) desequilíbrios de poder que são o resultado da crescente automação do comércio, das relações consumidor-vendedor informadas e da própria arquitetura dos mercados digitais (MICKLITZ; HELBERGER; STRYCHARZ, 2021). Trata-se de fenômeno ainda recente na sociedade que evidencia os riscos e os perigos da era informacional.

Por sua vez, um dos estudiosos da temática, Júlio Azevedo (2022) ensina que a vulnerabilidade digital pode ser decomposta em cinco dimensões estruturantes, a saber: vulnerabilidade tecnológica; vulnerabilidade técnica; vulnerabilidade informacional; vulnerabilidade algorítmica; e vulnerabilidade neural (ou psicológica-comportamental).

O presente artigo visa abordar especificamente a vulnerabilidade tecnológica que envolve, além da ausência ou até mesmo a precariedade do acesso às tecnologias de informação e comunicação e aos serviços de conexão à internet, a ausência de tecnologia digital assistiva em relação às pessoas com deficiência.

Tecnologia assistiva

Segundo Júlio Azevedo (2022), a vulnerabilidade tecnológica engloba quatro situações: a ausência de acesso aos equipamentos de informática, o acesso a aparelhos tecnológicos obsoletos (como por exemplo os aparelhos de telefonia móvel sem sistema operacional), a indisponibilidade de infraestrutura ou a precariedade do serviço de internet banda larga e a ausência de tecnologia digital assistiva em relação às pessoas com deficiência.

As primeiras decorrem da lógica que, se hoje houve a digitalização do acesso aos serviços públicos e privados, aqueles que se vêem desprovidos do instrumental à tecnologia e à conexão deixam de exercer seus direitos em

igualdade de condições com as demais pessoas, o que é uma realidade no Brasil diante das pesquisas realizadas pelo CETIR apontadas. Assim, este estudo fará uma análise específica sobre a ausência de tecnologia digital assistiva em relação às pessoas com deficiência.

O conceito Assistive Technology, traduzido no Brasil como Tecnologia Assistiva, foi criado em 1988 nos EUA como importante elemento jurídico dentro da legislação norte-americana conhecida como Public Law 100-407. Foi renovado em 1998 como Assistive Technology Act de 1998 (P.L. 105-394, S.2432). Compõe, com outras leis, o ADA - American with Disabilities Act, que regula os direitos dos cidadãos com deficiência nos EUA, além de prover a base legal dos fundos públicos para compra dos recursos que estes necessitam (SARTORETTO; BERSCH, 2022).

Ainda no plano internacional, a ISO 9.999 conceitua tecnologia assistiva como qualquer produto, instrumento, equipamento ou tecnologia adaptado ou especialmente projetado para melhorar a funcionalidade de uma pessoa incapacitada (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, 2011).

A tecnologia assistiva só foi instituída como política pública no Brasil em 2006 pela portaria nº 142 do Comitê de Ajudas Técnicas (CAT), estabelecido pelo Decreto nº 5296 no âmbito da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. O Comitê de Ajudas Técnicas (CAT) da CORDE (Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência):

Tecnologia assistiva é uma área do conhecimento, de característica interdisciplinar, que engloba produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social (COMITÊ DE AJUDAS TÉCNICAS - ATA VI, 2007).

No mesmo sentido é a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência):

Art. 3º, III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social (BRASIL, 2015)

A tecnologia assistiva deve ser compreendida como qualquer auxílio que promoverá a ampliação de uma habilidade funcional ou possibilidade de rea-

lização da função desejada e que se encontra impedida. Alguns exemplos de tecnologia assistiva são: rampa de acesso para ônibus, cadeira de roda, perna robótica, banheiro especial, lupas. De acordo com Romeu Sasaki (2003), a tecnologia é considerada assistiva, quando é usada para auxiliar no desempenho funcional de atividades, reduzindo incapacidades para a realização de atividades da vida diária e da vida prática, nos diversos domínios do cotidiano. O objetivo é proporcionar à pessoa com deficiência qualidade de vida, maior independência e a sua inclusão na sociedade.

Mais especificamente, a tecnologia digital assistiva é uma especialidade da informática e da engenharia que visa criar produtos com o objetivo de melhorar a vida das pessoas com deficiência no meio digital. Ela permite, por exemplo, que usuários com privações sensoriais como auditivas, visuais ou dificuldades motoras utilizem notebooks, tablets, smartphones, aplicativos, entre outros dispositivos. Há várias ferramentais atualmente no mercado como o HeadMouse, mouse movido pela cabeça chamado, que foi desenvolvido para que pessoas sem controle dos membros superiores ou inferiores possam utilizar o computador. Também existe o mouse movido pelos olhos como o Quick Glancee o Eyegaze Edge (SANTOS; BASSANI, HEIDRICH, 2022).

Falar sobre acessibilidade digital inclui a necessidade de eliminar barreiras, sejam elas de comunicação ou funcionalidades. Não se pode ignorar que na atualidade, sobretudo no atual cenário pandêmico, marcado pelo uso da internet como fonte principal de informação e comunicação, a exclusão digital passa a corresponder à exclusão social.

O ordenamento jurídico

Conforme exposto, a tecnologia está cada vez mais presente em nossas vidas. Assim, o direito ao acesso à internet vem sendo reconhecido no plano jurídico internacional e nacional como um direito humano fundamental, voltado para assegurar a participação igualitária da vida em sociedade e possibilitando o gozo de outros direitos fundamentais. Cabe aqui ressaltar que atualmente tramita um projeto de emenda constitucional de autoria de Renata Abreu (PEC 185/2015), para acrescentar o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, a fim de assegurar a todos o acesso universal à Internet entre os direitos fundamentais do cidadão.

Diante dessa nova realidade, a ONU incluiu recentemente o direito à internet como um dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 promovendo o fomento da conexão universal até 2030.

No Brasil, o direito à internet foi expressamente reconhecido no artigo 4º, inc. I, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). O inciso II do artigo 25 da referida lei prevê o dever geral de acessibilidade no que tange às aplicações de internet de entes do Poder Público. O art. 198 do Código de Processo Civil, o qual prevê que as unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessá-

rios à consulta de processos e à prática de atos processuais, foi recentemente regulamentado pela Recomendação nº 101/2021 do CNJ e define o excluído digital como parte que não detém acesso à internet e a outros meios de comunicação digitais e/ou que não tenha possibilidade ou conhecimento para utilizá-los, inclusive com tecnologia assistiva (art. 1º, inc. I).

Especificamente sobre as pessoas com deficiência, a regra número 55 das “100 regras de Brasília”, elaboradas em 2008 durante a Cúpula Judicial Ibero-americana, incentivam a disponibilidade de tecnologias de informação e comunicação às PCDs:

(55) A informação prestar-se-á de acordo com as circunstâncias determinantes da condição de vulnerabilidade, e de maneira a garantir que chegue ao conhecimento da pessoa destinatária. Salienta-se a utilidade de criar ou desenvolver oficinas de informação ou outras entidades criadas para o efeito. São também de destacar as vantagens derivadas da utilização das novas tecnologias para possibilitar a adaptação à concreta situação de vulnerabilidade (BRASÍLIA, 2008).

Importante destacar também que a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) prevê a adoção de tecnologias assistivas e incentiva o acesso à internet e o acesso tecnológico à justiça:

Art. 74. É garantido à pessoa com deficiência acesso a produtos, recursos, estratégias, práticas, processos, métodos e serviços de tecnologia assistiva que maximizem sua autonomia, mobilidade pessoal e qualidade de vida.

Art. 75. O poder público desenvolverá plano específico de medidas, a ser renovado em cada período de 4 (quatro) anos, com a finalidade de:

I - facilitar o acesso a crédito especializado, inclusive com oferta de linhas de crédito subsidiadas, específicas para aquisição de tecnologia assistiva;

II - agilizar, simplificar e priorizar procedimentos de importação de tecnologia assistiva, especialmente as questões atinentes a procedimentos alfandegários e sanitários;

III - criar mecanismos de fomento à pesquisa e à produção nacional de tecnologia assistiva, inclusive por meio de concessão de linhas de crédito subsidiado e de parcerias com institutos de pesquisa oficiais;

IV - eliminar ou reduzir a tributação da cadeia produtiva e de importação de tecnologia assistiva;

V - facilitar e agilizar o processo de inclusão de novos recursos de tecnologia assistiva no rol de produtos distribuídos no âmbito do SUS e por outros órgãos governamentais.

Parágrafo único. Para fazer cumprir o disposto neste artigo, os procedimentos constantes do plano específico de medidas deverão ser avaliados, pelo menos, a cada 2 (dois) anos.

Art. 77. O poder público deve fomentar o desenvolvimento cientí-

fico, a pesquisa e a inovação e a capacitação tecnológicas, voltados à melhoria da qualidade de vida e ao trabalho da pessoa com deficiência e sua inclusão social.

§ 1º O fomento pelo poder público deve priorizar a geração de conhecimentos e técnicas que visem à prevenção e ao tratamento de deficiências e ao desenvolvimento de tecnologias assistiva e social.

§ 2º A acessibilidade e as tecnologias assistiva e social devem ser fomentadas mediante a criação de cursos de pós-graduação, a formação de recursos humanos e a inclusão do tema nas diretrizes de áreas do conhecimento.

§ 3º Deve ser fomentada a capacitação tecnológica de instituições públicas e privadas para o desenvolvimento de tecnologias assistiva e social que sejam voltadas para melhoria da funcionalidade e da participação social da pessoa com deficiência.

§ 4º As medidas previstas neste artigo devem ser reavaliadas periodicamente pelo poder público, com vistas ao seu aperfeiçoamento.

Art. 78. Devem ser estimulados a pesquisa, o desenvolvimento, a inovação e a difusão de tecnologias voltadas para ampliar o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias da informação e comunicação e às tecnologias sociais.

Parágrafo único. Serão estimulados, em especial:

I - o emprego de tecnologias da informação e comunicação como instrumento de superação de limitações funcionais e de barreiras à comunicação, à informação, à educação e ao entretenimento da pessoa com deficiência;

II - a adoção de soluções e a difusão de normas que visem a ampliar a acessibilidade da pessoa com deficiência à computação e aos sítios da internet, em especial aos serviços de governo eletrônico (BRASIL, 2015).

Se o ordenamento jurídico reconhece que determinados segmentos sociais suportam desproporcionalmente situações de risco na interação social favorecendo violação de direitos humanos, como ocorre com as pessoas com deficiência, conseqüentemente, deve ser elaborada uma proteção jurídica específica para esses grupos, além de políticas públicas e medidas para superação desta condição. Em que pese existam normas específicas sobre a proteção desse grupo vulnerável, na prática, observa-se a insuficiência de tecnologia digital assistiva em relação às pessoas com deficiência, conforme será demonstrado adiante. Por isso, o próximo capítulo se dedica ao estudo do impacto da falta de tecnologia assistiva sobre as pessoas com deficiência.

Insuficiência da tecnologia assistiva

Como se pode perceber, o acesso digital atualmente representa a inclusão social das pessoas com deficiência, reduzindo sua limitação funcional no espaço e aumentando sua capacidade adaptativa em relação ao meio em que se encontra inserida. O sucesso do processo de inclusão está diretamente ligado a possibilitar o acesso aos recursos necessários podendo se dar através

do uso de tecnologias. Mary Pat Radabaugh (1993, p. 35) elaborou uma frase que elucida bem o que a tecnologia pode significar às pessoas com deficiência, vale transcrever a tradução: Para as pessoas sem deficiência, a tecnologia torna as coisas mais fáceis. Para as pessoas com deficiência a tecnologia torna as coisas possíveis.

Existem diversos obstáculos ao uso da tecnologia como o custo do serviço, a falta de disponibilidade de internet ao domicílio, uso limitado diante da ferramenta utilizada como smartphone, conforme apontado. No caso das pessoas com deficiência, somam-se a tais empecilhos a falta de visibilidade das pessoas com deficiência, as questões de acessibilidade aos sites, aos aparelhos e aos aplicativos, o custo do desenvolvimento de uma tecnologia assistiva e a falta de incentivo financeiro dos entes públicos às empresas, entre outros.

Lamentavelmente, a discriminação ainda é uma realidade. Segundo a influenciadora digital “pequena Lo”¹, em entrevista no programa de Leandro Karnal (SILVA, 2022), há um consenso geral de que as pessoas com deficiência não são capazes, logo elas acabam sendo ocultadas na sociedade. A influenciadora ressalta a importância de seu papel em dar maior visibilidade às PcDs e ao potencial produtivo das pessoas com deficiência. Nota-se ainda que as redes sociais colaboram para troca de experiências entre essas pessoas, incentivando sua inclusão.

De acordo com um levantamento da Web para Todos e a BigData Corp, com apoio técnico do Ceweb.br/NIC.br, realizado em 2020, que analisou mais de 14 milhões de páginas web registradas no Brasil, verificou-se que 83,36% das imagens inseridas nos sítios web analisados, 93,6% dos links e 55,19% dos formulários apresentam algum problema de acessibilidade (MWPT, 2020). Há que se ressaltar que houve uma melhora sutil na última pesquisa do movimento web para todos na redução de barreiras que dificultam o acesso a sites pelos brasileiros com deficiência nos sites governamentais. No primeiro monitoramento, realizado em 2019, 99,66% deles acusavam algum problema de acessibilidade; em 2020 são 96,71%, uma queda próxima a três pontos percentuais (MWPT, 2020). O reconhecimento de fala e a transcrição da linguagem humana em tempo real são os recursos mais tradicionais da inteligência artificial e com grande utilidade para pessoas com determinados tipos de deficiência. Entretanto, ainda há um longo caminho para uma Web efetivamente sem barreiras.

O tema acessibilidade ganhou notoriedade e é objeto de preocupação nas pautas de tecnologia, entretando, ainda não é suficiente. Para Carolina Ignarra, a fundadora da Talento Incluir, uma consultoria que promove a relação entre profissionais com deficiência e o mercado de trabalho:

1 Lorrane Karoline Batista Silva, mais conhecida como “Pequena Lo”, é uma psicóloga, influenciadora digital e apresentadora de televisão brasileira representante da luta contra o capacitismo e uma defensora dos direitos das pessoas com deficiência. Possui mais 5 milhões de seguidores no Tik Tok e mais de 4 milhões, no Instagram. Em dezembro de 2020, entrou para a lista Forbes Under 30, que destaca as personalidades abaixo dos 30 anos.

Porém, quando um aplicativo vai atingir a massa, por exemplo, ainda não existe essa preocupação de contemplar as pessoas com deficiência (PCD). Existem projetos que têm pensado nas necessidades de pessoas com deficiência, mas esses são bem pontuais. Aqueles que resolveriam os problemas de todos, inclusive das PCD ainda não se preocupam com o tema (VIDA MAIS LIVRE, 2019)

Ela explica ainda que já procurou vários desenvolvedores de tecnologia explicando a necessidade de desenvolver os produtos de tecnologia assistiva, mas ainda não houve real interesse na prática, afinal, os produtos já existentes no mercado atendem grande parcela da população e vendem muito a ponto de não despertar interesse nessa extensão do benefício para atender a uma fatia menor que é a população com deficiência (VIDA MAIS LIVRE, 2019).

Infelizmente a tecnologia nunca é gratuita e nunca é para todos. Pela lógica capitalista, para toda tecnologia que pode ser produzida, é preciso que exista alguém que queira e possa obtê-la, e este fluxo tem que resultar em lucro. As principais limitações do setor estão na falta de pesquisadores e recursos ou investimentos na área de pesquisa em tecnologia assistiva. Além disso, se o produto com inteligência artificial for exclusivo para uso de pessoas com deficiência, o custo será mais alto.

Apesar disso, positivamente, de acordo com matéria publicada pela *whow* (WHOW, 2019), segundo dados são da Coherent Market Insights o mercado de dispositivos para pessoas com deficiência e idosos foi avaliado em US\$ 14 bilhões em 2015 e deve superar US\$ 26 bilhões até 2024.

Conforme exposto no capítulo anterior, o artigo 75 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) impõe a elaboração de um plano específico por parte do poder público, renovável a cada quatro anos, para facilitar o acesso a crédito especializado para aquisição de tecnologia assistiva, fomentar a pesquisa e a produção nacional de tecnologia assistiva, bem como facilitar e agilizar o processo de inclusão de novos recursos de tecnologia assistiva no rol de produtos distribuídos no âmbito do SUS e por outros órgãos governamentais. Se ordenamento jurídico for concretizado por meio de políticas públicas, será possível tornar a tecnologia assistiva uma realidade possível no Brasil.

Nesse contexto, a Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), empresa pública brasileira vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia e Inovação de fomento à ciência, tecnologia e inovação em empresas, universidades, institutos tecnológicos e outras instituições, lançou em 2011 o Programa de Inovação em Tecnologia Assistiva, organizando seu fomento no sentido de integrar instrumentos financeiros. Contudo, o superintendente da área de tecnologia para o desenvolvimento social da Finep relata:

Apesar do grande avanço científico e tecnológico obtido por empresas e instituições de pesquisa científica e tecnológica, muitos desses produtos não chegaram ainda ao mercado ou ao usuário final, ora por

falta de estrutura física e de capital das empresas envolvidas, ora pela estrutura de mercado de nicho, marcado pela sazonalidade das compras públicas (FRANÇA, 2014).

Além dos fatores já mencionados, estudos apontam ainda como barreiras ao acesso às tecnologias assistivas a falta de participação do usuário durante a escolha do dispositivo, o que pode causar problemas com adaptações do usuário ou que o produto não se encaixe na necessidade do mesmo, baixa qualidade do produto, alteração na necessidade do usuário, falta de treinamento, difícil manipulação, seja por peso, complexidade ou aparência, vergonha no uso causada pela mudança estética e falta de empatia de terceiros (BRACCIALLI; et al, 2016).

Como lembra Ana Oliveira, é crescente a consciência da necessidade de uma participação ativa do usuário final em todas as etapas e em todas as decisões relativas à implementação de tecnologia assistiva. Sem a participação e o diálogo com os atores envolvidos nesse processo, aumenta em muito o risco de que uma determinada solução de TA seja abandonada com pouco tempo de uso, conforme tem sido sinalizado em diferentes estudos de Laranjeiras e Almeida, Cortelazzo e Bersh (JOTA, 2022).

Para cada evolução tecnológica assimilada, a vida da pessoa com deficiência muda. A influência é tão grande que é como se os artefatos tecnológicos passassem a fazer parte da própria pessoa. E isso faz toda a diferença para ela, para sua família, seus amigos e para toda a sociedade. Em entrevista ao G1 (2019), Luciane, que é cega, relata que faz uso de diversos aplicativos no smartphone para reconhecer imagens, rótulos de produtos, cédulas de dinheiro e acessar materiais impressos, além de mencionar que uma de suas alunas consegue conseguir pagar a marmita sem a ajuda de outras pessoas com ajuda do aplicativo de leitor de cédulas. O resultado da falta de acessibilidade digital é a criação de uma enorme barreira de comunicação entre as pessoas com deficiência que querem consumir *online* de empresas e órgãos públicos.

É indiscutível que a tecnologia traz inúmeros benefícios para pessoa com deficiência. Assim, em um primeiro momento, é possível notar apenas seu lado positivo, mas, na prática, a tecnologia pode acentuar determinadas formas de discriminação, violando direitos humanos desses grupos historicamente marginalizados. Por isso é tão importante nos conscientizarmos e discutirmos sobre a acessibilidade na web, ausência de recursos, incentivo à pesquisa, potencial produtivo das PcDs, gerando maior visibilidade dos problemas enfrentados e contribuindo com sugestões para políticas públicas adequadas que visem à construção de uma sociedade mais inclusiva.

Conclusão

A evolução da sociedade se deu acompanhada da evolução tecnológica.

Atualmente, a tecnologia está cada vez mais presente em nossas vidas cotidianas, desde as funções mais simples às complexas, o que facilita e gera diversos benefícios para os cidadãos. Ocorre que enquanto para considerável parte da população acessar ambientes virtuais se tornou parte da rotina, outras pessoas não conseguem fazê-lo, tais pessoas são chamadas de excluídos digitais. As pessoas não conseguem ter acesso ao mundo digital por diversos fatores, sendo eles de ordem socioeconômica, por falta de competências digitais que impedem o manejo da tecnologia, por falta de educação digital, pela internet não chegar ao domicílio, pela possibilidade de uso da internet apenas por meio do celular que impede ou limita consideravelmente a realização de *home office*, ensino à distância ou outras atividades.

Assim, a vulnerabilidade tecnológica, envolve além da ausência ou até mesmo a precariedade do acesso às tecnologias de informação e comunicação e aos serviços de conexão à internet, a ausência de tecnologia digital assistiva em relação às pessoas com deficiência. A tecnologia assistiva deve ser compreendida como qualquer auxílio que promoverá a ampliação de uma habilidade funcional ou possibilidade de realização da função desejada e que se encontra impedida. Mais especificamente, a tecnologia digital assistiva é uma especialidade da informática e da engenharia que visa criar produtos com o objetivo de melhorar a vida das pessoas com deficiência no meio digital.

Em que pese existam normas específicas sobre a proteção desse grupo vulnerável, na prática, observa-se a insuficiência de tecnologia digital assistiva em relação às pessoas com deficiência. Um ordenamento jurídico é, sem dúvida, importante e essencial para combater a discriminação da pessoa com deficiência, contudo, não se revela suficiente, pois políticas públicas e corporativas, e, principalmente, investimentos em tecnologia devem ser implantadas para desconstruir as mazelas que a desigualdade e discriminação causam em nossa sociedade.

Os principais entraves ao acesso às tecnologias digitais assistivas são a falta de visibilidade das pessoas com deficiência, as questões de acessibilidade aos sites, aos aparelhos e aos aplicativos, o custo do desenvolvimento de uma tecnologia assistiva e a falta de incentivo financeiro dos entes públicos. E as soluções se dão por meio da educação da sociedade para torná-la mais inclusiva, reconhecer a importância e visibilidade de influencers como a Pequena Lo, incentivar pesquisadores e fornecer investimentos na área de pesquisa em tecnologia assistiva, além da participação ativa do usuário final em todas as etapas e em todas as decisões relativas a sua implementação. As pesquisas empíricas apontadas no presente estudo reforçam a necessidade de melhorias e investimentos em inclusão digital no país, sobretudo na área de tecnologia assistiva à pessoa com deficiência.

Evidente, portanto, a importância dos estudos que visam a promover a inclusão e cidadania das pessoas com deficiência superando sua situação de vulnerabilidade tecnológica. Assim, a proteção de grupos vulneráveis é fundamental para a concretização do princípio constitucional da igualdade, de-

vendo as novas tecnologias servir como uma ferramenta para busca de uma sociedade mais igualitária e não para acentuar as desigualdades já existentes. Assim, buscou-se refletir sobre novos caminhos para o avanço das políticas públicas, das pesquisas, investimentos, desenvolvimento e disponibilização da tecnologia digital assistiva no Brasil.

Referências

AZEVEDO, Júlio Camargo de. Entre igualdade e diferença: fundamentos para proteção jurídica da vulnerabilidade. **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-dos-grupos-vulneraveis/entre-igualdade-diferenca-fundamentos-protECAo-juridica-vulnerabilidade-27052021>. Acesso em: 20 jun 2022;

AZEVEDO, Júlio Camargo de. A tutela jurídica da pessoa com deficiência: tecnologia assistiva - parte 4. **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-dos-grupos-vulneraveis/a-tutela-juridica-da-pessoa-com-deficiencia-tecnologia-assistiva-parte-4-03102022>. Acesso em: 03 out 2022;

BRASIL. **100 regras de Brasília**. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, 2008. Disponível em < <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf> > Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. IBGE. **Censo demográfico 2010**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 23 de set. 2022.

BRASIL. **Portaria n. 142 de 16 de novembro de 2006**. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR). Disponível em: <<http://www.galvaofilho.net/portaria142.htm>> Acesso em 16 jun. 2022.

BRACCIALLI, Ana Carla; DELIBERATO, Débora; BRACCIALLI, Lígia Maria Presumido; ARAÚJO, Rita de Cássia Tibério. **Tecnologia assistiva: aquisição e abandono de uso por pessoas com deficiência física**. Artigo apresentado em anais do 7º Congresso Brasileiro de Educação Especial, 2016, São Carlos, São Paulo, Brasil. Anais eletrônicos. Disponível em: <<https://proceedings.science/cbee/cbee7/papers/tecnologia-assistiva--aquisicao-e-abandono-de-uso-por-pessoas-com-deficiencia-fisica>>. Acesso em: 23 out. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: A era da informação, economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COMITÊ DE AJUDAS TÉCNICAS. **Ata da Reunião VII, de dezembro de 2007**. Comitê de Ajudas Técnicas, Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (CORDE/SEDH/PR). Disponível em: https://www.asistiva.com.br/Ata_VII_Reuni%C3%A3o_do_Comite_de_Ajudas_T%C3%A9cnicas.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

COMO A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PODE MELHORAR A VIDA DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. **G1**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/01/20/como-a-inteligencia-artificial-pode-melhorar-a-vida-de-pessoas-com-deficiencia.ghtml>. Acesso em: 15 jun. 2022

CONHEÇA 4 PROJETOS DE TECNOLOGIA ASSISTIVA. **Vida mais livre**. Disponível em: <<https://www.vidamaislivre.com.br/2019/10/28/conheca-4-projetos-de-tecnologia-assistiva-desenvolvidos-por-startups-brasileiras/>>. Acesso em: 6 ago. 2022.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coords.) **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, Maurício. **INCLUSIVE.ORG**. Tecnologia assistiva: direitos e desafios. 2014. Disponível em: <https://www.inclusive.org.br/arquivos/26358>. Acesso em: 05 jul. 2022.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO. 9999:2011**: Assistive products for persons with disability Classification and terminology, 2011. Disponível em: http://www.iso.org/iso/catalogue_detail.htm?csnumber=50982. Acesso em: 05 out. 2022.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães; HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian (coord.). **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Comentários à Lei 13.146/2015. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2019.

MICKLITZ, Hans-W; HELBERGER, Natali; STRYCHARZ, Joanna et al. **EU consumer protection 2.0**: Structural asymmetries in digital consumer markets. Bruxelas: BEUC, mar. 2021.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** São Paulo: Letramento, 2017.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Corta Corrente, 2020.

NÚMERO DE SITES QUE FALHAM NOS TESTES DO WEB PARA TODOS CAI, MAS AINDA PREOCUPA. **MWPT**. 2020. Disponível em: <https://mwpt.com.br/numero-de-sites-que-falham-nos-testes-do-web-para-todos-cai-mas-ainda-preocupa/>. Acesso em: 15 jun 2022.

PESQUISA TIC DOMICÍLIOS. **CETIC.BR**. Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/>. Acesso em: 05 out. 2022;

RADABAUGH, Mary Pat. **Study on the Financing of Assistive Technology Devices and Services for Individuals with Disabilities**: a report to the Presidente and the Congress of the United States, Nacional Councilon Disability, 1993.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimen-

to, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Cheila; BASSANI, Patrícia B. Scherer; HEIDRICH, Regina de Oliveira. Tecnologias assistivas: possibilidades de inclusão digital para pessoas com deficiência. **Revista Tecnologia e Tendências**. Disponível em: <https://www.assistiva.com.br/tassistiva.html>. Acesso em: 10 out. 2022.

SARMENTO, Daniel. **A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa**. In: SARMENTO, *Daniel*. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARTORETTO, Mara Lúcia; BERSCH, Rita. **Assistiva - Tecnologia e Educação**. 2022. Disponível em: <https://www.assistiva.com.br/tassistiva.html>. Acesso em: 05 out. 2022.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: Construindo uma sociedade para todos**. Rio de Janeiro: WVA, 2003.

SILVA, Lorrane “Pequena Lô”. Entrevista concedida ao programa Preconceitos: Você tem medo de quem? Universo Karnal. **CCN BRASIL**. 6 ago. 2022.

AS DIFERENTES VERSÕES PARA O PORTUGUÊS DO TRATADO DE MARRAQUEXE E SEUS IMPACTOS NA DEFINIÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS

Guilherme Carneiro Leão Farias

Aluno do Curso de Doutorado em Direito Público da Universidade de Coimbra.
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Resumo:

Este artigo analisa as versões oficiais não autenticadas para o português do Tratado de Marraquexe para facilitar o acesso às obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso, concluído em 27/6/2013, no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual. O objetivo principal é identificar eventuais divergências entre essas traduções e os seis textos igualmente autênticos que tenham aptidão para modificar o rol de beneficiários. A metodologia adotada é descritiva e qualitativa. Os resultados obtidos indicam que a versão oficial não autenticada da República Federativa do Brasil, ao trocar “grau de visão” por “acuidade visual”, restringiu indevidamente o alcance do preceito do artigo 3, alínea *b*, do Tratado. Isso porque, de acordo com a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial da Saúde, as “funções da acuidade de visão” (b2100) estão contidas nas “funções da visão” (b210), gênero que abrange outras quatro espécies. Tal restrição contraria os seis textos igualmente autênticos do Tratado e não se identifica nas outras quatro versões oficiais para o português existentes em 21/11/2022. Dessa forma, conclui-se que a interpretação meramente gramatical da alínea *b* do artigo 3 da versão brasileira do Tratado configurará ilícito internacional passível de responsabilização caso leve à exclusão do público-alvo das medidas especiais de efetivação da acessibilidade ao texto impresso pessoas com comprometimentos nas “funções do campo visual” (b2101), na “qualidade de visão” (b2102), em “funções da visão, outras especificadas” (b2108) ou em “funções da visão, não especificadas” (b2109).

Palavras-chave: Deficiência visual; Políticas públicas; Acessibilidade; Direitos autorais; Linguística aplicada.

Introdução

O presente artigo analisa as versões oficiais não autenticadas para o português do Tratado de Marraquexe (TM/2013), adotado pela Conferência Diplomática da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), no Reino de Marrocos, em 27 de junho de 2013, com seis textos igualmente autênticos (em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo). Esse ato normativo internacional de *hard law* tem por propósito facilitar o acesso às obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso. Para alcançar esse objetivo, entre outras medidas, impõe a cada Estado Contratante o estabelecimento de limitação ou exceção em sua legislação interna de direitos autorais, especialmente no que tange à reprodução, à distribuição e à colocação à disposição do público, de modo a permitir as alterações necessárias para tornar tais obras acessíveis aos beneficiários.

O TM/2013 entrou em vigor em 30 de setembro de 2016, três meses após o depósito do vigésimo instrumento de aceitação, o de ratificação do Canadá. Em 21 de novembro de 2022, data da submissão da versão final deste artigo, 90 dos 193 Estados-membros da OMPI já haviam formalizado perante o Diretor-Geral da organização suas manifestações de consentimento em obrigar-se (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2022a, 2022b).

A pergunta de pesquisa é se, entre as cinco traduções para a língua portuguesa existentes até o momento, as escolhas vocabulares têm ou não têm aptidão modificar o rol de beneficiários. A hipótese testada é a de que, diante da existência de expressões técnicas no artigo 3, alínea *b*, descuidos em relação à terminologia consagrada na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) da Organização Mundial da Saúde (OMS) podem ser interpretados de modo a limitar indevidamente a eficácia subjetiva das disposições do TM/2013.

A relevância da investigação está no fato de já terem sido contactadas divergências juridicamente relevantes nas redações do artigo 1, segundo parágrafo, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que comprometeram decisivamente o caráter aberto da definição de “pessoas com deficiência” nas versões oficiais não autenticadas da República Federativa do Brasil, da República de Cabo Verde, da República de Moçambique e da Região Administrativa Especial de Macau (FARIAS, 2021, p. 39-48; 2022, p. 338-349).

A metodologia adotada é descritiva quanto ao objetivo e qualitativa quanto à abordagem. A coleta de dados baseou-se em coleta de dados legislativos por meio da *Internet*, e em revisão de literatura em matéria de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

As versões oficiais não autenticadas para o português

Nesta primeira seção do desenvolvimento, as cinco versões oficiais não autenticadas para o português do TM/2013 serão apresentadas por ordem cronológica de deflagração do procedimento interno de aprovação para ratificação, adesão ou confirmação. Ressalte-se que, no âmbito desta pesquisa, “versão” corresponde à tradução técnica de um ou mais “textos autênticos” de um tratado ou de uma convenção internacional para idioma diverso do aprovado durante a fase de negociação. O caráter “oficial” decorre do fato de essa tradução técnica ser elaborada por um Estado ou por uma organização internacional com direito a ser parte, durante a fase de manifestação do consentimento em obriga-se. E a qualificação “não autenticada” se refere à ausência de um ato de certificação dos Estados negociadores ou dos demais Estados Contratantes quanto à sua definitividade e à sua autenticidade.

A República Federativa do Brasil, tendo assinado o TM/2013 em 28 de junho de 2013, deflagrou o procedimento interno de aprovação para ratificação seis meses e dezessete dias depois, quando os então titulares do Ministério das Relações Exteriores (MRE) (Sr. Luiz Alberto Figueiredo Machado), da Secretaria dos Direitos Humanos (SDH) (Sr.^a Maria do Rosário Nunes) e do Ministério da Cultura (MinC) (Sr.^a Marta Teresa Suplicy) dirigiram à então Presidente da República (Sr.^a Dilma Vana Rousseff) a Exposição de Motivos Interministerial (EMI) n. 4, de 16 de janeiro de 2014. No anexo a essa EMI n. 4/2014 - MRE/SDH/MinC, a redação do artigo 3 era a seguinte (BRASIL, 2014):

Artigo 3º

Beneficiários

Será beneficiário toda pessoa:

- a) cega;
 - b) que tenha deficiência visual ou qualquer outra deficiência perceptiva de leitura que não possa ser corrigida para se obter um grau de visão similar ao de uma pessoa que não tenha deficiência,
 - c) que esteja, impossibilitada, de qualquer outra maneira, devido a uma deficiência física, de sustentar ou manipular um livro ou focar ou mover os olhos da forma que normalmente seria apropriado para a leitura;
- independentemente de quaisquer outras deficiências.

A EMI n. 4/2014 - MRE/SDH/MinC, foi então, reproduzida *in totum* no anexo à Mensagem de acordos, convênios, tratados e atos internacionais (MSC) n. 344, de 3 de novembro de 2014, dirigida pela então Chefe de Estado aos Membros do Congresso Nacional. Na Câmara dos Deputados, a MSC n. 344/2014 converteu-se no Projeto de Decreto Legislativo de acordos, tratados ou atos internacionais (PDC) n. 57, de 30 de abril de 2015.

Enquanto o PDC n. 57/2015 já estava sob a análise das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), de Cultura (CCULT) e de Defesa

dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CPD), o MRE, na pessoa do então Ministro interino (Sr. Sérgio França Danese) enviou ao então Presidente da Câmara dos Deputados (Sr. Eduardo Cosentino da Cunha) o “Urgentíssimo” Ofício n. 54 DAI/AFEPA/DIPI/DDH/DTS/PARL PAIN OMPI, de 26 de maio de 2015, informando a detecção de “erros na tradução para o português” e a consequente necessidade de adequação “às versões autênticas em inglês, francês, espanhol, russo, chinês e árabe” por meio, dentre outras, da seguinte alteração no artigo 3, alínea *b* (BRASIL, 2015):

Onde se lê: “b) que tenha deficiência visual ou qualquer outra deficiência perceptiva de leitura que não possa ser corrigida para se obter um grau de visão similar ao de uma pessoa que não tenha deficiência,”

Leia-se: “b) que tenha deficiência visual ou outra deficiência de percepção ou de leitura que não possa ser corrigida para se obter uma acuidade visual substancialmente equivalente à de uma pessoa que não tenha esse tipo de deficiência ou dificuldade, e para quem é impossível ler material impresso de uma forma substancialmente equivalente à de uma pessoa sem deficiência ou dificuldade; ou”

As alterações indicadas no Ofício n. 54/2015 foram acatadas pelas Comissões e incorporadas ao substitutivo do PDC n. 57/2015, o qual acabou sendo aprovado pela maioria qualificada de 3/5 dos Deputados Federais, em dois turnos de votação, sendo, então, remetido à Casa revisora.

No Senado Federal, a proposição foi renomeada Projeto de Decreto Legislativo n. 347, de 9 de setembro de 2015, e não recebeu emendas, sendo também aprovada pela maioria qualificada de 3/5 dos Senadores, em dois turnos de votação, convertendo-se no Decreto Legislativo n. 261, de 25 de novembro de 2015, promulgado pelo então Presidente do Congresso Nacional (Senador José Renan Vasconcelos Calheiros).

Obtida a aprovação para manifestação de consentimento em obrigar-se, a República Federativa do Brasil depositou seu instrumento de ratificação junto ao então Diretor-Geral da OMPI (Sr. Francis Gurry) em 11 de dezembro de 2015. Como ainda faltavam sete manifestações para que o TM/2013 entrasse em vigor, ele só passou a produzir efeitos para o Brasil no plano jurídico externo em 30 de setembro de 2016.

Muito embora tenha sido aprovado para ratificação com base no procedimento legislativo especial do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, de acordo com a doutrina majoritária e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MELLO, 2004, p. 240-241), o TM/2013 somente passou a produzir efeitos no plano jurídico interno, na qualidade de ato formalmente constitucional, em 9 de outubro de 2018, data da publicação no *Diário Oficial da União* do Decreto n. 9.522, promulgado no dia anterior pelo então Presidente da República (Sr. Michel Miguel Elias Temer). No anexo a esse Decreto Presidencial, é

esta a redação consolidada do artigo 3 do TM/2013 (BRASIL, 2018):

Artigo 3º

Beneficiários

Será beneficiário toda pessoa:

a) cega;

b) que tenha deficiência visual ou outra deficiência de percepção ou de leitura que não possa ser corrigida para se obter uma acuidade visual substancialmente equivalente à de uma pessoa que não tenha esse tipo de deficiência ou dificuldade, e para quem é impossível ler material impresso de uma forma substancialmente equivalente à de uma pessoa sem deficiência ou dificuldade; ou

c) que esteja impossibilitada, de qualquer outra maneira, devido a uma deficiência física, de sustentar ou manipular um livro ou focar ou mover os olhos da forma que normalmente seria apropriado para a leitura;

independentemente de quaisquer outras deficiências.

A União Europeia, organização internacional de integração regional da qual a República Portuguesa é Estado-Membro, assinou o TM/2013 em 30 de abril de 2014. A autorização para a aceitação foi veiculada por meio da Decisão (UE) n. 2018/254 do Conselho da União Europeia, de 15 de fevereiro de 2018, e a formalização da manifestação de consentimento em obriga-se ocorreu em 1º de outubro de 2018, com entrada em vigor, no plano jurídico externo, em 1º de janeiro de 2019.

Na versão oficial europeia para o português, é esta a redação do artigo 3 do TM/2013 (UNIÃO EUROPEIA, 2014):

Artigo 3

Beneficiários

Será beneficiário toda a pessoa:

(a) cega;

(b) que tenha uma deficiência visual ou uma incapacidade de percepção ou de leitura que não possa ser melhorada para alcançar uma função visual substancialmente equivalente à de uma pessoa que não tenha esse tipo de deficiência ou dificuldade, e para quem é impossível ler material impresso de uma forma substancialmente equivalente à de uma pessoa sem essa deficiência ou dificuldade;

(c) que não possa de outra forma, por uma incapacidade física, segurar ou manipular um livro ou focar ou mover os olhos na medida normalmente considerada apropriada para a leitura;

independentemente de outras incapacidades.

A República de Cabo Verde não assinou o TM/2013. A autorização para a adesão foi concedida pela Assembleia Nacional por meio da Resolução n. 90/IX/2018, de 29 de outubro de 2018, e a formalização da manifestação de consentimento em obrigar-se ocorreu em 22 de fevereiro de 2019, com entrada em vigor, no plano jurídico externo, em 22 de maio de 2019.

Na versão oficial caboverdiana, expressamente baseada no texto autêntico em inglês, é esta a redação do artigo 3 do TM/2013 (CABO VERDE, 2018):

Artigo 3º

Beneficiários

Será beneficiário toda a pessoa:

(a) cega;

(b) que tenha uma deficiência visual ou uma incapacidade de percepção ou de leitura que não possa ser melhorada para alcançar uma função visual substancialmente equivalente à de uma pessoa que não tenha esse tipo de deficiência ou dificuldade, e para quem é impossível ler material impresso de uma forma substancialmente equivalente à de uma pessoa sem essa deficiência ou dificuldade;

(c) que não possa de outra forma, por uma incapacidade física, segurar ou manipular um livro ou focar ou mover os olhos na medida normalmente considerada apropriada para a leitura; independentemente de outras incapacidades.

A República Democrática de São Tomé e Príncipe assinou o TM/2013 em 28 de junho de 2013. A autorização para a ratificação foi concedida pela Assembleia Nacional por meio da Proposta de Resolução n. 35/XI/3ª/2020, de 7 de agosto de 2020, e a formalização da manifestação de consentimento em obrigar-se ocorreu em 15 de outubro de 2020, com entrada em vigor, no plano jurídico externo, em 15 de janeiro de 2021.

Na versão oficial são-tomense, expressamente baseada no texto autêntico em francês, é esta a redação do artigo 3 do TM/2013 (SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, 2020):

Artigo 3.º

Beneficiários

Será beneficiário toda a pessoa:

a) Cega;

b) Que tenha uma deficiência visual ou uma incapacidade de percepção ou de leitura que não possa ser melhorada para alcançar uma função visual substancialmente equivalente à de uma pessoa que não tenha esse tipo de deficiência ou dificuldade, e para quem é impossível ler material impresso de uma forma substancialmente equivalente à de uma pessoa sem essa deficiência ou dificuldade;

c) Que não possa de outra forma, por uma incapacidade física, segurar ou manipular um livro ou focar ou mover os olhos na medida normalmente considerada apropriada para a leitura; independentemente de outras incapacidades.

A República de Moçambique não assinou o TM/2013. A autorização para a adesão foi concedida pela Assembleia da República por meio da Resolução n. 10/2021, de 27 de dezembro de 2021. No entanto, ainda não houve a formalização da manifestação de consentimento em obrigar-se.

Na versão oficial moçambicana, expressamente baseada no texto autêntico em inglês, é esta a redação do artigo 3 do TM/2013 (MOÇAMBIQUE, 2021):

ARTIGO 3.º

Pessoas beneficiárias

Por pessoa beneficiária, deve entender-se qualquer pessoa que:

- a) Seja cega;
- b) Tenha uma deficiência visual ou qualquer dificuldade em termos de percepção ou leitura que não possa ser melhorada de modo a proporcionar uma função visual substancialmente equivalente à de uma pessoa não afectada por essa deficiência ou dificuldade, sendo assim incapaz de ler as obras impressas na mesma medida que esta última; ou
- c) Seja incapaz, devido a uma deficiência física, de segurar ou manusear um livro ou de fixar ou deslocar os olhos numa medida que permita a leitura;
- d) independentemente de qualquer outra deficiência.

Marraquexe ou marraqueche?

Antes de iniciar a análise das diferenças juridicamente relevantes entre as cinco versões oficiais para o português do artigo 3 do TM/2013, vale a pena dedicar algum espaço ao esclarecimento de uma disparidade imediatamente percebida. Afinal, em português, o nome da cidade do Reino do Marrocos que sediou a Conferência Diplomática da OMPI de junho de 2013 escreve-se com “x” (como consta nas versões oficiais europeia, caboverdiana, são-tomense e moçambicana) ou com “ch” (como consta na versão oficial brasileira)?

Como bem exclama NILSON FERREIRA (2018, grifos do original *apud* CAVALCANTE, 2018), o “Marraqueche” que figura no Decreto Legislativo n. 261/2015 e nos Decretos n. 9.522/2018 e 10.882/2021 “não passa de um *Frankenstein Linguístico!*”. O professor brasileiro explica que:

O topônimo *Marraquexe* origina-se do Berbere (língua afro-asiática), composta por *mur(n)* (terra) e *akush* (Deus), formando *merrakec* (Terra de Deus) e chegando ao árabe *murrākuš*. Ao passar pelo Francês, sofreu a variação de grafia para *Marrakech*; assim como *Marrakesh*, no Inglês; *Marrakesch*, no Alemão; *Marrakesz*, no Polonês; *Marrakex*, no Basco.

Sua grafia oficial em Português, constante no *Vocabulário Onomástico da Língua Portuguesa* (Academia Brasileira de Letras, página 158, 1ª edição) é *Marraquexe* (com “x”) e seu adjetivo gentílico é *marraquexi* (também com “x”). Esta é a grafia oficialmente utilizada pelos Governos de Brasil (incluindo Imprensa Oficial e Ministério das Relações Exteriores) e de Portugal e pela União Europeia. A fundamentação do uso do “x” (e não, “ch”) é que o aportuguesamento de palavras com som chiado (/ʃ/, xê, no *Alfabeto Fonético Internacional*) deve-se representar com a letra “x”, como em *abacaxi* e *macaxeira* (Tupy), *maxixe* e *Orixá* (Yorubá), *xadrez* e *xeique* (Árabe), *xá* e *xale* (Persa).

De fato, o caráter oficial do *Vocabulário Onomástico da Língua Portuguesa* decorre do próprio ato normativo que incumbiu a Academia Brasileira de Letras (ABL) de organizá-lo: a Lei n. 5.765, de 18 de dezembro de 1971 (BRASIL, 1971, art. 2º). No entanto, há um pequeno reparo a se fazer: a inobservância da grafia indicada pela ABL por parte do MRE não é recente. Ela remonta ao processo de aprovação para manifestação de consentimento em obrigar-se relativo à “Ata Final que Incorpora aos Resultados da Rodada do Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Marraqueche [sic.], em 12 de abril de 1994” (BRASIL, 1994, grifo nosso).

As diferenças juridicamente relevantes

Descontadas as diferenças ortográficas e tipográficas, percebe-se que as divergências juridicamente relevantes se limitam à primeira parte da alínea *b* do artigo 3 do TM/2013 e permitem a divisão das cinco versões oficiais para o português em dois modelos, conforme o Quadro 1 *infra*:

Quadro 1 - O preceito do artigo 3, alínea *b*, 1ª parte, do TM/2013 nas cinco versões oficiais não autenticadas para o português

Versões oficiais para o português		Artigo 3, alínea b, 1ª parte, do TM/2013
Modelo 1		
VO1	República Federativa do Brasil	“[...] de percepção ou de leitura que não possa ser corrigida para se obter uma acuidade visual substancialmente equivalente [...]”
Modelo 2		
VO2	União Europeia	“[...] de percepção ou de leitura que não possa ser melhorada de modo a proporcionar uma função visual substancialmente equivalente [...]”
VO3	República de Cabo Verde	
VO4	República Democrática de São Tomé e Príncipe	
VO5	República de Moçambique	

Fonte: Elaboração própria com base em Brasil (2018), União Europeia (2014), Cabo Verde (2018), São Tomé e Príncipe (2020) e Moçambique (2021).

A primeira divergência juridicamente relevante está no fato de a “deficiência / incapacidade / dificuldade” de percepção ou de leitura não poder ser “corrigida” (Modelo 1) ou “melhorada” (Modelo 2). Já a segunda está no fato de essa impossibilidade ser para alcançar uma “acuidade visual” (Modelo 1) ou uma “função visual” (Modelo 2) substancialmente equivalente à de uma pessoa sem essa “deficiência/incapacidade/dificuldade”.

À primeira vista, o Modelo 1 parece mais generoso, porque também considera como beneficiária do TM/2013 a pessoa cujo comprometimento de percepção ou de leitura até possa ser melhorado, embora não seja passível de correção. No entanto, numa análise mais apurada, constata-se que, em realidade, o Modelo 1 é muito mais restrito que o Modelo 2.

Essa análise mais apurada exige o recurso à Classificação Internacional

de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), instrumento fundamental para a efetivação do modelo de direitos humanos (biopsicossocial e aberto) consagrado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Nesse documento aprovado em 2001 por meio de Resolução da Organização Mundial da Saúde (OMS), as “funções da visão” (código CIF b210) são definidas como funções sensoriais relacionadas com a percepção de luz e forma, tamanho, formato e cor de um estímulo visual. Constituem, portanto, um gênero do qual as “funções da acuidade visual” (código CIF b2100) são apenas uma das quatro espécies (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2001).

Portanto, enquanto o Modelo 1 somente reconhece como beneficiários da alínea *b* do artigo 3 do TM/2013 as pessoas cujos comprometimentos não possam ser corrigidos para alcançar uma percepção “de forma e contorno a curta e longa distância” substancialmente equivalente, o Modelo 2 também confere esse tratamento àquelas cujos comprometimentos não possam ser melhorados para alcançar “funções do campo visual” (código CIF b2101), “qualidade de visão” (código CIF b2102), assim como outras funções visuais especificadas (código CIF b2108) e funções visuais não especificadas (código CIF b2109).

Entendidas as diferenças semânticas entre as versões oficiais não autenticadas para o português, resta confrontá-las com os textos autênticos, de modo a verificar se houve uma restrição indevida na redação do preceito do artigo 3, alínea *b*, 1ª parte, do M/2013 no Modelo 1 ou um desbordamento do consenso alcançado pelos Estados-Membros da OMPI durante a fase de negociação no Modelo 2. Considerando que, dos seis textos igualmente autênticos, apenas três serviram de base para as cinco traduções para o português, o Quadro 2 *infra* reproduzirá, para os fins da confrontação interlinguística, apenas os trechos dos textos autênticos em inglês, espanhol e francês:

Quadro 2 - O preceito do artigo 3, alínea *b*, 1ª parte, do TM/2013 nos textos igualmente autênticos em inglês, espanhol e francês

Textos igualmente autênticos		Artigo 3, alínea <i>b</i> , 1ª parte, do TM/2013
TA1	Em inglês	“[...] perceptual or reading disability which cannot be <i>improved</i> to give <i>visual function</i> substantially equivalent [...]”
TA2	Em espanhol	“[...] dificultad para percibir o ler que no puede <i>corrigirse</i> para que permita um <i>grado de visión</i> sustancialmente equivalente [...]”
TA3	Em francês	« [...] déficience de perception ou de difficultés de lecture qui ne peuvent pas être <i>réduites</i> de manière à rendre la <i>fonction visuelle</i> sensiblement équivalente [...] »

Fonte: Elaboração própria com base em World Intellectual Property Organization (2013).

A partir da análise dos termos grifados, é possível inferir que a versão oficial não autenticada da República Federativa do Brasil tomou por base para a tradução para o português o texto autêntico em espanhol. Isso explica o emprego tanto do “que não possa ser corrigida” (tradução de “*que no puede corregirse*”) quanto do “grau de visão” (tradução de “*grado de visión*”) na versão originária, consagrada no EMI n. 4/2014 - MRE/SDH/MinC e na MSC n. 344/2014.

Ocorre que essa versão originária foi modificada no Substitutivo ao PDC n. 57/2015, incorporando a troca de “grau de visão” por “acuidade de visão” solicitada pelo Poder Executivo por meio do Ofício n. 54/2015 - DAI/AFEPA/DIPI/DDH/DTS/PARL PAIN OMPI. E foi essa troca que restringiu indevidamente a definição dos beneficiários da 1ª parte da alínea *b* do artigo 3 do TM/2013 na versão oficial não autenticada brasileira. Isso porque, conforme esclarece PABLO MARTÍN ANDRADE (2014), na língua espanhola, “*grado de visión*” é uma expressão genérica, equivalente a “*función visual*”, e que, portanto, contém, mas não se resume à “*agudeza de visión*”. No mesmo sentido, MARTA BERANUY FARGUES (2014, grifos do original, tradução nossa) assevera que “determinar a natureza da incapacidade visual baseando-se somente na ACUIDADE e no CAMPO VISUAL é um pouco reducionista”; citando a oftalmologista finlandesa LEA HYVÄRINEN (1983), a investigadora da Universidad Publica de Navarra ressalta que outras funções visuais devem ser valoradas, como a sensibilidade ao contraste, a oculomotricidade, a visão de cores, a adaptação ocular e a presença de mudanças transitórias perturbadoras da qualidade de visão.

Conclusão

Considerando-se que “funções da visão” (CIF b210) é gênero do qual “funções da acuidade visual” (CIF b2100) é espécie, conclui-se que interpretação meramente gramatical da primeira parte da alínea *b* do artigo 3 do TM/2013, conforme a previsão do anexo ao Decreto Legislativo n. 261/2015 e do anexo ao Decreto n. 9.522/2018, pode atrair a responsabilização internacional da República Federativa do Brasil, por configurar barreira a obstruir o exercício pleno e efetivo do acesso ao texto impresso de pessoas com comprometimentos nas “funções do campo visual” (CIF b2101), na “qualidade de visão” (CIF b2102), em “funções da visão, outras especificadas” (CIF b2108) ou em “funções da visão, não especificadas” (CIF b2109).

A restrição de alcance levada a cabo pela versão oficial não autenticada brasileira do TM/2013 não se reveste das formalidades exigidas pela Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969 para configurar uma reserva nem pode ser encarada como uma declaração interpretativa implícita ou sub-reptícia, uma vez que não se identifica entre os seis textos igualmente autênticos qualquer conflito de sentidos no que tange ao caráter genérico dos comprometimentos visuais tendentes a qualificar uma pessoa como beneficiária.

ria das medidas de promoção da acessibilidade às obras publicadas.

Referências

ANDRADE, Pablo Martín. **Alumnos con discapacidad visual:** necesidades y respuesta educativa. Madri: Organización Nacional de Ciegos Españoles, 23 abr. 2014. Disponível em: http://www.deficienciavisual.pt/txt-alumnos_discapacidad_visual.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Ofício n. 54 DAI/AFEPA/DIPI/DDH/DTS/PARL PAIN ÔMPI, de 26 de maio de 2015.** Brasília, DF: Diário da Câmara dos Deputados, maio 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1340060&filename=Tramitacao-PDC+57/2015. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. **Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.** Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 31 dez. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. **Decreto n. 9.522, de 8 de outubro de 2018.** Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 9 out. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9522.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. **Decreto n. 10.882, de 3 de dezembro de 2021.** Regulamenta o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 6 dez. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Decreto/D10882.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. **Lei n. 5.765, de 18 de dezembro de 1971.** Aprova alterações na ortografia da língua portuguesa e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 20 dez. 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15765.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. **Mensagem de acordos, convênios, tratados e atos internacionais n. 344, de 3 de novembro de 2014.** Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para ter acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013. Brasília, DF: Diário da Câmara dos Deputados, nov. 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0ldg38bhl8yusbej4qjp1dm311400561.node0?codteor=1284892&filename=MSC+344/2014. Acesso em: 22 nov. 2022.

CABO VERDE. Assembleia Nacional. **Resolução n. 90/IX/2018, de 29 de outubro de 2018.** Aprova, para adesão, o Tratado para facilitar o acesso às obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso. Boletim Oficial, 29 out. 2018. Disponível em: <https://>

kiosk.incv.cv/V/2018/10/29/1.1.69.2593/p1667. Acesso em: 21 nov. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Tratado de Marraqueche (Decreto 9.522/2018): entenda. **Dizer o Direito**, Manaus, 11 out. 2018. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/10/tratado-de-marraqueche-decreto-95222018.html>. Acesso em: 21 nov. 2022.

FARGUES, Marta Beranuy. **Diversidad funcional visual**. Navarra: 28 out. 2014. Disponível em: <https://slideplayer.es/slide/3123466/>. Acesso em: 21 nov. 2022.

FARIAS, Guilherme Carneiro Leão. **Deficiência, reconhecimento e ações afirmativas**: a definição do público-alvo no modelo de direitos humanos - a experiência brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

_____. A influência do idioma português no alcance da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: MOREIRA, Vital *et al.* (org.) **Anais de artigos completos do VI CIDHCoimbra 2021**. Campinas/Jundiá: Brasília/Edições Brasil, 2022, vol. 1, p. 338-349.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, vol. 1.

MOÇAMBIQUE. Assembleia da República. **Resolução n. 10/2021, de 27 de dezembro de 2021**. Ratifica o Tratado de Marraquexe, Para facilitar o acesso a obras publicadas por parte das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de leitura de material impresso. Maputo: Boletim da República, 27 dez. 2021. Disponível em: <https://gazettes.africa/archive/mz/2021/mz-government-gazette-series-i-dated-2021-12-27-no-249.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **CIF Fácil**: versão online da CIF - Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. b210 Funções da visão. Nova York: 2001. Disponível em: <https://ciffacil.com/b210-funcoes-da-visao/>. Acesso em; 21 nov. 2022.

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. Assembleia Nacional. **Proposta de Resolução n. 35/XI/3ª/2020, de 7 de agosto de 2020**. Tratado de Marraquexe para facilitar as Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Aceder ao Texto Impresso. São Tomé: Diário da Assembleia Nacional, 10 ago. 2020. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/saotomeeprincipe/diarios-da-an/xi-legislatura-22-11-2018/ii-serie-a/4.a-sessao/DAN12-IIS.pdf/at_download/file. Acesso em: 21 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. **Decisão (UE) 2018/254 do Conselho, de 15 de fevereiro de 2018**, relativa à celebração, em nome da União Europeia, do Tratado de Marraquexe para facilitar o acesso a obras publicadas por parte das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de leitura de material impresso. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 21 fev. 2018. Disponível em: http://publications.europa.eu/resource/ellar/ed6f1410-1698-11e8-9253-01aa75ed71a1.0018.03/DOC_1. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. **Tratado de Marraquexe, para facilitar o acesso às obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso**. Genebra: 2014. Disponível em: <http://bibliotecas.dglab.gov.pt/pt/ServProf/Documentacao/Documents/Tratado%20de%20Marraquexe.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2022.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled.** Genebra: WIPO, 2013. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/treaties/textdetails/13169>. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. **Member States.** Genebra: WIPO, 2022. Disponível em: <https://www.wipo.int/members/en/>. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. WIPO-Administered Treaties. **Marrakesh VIP Treaty:** Contracting Parties. Genebra: WIPO, 2022. Disponível em: https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?start_year=ANY&end_year=ANY&search_what=C&code=ALL&-treaty_id=843. Acesso em: 21 nov. 2022.

DESAFIOS E COMPLEXIDADE NO PROCESSO DE INCLUSÃO ESCOLAR DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Cinara Aline de Freitas

Analista de Gestão Educacional da Secretaria Municipal de Educação de Uberaba/ Minas Gerais. Mestra em Educação pela Universidade Federal do Triângulo Mineiro

Cleuza Rezende Macêdo

Professora. Mestra em Educação pela Universidade Federal do Triângulo Mineiro

Resumo:

Esta pesquisa traz um recorte da dissertação de mestrado “O processo de construção da identidade docente no contexto da educação inclusiva”, de caráter empírico, que teve como objetivo principal discutir, a partir das complexidades da educação inclusiva, as concepções de profissionais da educação básica a respeito da inclusão escolar, partindo dos resultados obtidos mediante entrevistas de História de Vida e Grupo Focal. A pesquisa foi realizada em parceria com um grupo de oito professores regentes da rede pública de ensino de Uberaba, Minas Gerais, durante o ano 2021. As entrevistas foram gravadas e transcritas, sendo posteriormente submetidas à Análise de Conteúdo. Neste recorte, apresentaremos fragmentos de uma das categorias que emergiram da narrativa dos professores: “Desafios e complexidade da educação inclusiva”. Estas categorias nos ajudaram a compreender a questão de investigação: “formação de professores” na perspectiva da educação inclusiva. Nessa concepção, vamos buscar respostas para a questão: Inclusão; qual o caminho? Como resultados, ainda em construção, destacamos as vozes dos docentes carregadas de uma certa angústia, pela não efetivação de uma educação que incluía a todos no processo de ensino e aprendizagem. Os resultados preliminares, evidenciaram o quanto é importante no processo formativo a participação dos professores em sua própria formação, tornando-os protagonista do processo de ensinar e de aprender. No caso da educação inclusiva, isso é especialmente importante no que se refere às lacunas apresentadas nas tentativas de explicar as políticas formuladas e as práticas implementadas.

Palavras-chave: Educação inclusiva; Complexidade; Formação docente.

Introdução

A atuação docente em um contexto inclusivo é repleta de situações complexas e desafiadoras. A educação inclusiva baseia-se nos princípios de educação para todos e fundamenta as políticas existentes, de modo a garantir o acesso e a permanência de todos os alunos nas escolas regulares comuns.

Considerando a heterogeneidade presente na sociedade, as escolas devem acolher todas as crianças, independentemente das suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, lingüísticas e outras. Nessa perspectiva, o desafio da educação é assegurar um ensino de qualidade que beneficie os alunos com deficiência e com altas habilidades/superdotação, com a organização de escolas que promovam a participação e a aprendizagem de todos. (BRASIL, 2006, p. 9).

Nesse sentido, a educação especial integra todos os níveis, etapas e modalidades de ensino de maneira transversal, de modo que possam ser desenvolvidos serviços e instrumentos pedagógicos que sustentem o processo de educação inclusiva, garantindo assim, a aprendizagem baseada nas potencialidades dos alunos. Como exemplos destes recursos, temos o atendimento educacional especializado - AEE e a disponibilização de professores de apoio.

As bases de um sistema educacional inclusivo ainda são objeto de discussões e relutância por uma parcela dos profissionais da educação. Orrú (2017) discute que a observação das particularidades de cada aluno afasta a ideia de homogeneização que ainda se faz presente na prática educativa. Faz-se importante compreender que cada pessoa possui um jeito e um ritmo de aprendizagem e que, nesse cenário, é inconcebível a ideia de que os professores devam usar as mesmas estratégias para todos os alunos de uma mesma classe.

Compreende-se, assim, que o processo de educação inclusiva constitui-se como algo que emerge da necessidade de reformular nossas concepções e práticas educativas com vistas a que todos, sem exceção, tenham a possibilidade de aprender e serem valorizados em sua singularidade deixando, ainda, contribuições significativas para as próximas gerações.

O processo de educação inclusiva traz, em si, concepções e práticas que podem despertar uma visão de utopia por parte de algumas pessoas, visto que requer uma série de transformações nas práticas pedagógicas tradicionais e no comportamento de resistência dos mais conservadores. Mantoan (2011) alerta que tanto o ensino regular comum como a escola especial têm demonstrado relutância ao desenvolvimento da educação inclusiva, pois uma aceitação ilimitada das diferenças é necessária.

Metodologia

Este artigo é oriundo de um recorte da dissertação de mestrado intitulada “O processo de construção da identidade docente no contexto da educa-

ção inclusiva”. Tal pesquisa teve como objetivo principal compreender como é construída a identidade docente do professor regente que atua com educandos que compõem o público da educação especial - PEE. O público do estudo foi composto por professores regentes do ensino regular de escolas públicas da educação básica do município de Uberaba/MG. Foram selecionados professores de cada segmento (educação infantil, ensino fundamental - anos iniciais, ensino fundamental - anos finais e ensino médio), constituindo um total de oito participantes.

Os métodos utilizados para a construção de dados foram História de Vida e Grupo Focal. Foram realizadas entrevistas temáticas individuais com os participantes da pesquisa, cujo tema foi: “Minha trajetória docente e minhas experiências com a educação inclusiva”. Posteriormente, realizou-se um Grupo Focal abordando questões referentes ao contexto inclusivo na escola regular. Para o processo de análise de dados, utilizou-se a Análise de Conteúdo. De acordo com Bardin (2011, p. 50), a Análise de Conteúdo “visa o conhecimento de variáveis de ordem psicológica, sociológica, histórica [...], por meio de um mecanismo de dedução com base em indicadores reconstruídos a partir de uma amostra de mensagens particulares”. Esse método de análise de dados se compõe em quatro etapas: (i) pré-análise, na qual é realizada a leitura inicial e construídas as hipóteses preliminares; (ii) a codificação, na qual são aplicados os indicadores considerados na pré-análise, (iii) verificando sua incidência; (iv) a categorização, organizando os dados em categorias; a interpretação, na qual os dados passarão por um processo de análise.

No presente artigo, são trazidos os resultados e discussão da categoria “Desafios presentes na inclusão de alunos público da educação especial”.

Resultados e discussão

De acordo com as falas dos entrevistados, pode-se perceber de modo unânime a necessidade e a dificuldade em lidarem com questões específicas na rotina com os alunos PEE. Veltrone e Mendes (2007) ressaltam a importância de que a escola regular se prepare, dispondo dos recursos necessários ao acesso e permanência de todos os alunos de modo incondicional. Sobre isso, os participantes revelam saber desse compromisso, entretanto, trazem alguns elementos que dificultam a construção efetiva desse processo como a falta de preparo formativo, conforme discutido na categoria anterior, bem como pontos de ordem estrutural. A professora Daniela enuncia o impacto dando aula a uma aluna PEE, sem haver nenhum planejamento prévio e desconhecendo a forma de lidar com as especificidades desta.

E no sétimo ano tinha outra aluna, que também foi muito impactante. Eu não sabia como lidar com ela. Se ela me entendia, se eu falava com ela, se eu dava aula para ela ou para a turma [...] mesmo tendo a professora de apoio, eu fiquei muito desconcertada, não tinha preparo nenhum para saber lidar com aquilo. Na universidade até tinha

sobre isso, mas ficava falando das leis das quantas, mas ninguém chegou para gente e falou: “olha, na sua sala, quando tiver uma criança assim, você vai fazer isso.”. Ninguém nunca falou. Não tinha preparo nenhum para isso e a gente fica até com medo de falar, de ofender [...] é muito complicado! (DANIELA, Entrevista Individual - E.I.).

Daniela revela como consequência do despreparo sentimentos de medo e confusão no desenvolvimento das aulas. A professora enuncia receio até mesmo em como se direcionar à aluna, como falar e como proceder. Importante notar a responsabilidade colocada pela professora em seu processo de formação inicial para lidar com a situações específicas do PEE. Figueiredo, Bonetti e Poulín (2017), ressaltam que vivemos em um mundo que cada vez mais anseia por caminhos que oportunizem a inclusão, mesmo que a legitimidade da escola continue focada em uma educação clássica; e percebemos isso nas legislações adquiridas e no clamor social das famílias atípicas. É papel da escola incluir e oferecer uma aprendizagem livre de empecilhos para a aquisição de conhecimentos e saberes, e isso, logicamente, exige um novo modelo de ensinar e aprender, levando assim a uma escola transformadora.

A minha primeira experiência com aluno com deficiência foi mais ou menos 2012/2013. Eu tinha uma aluna e nessa época foi quando começou a questão do apoio. Então eu tinha essa aluna e ela usava bota ortopédica, tinha convulsão, tinha deficiência intelectual e deficiência física. Eu tive muita dificuldade em trabalhar com ela! Muito mesmo! Porque eu não tinha apoio no início, era sozinha com ela. Isso minha primeira experiência. Ela dava convulsão e eu sozinha na sala ... ela usava fralda e toda hora tinha de chamar alguém para me ajudar. Então foi a primeira experiência e assim, muitos desafios! Ela batia nos alunos, ela não aprendia da mesma forma, ela rasgava o caderno dos alunos, então eu tinha que de vez em quando colocar ela comigo na mesa. Por eu não ter apoio e ter que ajudar os outros também, que também tinham dificuldade às vezes. Uma vez ela caiu comigo no parque, ela deu convulsão, eu arrumei um desespero! Então foi minha primeira experiência. Outra dificuldade também que eu tive é com aluno deficiente auditivo, pois também não tinha apoio, ele não tinha intérprete - só no período meio período, no outro não tinha - e eu não tenho LIBRAS. Então foi bastante difícil de interagir com ele. A gente acabava criando outras formas de comunicar. (RAQUEL, E.I.).

Destaca-se, por meio do relato da professora, como a falta de preparo do profissional e apoio escasso a este, causam entraves na fluidez do processo de inclusão escolar. Na sua primeira experiência houve a demanda tanto de flexibilização curricular para atender às especificidades relacionadas ao conteúdo e acesso da aluna às atividades regulares, quanto a necessidade de cuidados de higiene e saúde. Além disso, a questão comportamental também demandava atenção da professora que precisava fazer a gestão da socialização dentro da sala de aula. Na sua segunda experiência, relata a impossibilidade de

se comunicar adequadamente com seu aluno surdo, visto que não tinha formação em Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS.

Revela-se, assim, a importância do processo de formação continuada para que as demandas como uso da LIBRAS e adaptações necessárias sejam realizadas de maneira efetiva. É fundamental que o professor, enquanto profissional comprometido com a sua função, busque os recursos adequados para realizar o seu trabalho. Por outro lado, é necessário que os sistemas de ensino ofereçam o suporte adequado de que este professor precisa para o desenvolvimento das suas atividades.

E o professor também precisa de receber também essa assistência para saber lidar, trabalhar a questão em si. Porque muitas vezes a gente fica perdida. Quando meu aluno enfiava embaixo da carteira e gritava na sala, eu ficava perdida. Aí eu pensava, se eu fosse mãe dele, o que eu faria? Aí eu o esperava acalmar, era isso que eu fazia, esperava ele acalmar. Porque naquele momento não adiantava eu falar: você vai ter que se sentar, vai ter que assistir à aula. (SUZANA, E.I.).

A fala da professora Suzana demonstra que os professores encontram caminhos nem sempre baseados em seus conhecimentos profissionais para darem conta das demandas que não foram trabalhadas em seu percurso de formação. Destarte essas questões que limitam a atuação docente, os professores também encontram formas de fazerem o trabalho acontecer.

Nesse contexto, Conte e Habowski (2021) assinalam que a inclusão se faz desafiadora devido às condições da educação brasileira, uma vez que é necessário oferecer um apoio especializado aos educadores. A educação inclusiva é uma educação contextual elaborada sob medida para as diferenças e necessidades individuais dos alunos e não deve ser vista como um ato educacional isolado e segregador, mas como parte de um sistema educacional convencional, que deve ser coordenado por meio de ações interdisciplinares, diálogos e projetos. Desse modo, teremos processos de inclusão escolar e, posteriormente, ofertas no mercado de trabalho, espaços para manifestar o diálogo interdisciplinar e a constituição humana em todas as suas potencialidades, de forma democratizada, aberta, ampla para expressar (multi)culturas, garantindo, por extensão, variedade e diversidade na área da educação.

A partir do relato da professora Helena podemos verificar as tentativas de flexibilização em tempo real com o aluno em sala de aula para atender as suas especificidades. Observa-se a necessidade de fazer adaptações em relação ao tempo de aula. Em relação ao conteúdo, a professora realiza dois planos diferentes pensando nas condições de aprendizagem do aluno PEE. Ressalta ainda que seria mais interessante se o formato da aula fosse adequado à diversidade existente dentro da sala de aula, não apenas com os alunos que são PEE, mas com todos os alunos.

Então no processo, você leciona o conteúdo daquele dia, pede os me-

...ninos para fazer as atividades, aí você vai acolher seu aluno especial. Você pega 20 minutos, dependendo do que ele tem, você tem que ir lá para fora porque às vezes você tem que falar um pouco mais alto e depois você retorna para dentro da sala de aula. Eu acho esse processo complicado porque se eu fosse dar uma aula em que eu pudesse respeitar a individualidade desses meninos, seria mais fácil de abraçar esse aluno de inclusão também. Porque igual, eu tenho que preparar dois planos de aula, para dentro do que ele vai compreender, aquilo que olho no material e não tem condição porque ele não vai assimilar. Eu tenho que passar dentro do contexto, eu tenho que adivinhar porque eu não tenho acesso aos pais, para eu poder saber como que a vida desse aluno, para poder fazer o plano de acordo com que ele é capaz de compreender e não ficar fora do que os colegas também estão aprendendo. Então eu encontrei essa dificuldade não é só com aluno de inclusão, são todos os alunos e aí é onde dificulta um pouquinho mais para inclusão. (HELENA, E.I.).

De acordo com Veltrone e Mendes (2007, p. 2), faz-se importante que as escolas identifiquem e respondam às particularidades dos alunos, atendendo às diversas formas e ritmos de aprendizagem “mediante currículos apropriados, modificações das organizações, estratégias de ensino, recursos e parcerias com as comunidades”. Ainda de acordo com os autores, o processo de educação inclusiva demanda que unidades escolares se posicionem de maneira diferenciada, empenhando-se em otimizar a atual conjuntura educacional. Ressalta-se, nesse contexto, a importância do professor regente para viabilizar ações adequadas à aprendizagem pautada em trabalho que pense as especificidades.

Existem muitas discussões sobre como resolver os problemas que envolvem a educação inclusiva, porém, não há medidas efetivas na solução dessas questões e enquanto isso nossas crianças e jovens recebem um ensino compensatório e de baixa qualidade, cerceados por um ensino que apela para as dualidades, divisões e exclusões humanas, não sendo preparados para atender um mundo cada vez mais competitivo, desigual e de princípios opostos. Cabe destacar que a maioria das escolas também enfrenta dificuldades de gestão financeira, estrutura e até comunicação. Não oferecem as condições adequadas de admissão, negligenciam métodos de ensino adequados, seja pela quantidade de alunos ou por excesso de trabalho do educador, o que acaba comprometendo o desenvolvimento global dos alunos que desejam (re)compreender e melhorar sua qualidade de vida. (CONTE e HABOWSKI, 2021).

Saraiva, Vicente e Ferenc (2007, p.13) afirmam que a sala de aula necessita de investimento efetivo, pois:

É preciso pensar no professor concreto, dentro de uma sala de aula real, com alunos com necessidades de aprendizagens das mais diferentes naturezas, que precisa de instrumentais para diagnosticar tais necessidades e construir práticas de intervenção que promovam o avanço desses sujeitos.

Dessa forma, é importante pensar em uma reforma educacional que realmente esteja comprometida com a valorização das diferenças. Na fala de Letícia, bem como de outros participantes da pesquisa, é ressaltado o papel do profissional de apoio, como um recurso importante para auxiliar nas necessidades existentes em relação às especificidades do aluno PEE. Entretanto, enunciam o desafio em exercer esse trabalho em conjunto com outro profissional dentro da sala de aula.

Quando eu passei para outra escola eu recebi uma criança autista. Não era grau severo. Foi a primeira escola que eu recebi uma criança autista na sala junto. Depois vem a professora apoio. E assim, a criança às vezes ficava irritada e a professora de apoio tirava ela de dentro da sala de aula. Aquilo não era interessante, porque eu queria que ela ficasse junto com aquelas crianças. Eu gostaria de explicar para todo mundo o porquê que ela estava agitada naquele momento, mas assim, às vezes a professora apoio, tirava ela da sala achando que iria resolver e as crianças ficavam querendo saber o porquê. E aí, eu pensava assim “gente, não é assim que resolve”. Por isso que eu fiz a pós-graduação em psicopedagogia. O meu relato de experiência foi em cima dessa aluna. Eu fui trabalhando essa questão com ela, conheci os pais dela, como que era a vida dela, a rotina. Eu vi que não podia tirar ela da sala de aula naquele momento de nervoso dela, de agitação, mas todo mundo junto tentar acalmar ela, todas as crianças juntas, transmitir amor para ela, porque cada criança tem o seu jeitinho de ser e, às vezes, a professora de apoio ajudava, mas tinha vezes que atrapalhava, porque duas cabeças juntas às vezes dão atrito. Porque ela tinha o jeitinho dela de pensar e eu tinha o meu jeitinho de pensar e até chegar nessa professora e colocar pontuando o que era legal, o que era interessante para o desenvolvimento dela - porque às vezes eu via que a professora fazia coisa diferente com ela do que eu estava passando com as outras crianças e ela falava que ela não iria dar conta. Aí eu: “dá conta sim! Do jeitinho dela eu quero que ela faça.” Se as crianças estão pintando, ela também vai pintar. Não é porque ela faz bagunça que ela não vai pintar. Ela tem que estar junto ali. (LETÍCIA, E.I.).

Mediante a fala da professora é possível perceber a sua concepção de inclusão, como ela acredita que a criança com deficiência deve participar das atividades da turma e como os profissionais devem conduzir o processo de ensino e aprendizagem. Percebe-se ainda que a sua visão vem de encontro com a profissional de apoio, causando um conflito dentro da sala de aula. Dessa forma, apesar de ser uma relação que possa auxiliar na inclusão escolar, demanda um trabalho equilibrado de interesses e concepções, a risco de não beneficiar o desenvolvimento da turma como um todo. Além desse aspecto, os participantes relataram que presenciaram situações em que o trabalho do profissional de apoio não era realizado de maneira adequada.

Eu tive um aluno uma vez que era autista e o apoio, eu acho que às

vezes ajuda bastante, o individual pedagógico mesmo, mas a criança fica muito dependente também do apoio. Da última vez que eu tive apoio eu percebi isso. A apoio às vezes saía um pouco ou faltava aquele dia, aquela criança não fazia mais nada. Só com relação ao apoio eu acho que também é um grande desafio para gente. Por que a gente tem que controlar isso tudo, né? Trabalhar com aquele aluno, trabalhar com os outros alunos também, é um desafio grande. (RAQUEL, E.I.).

Observa-se nesse sentido, a necessidade de os profissionais compreenderem a importância de se trabalhar a autonomia do aluno, auxiliando-o a estar, de fato, incluído na turma e realizando as atividades conforme suas especificidades. Esse é um trabalho a ser realizado de maneira articulada entre professor regente e profissional de apoio. Outro aspecto importante é o trabalho de sensibilização e conscientização em relação ao processo de inclusão escolar com toda a turma. O relato da professora Helena, ilustra a importância de todos compreenderem o seu papel nesse processo para que o incluir não seja encarado com constrangimento pelos alunos PEE.

O sentar do lado do aluno, dependendo da hora ele já se sente um pouco constrangido, porque é uma inclusão, mas ao mesmo tempo ele requer um tratamento diferenciado. E então eu já tive aluno que não aceitou a monitora e para trabalhar, a hora que eu me sentava do lado ele também [...] eu via que ele já não gostava. (HELENA, E.I.).

Quando todos os alunos se envolvem nesse processo, há inúmeros ganhos. Para Conte e Habowski (2021) a inclusão escolar é sinônimo de (re) conhecimento do outro e valorização das diferenças humanas como condição ontológica de existência, fato que vem sendo reforçado pelo papel fundamental que desempenha. Enquanto algumas instituições de ensino contam com o apoio de profissionais especializados para auxiliar os professores que trabalham com a diferença por meio de estratégias distintas, estamos longe de avançar nas práticas que se baseiam na diferenciação, ou ainda, que incentivem ações interdisciplinares à educação inclusiva.

De acordo com alguns participantes da pesquisa, algo que dá suporte para o desenvolvimento de práticas inclusivas dentro das escolas é o trabalho multidisciplinar, envolvendo a participação de especialistas no atendimento ao aluno PEE. Nesse ponto, vê-se entraves na medida em que muitos pais não possuem acesso ao atendimento de especialistas como fonoaudiólogos, psicólogos, neurologistas e terapeutas ocupacionais de maneira particular, e a demanda na rede pública ultrapassa a disponibilidade de vagas, gerando longas filas de espera. Aurora (Grupo Focal - G.F.) ressalta que,

Então é muito complicado você falar de inclusão sozinha, porque ela engloba muitas coisas. Ela engloba a escola como todo, a família, o professor, preparação de professor, uma equipe multidisciplinar, para

o desenvolvimento, para que haja essa inclusão verdadeira, porque se não você fala de inclusão e não acontece essa inclusão. A criança muitas das vezes está sendo excluída mais do que incluída. Às vezes você poderia estar ajudando e você está atrapalhando o desenvolvimento e construção do conhecimento dela.

Mediante esse quadro que se coloca, todos os participantes enunciam que o processo de inclusão está muito longe de acontecer, de fato, nas unidades escolares. Relatam suas experiências e analisam, de acordo com suas concepções, que não existem práticas realmente inclusivas sendo desenvolvidas nas escolas.

É só no papel inclusão. É só o papel bonito para mostrar para fora. Porque como vocês já colocaram, jogou para todo mundo e trata de pipocar ali na panela do jeito que dá para não cair fora, né? E a gente vê essas crianças. Tá bom, mas como essas crianças vão para o mercado de trabalho? Até um certo tempo realmente não tem maldade na criança, mas eu já tive alunos de nono ano, de sétimo ano que enfrentaram muitos problemas. Alunos de inclusão. Porque estão ali né na adolescência enfrentando outros tipos de hormônios. E aí, como que faz? Como trabalhar isso tudo com esse aluno de inclusão? Que não aprende, que não aprende como o outro, que diz ser normal, né? Mas só a maneira que ele capta e ele recebe essa informação é diferente. Mas ele tem, como vocês já colocaram, a maneira dele expor o aprendizado dele é tão rico quanto o dito normal. Mas ele ainda tem que enfrentar as paranoias do ser humano que é da infância, que não é adulto, mas também não é jovem, mas também não é criança. Então assim, é muito, muito complicado. Eu não vejo hoje nem um trabalho bem feito de inclusão, passando tanto pelo Estado de São Paulo tanto pelo estado de Minas. (HELENA, G.F).

Percebe-se a partir dessa fala que a participante não acredita na inclusão educacional e questiona quais são os benefícios desta. A fala da professora também é carregada de estereótipos sobre o que é ser um aluno PEE, sendo que este aspecto será discutido na categoria “Capacitismo”. Alguns participantes também enunciam a preocupação em garantir a aprendizagem do aluno e a impossibilidade de que isso aconteça devido aos entraves encontrados na prática cotidiana:

A inclusão não está simplesmente em reunir o aluno em grupo. A inclusão vai além. A gente tem que ver o que realmente o aluno necessita, digamos assim, por que cada um tem a sua especificidade. A gente pode ver ali no grupo de alunos que todos estão alegres, se divertindo, mas e na hora do aprendizado, será que realmente estou conseguindo? Será que estou conseguindo alcançar os meus objetivos com aquele aluno? Será que, de fato, ele está aprendendo ou será que ele está ali simplesmente por estar ali no meio dos alunos e de repente ele não sabe nem o seu nome? Tem aluno que está no quinto ano e as vezes não sabe escrever seu nome [...] Ali não está acontecendo essa

inclusão. Está acontecendo sim uma exclusão. (GABRIELA, G.F).

De fato, a frequência destes alunos na escola regular comum não se destina apenas a socializá-los, mas oferecer as melhores condições de desenvolvimento, incluindo a aprendizagem. Figueiredo, Bonetti e Poulin (2017) afirmam que quando falamos de ensino em um contexto inclusivo, a escolarização e o desempenho escolar são fundamentais para otimizar o processo de aprendizagem dos alunos e, ser, portanto, uma ferramenta importante no desenvolvimento. A educação, quando abordada como direito universal, precisa abranger a educação inclusiva, uma vez que esta se apresenta com uma conquista social vivenciada nas práticas escolares. O entrave da educação inclusiva está no desalinhamento entre como entendemos a educação comum e a inclusiva, pois por um lado temos uma educação clássica que trabalha o princípio da isonomia, do funcionalismo e da evolução, e do outro um modelo onde as diferenças são a base para a construção dos saberes e trocas de experiências.

Percebe-se a ausência de uma identidade profissional e as condições incertas e conflitantes desse trabalho com a educação inclusiva levam a um comportamento isolado dos professores e à falta de legitimidade na atuação destes na escola. Parece que os professores não estão pensando no processo de inclusão e estão apenas repetindo atividades para facilitar a aprendizagem de conteúdos nas escolas, colaborando na estigmatização das deficiências, ou corroborando relatos e clamando por uma educação compensatória; evitam o diálogo direto com a turma como um todo, o que contribui para acentuar os contrastes e dualidades relacionados à participação do grupo (CONTE e HABOWSKI, 2021). Ainda de acordo com os autores, ressalta-se que não se pretende exonerar os professores da responsabilidade pelos processos de inclusão, porém, nas condições educacionais atuais, os professores são tão frágeis e vulneráveis que encontram dificuldades em acompanhar e desenvolver ações que envolvam a diversidade, levando a um simples reforço dos déficits e da violência excludente presentes nas escolas.

Permanece aberta a necessidade de pensar uma educação inclusiva que leve em conta a diversidade dos sujeitos, mas não elimine as singularidades, ou seja, como garantir o direito a uma educação inclusiva, de todas as pessoas em geral e, ao mesmo tempo, respeitando a autenticidade humana. Nesse sentido, Gomes (2005), aponta que os dilemas dos professores passam pela formação. Percebe-se que esses profissionais precisam ser preparados para a práxis pedagógica, no sentido de obter e demonstrar atitudes mais democráticas na sua ação e, ao mesmo tempo serem impulsionados pela questão educacional inclusiva.

Conclusão

Dada a importância dos debates educacionais inclusivos para além dos estudantes com deficiência, a formação docente precisa ter como eixo nor-

teador pensando a diversidade, a heterogeneidade dos estudantes e a complexidade da prática pedagógica e da educação inclusiva. Nesse sentido, tendo-se em vista a complexidade da tarefa educativa do professor, o contexto de transformações sociais e, sobretudo, políticas educacionais que se renovaram nos últimos anos, especialmente em relação à educação inclusiva, faz-se necessária a busca por formação continuada. É fundamental o incentivo ao professor a realizar leituras diversas envolvendo a temática, investigar, produzir conhecimento, analisar materiais didáticos e empregar recursos metodológicos que contribuam para uma atuação com qualidade e que contemple os aspectos necessários para o desempenho de uma prática realmente inclusiva. A complexidade, se lança como um desafio de superar as condições limitadoras que o pensamento reducionista impôs sobre práxis pedagógica (MORIN, 2005).

Desta maneira, a complexidade surge da necessidade de ir além das certezas, dos determinismos, considerando todas as dimensões envolvidas no processo da educação inclusiva. Para Freire “ninguém caminha sem aprender a caminhar, sem aprender a fazer o caminho caminhando, refazendo e retocando o sonho pelo qual se pôs a caminhar” (2018, p. 155). Nessa perspectiva, assim, se faz inclusão: fazendo. Inclusão verdadeira é reconhecer a interconexão e, atitudes se materializam quando há o desejo de conexão, quando no OUTRO e em NÓS, há o sentimento de pertencimento, de ligação, de coesão.

Referências

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BRASIL. **Direito à educação**: subsídios para a gestão dos sistemas educacionais: orientações gerais e marcos legais / Organização: Ricardo Lovatto Blattes . 2a. ed . Brasília: MEC, SEESP, 2006.

CONTE, E.; HABOWSKI, A. C. Educação inclusiva: diferentes configurações, olhares e mundos possíveis. **Revista Diálogo Educacional**, Curitiba, v. 21, n. 70, p. 1388-1412, jul./set. 2021.

FIGUEIREDO, R. V.; BONETTI, L. W.; POULIN, J-R. Da epistemologia clássica da educação à inclusão escolar: desafios e perspectivas. **Revista Diálogo Educacional**, Curitiba, v. 17, n. 53, p. 959-977, 2017.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da esperança**: um reencontro com a pedagogia do oprimido. Editora Paz e Terra, 2018.

GOMES, Claudia. **Necessidades educacionais especiais**: concordância de professores quanto à inclusão escolar. *Temas Desenvolv.* 2005; 14(79):23-31. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862020000200007. Acesso em: 02 jul. 2022.

MANTOAN, M. T. E. (organizadora). **O desafio das diferenças nas escolas**. 4. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MORIN, Edgar. **O método 1: A natureza da natureza**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

ORRÚ, S.E. **O re-inventar da inclusão: os desafios da diferença no processo ensinar e aprender**. Petrópolis: Vozes, 2017.

SARAIVA, A. C. L. C.; VICENTE, C. C.; FERENC, A. V. F. **“Não estou preparado”**: a construção da docência na educação especial. Anais do CONGRESSO ESTADUAL PAULISTA SOBRE FORMAÇÃO DE EDUCADORES, 9., 2007, São Paulo: Universidade Estadual Paulista, Pró-Reitoria de Graduação, 2007.

VELTRONE, A. A.; MENDES, E. G. Diretrizes e desafios na formação inicial e continuada de professores para a inclusão escolar. *In*: CONGRESSO ESTADUAL PAULISTA SOBRE FORMAÇÃO DE EDUCADORES, 9., 2007, Águas de Lindóia, SP. **A formação docente na perspectiva da inclusão**: comunicação científica. São Paulo: UNESP, 2007. p. 2-8. Tema: A articulação dos saberes na sociedade atual: o papel do educador e sua formação. Disponível em: <https://www.unesp.br/prograd/ixcepfe/Arquivos%202007/5eixo.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

ESPACIALIDADE E TEMPORALIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA VISUAL, POR UM OLHAR COM CUIDADO

Karen Paola Valencia Mercado

Doutoranda e Mestre em Educação Matemática pela Universidade Estadual Paulista campus Rio Claro. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5388-0406>

Resumo:

O presente texto apresenta um recorte de uma pesquisa de doutorado em andamento na qual se tem por objetivo compreender a espacialidade e a temporalidade da pessoa cega. Assumimos, para o seu desenvolvimento, uma abordagem qualitativa de postura fenomenológica. Entendemos, com Husserl (2006), que essa postura permite que nos voltemos para um objeto que sempre nos é dado segundo um modo de doação como fenômeno. Trazemos de forma sucinta, considerando-se a obra *Ser e Tempo* de Heidegger e *Fenomenologia da Percepção* de Merleau-Ponty, compreensões acerca de como a pessoa vivencia sua temporalidade e sua espacialidade. Assumimos o cuidado Heideggeriano como postura para falar de inclusão, ressaltando que a pessoa com deficiência é, sobretudo, uma pessoa, que sua experiência espacial e temporal é vivida como por qualquer pessoa e, portanto, seus direitos, entre esses o direito à educação, deve ser respeitado.

Palavras-chave: Fenomenologia da percepção; Cuidado heideggeriano; Pessoa cega; Educação matemática.

Introdução

Neste trabalho procuramos focamos a espacialidade e temporalidade da pessoa com deficiência visual assumindo que a pessoa com deficiência é pessoa. A metodologia que elegemos para o desenvolvimento da pesquisa que subsidia a escrita deste texto é a qualitativa de postura fenomenológica, o que significa dizer que o foco é a compreensão do tema que será investigado. Ou seja, não se busca justificar ou dar explicações causais para o que se interroga, mas compreender e descrever a vivência. A descrição é muito importante na postura fenomenológica, pois é por meio dela que o pesquisador poderá relatar o percebido na percepção

A pessoa é compreendida na perspectiva de Edith Stein, para quem ela

é um eu consciente e livre, sendo essa liberdade que determina a própria vida. Para Stein, o início da investigação sobre o ser humano foca as nossas vivências, as que se dão quando nos encontramos com outros humanos, atraídos por suas exterioridades como o modo de falar, de andar e de olhar, que nos fazem similares; mas a autora também diz que somos mais que só físico, somos corpo vivo, e ainda acrescenta que não é só vivo senão um ser consciente, pois como humanos temos a capacidade de querer, pensar e avaliar (SILVA, 2017).

Ainda, segundo Spaemann (2010, apud CARVALHO, 2015), a pessoa não pode ser definida pela verificação de algumas qualidades específicas; a escolha de características para definir o que é pessoa sempre será arbitrária, requerendo que aqueles que tem autoridade e poder, digam o que é ou não é ser pessoa.

A pessoa não se confunde com suas propriedades, pois deixaria de ser pessoa quando as perdesse. Ser pessoa também não é um estado que surge pouco a pouco (CARVALHO, 2015).

Então, o que caracteriza uma pessoa não pode ser certo tipo de deficiência, o que nos leva a afirmar que se deve entender que as pessoas com deficiência são pessoas e, portanto, devem ser tratadas como tal. Essa perspectiva declarada é a que nos leva a falar de *cuidado*, ao invés de inclusão, uma vez que não se vai “incluir” uma pessoa em um grupo ao qual ela já pertence.

Heidegger, ao explicitar o sentido de cuidado nos diz que,

O ser da pre-sença diz preceder a si mesma por já ser em (no mundo) como ser junto a (os entes que vêm ao encontro dentro do mundo). /.../ A cura (cuidado) não pode significar uma atitude especial para consigo mesmo porque essa atitude já se caracteriza ontologicamente como preceder a si mesma; nessa determinação, porém, já se acham também colocados os outros dois momentos estruturais da cura, a saber, o já ser-em e o ser-junto a. (HEIDEGGER, 1995, p. 256).

Desse modo, pode-se dizer que o cuidado é um modo de ser com os outros na coexistência, pois o Dasein cuida do mundo e torna-se responsável pelos outros: “o homem é o pastor do ser” (DA COSTA, 2017, p. 8). O Dasein¹ é uma realidade viva que intenciona, deseja, se comunica e age de modo interventivo.

O *cuidado* do qual nos fala Heidegger (1995), traduzido em Ser e Tempo por *cura*, termo alemão *sorge*, remete-nos a estruturação ontológica da pre-sença que diz dos modos pelos quais o Dasein se relaciona com o mundo de forma cotidiana, na *ocupação* e *preocupação*.

A cura é sempre ocupação e preocupação. /.../ No fenômeno do

1 O Dasein, traduzido em Ser e Tempo por pre-sença, é compreendido em sua cotidianidade como ser-no-mundo, pois existe sempre se projetando em possibilidades de ser, possibilidades essas constituintes do seu próprio ser. Dasein é, então, um ser de possibilidades que se faz *no* mundo e *com* o mundo.

querer, transparece a totalidade subjacente da cura. /.../ No querer, só se apreende um ente já compreendido, isto é, já projetado em suas possibilidades como ente a ser tratado na ocupação ou a ser cuidado em seu ser na preocupação (HEIDEGGER, 1995, p. 259).

A preocupação com a co-pre-sença, isto é, com as possibilidades de vir a ser do outro, do aluno que vive situações de ensino e aprendizagem em um contexto escolar, por exemplo, só se dá na abertura, ou, dito de outra forma, só se efetiva quando o outro é, para mim, pessoa igual, como um. Heidegger (1995) enfatiza que *cura* não deve ser entendida em seu sentido ôntico como um comportamento ou atitude. Antes, ela é condição de nossa existência. Ou seja, como Dasein, somos sempre no mundo com o outro, dispostos ao “cuidado com a vida” e a “dedicação” concebidos “como cura num sentido originário, ou seja, ontológico” (HEIDEGGER, 1995, p. 265).

Vale, ainda, destacar que Heidegger nos esclarece que Dasein “não é si-nônimo nem de homem, nem de ser humano, nem de humanidade /.../ [pois é] na pre-sença que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua história, etc.” (HEIDEGGER, 1995, p. 309). Esse modo de ser não é aleatório, mas constituindo em sua relação com o mundo, entendida na cotidianidade da ocupação e preocupação.

A fenomenologia é, portanto, uma tentativa de superar, através da cura, a visão binária entre ser e mundo, procurando compreender como percebemos o que no mundo nos vêm ao encontro, percebendo-nos a nós mesmos.

Espacialidade e temporalidade: uma leitura de Merleau-Ponty e Heidegger

Merleau-Ponty (2018), na sua obra *Fenomenologia da Percepção*, traz a concepção de espacialidade e de temporalidade para marcar a diferença entre o discurso de estarmos no espaço e do que nele se estabelece para o espaço e o tempo como experiências subjetivas e individuais, vividas pela pessoa.

O corpo-próprio é para Merleau-Ponty (2018, p. 205) a origem de toda experiência humana, “ser corpo é estar atado a certo mundo, e nosso corpo não está primeiramente no espaço, ele *é* no espaço”. A espacialidade do corpo é o desdobramento do seu ser de corpo, na maneira como ele se realiza como corpo. Cabe ressaltar que Merleau-Ponty não está se referindo ao corpo objetivo (*korpe*), ele fala do corpo-próprio, o corpo da experiência (*leib*).

Não se pode dizer que o corpo *está* no espaço e no tempo, pois ele *habita* o espaço e o tempo. Para Merleau-Ponty a espacialidade se vivencia com o corpo-próprio e para entender esse habitar o espaço pelo/com o corpo, o autor traz um exemplo: se consideramos uma pessoa que padece de cegueira psíquica e que não é capaz de fazer, com os olhos fechados, movimentos abstratos, isto é, movimentos que não estejam dirigidos a nenhuma situação efetiva, como mover uma perna ou dobrar um dedo. Também não pode descrever a posição do seu corpo; quando se lhe toca a cabeça, não pode dizer

qual foi o ponto do seu corpo que foi tocado. Mas, o sujeito consegue executar, mesmo com os olhos fechados e de maneira rápida e precisa, movimentos necessários para a vida: “Pega o lenço do bolso e soa o nariz toma um fósforo da caixa e encende um candeeiro. Seu ofício é fabricar carteiras e o rendimento de seu trabalho atinge os três quartos do rendimento de um operário normal”. (MERLEAU-PONTY, 2018, p. 150).

Merleau-Ponty (2018) traz para a discussão a ideia de temporalidade, como o fez com a espacialidade, considerando a vivência da pessoa. Sua intenção não é opor-se ao tempo ou ao espaço, mas apresentar a possibilidade de que somos no mundo, com o mundo, com o espaço e com o tempo na experiência vivida. O tempo, diz Merleau-Ponty (2018, p. 551), “não é um processo real, uma sucessão efetiva, que eu me limitaria a registrar. Ele nasce da minha relação com as coisas”. Com isso o autor enfatiza que “o tempo supõe uma visão sobre o tempo” (p. 551) trazendo um “observador” para certa sucessão de acontecimentos.

Para exemplificar recorre a metáfora de Heráclito sobre o riacho, afirmando que o tempo não se compara a fluência da água, pois ele não tem fluidez dessa natureza, isto é, “o riacho *se* escoia”, enquanto o tempo “escoia” segundo a visão de alguém.

/.../ o tempo não vem do passado. Não é o passado que empurra o presente nem o presente que empurra o futuro para o ser; o porvir não é preparado atrás do observador, ele se premedita em frente dele, como a tempestade no horizonte. Se o observador, situado em um barco, segue a corrente, pode-se dizer que com a corrente ele desce em direção ao seu porvir, mas o porvir são as paisagens novas que o esperam no estuário, e o curso do tempo não é mais o próprio riacho: ele é o desenrolar das paisagens para o observador em movimento. Portanto, o tempo não é um processo real, uma sucessão efetiva que eu me limitaria a registrar. (MERLEAU-PONTY, 2018, p. 551).

De forma semelhante, Heidegger (1995), em *Ser e Tempo*, também fala da espacialidade do Dasein enfatizando que ela pode ser compreendida através do ser-no-espaço. Esta espacialidade, na sua essência, não é um estar aí e não significa encontrar-se em um lugar determinado do espaço nem um estar à mão em um lugar próprio, já que essas duas coisas são modos de ser dos entes que vão ao encontro dentro do mundo. Por outro lado, o Dasein está e é no mundo, lidando familiarmente na ocupação com os entes que vêm ao encontro dentro do mundo, e a espacialidade é um modo de ser-em.

O Dasein compreende seu ser no mundo que não se pode interpretar de uma perspectiva de algo ou alguém que está colocado no mundo. O Dasein não só *está no mundo*, mas é *sendo* no mundo e assim deve ser compreendido. *É* no mundo e com o mundo.

O ser-em não significa estar dentro, como se diz que a água está em um copo, diz Heidegger; ser-em não é um modo de ser de um ente que está

em outro. Não pode significar que algo [simplesmente] dado está, espacialmente, dentro de outra coisa. Isto porque, como indica o autor, o “em” não está remetendo a uma relação espacial como seria estar “dentro de”. O “em” significa morar, habitar e tem a ver com algo como “estar familiarizado com”. É uma constituição do Dasein, portanto um existencial, ou seja, faz parte da constituição própria do ser do Dasein. “O ser-em é, pois, a expressão formal e existencial do ser do Dasein que possui a constituição essencial do ser-no-mundo” (HEIDEGGER, 1995, p. 92).

A espacialidade do Dasein deve ser compreendida no modo de ser-em considerando-se o ser-no-mundo. Na sua essência, não é um estar aí ao modo de encontrar-se em um lugar do espaço, nem um estar à mão em um lugar determinado. Dizer que o Dasein é espacial no modo do seu *distanciamento* e de seu *direcionamento* indica que o que se acha “a mão” no mundo circundante pode vir ao encontro em sua espacialidade.

Heidegger (1995) esclarece que usa o termo distanciamento para indicar uma constituição ontológica da pre-sença que faz desaparecer o distante, isto é, que traz à proximidade os entes dos quais se ocupa. Isso mostra que uma característica do ser espacial da presença é a sua possibilidade de “trazer à proximidade no sentido de providenciar, aprontar, ter à mão”. (HEIDEGGER, 1995, p. 153). O autor enfatiza que dizer que a pre-sença é distanciamento significa dizer que ela é espacial, existindo “segundo o modo de descoberta do espaço inerente à circunvisão, no sentido de se relacionar num contínuo distanciamento com os entes que lhe vêm ao encontro no espaço” (HEIDEGGER, 1995, p. 157).

No modo de ser-em se instaura o distanciamento e a pre-sença se *direciona*, uma vez que toda e qualquer aproximação toma uma direção. No modo de direcionamento nascem as orientações como direita e esquerda, por exemplo, que “não são coisas ‘subjativas’ das quais o sujeito possui uma sensação, mas sim direções do direcionamento, dentro de um mundo já sempre à mão” (HEIDEGGER, 1995, p. 158), o que indica que a pre-sença se orienta em um mundo já conhecido. Desse modo, como Merleau-Ponty, entende-se que Heidegger não considera que sou uma pessoa no espaço, mas sim que sou essencialmente espacial.

“Espacial, a pre-sença existe segundo o modo de descoberta do espaço inerente à circunvisão, no sentido de se relacionar num contínuo distanciamento com os entes que lhe vêm ao encontro no espaço”. (HEIDEGGER, 1995, p. 157).

A pessoa com deficiência visual

A espacialidade e temporalidade são experiências próprias das pessoas, segundo compreendemos nas leituras de Heidegger e Merleau-Ponty. Para este último - Merleau-Ponty - é pelo corpo-próprio que percebemos o mundo e o corpo é espacial. Mesmo uma doença patológica não significa a perda da

espacialidade do corpo-próprio, porque a espacialidade e a temporalidade são constituição ontológica, como afirma Heidegger.

Isso nos leva a indagar se o mesmo não acontece quando se considera uma pessoa com deficiência. Se a espacialidade e a temporalidade não dependem de um sentido isolado, senão da experiência vivida, do corpo-próprio, a falta de um sentido ou uma doença, significa que sua experiência espacial [e temporal] seja inexistente ou incompleta?

Merleau-Ponty fala da cegueira psíquica e expõe como o empirismo trata de provar que a experiência espacial é visual, mostrando que o tato não é por si mesmo espacial, defendendo a separação dos sentidos. Mas, mesmo aceitando que a espacialidade pertence originalmente à visão e que dela “passe” ao tato e aos outros sentidos, se tem que, pelo menos, admitir que os dados táteis estão “recobertos” por uma experiência visual e que eles se integram em uma experiência total na qual são “indiscerníveis” (MERLEAU-PONTY, 2018).

A unidade dos sentidos, como verdade a priori, não é mais do que “uma expressão formal de uma contingência fundamental: somos-no-mundo” (MERLEAU-PONTY, 2018, p. 298). Ser-no-mundo significa ser espacial.

Toda sensação é espacial, e nos aderimos a essa tese, não porque a qualidade enquanto objeto só pode ser pensada no espaço, mas porque, enquanto contato primordial com o ser, como retomada pelo sujeito que sente, de uma forma de existência indicada pelo sensível, enquanto coexistência entre aquele que sente e o sensível, ela própria é constitutiva de um meio de convivência, isto é, de um espaço (MERLEAU-PONTY, 2018, p. 298).

O corpo próprio é o corpo da experiência vivida, da vivência, da minha existência como pessoa que sou no mundo com os outros -pessoas como eu e entes. A deficiência não torna a pessoa menos pessoa ou mesmo uma pessoa incompleta. Embora a pessoa cega não tenha a visão, Merleau-Ponty (2018, p. 299) nos ensina que a “diversidade dos sentidos são verdades do mesmo estatuto. /.../ Seria contraditório dizer que o tato é sem espacialidade, e é a priori impossível tocar sem tocar no espaço, já que nossa experiência é a experiência de um espaço”. Portanto, contrariando Lachelier, Merleau-Ponty afirma que “o cego tem a experiência de um espaço” (p. 298).

As sensações, como tratadas por Merleau-Ponty (2018), são nossa superfície de contato com o ser e cada uma delas nos dá certo modo de ser no espaço e fazer espaço (dis-tanciar-se e direcionar-se, como interpretamos). Pode-se dizer, com o autor que

o tato não é espacial *como* a visão. /.../ [porém] cada órgão dos sentidos interroga o objeto à sua maneira, ele é o agente de um certo tipo de síntese, mas a menos que por definição nominal se reserve a palavra espaço para designar a síntese visual, não se pode recursar ao tanto a espacialidade no sentido de apreensão das coexistências.

Assim, em um contexto de ensino deve-se obedecer aos direitos da pessoa com deficiência garantidos pela declaração internacional dos direitos humanos, a constituição Federal e a declaração de direitos humanos das pessoas com deficiência.

Na Constituição Federal brasileira, o artigo 3 contempla, como um de seus objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, sem importar a origem, religião, sexo, cor, idade, raça ou qualquer outra forma de discriminação. Também, no artigo 205, é estabelecida a educação como direito de todos (BRASIL, 1988).

A LDB, no artigo 4, afirma que é dever do Estado proporcionar educação escolar pública a todos, dos 4 aos 17 anos. No inciso 3 do mesmo artigo, está explícito que é dever do Estado garantir “atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino” (BRASIL, 1996, P. 2); e também, o inciso 5 assegura “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (BRASIL, 1996, p. 2)

Além disso, a política nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, traz como objetivo:

Assegurar a inclusão escolar de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, orientando os sistemas de ensino para garantir: acesso ao ensino regular, com participação, aprendizagem e continuidade nos níveis mais elevados do ensino; transversalidade da modalidade de educação especial desde a educação infantil até a educação superior; oferta do atendimento educacional especializado; formação de professores para o atendimento educacional especializado e demais profissionais da educação para a inclusão; participação da família e da comunidade; acessibilidade arquitetônica, nos transportes, nos mobiliários, nas comunicações e informação; e articulação intersetorial na implementação das políticas públicas (BRASIL, 2008, p. 14).

Embora existam leis que garantam o direito à educação das pessoas com deficiências, ainda existe a crença de que essas pessoas não *deveriam* estar na sala de aula regular, porque suas deficiências a impedem de se *desenvolver normalmente*. Merleau-Ponty (2018, p. 155, acréscimos nosso), ao tratar da experiência espacial, nos diz que “a doença, assim como a infância e o estado de ‘primitivo’ [e a pessoa com deficiência] é uma forma de existência completa” que não pode ser comparada à experiência do “normal” como se estes estivessem “em falta”, como se suas experiências fossem inferiores quando elas são igualmente completas. Conforme o autor, cada pessoa deve ser compreendida segundo suas possibilidades, uma vez que são “variações do ser to-

tal do sujeito.” (MERLEAU-PONTY, 2018, p. 156).

Mas os modos pelos quais são consideradas as pessoas com deficiência, pela ‘falta de ...’, seguem certas orientações do capacitismo, uma forma de discriminação que considera a pessoa com deficiência inferior, incapaz de produzir, de trabalhar, de aprender, de amar, de cuidar, de sentir desejo e de ser desejada. (GESSER, BLOCK & MELLO, 2020). Essa forma de discriminação se constitui socialmente mediante um olhar para a falta de capacidade, o que interfere no estilo de vida e afeta a identidade da pessoa com deficiência. Atitudes capacitistas se dão independentemente de haver ou não proximidade com pessoas com deficiência.

Para desfazer o discurso capacitista é necessária uma mudança de paradigma, ou seja, abandonar a crença de que existe um homem ideal, um modelo perfeito de pessoa e que quem não se encaixe nesse padrão é inferior. Essa atitude, no contexto educacional, é extremamente prejudicial ao desenvolvimento da pessoa e o cuidado para com o outro, no sentido de voltar-se para ele e procurar compreender as suas possibilidades, considerando-o com suas características, gênero, raça, deficiência, religião, etc. sem julgamentos prévios, pode ser um caminho, não para a inclusão, mas para o ser-com.

Conclusões

O ser pessoa não é uma qualidade que se tem e que se pode perder por nenhum motivo, nem pela perda de alguma faculdade específica. Também não se pode ser mais ou menos pessoa, então, as pessoas com deficiência são pessoas completas e devem assim ser consideradas em qualquer que seja o contexto.

No entanto, a existência das leis que garantam seus direitos não é suficiente para isso, pois ainda hoje a sociedade considerar as pessoas com deficiência inferiores, diferentes o que lhes imputa violências de diferentes tipos, dentre as quais a discriminação advinda do capacitismo.

Como entendemos, uma forma de superar essa visão arraigada por certa cultura é analisar suas possibilidades ao invés de olhar para o que lhes falta. Essa postura caracteriza um modo de ser-com característico de uma atitude fenomenológica em que o cuidado Heideggeriano se mostra como uma perspectiva para discutir aspectos da inclusão, reconhecendo o outro como igual a mim.

Nesse reconhecer se entende que cada experiência da pessoa é única, como a experiência espacial e temporal que continuam sendo experiências completas independentemente da existência de uma doença ou de uma deficiência. Não somos apenas sujeitos cognitivos ou seres biológicos. Somos ser-no-mundo, corpo-próprio para quem as

coisas se desenham, um imenso indivíduo se afirma, cada existência se compreende e compreende as outras. Só se precisa reconhecer estes fenômenos que fundam todas as nossas certezas. A crença em um

espírito absoluto ou em um mundo em si separado de nós é apenas uma racionalização desta fé primordial. (MERLEAU-PONTY, 2018, p. 548).

Referencias

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm

BRASIL. **Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva**. Brasília: MEC/SEESP, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf> Acesso em: 19/10 de 2022

CARVALHO, Gonçalves Kalline. O conceito de pessoa a partir da Fenomenologia Husserliana. **Cadernos da EMARF**, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.7, n.2, p.1-124 out.2014/mar., 2015

DA COSTA. Geovane Macedo. (2017). O cuidado na filosofia de Martin Heidegger. **Emporium**. O blog da Faculdade Dom Luciano. Publicado em: 03 out. 2017 Recuperado de <http://famariana.edu.br/blog/2017/10/03/o-cuidado-na-filosofia-de-martin-heidegger/>

GESSER, Marivete, BLOCK, Pamela., MELLO, Anahi Guedes. Estudos da deficiência: interseccionalidade, anticapacitismo e emancipação social. In: Gesser, Marivete; Bock, Pamela Kemberfer.; Lopes, Paula Helena (Org.). **Estudos da deficiência anticapacitismo e emancipação social**. p.17-35, Curitiba: Editora CRV, 2020.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. De Márcia de Sá Cavalcante. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Trad. de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2018.

SILVA, Anderson Afonso da. **A produção do conhecimento em educação matemática em grupos de pesquisa**. Tese (Doutorado em Educação Matemática). Instituto de Geociência e Ciências Exatas. Universidade Estadual Paulista, Unesp. Rio Claro, SP, 2017.

LAR MARISTA DE ERMESINDE: UMA OBRA EDUCATIVA E SOCIAL A FAVOR DOS DIREITOS DOS MAIS DESFAVORECIDOS

Raimundo Castaño Calle

Profesor Titular / Área de Atención a la diversidad y educación inclusiva/ Facultad de Educación/ Universidad Pontificia de Salamanca/ España

Fernando González Alonso

Profesor Titular/ Área de Didáctica General/ Facultad de Educación/ Universidad Pontificia de Salamanca/ España

Resumo:

O Lar Marista de Ermesinde (LME) é uma Instituição Particular de Solidariedade Social. Esta casa de acolhimento é dirigida, administrada e regida pelos princípios cristãos da Congregação dos Irmãos Maristas. Adota os postulados educativos preconizados na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), particularmente os artigos 25º e 26º, na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), na Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2008). O Lar surge como uma resposta solidária às necessidades concretas da sociedade portuguesa. Assume o princípio fundamental da pedagogia que considera a criança ou o jovem como a/o protagonista da sua própria educação. O Lar procura proporcionar-lhe os meios necessários e adequados para a sua educação integral. Preferência às crianças e jovens mais necessitados, ou seja, os excluídos da sociedade, os que não têm acesso à escolaridade, aos cuidados de saúde, a uma vida familiar equilibrada, à educação para os valores, ... Acolhe, em regime aberto, crianças e jovens de ambos os sexos, com idades compreendidas entre os 6 e 18 anos, com alterações ou perturbações nas funções ou estruturas do corpo (deficiência física) e/ou grave atraso de desenvolvimento e/ou doença crónica¹, que estejam em situação de perigo de acordo com a Lei de Proteção de Crianças e Jovens (Artigo 3º da Lei 147/99 de 1 de Setembro, com as alterações introduzidas pelas Lei n.º 142/2015 de 8 de setembro) e com medida de promoção proteção de acolhimento residencial

1 Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS): “Doenças crónicas são aquelas que têm uma ou mais das seguintes características: são permanentes, produzem incapacidade/deficiências residuais, são causadas por alterações patológicas irreversíveis, exigem uma formação especial do doente para a reabilitação, ou podem exigir longos períodos de supervisão, observação ou cuidados”.

aplicada, de forma a proporcionar-lhes os cuidados ao seu desenvolvimento integral.

Palavras-chave: Solidariedade social; Acolhimento especializado/terapêutico; Desenvolvimento integral; Proteção à infância; Direito educacional.

Introdução

Para o desenvolvimento do artigo, foram seguidos os documentos do Lar Marista de Ermesinde e da Fundação Champagnat, que citamos nas referências.

O LME é uma Instituição Particular de Solidariedade Social, sem fins lucrativos e de utilidade pública, fundada por iniciativa da Província Portuguesa da Congregação dos Irmãos Maristas, atual Província Marista Compostela.

Esta obra surge como uma resposta solidária dos Maristas às necessidades concretas da sociedade portuguesa, em conformidade com as intuições fundacionais de Marcelino Champagnat, fundador da Congregação dos Irmãos Maristas (1817), que sempre deu preferência às crianças e jovens mais necessitados, os excluídos da sociedade, os que não têm acesso à escolaridade, aos cuidados de saúde, a uma vida familiar equilibrada, à educação para os valores, ... Os dados da Figura 1 referem-se ao número máximo de utentes por ano no Lar durante o período 2013-2022.

O Lar Marista destina-se ao acolhimento de crianças e jovens em situação de risco/perigo, de acordo com: (1) Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 142/2015 de 8 de setembro); (2) Decreto-Lei n.º 2/86, de 2/01, que define os princípios básicos a que devem obedecer os Lares, com suporte em entidades públicas ou privadas, como forma de resposta social dirigida a crianças e jovens, transitória ou definitivamente desinseridos do meio familiar; (3) Outra legislação complementar, nomeadamente relacionada com o quadro da promoção dos direitos e garantias das crianças, consagrado pela Convenção sobre os Direitos da Criança.

O Lar Marista de Ermesinde tem acordo de cooperação com o Instituto da Segurança Social, para Lar de Infância e Juventude, desde 1995, com uma capacidade inicial de 40 crianças e jovens dos 6 aos 18 anos. Este acordo teve uma revisão em 2003, passando nessa altura a 31 crianças e jovens e revendo, entre outras coisas, o quadro de pessoal.

Em 2008 integrou o segundo alargamento do Plano DOM (Desafios Oportunidades e Mudança), criado pelo Despacho n.º 8393/2007, de 10 de maio de 2007 e, transitado em julho de 2012 para o Plano SERE+ (Sensibilizar, Envolver, Renovar, Esperança, MAIS) criado pelo Despacho n.º 9016/2012, de 26 de junho de 2012. Os objetivos destes planos de intervenção eram, respetivamente, “incentivar a melhoria contínua da promoção de

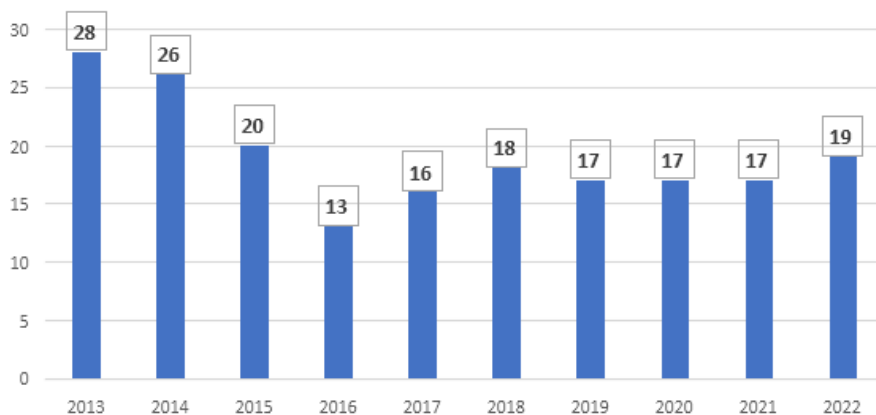
direitos e proteção das crianças e jovens acolhidas nos lares, nomeadamente no que se refere à definição e concretização, em tempo útil, de um projeto que promova a sua desinstitucionalização, após um acolhimento que, ainda que prolongado, lhes deverá garantir a aquisição de uma educação para a cidadania e, o mais possível, um sentido de identidade, de autonomia e de segurança, promotor do seu desenvolvimento integral” e “a implementação de medidas de especialização da rede de lares de infância e juventude, impulsionadoras de uma melhoria contínua na promoção de direitos e proteção das crianças e jovens acolhidas, para que no menor tempo útil, da sua educação para a cidadania, sentido de identidade, de autonomia e segurança resultar a sua desinstitucionalização “.

Ora, no âmbito da filosofia destes planos e baseado na reflexão interna que o Lar Marista fez da sua intervenção, bem como dos objetivos a que se propunha para o futuro da instituição, refletida no Plano Estratégico do Lar Marista de Ermesinde, desde novembro de 2013, implementou um processo de qualificação da sua intervenção e de implementação de medidas de especialização, impulsionadoras de uma melhoria contínua na promoção dos direitos e proteção das crianças e jovens acolhidos. Este processo teve a sua conclusão com a celebração, em 22/12/2015, de um acordo de cooperação atípico para Casa de Acolhimento Residencial Especializado, que prevê 23 vagas em regime de acolhimento terapêutico de crianças/jovens portadores de deficiência e/ou doença crónica aliada à situação de risco/perigo.

Para o acolhimento destas crianças e jovens o Lar Marista remodelou integralmente as suas instalações, adaptando-as às necessidades destas crianças; requalificou e reforçou o seu quadro de pessoal e reformulou e construiu instrumentos técnicos adaptados a esta realidade. E assim, esta Casa de Acolhimento conta com um Modelo Socioeducativo e Terapêutico de Intervenção próprio, Planos de Intervenção Individuais adaptados a estas crianças e às suas características, espaços físicos remodelados e adaptados (salas de intervenção terapêutica: Fisioterapia, Terapia Ocupacional, Integração Sensorial, Terapia da Fala, Snoezelen e Educação Física Adaptada; salas de trabalho técnico e educativo, salas de estar e salas e visitas, entre outros. A Figura 1 mostra o número máximo de utentes no Lar por ano, durante os últimos dez.

Figura 1. Número máximo de utentes no Lar por ano, durante os últimos dez (2013 a 2022).

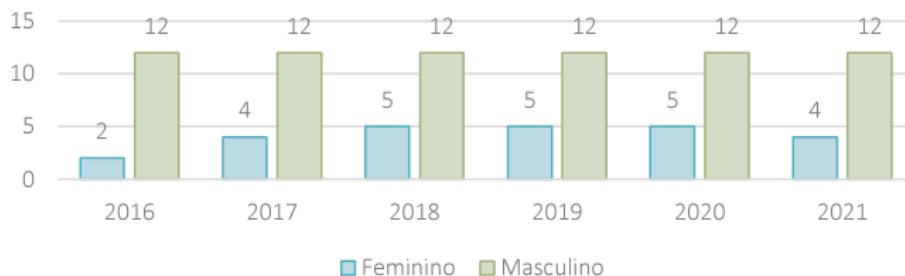
Número máximo de utentes no Lar por ano, durante os últimos dez



Fonte: Comunicação e Imagem - Lar Marista de Ermesinde, 2022.

O LME é uma estrutura que tem por finalidade o acolhimento, em regime aberto, de crianças e jovens do género feminino ou masculino (fig. 2) com idades compreendidas entre os 6 e os 18 anos (fig. 3) (com medida de acolhimento residencial, que poderá ser prorrogada até aos 21 anos), com alterações ou perturbações nas funções ou estruturas do corpo e/ou grave atraso de desenvolvimento e/ou doença crónica.

Figura 2. Sexo das crianças e jovens acolhidos (2016 - 2021)

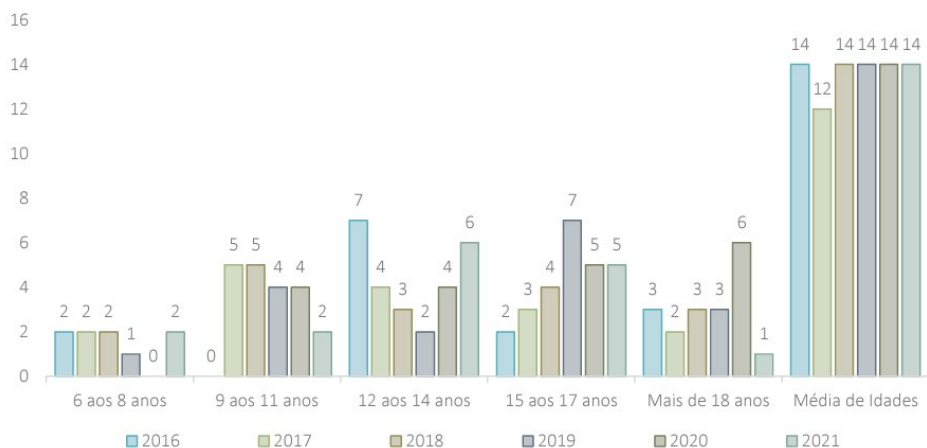


Fonte: Comunicação e Imagem - Lar Marista de Ermesinde, 2021

O Lar adota práticas e modelos de organização e de gestão da qualidade, assegurando às crianças e jovens um ambiente securizante e protetor, promovendo a estimulação e potenciação do seu desenvolvimento integral. Tem, em relação às crianças/jovens, todos os deveres que emanam da legislação em vigor, os que estão descritos ao longo das várias normas o seu Regulamento

Interno.

Fig. 3. Caracterização etária das crianças e jovens acolhidos (2016-2021)



Fonte: Comunicação e Imagem - Lar Marista de Ermesinde, 2021

São condições de elegibilidade²:

- Atraso de desenvolvimento sem etiologia conhecida, abrangendo uma ou mais áreas (motora, física, cognitiva, da linguagem e comunicação, emocional, social e adaptativa), validado por avaliação fundamentada, feita por profissional competente para o efeito;
- Condições específicas (baseiam-se num diagnóstico relacionado com situações que se associam a atraso do desenvolvimento):
- Anomalia cromossómica (p. ex. Trissomia 21, Trissomia 18, Síndrome de X-Frágil);
- Perturbação neurológica (p. ex. paralisia cerebral, neurofibromatose);
- Malformações congénitas (p. ex. síndromas polimalformativos);
- Doença metabólica (p. ex. mucopolisacaridoses, glicogenoses);
- Défice sensorial (p. ex. baixa visão/cegueira, surdez);
- Perturbações relacionadas com infeções severas congénitas (p. ex. HIV, grupo TORCH, meningite);
- Doença crónica grave (p. ex. tumores do SNC, D. renal, D. hematológica);
- Desenvolvimento atípico com alterações na relação e comunicação (p. ex. perturbações do espectro do autismo). (Fig. 4)

² Critério baseado no critério de elegibilidade n° 1 do Sistema Nacional de Intervenção Precoce na Infância.

Figura 4. Principal condição de elegibilidade dos utentes ao acolhimento (2021)



Fonte: Comunicação e Imagem - Lar Marista de Ermesinde, 2021

O respeito, a dignidade, a autonomia, a liberdade, a participação, a inclusão, a identidade, a segurança, a privacidade, a individualidade e a igualdade de oportunidades norteiam o trabalho do LME.

O Lar conta com uma equipa dinâmica, corresponsável e comprometida com a missão; promove uma intervenção centrada na criança, proporcionando-lhe um ambiente seguro e protetor, um espaço promotor, potenciador e estimulador dos seus direitos e das suas capacidades motoras, sensoriais, cognitiva, comunicativas, emocionais e sociais; privilegia o trabalho com as famílias no sentido de lhes proporcionar um apoio estruturado, para que possam assumir a sua missão de cuidadores, nomeadamente nas situações em que se perspetiva uma reunificação familiar e trabalha em parceria e em rede com outras instituições sociais.

Objetivos

São objetivos do LME:

- Promover a estimulação e potenciação de todas as capacidades das crianças e jovens acolhidas ao nível cognitivo e afetivo, ao nível das funções e estruturas do corpo, das atividades e participação.
- Promover e disponibilizar condições que contribuam para uma vida com qualidade e para a plena integração social das crianças e jovens.
- Promover estratégias de participação, de reforço da autoestima, da valorização e de autonomia pessoal e social, assegurando as condições de estabilidade necessárias para o reforço da sua capacidade autónoma e para a organização das atividades da vida diária.
- Integrar as crianças e jovens no sistema de ensino, em atividades ocupacionais, em formação profissional, em atividades lúdico-peda-

- gógicas, entre outras.
- Privilegiar a interação com a família e/ou significativos e com a comunidade, no sentido de otimizar os níveis de atividade e de participação social.
 - Desenvolver um trabalho interventivo com as famílias e ou significativos no sentido de promover, sempre que possível, a reunificação familiar.

Para a prossecução desses objetivos o LME:

- Respeita a individualidade e privacidade das crianças/jovens.
- Acompanha e estimula o seu desenvolvimento físico e intelectual, bem como a aquisição de normas e valores que lhes permitam tornar-se cidadãos livres, responsáveis e autónomos.
- Proporciona uma alimentação saudável qualitativa e quantitativamente adequada às respetivas idades e condições de saúde.
- Assegura os meios necessários à sua formação escolar e profissional em cooperação estreita com a família, escola e centros de formação profissional.
- Cria as condições para a ocupação dos tempos livres, de acordo com os interesses e potencialidades das crianças.

Serviços prestados e atividades desenvolvidas (filosofia educacional)

O LME orienta-se pelos princípios educativos da Pedagogia Marista e participa da missão social da Igreja Católica, sendo estas as fontes dinamizadoras da sua ação educativa e do seu apostolado. A fidelidade ao carisma marista exige uma atenção constante às tendências sociais e culturais que exercem profunda influência na formação da consciência das crianças e dos jovens, assim como no seu bem-estar físico, emocional, social e espiritual. O Lar assume o princípio fundamental da pedagogia que considera a criança ou o jovem como a/o protagonista da sua própria educação, responsabilizando -a/o, pois, como pessoa, para responder positivamente às influências do meio em que vive. O Lar procura proporcionar-lhe os meios necessários e adequados para a sua educação integral. A criança necessita sentir que vem para um ambiente protetor e seguro. Cabe à instituição transmitir-lhe estes sentimentos e assegurar a satisfação das suas necessidades. Conta com uma Política Institucional de Proteção à Infância que dedica especial atenção à formação e sensibilização de toda a comunidade educativa; com protocolos de atuação; com equipas e pessoas peritas em proteção da infância; com apoio às vítimas e assessoria às famílias, para que o Lar seja um ambiente seguro.

O LME assegura a prestação dos seguintes serviços:

- Alojamento, alimentação e cuidados pessoais.
- Acompanhamento e promoção do desenvolvimento integral.

- Autonomização e integração sócio familiar.

O Lar promove um conjunto diversificado de atividades relacionadas com:

- A promoção de competências com recurso a dinâmicas de grupo, oficinas temáticas, programas de intervenção terapêutica, entre outras.
- O acompanhamento escolar/formativo.
- Iniciativas extracurriculares com cariz comunitário, cultural e de associativismo.
- O acompanhamento na organização e na promoção de tempos livres.
- Iniciativas de natureza lúdica e cultural que estimulem a criação e consolidação de laços afetivos e de proximidade entre os pares.
- A integração nas iniciativas da comunidade e em programas e projetos de outras entidades.
- O exercício de autonomia, nomeadamente nas atividades da vida diária, de gestão e de economia domésticas.

Modelo e centro de intervenção a criança/jovem

A criança/jovem está no centro da intervenção tendo em conta os princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção sobre os Direitos da Criança e na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com deficiência. O respeito, a dignidade, a autonomia, a liberdade, a participação, a inclusão, a identidade, a segurança, a privacidade, a individualidade e igualdade de oportunidades norteiam o trabalho com as crianças e jovens. Para tal, o Lar Marista desenvolve uma intervenção centrada na criança, proporcionando-lhe um ambiente seguro e protetor, um espaço promotor, potenciador e estimulador das suas capacidades motoras, sensoriais, cognitivas, comunicativas, emocionais e sociais. A criança é vista na sua individualidade, respeitando os seus direitos e as suas necessidades; é avaliada nas suas capacidades, procurando os recursos que lhe ofereçam a melhor formação e desenvolvimento máximo das suas potencialidades; são promovidos estilos de vida saudáveis e prestados os melhores cuidados de saúde e tendo, finalmente, como objetivo, a máxima normalização de uma vida com vista à sua autonomização, integração social e independência (Del Valle, 2005).

O LME investe em modelos educativos e de intervenção adequados às crianças e jovens, que resultam da atual realidade social. Estes modelos, na opinião de Gomes (2010) e Del Valle e Zurita (2005), devem promover uma intervenção que fomente a autonomia das crianças, uma intervenção individualizada e de base compreensiva. É uma intervenção biopsico-social, em que todas as dimensões e necessidades da criança são atendidas como um todo. Com o objetivo de uma educação inclusiva, que visa a “*equidade educativa, sendo*

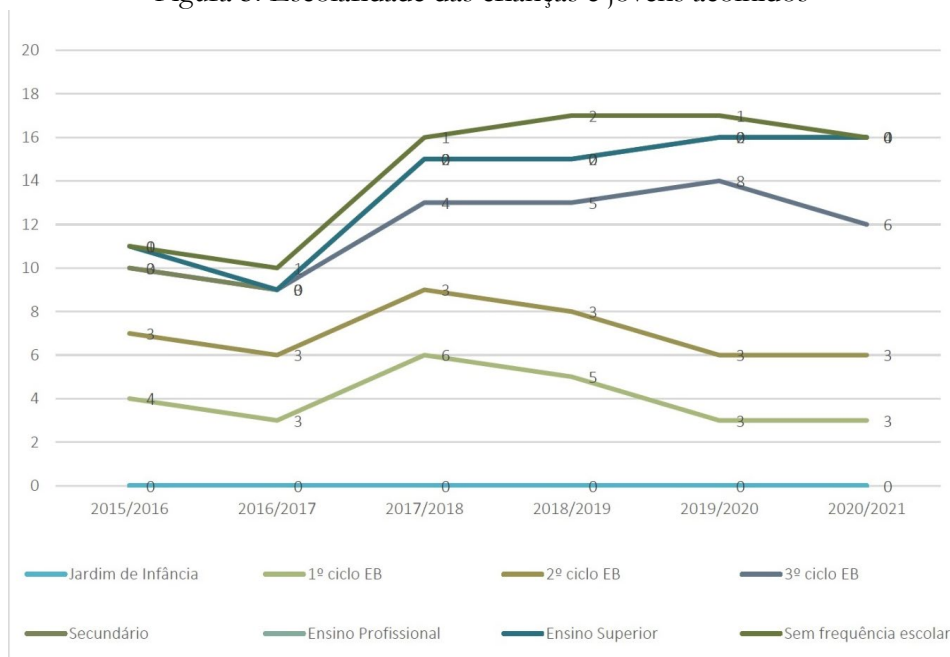
que por esta se entende a garantia de igualdade, quer no acesso quer nos resultados”, o LME assegura a integração das crianças/jovens acolhidos numa resposta que seja adequada à diversidade de características e necessidades destas bem como promotora do seu desenvolvimento integral.

Para além desta integração, a equipa do Lar Marista articula com o contexto educativo/social no sentido de partilhar, discutir e concertar os objetivos e estratégias de intervenção mais eficazes, tendo subjacente a “inclusão educativa e social, o acesso e sucesso educativo, a autonomia, a estabilidade emocional, bem como a promoção da igualdade de oportunidades, a preparação para o prosseguimento de estudos ou para uma adequada preparação para a vida profissional e para a transição da escola para o emprego” (Decreto-Lei n.º 3/2008 de 7 de janeiro).

Ainda numa perspetiva integrativa a família da criança/jovem surge como sendo fundamental. Reis (2009) diz-nos que “a família é vista como algo dinâmico, mutável internamente e em relação ao exterior. Apesar dos conflitos que possam existir no seio da família, esta é única e o seu papel é determinante no desenvolvimento da sociabilidade, da afetividade e do bem-estar físico dos indivíduos”. Para Ambrósio (1992) em Reis (2009), a importância da família para o desenvolvimento equilibrado de qualquer criança ou jovem é, pois, inquestionável. A família deve ser vista como um meio acolhedor por parte de uma criança, um meio capaz de garantir segurança plena e sobretudo de corresponder em tudo às exigências dos primeiros anos de vida.

Sendo o papel da família fundamental neste processo é essencial que ela própria seja apoiada (Redruello, D. et al, 2010). Tendo em atenção esta premissa, o modelo de intervenção especializado, do Lar Marista de Ermesinde, privilegia o trabalho com as famílias no sentido de lhes proporcionar um apoio estruturado para que possam reassumir a sua missão de cuidadores, especialmente nas situações em que se perspetiva um regresso da criança.

Figura 5. Escolaridade das crianças e jovens acolhidos



Fonte: Comunicação e Imagem - Lar Marista de Ermesinde, 2021

Conclusões

Desde a sua fundação o LME acolhe crianças e jovens em situação de risco/perigo, de acordo com a Lei de Proteção de Crianças e Jovens. Apresenta capacidade para acolher 23 crianças e jovens conforme o acordo de cooperação com o Instituto da Segurança Social. Para trabalhar com estas crianças o LME dispõe de equipas técnica, educativa e terapêuticas especializadas e diferenciadas compostas por Assistente Social, Educadores Sociais, Psicólogo, Terapeutas Ocupacionais e da Fala, Fisioterapeutas, Enfermeira e auxiliares de educação com formação específica para atender a crianças com diversidade funcional.

Ressalta-se a importância da existência, na sociedade, de instituições socioeducativas que acolham pessoas com estas características, principalmente crianças, para preservar e cuidar a sua situação e características pessoais. De realçar a equipa de pessoas que trabalham com sentido de missão, que apoia a construção de uma equipa dinâmica e comprometida com a missão do Lar Marista.

Para a Instituição Marista, que apoia e dirige a Casa de Acolhimento, representa uma oportunidade de responder, a partir de seu carisma, às necessidades das crianças e jovens, como fez então seu Fundador Marcelino Champagnat na experiência do jovem Montagne, ao atender a um jovem doente que precisava de sua ajuda. É uma obra social católica que responde aos desafios

da infância e da juventude. De modo especial para com os mais necessitados, à maneira de Maria com ternura, acolhimento e simplicidade.

A atenção às necessidades das pessoas acolhidas implica o respeito pelos Direitos Fundamentais e, especificamente, pelos Direitos da Criança, em particular pelo Direito à Educação.

Salientamos que todas as crianças têm o direito crescer em família e sempre que possível intervimos para promover a família e o reagrupamento familiar. É de louvar a generosidade dos especialistas que colaboram neste Projeto, bem como da Administração que os sustenta e apoia.

Referências

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos da Criança*. Resolução n.º 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (2007). *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Vitória: Ministério Público do Trabalho, Projeto PCD Legal, 2014.

DEL VALLE, J. e ZURITA, J. *El acogimiento residencial en la protección a la infancia*. Madrid: Ediciones Pirâmide, 2005.

GOMES, I. *Acreditar no futuro*. Lisboa: Texto Editora, 2010.

Lei n.º 147/99. Diário da República, I.ª Série -A, n.º 204 (1999-09-01) 6115 -6132

Lei n.º 3/2008. Diário da República, I.ª Série, n.º 4 (2008-01-07) 154 -164

Lei n.º 142/2015. Diário da República, I.ª Série, n.º 175 (2015-09-08) 7198 -7232

MARISTAS. *Lar Marista de Ermesinde*. <https://www.maristasermesinde.org/>

MARISTAS. *Fundación Champagnat*. <https://fundacaochampagnat.org/>

MARISTAS. *Maristas de Chmapagnat*. www.champagnat.org

UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

UNICEF (1989). *Convenção sobre os Direitos da Crianças*. <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>

REDRUELLO, D., RIBEIRO, J., MARQUES, A., OLIVEIRA, P. *Desinstitucionalização de crianças e jovens com deficiência*. Instituto Nacional para a Reabilitação, IP, 2010.

REIS, José Oliveira. *Crianças e jovens em risco, contributos para a organização de critérios de avaliação de factores de risco*. Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação. Universidade de Coimbra, 2009.

UM LUGAR NO MUNDO: INCLUSÃO, PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E DEFICIÊNCIA

Alessandra Moraes de Sousa

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bolsista do Programa Bolsa Doutorado Nota 10 da Fundação Carlos Chagas de Amparo à Pesquisa

Resumo:

Este estudo propõe uma análise dos paradigmas de segregação, integração e inclusão de pessoas com deficiência, à luz da distinção estabelecida por Hannah Arendt quanto às experiências de isolamento, solidão e solidude, as quais marcariam formas de vida apartadas, ou seja, de não estar com os outros no espaço público. O objetivo é melhor compreender a localização do indivíduo classificado com deficiência no âmbito sóciopolítico e os impactos disso em sua subjetividade. A conclusão é de que pessoas com deficiência em condições de segregação e de integração são conduzidas a uma vida isolada, restrita à esfera privada, podendo se converter em solidão. Diferentemente, ao ter ínsita as noções de pluralidade e diferença, ambos próprios à política, o paradigma de inclusão guinda as pessoas com deficiência ao espaço público. Com isso, revela-se um caráter político da acessibilidade, ao tornar visível e realocar as pessoas com deficiência, tornando-se qualidade importante de um espaço público democrático, horizontal e plural, no qual todos, independentemente de suas especificidades, estejam presentes e se sintam parte.

Palavras-chave: Inclusão; Participação política; Pessoas com deficiência; Acessibilidade.

Introdução

Exclusão ou segregação, integração e inclusão são formulações teóricas baseadas na experiência empírica, que servem a identificar uma dada maneira de significar e lidar com minorias em uma sociedade, impactando as práticas sociais, as decisões estatais, políticas públicas e o delineamento legal de direitos. Com relação às pessoas com deficiência, a prevalência de qualquer desses paradigmas vai interferir não somente na convivência familiar, mas também na participação sociopolítica¹.

¹ Deve-se evitar uma visão lógica-sistemática ou histórico-evolutiva da emergência de pa-

Atualmente, temos no Brasil um corpo legislativo inspirado na inclusão e na promoção dos direitos das pessoas com deficiência², por influência de tratados de direitos humanos que impõe obrigações no plano global e local³. Paralelamente, observa-se a ampliação de comunicações a respeito da experiência pessoal da deficiência e a repercussão desta na participação em sociedade⁴, assim como esforços para conscientização quanto ao preconceito contra pessoas com deficiência, denominado capacitismo⁵. Apesar disso, aqueles paradigmas tornaram a entrar em voga com a promulgação do Decreto 10.502/2020, Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida (PNEE), criticada por promover a segregação entre alunos com e sem deficiência, ao tornar a prever a Educação Especial como modalidade de ensino e não um atendimento transversal. O decreto é objeto de críticas por seu conteúdo contrário à inclusão, por não ter passado por consulta às associações de representação de direitos de pessoas com deficiência e por não estabelecer claramente a quem caberia a decisão de encaminhamento do estudante à escola ou classe especializada⁶⁻⁷.

Com efeito, um sistema educacional inclusivo é reflexo de uma sociedade democrática ao retratar a diversidade que nela pode ser observada, pois ter em conta os perfis e as necessidades dos alunos é um desafio semelhante ao encontrado pelas democracias em alcançar o equilíbrio de interesses dos cidadãos. Desta feita, a fim de compreender a influência da exclusão, integração ou inclusão de pessoas com deficiência na localização desses indivíduos no

radigmas e de modelos acerca do objeto ora denominado deficiência. Conforme dito, são construções teóricas que auxiliam a dar inteligibilidade aos fenômenos conforme aparecem, sem que isso signifique que sejam superados ou substituídos. Logo, procedimentos e práticas orientadas sob preceitos segregatórios, integrativos ou inclusivos coexistirão, assim como ações embasadas sob o modelo médico ou social de deficiência, merecendo um exame contextual casuístico.

- 2 *Ex vi* da Lei 13.146/2015, denominada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência.
- 3 Em especial, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006, primeiro tratado a ser internalizado à ordem jurídica com estatuto de norma constitucional.
- 4 Exemplificadamente, podem ser citados perfis da rede social *Instagram*, cujos *influencers* são pessoas com deficiência e tratam da temática em suas postagens: Fernanda Honorato (@fernandahonorato_01); Ivan Baron (@ivanbaron), Clara Marinho (@clarinhamaroficial), Mariana Torquato (@marianatorquato), Rebeca Costa (@looklitttle), Patrícia Lorete (@janeladapatty), Lucas Pontes (@lucas_atípico), Isadora Nascimento (@olharcotidiano_).
- 5 A percepção negativa e o preconceito em razão de deficiência é denominado de capacitismo, neologismo introduzido por Mello (2019) em livre tradução do termo em inglês *ableism*. De acordo com a autora, o capacitismo traz ínsita a ideia de corponormatividade, baseada numa espécie de hierarquia dos corpos segundo a funcionalidade de estruturas corporais, associando deficiência à incapacidade.
- 6 Esses alguns dos argumentos deduzidos na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 6590, ajuizada pelo Partido Social Democrático (PSB), e na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº.751, proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade, ambas em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal (STF), se baseiam na tese da segregação dos estudantes com deficiência.
- 7 O viés segregatório da PNEE foi confirmado por declarações preconceituosas e capacitistas do Ministro da Educação, em entrevistas dada a veículos de imprensa (Alves, 2021).

mundo comum, é dizer, no espaço público, propomos a análise dos paradigmas a partir da distinção estabelecida por Hannah Arendt quanto às experiências de isolamento, solidão e solidude, as quais marcam formas de vida isolada, ou seja, de não estar com os outros (PORCEL, 2022, p. 62). A pesquisa é de natureza teórica, com objetivos exploratórios, valendo-se do método fenomenológico para articular os conceitos apropriados de Arendt aos dados da realidade e da experiência conforme se apresentam no mundo fenomênico. Quanto ao procedimento, a pesquisa é bibliográfica, recorrendo à obra de Arendt e de seus comentadores, bem assim a autores do campo dos Estudos de Deficiência, em especial, Romeu Sasaki.

Perda de um lugar no mundo

Em Arendt, o âmbito político é aquele no qual os seres humanos estão em relação entre si acerca de um mundo em comum. Comum, aqui, não se confunde ao que pertence a todos ou ao compartilhamento de necessidades. Antes, é no sentido de público, entendido tanto como aquilo que é percebido por todos, quanto ao ambiente que constitui a morada humana na Terra⁸. A publicidade e visibilidade do político geram a concordância sobre a identidade daquilo que nos aparece e, por essa razão, “mais que qualquer outra esfera da vida humana, assegura a realidade da existência.” (ARENDRT, 2016, p. 283). Segundo a autora, o mundo enquanto fenômeno político requer um interesse partilhado por todos, algo que mereça ser visto pelas múltiplas perspectivas propiciadas pela pluralidade humana⁹ e que seja suficientemente hábil a conectar os mais diferentes e os reunir no espaço público. É aí que o indivíduo se torna sujeito, aparece aos outros e compartilha sua *doxa*, i.e., suas opiniões sob os temas de interesse de todos. Além disso, é nesse local que pode se unir a outros e agir em concerto, quer para modificar ou aprimorar algo posto, quer para dar início a algo completamente novo. Em franca oposição está o domínio do privado, onde são atendidas as necessidades da vida e as demandas do corpo em seu ciclo vital, as quais são supridas através da atividade do labor ou trabalho¹⁰. Daí resulta a distinção entre público e privado, a separa-

8 De acordo com Assy (2015, p.30-33), em Arendt distinguem-se duas disposições da aparência, tendo em conta o universo humano conformado pelas atividades da *vita activa* (labou ou trabalho, obra, ação) e onde se dá nossa existência. A primeira é de produção, em que a fabricação de utilidades e artefatos confere permanência, continuidade e estabilidade ao mundo; a segunda de posicionamento, correspondendo ao domínio dos assuntos humanos, as relações intersubjetivas que resultam em estruturas e insituições organizacionais, fruto do agir e do falar.

9 Considerando a variedade de seres aparentes e de seres sensíveis, afirma Arendt (2020b, p.35): “Não o Homem, mas os Homens é que habitam este planeta. A pluralidade é a lei da Terra.”

10 Segundo Arendt (2010), o *animal laborans* se ocupa do trabalho ou labor, que assegura a sobrevivência; a obra do *homo faber* cria uma universalidade de utensílios dotados de facilidade e durabilidade que se opõe à efemeridade da vida; a ação consiste na relação com outras pessoas e se ocupa de fundar e conservar corpos políticos.

ção entre aquilo que é próprio e o que é comum aos demais¹¹.

A dimensão política da vida, para Arendt, transcende os assuntos que se referem à cidade, ao Estado e ao poder¹². Está ligada ao caráter existencial de reconhecimento pelo indivíduo de um lugar no mundo, representado pela noção de pertencimento. Arendt (1989) explica que o vínculo a uma comunidade organizada significa estar sob o pálio de uma estrutura em que as ações e opiniões do indivíduo são significativas e podem ser julgadas, pois é a comunidade quem garante e deve estar disposta a conferir direitos a seus integrantes. A perda da comunidade ou de seu lugar nela consiste em ser privado de proteção. A proteção advinda de um governo e de uma ordem jurídica, cuja estabilidade e segurança conferem permanência ao mundo em comum conformado pelo artifício e agir humano. Sem isso, segundo Arendt (1999), o indivíduo reveste-se da nudez de ser unicamente humano, o que, em absoluto é capaz de salvaguardar sua vida e dignidade, como demonstrado pelo fenômeno da apatridia, que possibilitou mover enormes populações aos campos de concentração da Segunda Guerra Mundial.

O totalitarismo foi objeto de especial exame da autora por representar a obliteração do político¹³, levada à efeito através do emprego de técnicas de apagamento da subjetividade e construção de existências visando a mera sobrevivência, sem qualquer projeto para si ou para o mundo. Uma das linhas de reflexão adotada pela autora para compreender a maneira pela qual os regimes totalitários operacionalizaram um domínio fundado no terror, de alcance total por avançar tanto sobre a vida pública quanto sobre a privada, se voltou “ao tipo de experiência básica na vida humana em comum” (ARENDRT, 1989, p. 526), caracterizada por estar ou não com outras pessoas, quais sejam os estados de isolamento, solidão e solitude.

Segundo Arendt (1989), a experiência de isolamento consiste em não ter com quem agir em prol de um interesse comum a respeito do mundo. Logo, tem consequência na esfera política, que depende da presença de muitos e não se realiza na solidão. “O indivíduo em seu isolamento jamais é livre; só pode sê-lo quando adentra o solo da *polis* e age nele.” (ARENDRT, 2020b, p. 102). O isolamento afasta os indivíduos, com o que destrói as possibilidades de ação e de produção de poder¹⁴. Entretanto, conforme Porcel (2022, p. 63.),

11 Citando Aristoteles, a autora explica que seria a capacidade de organização política o que tornaria a associação dos seres humanos diversa daquela dos animais. Com isso, cada indivíduo ganharia duas ordens de existência: a vida privada, cujo centro é a casa (*oikia*) e a família; o *bio politikos*, vivido na esfera pública, resultando na distinção entre aquilo que é próprio (*idion*) e o que é comum (*koimon*) (Arendt, 2010, p.28-29).

12 Nesse sentido é a definição apresentada por Bobbio; Matteucci (1998, p. 954).

13 Enegrén (1984, p. 162) observa que as investigações de Arendt se dirigem sobre dois polos da história recente: as revoluções como momento de abertura e incandescência política; o totalitarismo como eclipse do político. Oposição entre eventos que inauguram uma novidade porque fundados na liberdade da ação, em face de movimentos cujo intuito central é anular a liberdade e espontaneidade da ação, atomizar os indivíduos e os inserir em processos automáticos.

14 Em Arendt, o poder resulta do agir concertado entre os agentes. Não é individual, mas

a experiência do isolamento não rompe os laços humanos nem anula nossas capacidades, pois mantém preservado o espaço privado e individual de experiência, fabricação e pensamento. Nas palavras de Arendt, “a capacidade de sentir, de inventar e de pensar, permanece intacta.” (ARENDR, 1989, p. 527).

A solidão seria uma experiência de não pertencimento, não apenas de perda de um lugar no mundo, mas de estar abandonado de toda a companhia humana, i.e., dos outros e de si mesmo. Isso porque na solidão, além do esfacelamento da conexão com os outros, perde-se o próprio *eu* e o *self* com quem realizamos o dois-em-um, a conversa de si para consigo que se dá no exercício das atividades da *vita contemplativa*¹⁵. “Nessa situação, o homem perde a confiança em si mesmo como parceiro dos próprios pensamentos, e perde aquela confiança elementar no mundo que é necessária para que se possa ter quaisquer experiências. O eu e o mundo, a capacidade de pensar e de sentir, perdem-se ao mesmo tempo.” (ARENDR, 1989, p. 529). Como explica Porcel (2022, p. 65-66), a solidão é a antítese da pluralidade, uma forma de não estar com nada, total e absolutamente, através de uma partida dupla do mundo enquanto espaço de aparição, ação, discurso, e também como lugar de estabilidade e refúgio. A solidão atinge a vida toda e, por essa razão, Arendt afirma: “é uma das mais radicais e desesperadas experiências que o homem pode ter.” (ARENDR, 1989, p. 527).

Já a solidão é a experiência de estar fisicamente só, desacompanhado de outras pessoas, mas na companhia de si mesmo, ao reunir o ego-pensante e o *eu* através do dois-em-um, cuja unidade que aparece no mundo fenomênico é restituída quando a mundanidade se impõe e interrompe a contemplação (ARENDR t, 2020b, p. 207). Em que pese no ato de pensar estejamos a sós conosco, os outros estão representados no *eu* com quem estabelecemos diálogo (Arendt, 1989, p. 529), pois o pensamento implica comunicabilidade, uma audiência para quem transmiti-lo e que sobre ele irá se pronunciar (ARENDR, 1994, p. 43). Além disso, Arendt (1994) afirma que a validação do pensamento crítico depende do crivo alheio, seja para destituí-lo de dúvidas e equívocos, como também para aferir sua conformidade ao *sensus communis*, ao considerar-se o ponto de vista dos outros, sobretudo para exercício da faculdade do juízo, exercida considerando-se ser membro de uma comunidade. Daí a importância da publicidade e da liberdade de expressão e comunicação.

A diferença essencial entre as referidas experiências reside em manter o nexo com o mundo enquanto realidade compartilhada, assim como a conexão com os outros também integrantes da mundanidade. Por essa razão, um ser humano isolado pode legar uma obra ao conjunto dos artefatos humanos, ainda que a atividade do *homo faber* e do artista dependam de seu momentâneo

pertencente a um grupo enquanto este se mantiver unido: “Poder corresponde à capacidade humana não somente de agir mas de agir de comum acordo. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e existe somente enquanto o grupo se conserva unido.” (ARENDR, 2017, p. 123).

15 São elas, o pensar, o querer e o julgar. Ver Arendt, 2020b.

afastamento para fabricação. Igualmente, também o sossego exigido para as atividades do espírito, em sua solitude, requer uma breve retirada do mundo, mas dele não se desligam, já que os objetos sobre os quais se debruça o pensar provêm do mundo sensível (ARENDDT, 2020b, p. 94). Somente no estado de solidão ocorre uma tripla partida: do espaço público e das relações que ali se estabelecem, do vínculo intersubjetivo de cada um com os outros e do vínculo intrasubjetivo de cada um com si próprio (Tassin *apud* PORCEL, 2022, p. 66). E quando se corta qualquer vínculo com o conjunto dos artificios e relações humanas, tolhe-se a criatividade, que consiste na capacidade de acrescentar algo de si mesmo ao mundo ao redor (ARENDDT, 1989, p. 527).

As consequências do isolamento podem parecer menos severas que as da solidão. Porém, o indivíduo isolado não está visível nem aparente aos outros e, portanto, está inviabilizado a revelar sua singularidade e apresentar-se aos outros enquanto sujeito único, diferente de qualquer outro que existe ou já existiu (ARENDDT, 2010, p. 10). Assy (2019, p. 37-38) explica que a noção de singularidade em Arendt é própria da esfera do mundo aparente e plural, residindo na matriz fenomenológica do sujeito. Ou seja, enquanto ser em um mundo de aparências, o indivíduo aparece aos outros, assim como os outros seres lhe aparecem, donde a singularidade se perfaz na pluralidade, no coletivo, entre outros sujeitos. Para Arendt (2010), é no espaço público da aparência que fazemos nossa aparição no mundo humano e revelamos *quem* somos, através de atos e palavras cuja natureza imaterial leva a que sejam captados pelas histórias que podem ser ditas de nós¹⁶. A autora faz questão de diferenciar *quem* somos em oposição *ao que* somos: o primeiro é difícil de exprimir, desde que há algo que nele escapa, nos levando a descrever características segundo categorias usualmente empregadas em relação a qualquer indivíduo, mas que capturam somente *o que* ele é. O caráter desvelador do agente através da ação e do discurso torna-os um fim em si mesmo e, em estando ausente, torna-se mera conversa sobre dados objetivos do mundo, meio para atingimento de um fim (ARENDDT, 2010, p. 225). Por isso, a ação em Arendt tem uma dimensão performativa de revelação e constituição da identidade do sujeito (ORTEGA, 2001, p. 227).

Estar aparente aos outros em sua singularidade, conforme Arendt, é marcar nossa distinção através de ações hábeis a revelar quem somos e ditos pelos quais compartilhamos nossa experiência do mundo, o modo como os objetos se abrem a nós e como agimos diante disso, apontando um ponto de vista, uma forma de conceber aquilo que aparece a todos e que, portanto, é comum. Como destaca Assy (2019, p. 105-106), nossa singularidade se realizaria, também, por meio da atividade de pensar, pela qual nos constituímos como uma personalidade, na medida em que *quem* sou aparece a mim mesmo por meio do debate que entabulo comigo e no qual reafirmo minhas opiniões. A personalidade seria o resultado automático desse processo e configuraria

16 Conforme Assy (2019, p.107), a formulação discursiva de *quem* eu sou aparece fenomenologicamente aos outros.

o pleno exercício da capacidade de pensar (*thoughtfulness*), em detrimento da ausência de pensamento (*thoughtless*), decorrente do estado de solidão. Esta noção guardaria um caráter ético relacionado à indagação arendtiana: *com quem desejo ou suportaria viver junto?*, já que o sujeito que pensa é testemunha dos atos que pratica enquanto agente, realizando um permanente autoexame¹⁷. Os atributos éticos da personalidade ganham relevância quando expressos no espaço público, mas dependem de o agente lançar-se à luz do palco, aparecer aos outros e se revelar. Por isso, Arendt insiste em haver organizado um espaço público da aparência.

Como se vê, o isolamento interfere em que o indivíduo se afirme como ator e protagonista no espaço público ao revelar sua identidade, relegando-o a uma vida privada. A perda do âmbito político da vida e a redução do indivíduo ao *animal laborans*, característica da era moderna, têm a capacidade de converter o isolamento em solidão, fenômeno que seria comum em nosso tempo, como consequência das sociedades de massa e seu cenário estéril de desarraigamento, colapso de estruturas políticas e de tradições sociais, onde pode-se não identificar pessoas nem instituições para depositar confiança e contar com apoio. O domínio totalitário teria obtido êxito justamente em razão de ser a solidão uma experiência recorrente, porém, igualmente presente em democracias: “nas democracias de massa, sem nenhum terror e de modo quase espontâneo, por um lado, toma vulto uma impotência do homem e outro aparece um processo similar de consumir e esquecer, como que girando em torno de si mesmo de forma contínua” (ARENDRT, 2020a, p. 27). Aguiar (2010, p. 137) chama atenção à alienação contemporânea que se expressa na passividade, na funcionalização de coisas e pessoas de acordo com seu lugar na cadeia produtiva, na manipulação que torna a arte em entretenimento, a comunicação em marketing, as reações humanas em comportamentos previsíveis. Segundo ele, o esgarçamento das interações discursivas e da associação em torno de interesses em comum, leva a que o *animal laborans*, em sua atitude autocentrada, se aproxime dos outros pelo consumo de objetos, signos e imagens. O imobilismo no campo político devora o mundo e a própria vida: “O fato é que uma sociedade de consumidores não pode absolutamente saber como cuidar de um mundo e das coisas que pertencem de modo exclusivo ao espaço das aparências mundanas, visto que sua atitude central ante todos os objetos, a atitude do consumo, condena à ruína tudo que toca.” (ARENDRT, 2016, p. 264).

Estar ou não com outros

Estar à parte: exclusão

O paradigma da exclusão se verifica quando a sociedade rejeita aqueles que são diferentes, independentemente da natureza do discurso que funda-

¹⁷ Há, aqui, referência à afirmação de Sócrates quanto a importância da coerência consigo, ainda que contra o mundo, mencionada (ARENDRT, 2020).

menta a marginalização, é dizer, se de matriz religiosa, científica ou social. A exclusão se corporifica em práticas que assentem com a aniquilação dos diferentes, o relegam a uma vida privada ou os segregam em instituições, tenham elas natureza caritativa ou médica¹⁸. O afastamento dos diferentes é uma negação da pluralidade humana. A retirada de indivíduos do espaço público enquanto esfera dos assuntos humanos onde aparecemos aos outros através da ação e do discurso coíbe a revelação de quem são e nega-lhes a possibilidade de exercício de uma das atividades inerentes à condição humana, que é o agir. Estando isolados, têm a participação política seriamente obstaculizada e cerceada, perdendo o senso de proteção e pertencimento decorrentes do ser parte de uma comunidade.

Sobretudo aquele que se encontra institucionalizado, é deslocado para uma vida reclusa e afastada dos demais, cuja realidade passa a ser a dinâmica da instituição, compartilhada senão com seus companheiros de internamento. A instituição asilar funciona como um microcosmo, um mundo paralelo àquele comum¹⁹. A condição de institucionalização retira a identidade do indivíduo. No modelo hospitalocêntrico, ele se torna um paciente. No modelo caritativo, o destinatário de assistência. A vida institucionalizada limita a autonomia e a liberdade em fazer as próprias escolhas, emitir vontades e expressar preferência sobre as questões mais basilares à vida humana, como opinar sobre moradia, suas próprias roupas, alimentação etc. Igualmente, não permite qualquer controle do tempo-espaço pelos indivíduos internados, inviabilizando conformarem ali uma morada em comum para a qual possam deixar qualquer tipo de obra.

Tanto a vida eminente doméstica como aquela institucionalizada, se vividas em longo prazo, tornam o isolamento solidão, levando a uma experiência de desenraizamento e rompimento de vínculos com as outras pessoas, com o mundo do qual o indivíduo foi retirado e, por fim, com si mesmo. Num âmbito em que se estabelecem relações apolíticas²⁰, vige a dominação de uns sobre outros, e a ausência de publicidade dos atos, que é própria ao espaço público, abre possibilidade ao assujeitamento e violências, ambiente facilmente conversível em práticas totalitárias. A análise do histórico de ins-

18 Considerando o significado atribuído à deficiência, Palacios (2008) faz referência a modelos. No modelo de prescindência, os indivíduos são excluídos em sua forma ou pelo que representam, subdividindo-se em modelo eugênico e de marginalização. O primeiro tem fundamentos de ordem religiosa, e a deficiência é justificada como pecado dos pais ou compreendida como advertência negativa dos deuses. O segundo tem natureza social, fundado na percepção da deficiência como incapacidade de contribuição à comunidade, destinando-as à mendicância e caridade. O internamento em instituições asilares é relacionado ao modelo médico, a deficiência tida como questão de saúde.

19 Este o modelo institucional das colônias, implementadas como política pública de assistência psiquiátrica na primeira metade do século XX, com o propósito de conformar uma microsociedade apartada das cidades para abrigar os desviantes, aí incluídas pessoas com deficiências intelectuais e psicossociais. Sobre o tema ver Venâncio, 2011.

20 O exemplo recorrente de Arendt sobre organização apolítica é a família, porque neste tipo de formação a pluralidade se dilui no conceito de parentesco, capaz de agregar os diferentes pelo vínculo consanguíneo. (ARENDDT, 2020, p.22).

titucionalização de pessoas com deficiência no Brasil revela que as instituições asilares adotaram modos totalitários de gestão dos corpos, criando um universo à parte, as pessoas ali abandonadas desumanizadas por perderem a conexão até mesmo consigo próprias. Atomizadas, tornaram-se indivíduos limitados a mera sobrevivência. Por consequência, tornaram-se vidas matáveis, prescindíveis, conforme ocorrido no Hospital Colônia de Barbacena²¹.

Internamento pode parecer tema do passado ante um cenário supostamente democrático, cujo ordenamento jurídico se baseia nos direitos humanos e na inclusão. No entanto, no Brasil, o modelo hospitalocêntrico ou de institucionalização persiste no imaginário social como resposta à condição de múltiplas deficiências, efeitos severos de paralisia cerebral, deficiência intelectual, como também a deficiências psicossociais, como resultado da longa e ainda recente história de internamento como política pública institucional promovida pelo Estado. Além disso, a própria lei contém brechas que naturalizam a institucionalização, como o §2º do art.76 da Lei Brasileira de Inclusão, ao mencionar a participação política de pessoas institucionalizadas, uma contradição lógica, na medida em que o indivíduo internado está localizado fora do espaço público. Da mesma forma, como destaca Martins (2020a), a virtualidade do modelo hospitalocêntrico e seu possível retorno se mantém acesa na previsão das comunidades terapêuticas como parte da Rede de Atenção Psicossocial; na previsão de internamento involuntário de usuário de tóxicos conforme Lei 13.840/2019, que alterou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas; assim como recentes Portarias e Notas Técnicas expedidas pelo Ministério da Saúde. Na mesma linha é o Decreto 10.502/2020, Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida (PNEE), cuja previsão no sistema de ensino de escolas regulares inclusivas, escolas e classes bilíngues apenas para pessoas com deficiência auditiva, escolas e classes especializadas apenas para atendimento de estudantes com deficiência, são formas de separar os diferentes e organizar os estudantes segundo uma suposta homogeneidade. A admissão de formas celulares de segregar pessoas provoca sua invisibilização e o alijamento do direito de todos à convivência entre dessemelhantes, exercício que alimenta a tolerância e a pluralidade democrática.

Estar dentro, mas estar fora: integração

A integração resulta numa inserção parcial na sociedade, na qual as pessoas com deficiência permanecem apartadas, muito embora não sejam completamente excluídas, porque direcionadas a um convívio entre si. Exemplo deste paradigma são as modalidades de ocupação em instituições especializadas, as classes especiais de estudantes com deficiência no interior de escolas

21 As condições deploráveis em que vivia a superpopulação de pacientes e o número de óbitos de pacientes gerou a comparação do local a um campo de concentração. Nesse sentido Arbex *apud* Martins, 2020b.

regulares, os horários especiais em clubes e agremiações etc. Como explica Sasaki (2003), a integração é orientada por um princípio de normalização dos ambientes e serviços destinados às pessoas com deficiência, a fim de lhes proporcionar um estilo e padrão de vida mais próximo daquele verificado na comunidade, para que experienciassem uma rotina semelhante ou análoga à dos demais membros da sociedade, muito embora à parte dela. Além disso, se basearia na ideia de reabilitação, cabendo à pessoa com deficiência se adequar ao meio e superar sozinha ou com apoio daqueles mais próximos - familiares, instituição especializada, amigos - as barreiras físicas, programáticas e atitudinais com as quais se confrontasse, tratando-se, portanto, de um esforço unilateral. A constatação do autor é de que a integração não deixava de ser segregativa e, sobretudo, nada exigia da sociedade para receber as pessoas com deficiência, a quem caberia: se moldarem aos serviços oferecidos, ainda que em ambientes separados; acompanhar e seguir os procedimentos tradicionais de trabalho, escolarização, convivência social; contornar os obstáculos existentes no meio físico; lidar com atitudes discriminatórias e preconceitos; desempenhar papéis sociais individuais com autonomia, ainda que não independente. Portanto, a sociedade se mantinha intacta e estática em seu acolhimento aos diferentes, a quem cabia adequar-se ao já posto.

A prevalência de um paradigma de integração mantém preservada a vida privada do indivíduo com deficiência, que tem garantida a convivência familiar e social, mas somente com outros também com deficiência. Porém, não necessariamente o guindará ao espaço público. Segundo Arendt, o social consiste num hibridismo entre público e privado: “cada vez que abandonamos as quatro paredes protetoras de nosso lar e cruzamos o limiar do mundo público, entramos primeiro não na esfera política da igualdade, mas na esfera social.” (ARENDDT, 2004, p. 267). Para a autora, diferentemente da política, em que a distinção e identidade pessoal são os elementos de identificação, a esfera social nos aproxima pelas semelhanças e as diferenças pelas quais somos integrados a certos grupos leva à discriminação em relação a outros grupos (ARENDDT, 2004, p. 273).

No vocabulário arendtiano, o social também corresponde à perspectiva econômica da vida, centrada no labor como forma de obtenção de progresso e abundância²². Daí o enfoque da integração em inserir as pessoas com deficiência nos sistemas sociais da educação, trabalho, assistência social e lazer. Em que pese a relevância dessas iniciativas, têm finalidades sobretudo econômicas: na educação, preparar para o mundo do trabalho; no trabalho, obter renda para não depender do Estado. No âmbito estatal, as questões relacionadas às pessoas com deficiência comumente passam pelo reconhecimento e

22 De acordo com Benhabib (1996, p.139), é possível extrairmos 3 concepções de social na obra de Arendt. A primeira faria referência ao modelo de trocas em uma economia capitalista; a segunda à ascensão da sociedade de massa e seus padrões de comportamento, ação e mentalidade individuais; a terceira configuraria os processos de associação, interação e sociabilidade sociocultural que observadas na moderna sociedade civil.

inserção social através de políticas públicas impulsionadas por ações afirmativas. É o que se passa com as cotas para contratação de trabalho²³, reserva de vagas em concurso público²⁴, acesso à educação²⁵, benefícios de assistência social²⁶ etc. Contudo, pensar a experiência das pessoas com deficiência sob o ponto de vista político eleva as discussões a outro patamar e implica realocar o indivíduo para além do âmbito do social e percebê-lo como cidadão, o que implica não apenas ser um destinatário passivo de direitos, mas ver reconhecido seu lugar no mundo em comum e seu agenciamento na participação nele. É como membro de uma comunidade que o indivíduo ingressa no espaço público e ganha o papel de ator, capaz de intervir e compartilhar suas perspectivas, assim como julgar os fatos históricos que compõe a trajetória da comunidade.

Ser parte: inclusão e acessibilidade

O protagonismo das pessoas com deficiência na reivindicação de seus direitos²⁷ e na gestão de seus interesses²⁸ aponta novos desafios e a insuficiência das práticas de integração em promover a plena participação nos sistemas sociais, como na vida pública e política. A mobilização de pessoas com deficiência em diferentes países ganha o apoio da Organização das Nações Unidas (ONU), que aprova o Programa Mundial de Ação Relativo às Pessoas com Deficiência²⁹, no qual é amplamente empregado o termo *integração* para se referir à participação de pessoas com deficiência na sociedade, havendo uma única referência aos benefícios da inclusão das pessoas com deficiência na esfera social, econômica e política, o que denota haver uma diferença linguística entre as figuras. Na Resolução 45/1991, da Assembleia Geral da ONU, a construção de uma *sociedade para todos* é colocada como meta a ser alcançada em 20 anos. A Declaração de Salamanca, de 1994, sobre educação, teria sido o primeiro documento internacional de matriz nos direitos humanos a abordar extensamente o conceito de inclusão e registrar o uso da expressão *sociedade inclusiva*.

23 Lei 8.213/1991, art.93.

24 Constituição da República, art.37, inciso VIII.

25 Constituição da República, art.208, inciso II.

26 Constituição da República, art.203, inciso IV e V; Lei 8.742/1993, art.2º, inciso I, alínea 'e'.

27 Resultado do movimento social de pessoas com deficiência. Sobre a luta política no Brasil, ver Lanna Junior, 2010.

28 Fazemos referência ao modelo de conselhos em nível estadual, distrital e municipal, tal qual o Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CONADE), bem como às Conferências Nacionais, Estaduais e Municipais das Pessoas com Deficiência, realizadas periodicamente para debater com a sociedade civil ações e políticas.

29 Resolução 37/52 de 1982 da ONU, a qual conclama os Estados a criar oportunidades iguais para os cidadãos com deficiência através de mudanças programáticas da própria estrutura social, a fim de oportunizar o gozo de direitos. Ainda, fixa o decênio de 1983-1992 como *Década das Pessoas com Deficiência da ONU* para efeitos do estabelecimento de planos de ação de longo prazo.

Segundo Sasaki (2003), o paradigma da inclusão é acompanhado de uma mudança de concepção quanto ao meio e à sociedade, que deve se transformar para acolher as diferenças e permitir a participação de todos, pois reconhecida a composição do ambiente social por pessoas de diferentes constituições físicas, etnias, capacidades, hábitos e cultura, as quais sinalizam a diversidade humana. Nesse sentido, afirma o autor, conceitos como acessibilidade, autonomia, independência, empoderamento, equiparação de oportunidades, inclusão social, rejeição zero e vida independente, tornam-se relevantes. Trata-se de atributos que conferem aos agentes um caráter ativo na construção, manutenção e modificação do mundo comum. A acessibilidade faz referência a um ecossistema sociocultural cujos espaços, equipamentos e programas são projetados considerando a pluralidade humana, suas fases de vida e etapas, transitórias ou não, de vulnerabilidade e fragilidade, de modo a que todos tenham iguais oportunidades de participação com autonomia e sem se depararem com obstáculos impeditivos a que desenvolvam atividades de maneira independente, tampouco se defrontem com barreiras excludentes ao gozo de direitos e fruição de liberdades.

Como se vê, a inclusão traz ínsita a noção de pluralidade, diversidade e diferença, todos próprios da política, a qual “organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade *relativa* e em contrapartida às diferenças *relativas*.” (ARENDDT, 2020a, p. 24). A pluralidade é condição que determina uma variedade de observadores, cujo ponto de vista revela diferentes faces do mesmo objeto e que atrai o conceito de pensamento representativo ou mentalidade alargada, em que me valho da imaginação para tornar presente os outros que estão ausentes e, assim, vislumbrar o ponto de vista do qual enxergam:

Quanto mais posições de pessoas eu tiver presente em minha mente ao ponderar um dado problema, e quanto melhor puder imaginar como eu me sentiria e pensaria se estivesse em seu lugar, mais forte será a minha capacidade de pensamento representativo e mais válidas minhas conclusões finais, minha opinião. (ARENDDT, 2016, p. 299)

É em estando visível e tangível aos outros no espaço público, assim como eles para mim, que minha visão de mundo e as deles podem ser confrontadas, desafiadas e consideradas. Porque é na troca e na comunicação que construímos nossa subjetividade, através de experiências em que estamos no centro e não na periferia, como terceiros em algum ponto de observação, como que alheios ao que se passa no mundo (MERLEAU-PONTY, 2014, p. 118). As diferenças sensoriais e funcionais provocadas pela existência ou não de impedimentos levam a uma experimentação das aparências particular. Assim, as pessoas presentes em um universo acessível podem, de maneira livre e simétrica, se apresentar, descrever suas estratégias de experiência do mundo, em sua própria linguagem e por múltiplas linguagens. É interrogando

esta minha experiência do mundo que se desvelará para mim não ser ela a única, tampouco a régua a partir da qual devo medir as demais. O outro nunca é igual a mim, mas só a ele mesmo. O outro deve ser para mim horizonte, possibilidade, perspectiva. O outro me amplia exatamente por ser diferente de mim.

Desta feita, a inclusão implica na realocização das pessoas com deficiência para que estejam onde todos outros também estão. Esta concepção se aproxima da ideia de espaço público em Arendt, um lugar em que se reúnem os seres humanos e onde estes estabelecem relações de maneira permanente, porque este espaço transcende a duração de suas vidas (ARENDR, 2010, p. 64). Mais importante é o encontro de sujeitos livres para agir e que se enxerguem como pares, não existindo entre eles relações de dominação, pois aqueles que estão na esfera pública reconhecem estar em igualdade entre si, por estarem isentos da desigualdade presente no ato de comandar (ARENDR, 2010, p. 42; 2020a, p. 48). Com isso, ganha destaque a acessibilidade, significando tornar visível, fazer aparecer para permitir a aproximação que propicia diálogo. Acessibilidade sob a dimensão de experiência de interação e encontro, revelando uma dimensão política.

Considerações finais

As consequências dos paradigmas de exclusão, integração e inclusão sobre a vida individual de pessoas com deficiência tornam-se mais bem compreendidas ao serem confrontadas com os estados de isolamento, solidão e solitude, formas de vida apartada comentadas por Arendt. Tomar a localização ou não no espaço público permite entender a relação entre a (in)visibilidade da pessoa, da deficiência e do impedimento, bem assim os impactos sobre a participação na vida política da comunidade e o próprio senso de pertencimento a esta. Assim, o estreito panorama de participação sociopolítica das pessoas com deficiência em condições de exclusão e integração pode conduzi-las a uma vida isolada, restrita a esfera privada e ao anonimato, uma existência limitada ao âmbito doméstico, com a convivência na família ou instituição. A exclusão ou segregação, dada sua radicalidade, pode levar à solidão. Sob estes paradigmas, as pessoas com deficiência sofrem não apenas a invisibilidade negativa de não estarem no campo perceptivo dos outros, como também são afetados pela interdição de suas falas, por não estarem no espaço público para partilhar sua especial perspectiva sobre os objetos. Logo, lhe são retiradas as oportunidades de se tornar sujeito e assumir perante os outros seu papel de ator, protagonizando a produção de um mundo humano constituído por sua obra e por suas ações.

Frente a isso, a inclusão desponta como concepção mais adequada à construção de uma sociedade plural, disposta a acolher as diferenças humanas. Nesse sentido, reconhece-se um caráter político à acessibilidade enquanto modo de realocar as pessoas e torná-las aparentes em um espaço público

pensando aos moldes daquele apontado por Arendt, ou seja, um ambiente democrático e horizontal, no qual todos, independentemente de suas especificidades ou do *que* sejam, estejam presentes, sejam parte. Afirmar participação política é reconhecer a capacidade do indivíduo de pensar e agir. Negar acesso ao espaço público a alguns indivíduos é reduzi-los a *animal laborans* e a uma vida voltada à mera sobrevivência. Aos olhos de Arendt, os seres humanos têm o esplendor dos heróis das epopeias e dos personagens das tragédias. E a autora não se refere a ninguém específico. Espetaculares somos todos nós, independentemente de capacidades ou funcionalidades, em nossas virtudes e vícios, todos igualmente capazes de deixar algo de quem fomos para um mundo em comum. Apenas precisamos de um palco para nos mostrar e sermos vistos como iguais.

Referências

AGUIAR, Odílio Alves. A amizade como amor mundi em Hannah Arendt. **O que nos faz pensar**, [S.l.], v. 19, n. 28, p. 131-144, dec. 2010. Disponível em: <http://www.oquenosfazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqfnfp/article/view/315>. Acesso em: 11 mar. 2022.

ALVES, Pedro. Ministro da Educação diz que há crianças com grau de deficiência em que 'é impossível a convivência'. **G1**, Pernambuco, p. 1-2, 19 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2021/08/19/ministro-da-educacao-criancas-impossivel-convivencia.ghtml>. Acesso em: 15 mar. 2022.

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. **A condição humana**. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

_____. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016.

_____. **Crises da República**. São Paulo: Perspectiva, 2017.

_____. **O que é política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020a.

_____. **A vida do espírito**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020b.

_____. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ASSY, Bethania. Ética, responsabilidade e juízo em Hannah Arendt. São Paulo: Perspectiva, 2019.

BENHABIB, Seyla. **The reluctant modernism of Hannah Arendt**. NY: Rowman & Littlefield Publishers, 1996.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolae; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

ENEGRÉN, André. *La pensée politique de Hannah Arendt*. Paris: Presses Universitaires de France, 1984.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). **História do Movimento Político das Pessoa com Deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

MARTINS, Laércio Melo. *Corpos, instituições e necropolítica: reflexões contemporâneas sobre a internação involuntária de pessoas com deficiência mental e as comunidades terapêuticas*, 2020a.

_____. O passado que não passa: do holocausto brasileiro à antirreforma psiquiátrica. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio e Janeiro, 3(3), p. 1-16, 2020b.

MELLO, Anahi Guedes. Politizar a deficiência, aleijar o queer: algumas notas sobre a produção da hashtag #ÉCapacitismoQuando no Facebook. In: PRATA, N.; PESSÓA, S. C. (Org.). **Desigualdade, gêneros e comunicação**. São Paulo: Intercom, 2019, p. 125-142.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **O visível e o invisível**. Trad. José Artur Gianotti, Amando Mora d'Oliveira. São Paulo: Perspectiva, 2014.

ORTEGA, Francisco. Hannah Arendt, Foucault e a reinvenção do espaço público. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, v. 24 (1), p. 225-236, 2001. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/transformacao/article/view/835/729>. Acesso em: 3 ago. 2022.

PALACIOS, Augustina. **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madrid: Cinca, 2008.

PORCEL, Beatriz. Aislamiento, soledad, solitud: Hannah Arendt y las formas de no estar con otros. **Cadernos Arendt**, [S. l.], v. 1, n. 2, 2022. doi: 10.26694/ca.v1i2.2171. Disponível em: <https://periodicos.ufpi.br/index.php/ca/article/view/2171>. Acesso em: 6 nov. 2022.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 5.ed. Rio de Janeiro: WVA, 2003.

VENANCIO, A. T. A. Da colônia agrícola ao hospital-colônia: configurações para a assistência psiquiátrica no Brasil na primeira metade do século XX. **História Ciência e Saúde**, 18 (1), p. 35-52, 2011.

A UTILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE *EXPERT DETERMINATION* ASSOCIADO À CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS ARBITRAIS COMO MECANISMO DE SIMPLIFICAÇÃO E FACILITAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA E PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

Caetano Augusto Magalhães de Abreu

Universidade Salvador. Graduando em Direito pela Universidade Salvador. Diretor Acadêmico do Comitê de Jovens Arbitralistas do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Integrante da Comissão Organizadora da Competição Brasileira de Arbitragem da CAMARB

Matheus Lins Rocha

Universidade Salvador e Universidade Federal da Bahia. Doutorando pela Universidade Federal da Bahia. Mestre pela Universidade Salvador (*Research Stay*, Universidad de Salamanca). Pós-Graduado em Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra

Resumo:

Os objetivos da pesquisa constituem-se na análise dos benefícios de cláusulas compromissórias arbitrais associadas ao procedimento *expert determination*, relacionando-o com o direito ao acesso à justiça e verificando os melhores meios para a garantia deste princípio. Além disso, o artigo busca também realizar uma análise das vantagens práticas da adoção destes procedimentos, no que diz respeito a maximização da eficiência, celeridade e economia processual para a resolução de uma controvérsia. Trata-se de pesquisa multidisciplinar, englobando disciplinas de direitos humanos, direito constitucional, direito processual e arbitragem. Utilizou-se do método dedutivo, partindo da análise de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, que dizem respeito à inserção do *expert determination* em cláusulas compromissórias, sob a ótica deste apresentar benefícios processuais quando realizado em momento anterior a instauração de um procedimento arbitral, evitando-o ou contribuindo tecnicamente para uma duração mais razoável do processo. A vertente metodológica deste trabalho corresponde à jurídico-sociológica, investigando fenômenos do ordenamento jurídico através dos meios de resolução de conflitos com o objetivo da configuração plena do acesso à justiça. Trabalhou-se com dados

primários, sendo estes a legislação, a jurisprudência e a doutrina.

Palavras-chave: Arbitragem; Expert determination; Eficiência processual; Devido processo legal; Acesso à justiça;

Introdução

A arbitragem, como meio adequado de resolução de conflitos, é um importante instrumento de preservação dos direitos humanos fundamentais, vez que, garante o acesso à justiça com claras vantagens em relação ao Poder Judiciário no que diz respeito a sua capacidade de apreciar as demandas judiciais em observância aos princípios da duração razoável do processo e da economia processual. Para além das vantagens inerentes à arbitragem, verifica-se que este método, que já possui relevante função social, ao deparar-se com procedimentos complexos, pode maximizar ainda mais a celeridade e economia processual, ao serem adotadas cláusulas compromissórias que ofereçam o procedimento de *expert determination* em momento antecedente à instauração de eventual demanda arbitral - isto porque, o procedimento de *expert determination*, fundado na autonomia privada das partes, permite, por meio da expedição de parecer técnico vinculativo, que partes resolvam determinada controvérsia de elevado grau de complexidade em um lapso temporal curto e menos oneroso, utilizando-se de árbitros apenas para a elaboração de uma sentença exequível, caso uma das partes não cumpra suas obrigações voluntariamente.

Além disso, em um mundo de negócios cada vez mais competitivo, saber qual meio de resolução de conflitos é mais eficaz e adequado para a sua demanda é indispensável que se obtenha um rápido amparo jurisdicional, sem esbarrar em morosidade e em altos custos processuais.

Sob essas perspectivas, a presente pesquisa se justifica por sua relevância teórica, tendo em vista que existe ampla discussão doutrinária sobre os meios alternativos de resolução de conflito, acesso à justiça, garantia de direitos fundamentais processuais, bem como, uma constante busca por meios mais efetivos para a resolução de conflitos. O objetivo da pesquisa configura-se na análise da arbitragem e do procedimento de *expert determination* em uma perspectiva geral, e suas vantagens processuais quando inseridos conjuntamente em cláusulas compromissórias.

A presente pesquisa é transdisciplinar, englobando as disciplinas de direitos humanos, direito constitucional, direito processual e arbitragem. Utilizou-se do método dedutivo¹, partindo da análise de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, que dizem respeito à inserção do expert determination em cláusulas compromissórias, sob a ótica deste apresentar benefícios processuais quando realizado em momento anterior a instauração de um procedimento

1 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática - 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

arbitral, evitando-o² ou contribuindo tecnicamente para uma duração mais razoável do processo. A vertente metodológica do presente trabalho corresponde à jurídico-sociológica³, uma vez que é investigado o ordenamento jurídico brasileiro e internacional, por meio dos respectivos mecanismos de resolução dos conflitos, com o objetivo de efetivação plena do acesso à justiça.

A linha desta pesquisa se constitui na crítico-metodológica⁴, tendo em vista que busca repensar criticamente o direito e o acesso à justiça, utilizando-se do tipo de investigação jurídico-propositivo⁵, demonstrando proposições sobre os procedimentos de arbitragem e *expert determination*. Trabalhou-se com dados primários, sendo estes a legislação, a jurisprudência e a doutrina. A técnica metodológica utilizada é a pesquisa teórica, com análises de conceitos e investigações, a fim de estabelecer conclusões e proposições finais. As hipóteses iniciais demonstram-se como, primeiramente, na efetividade da adoção de cláusulas compromissórias escalonadas contendo o procedimento de *expert determination* e arbitragem, como meio de garantia ao acesso à justiça. E tem-se também, como hipótese, os benefícios advindos da adoção do *expert determination* em momento antecedente à instauração de um procedimento arbitral, observando os princípios da eficiência processual e economia processual.

O acesso à justiça no Brasil

O acesso à justiça é um princípio fundamental para a garantia da ordem social e preservação dos direitos fundamentais. No Brasil, todavia, embora este princípio esteja previsto no artigo 5º, da Constituição Federal, por meio do que é chamado inafastabilidade de jurisdição⁶, o acesso à justiça tem cada vez sido mais prejudicado por deficiências do Poder Judiciário no que se refere a duração razoável do processo e a economia processual - deficiências estas, intensificadas pelo vasto número de litígios, pela cultura da judicialização, pela falta de gestão ou mesmo pela ausência de mão de obra.

Em primeira análise, de acordo com o Relatório Justiça em Números⁷, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2021, o Poder Judiciário brasileiro terminou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos

2 GAILLARD, Emmanuel e SAVAGE, John, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 19, apud KOPELMANAS, Lazare Le rôle de l'expertise dans l'arbitrage commercial international, 1979, p. 205.

3 Ibid.

4 Ibid.

5 Ibid.

6 GERAIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Princípios processuais civis na Constituição, p. 52-53); WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico e mandado de segurança contra atos judiciais, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

7 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>

em tramitação. Em paralelo a isso, em outra análise também realizada pelo CNJ, existiam cerca de 18 mil magistrados ativos⁸. A interpretação simples destes dados, sem qualquer análise mais profunda de aspectos geográficos, revela um número superior a quatro mil processos por Juiz, gerando uma duração média dos processos, também segundo o CNJ, de aproximadamente quatro anos.

Em consonância a estes dados, o CNJ igualmente sinalizou que em 2020 foram ajuizadas 25,8 milhões de demandas judiciais, evidenciando, por sua vez, a firme cultura de judicialização, facilmente perceptível ao considerar que este número de processos representa aproximadamente um processo para cada oito brasileiros. O relatório revela também que um a cada cinco cargos de Juiz está vago no Brasil, o que torna clara a falta de mão de obra.

Nessa linha, cabe sinalizar que apesar de existir a média de quatro anos por processo, é preciso mencionar que não é difícil observar que um número elevado de processos ultrapassa significativamente esta duração. Em 2020, por exemplo, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal chamou a atenção ao julgar o mérito de um processo iniciado em 1895 pela Princesa Isabel.

É irrazoável acreditar que um Poder Judiciário com estes dados e situações possa refletir uma efetividade ao cumprimento dos princípios da duração razoável do processo e da economia processual, afetando, conseqüentemente, o acesso à justiça.

Felizmente, em contrassenso ao Poder Judiciário, os métodos autocompositivos de solução de conflitos, bem como, os meios heterocompositivos alternativos, tem cada vez mais ganhado autonomia e espaço na resolução de disputas na sociedade brasileira. Mecanismos como a mediação, conciliação, negociação, arbitragem e outros *dispute boards* tem-se mostrado extremamente efetivos para sanar demandas de maneira rápida e eficiente. De mesmo modo que, cada vez mais tem surgido Câmaras de Mediação e Arbitragem com preços acessíveis, contribuindo para o acesso de todos os públicos a estes meios alternativos de disputas.

Um forte marco para estes meios autocompositivos, foi a elaboração da Lei 9.307 de 1996, a qual regulamentou a Arbitragem no Brasil, meio que permite a resolução do processo em um tempo muito inferior ao realizado pelo Poder Judiciário. De igual modo, a inserção feita pelo Código de Processo Civil da audiência de conciliação como andamento processual obrigatório, revela uma admissão feita pelo próprio Judiciário brasileiro dos benefícios do método da conciliação, os quais tem contribuído positivamente para uma menor duração dos processos, posto que estimula e coloca a possibilidade de o processo ser encerrado rapidamente através da elaboração de um acordo entre as partes.

Portanto, conclui-se que ainda que o Poder Judiciário enfrente um grave

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdbcb6f364789672b64fcefc948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>

problema no que diz respeito ao acesso à justiça, à vista da sua falta de efetividade ao princípio da duração razoável do processo e da economia processual, meios alternativos de disputa têm contribuído positivamente para garantir o acesso à justiça respeitando tais princípios.

Da utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos

A arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos, onde as partes, por meio de uma cláusula compromissória, decidem que submeterão eventuais litígios em uma corte arbitral, ao invés do Poder Judiciário. Em um conceito mais bem elaborado, o professor Carlos Alberto Carmona⁹ traz que:

“Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distância da decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes). [CARMONA, 2009, p. 31-32].”

É notável que a arbitragem, por ser conduzida fora do Poder Judiciário, possui inúmeras vantagens, especialmente no que diz respeito à duração razoável do processo. Além disso, a arbitragem segue princípios que muitas vezes tornam este meio mais atrativo quando comparado ao Poder Judiciário, a exemplo do sigilo e confidencialidade - evitando que os procedimentos, decisões e sentenças se tornem públicas.

Mesmo que estes benefícios já sejam suficientes para destacar este meio resolutivo, as partes ainda possuem o direito de escolher quem serão os árbitros da disputa, responsáveis pela condução e decisão dos litígios - sendo, na maioria das vezes, árbitros com conhecimento e experiência prévia nos setores das disputas, permitindo que seja produzida uma decisão mais técnica.

Por fim, também há de mencionar que, para resolução de conflitos internacionais, a arbitragem também é extremamente apelativa, uma vez que permite que seja realizada a aproximação de diversos mercados internos, tendo as partes, por meio da autonomia privada, liberdade para escolherem as legislações e convenções aplicáveis à disputa.

O procedimento de expert determination

De acordo com o professor John Kendall, o procedimento de *expert determination* (ED) é utilizado como meio de resolução de conflitos há pelo menos 250 anos¹⁰, e, semelhante a Arbitragem, também trata-se de um meio de

9 CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e processo: um comentário à Lei no. 9.307/96. ed. Atlas, p. 31-32, 2009.

10 KENDALL, John, Expert Determination: its Use in Resolving Art and Antiquity Disputes, Art Antiquity & Law Volume II, Issue 4, ed. Leicester: Institute for Art and Law, p. 325, 1997.

resolução de conflitos independente.

O *expert determination* é um procedimento onde as partes, por meio de sua autonomia privada, decidem submeter eventual controvérsia a um decisor com conhecimento técnico, que emitirá um parecer técnico final e vinculante entre as partes¹¹ - podendo este ser, inclusive, uma pessoa jurídica caso as partes assim decidam.

Absorvendo características da arbitragem, este método também é dotado de diversos princípios, dentre eles, a confidencialidade, duração razoável do processo, boa-fé processual e eficiência, assim como, imparcialidade e independência por parte do *expert*.

O procedimento de *expert determination* é atribuído a diferentes contratos, relações jurídicas e inúmeros setores - como por exemplo, agronegócio, petróleo e gás, construção, propriedade intelectual, seguros, telecomunicações, contabilidade, fusões e aquisições, artes, dentre outros.

Como este meio de resolução de conflitos é fruto do consensualismo das partes e não se baseia em convenções e regimentos internacionais, o que se propõe neste artigo é que este método seja adotado conjuntamente a cláusulas arbitrais, por meio de uma cláusula compromissória escalonada, que preveja o procedimento em momento antecedente à arbitragem.

Da duração do procedimento de expert determination

A adoção deste meio visa proporcionar a resolução de um conflito de uma maneira muito mais célere e econômica que uma arbitragem convencional. Isto porque, de acordo com um estudo realizado pela Queen Mary University of London¹², tempo e custo são as principais preocupações das pessoas que recorrem à arbitragem.

Nessa linha, quando se analisa o tempo médio de uma arbitragem em comparação a duração de um procedimento de *expert determination*, o procedimento de *expert determination* ainda apresenta maior eficiência no que diz res-

11 BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2 ed., ed. Kluwer Law International, 2014 p. 261 apud Judgment of 17 November 2008, DFT 4A_438/2008 (Swiss Federal Tribunal) (“expert determination is an agreement of substantive law by means of which the parties rely on a third party’s opinion on a issue of fact or point of law, to which they declared to be bound”); A. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* 45 (1981) (“it is characteristic of these procedures that the proceedings are not adversary and that the third person makes the decision on the basis of his expert knowledge and experience”). *Heart Research Institute Ltd v. Psiron Ltd*, [2002] NSWSC 646, 16 (N.S.W. S.Ct.). The role of the expert in an “expert determination” differs from the roles of experts in other contexts, such as court or tribunal experts, party-nominated experts, or experts appointed to provide a non-binding advisory opinion. See §15.08[AA] [7]; Valasek & Wilson, *Distinguishing Expert Determination From Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective*, 29 *Arb. Int’l* 63, 65 (2013) (“the line separating arbitration from expert adjudication is faint”)

12 QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, *2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world*, 2021. Disponível em: https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

peito à duração razoável do processo.

Para melhor visualização, analisando a duração média de procedimentos arbitrais em algumas das principais cortes de arbitragens internacionais, tem-se a seguinte tabela:

Câmara Arbitral	Duração média
International Chamber of Commerce (ICC)	22 meses ^A
Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)	16,9 meses ^B
London Court of International Arbitration (LCIA)	16 meses ^C
American Arbitration Association's International Center for Dispute Resolution (ICDR)	15,4 meses ^D
Singapore International Arbitration Centre (SIAC)	13,8 meses ^E
Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)	13,2 meses ^F
Média de duração da Arbitragem nas Câmaras Arbitrais analisadas:	16,2 meses

Fontes:

- (A) INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, ICC Dispute Resolution 2020 Statistics, 2020. Disponível em: <https://nyiac.org/wp-content/uploads/2021/09/ICC-Dispute-Resolution-2020-Statistics.pdf>
- (B) HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE, Costs and Duration. Disponível em: <https://www.hkiac.org/arbitration/costs-duration>
- (C) LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Costs And Duration: 2013-2016. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2018/07/LCIA-Costs-and-Duration-Statistics.pdf>
- (D) INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR), Time and Cost Considering the Impact of Settling International Arbitrations Arbitration Report. Disponível em: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/08/ICDR-Arbitration-Time-and-Cost.pdf>
- (E) SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (SIAC), SIAC Releases Costs and Duration Study, 2016. Disponível em: https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/08/SIAC-Releases-Costs-and-Duration-Study_10-Oct-2016-1.pdf
- (F) CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC), Relatório Anual 2019 Fatos e números , 2019. Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2020/07/CAM_AR-versa%CC%83o-final-PORT-040720.pdf

Em contrapartida à duração de um procedimento arbitral, quando analisa-se o procedimento de *expert determination*, observa-se uma duração significativamente menor quando comparado a procedimentos arbitrais.

É impossível precisar quais seriam as durações das perícias a serem realizadas, tendo em vista que ela difere de acordo com a complexidade de cada caso, contudo, uma vez que o procedimento de *expert determination* trata-se da realização de um estudo técnico a respeito da matéria controvertida, esta é naturalmente inferior em relação a condução de um procedimento arbitral. Em uma análise realizada por Chris Snodin¹³, é sinalizado que:

“A determinação do especialista pode ser emitida muito rapidamente, talvez uma ou duas semanas após a apresentação final das partes. Esta é uma característica particularmente atraente.” [SNODIN, 2022]

13 SNODIN, Chris, Arbitration versus Expert Determination, 2022, Harold Benjamin.

Nessa mesma linha, de acordo com Catherine Piercy¹⁴:

“É provável que a determinação de especialistas forneça uma alternativa muito mais rápida [...]. A duração de uma arbitragem depende muito das questões em disputa, do escopo das evidências apresentadas por qualquer uma das partes e, cada vez mais, da disponibilidade do tribunal para conduzir audiências e redigir a decisão.” [PIERCY, 2020]

Em uma comparação realizada por Catherine Piercy, é obtida a conclusão de que a média da duração de um procedimento arbitral consolida-se em 18-24 (dezoito a vinte e quatro) meses, enquanto a duração do *expert determination* perfaz 03 (três) meses - revelando uma economia temporal significativa na resolução de uma controvérsia.

Para além destes pontos, cabe sinalizar que a maioria dos procedimentos arbitrais necessitam da realização de uma perícia técnica - tal fato é visto, por exemplo, no relatório apresentado pela London Court of International Arbitration¹⁵, que aponta que, de trezentas arbitragens conduzidas anualmente na Corte, a maioria, se não todas, realizam perícia técnica.

Dessa forma, a realização do procedimento de *expert determination* em momento antecedente a um eventual procedimento arbitral também permite que, na instauração de uma arbitragem, os árbitros recebam a demanda já com um parecer técnico elaborado, o que também contribuirá para a duração razoável do processo.

Dessa forma, conclui-se que, a inserção do procedimento de *expert determination* em uma cláusula compromissória, bem como, a realização do respectivo procedimento, permite uma redução significativa na duração de uma controvérsia - permitindo que as partes obtenham uma resolução mais rápida e seja mais bem efetivado o princípio do acesso à justiça.

Custos e despesas

Além dos benefícios relativos à duração razoável do processo, também é possível mencionar que o procedimento de *expert determination* apresenta custos consideravelmente inferiores ao de uma arbitragem.

Enquanto arbitragens complexas costumam a ter três árbitros na composição de um tribunal, assim como, uma câmara arbitral já designada, o *expert determination* pode ser realizado (i) com apenas os custos dos honorários do *expert*, que, semelhante ao procedimento arbitral, serão divididos entre as partes e (ii) pode ser realizado sem vínculo a qualquer câmara arbitral.

É notório que realizar um procedimento de *expert determination* através de

14 PIERCY, Catherine, Arbitration v Expert Determination: what are the relative merits?, Gatehouse Chambers, 2020.

15 LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Experts in International Arbitration, 2018. Disponível em: <https://www.lcia.org/News/experts-in-international-arbitration.aspx>

uma câmara arbitral também traz benefícios no que diz respeito a logística e condução do procedimento, todavia, ainda que se considere a escolha de uma corte arbitral para a condução do procedimento, o procedimento ainda será menos oneroso do que a instauração de um procedimento arbitral, visto que o procedimento de ED detém uma maior simplicidade¹⁶.

Impugnação ao procedimento de expert determination

Ao contrário de perícias conduzidas no Poder Judiciário, não existem recursos contra o parecer técnico elaborado por meio do *expert determination*. A decisão obtida através do *expert determination* será final e vinculativa - devendo conter, por questões de segurança jurídica, expressamente este entendimento na cláusula compromissória.

A jurisprudência internacional tem se consolidado no sentido de que se o perito realizou a tarefa que era contratualmente obrigado a realizar, esta deverá ser seguida, posto que, do contrário, haverá uma violação direta à autonomia privada das partes.¹⁷

Nessa linha, Balz Gross¹⁸ e Catherine Piercy¹⁹ constataam que a decisão do *expert* apenas está sujeita a revisão em apenas três situações específicas, sendo elas, (i) quando for possível constatar parcialidade do *expert*, (ii) se houver fraude na elaboração do laudo pericial ou (iii) se o perito desviou-se materialmente de suas funções.

Caso inexistam quaisquer destes vícios, o parecer expedido pelo *expert* será final e vinculativo entre as partes. Tal entendimento é uníssono na doutrina internacional, assim como na jurisprudência, como por exemplo, no caso *Pontsarn Investments Limited v Kansallia-Osake-Pankki*²⁰, onde o tribunal entendeu que, em respeito ao princípio da autonomia privada, (i) é muito difícil contestar o parecer expedido pelo *expert*, e, (ii) uma vez encaminhada a conclusão técnica pelo *expert*, não caberia recurso contra esta.

Abrindo um parêntese, também existe uma discussão doutrinária que questiona a consideração do parecer como final e vinculativa, vez que este entendimento vai de encontro com o livre convencimento motivado do julgador. Sobre esta discussão, o professor Carlos Alberto Carmona²¹, analisando

16 SNODIN, Chris, *Arbitration versus Expert Determination*, 2022, Harold Benjamin.

17 AUSTRALIAN VINTAGE LIMITED V. BELVINO INVESTMENTS No 2 Pty Ltd, [2015] NSWCA 275, Supreme Court of New South Wales. *Jones v. Sherwood Computer Services plc*, [1992] 2 All ER 170, Court of Appeal.

18 GROSS, Balz, *M&A disputes and expert determination: getting to grips with the issues*, 2010. Disponível em: [https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I8417d50a1cb111e38578f7ccc38dcbee/M-A-disputes-and-expert-determination-getting-to-grips-with-the-issues?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I8417d50a1cb111e38578f7ccc38dcbee/M-A-disputes-and-expert-determination-getting-to-grips-with-the-issues?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

19 PIERCY, Catherine, *Arbitration v Expert Determination: what are the relative merits?*, Gatehouse Chambers, 2020.

20 PONTSARN INVESTMENTS LTD V KANSALLIS-OSAKE-PANKKI, [1992] EGLR 148, England and Wales Court of Appeal.

21 CARMONA, Carlos Alberto *Arbitragem e processo: um comentário à Lei no. 9.307/96*

o ordenamento jurídico, sustenta que:

“A adoção pelo legislador do princípio do livre convencimento não afasta a possibilidade de as partes estipularem na convenção de arbitragem regras relativas ao ônus da prova (distribuição convencional do ônus da prova), o que não tolhe a liberdade do juiz de avaliar a prova produzida.” [CARMONA, 2009, p. 298]

Desse modo, o *expert determination* pode e produzirá uma decisão final e vinculativa entre as partes. A diferença entre vinculação das partes e dos árbitros reside na ideia de que, se o julgador entender que o parecer do ED não aborda todas as matérias arguidas na arbitragem, poderá determinar uma produção de uma perícia adicional para elaborar sua decisão.

No entanto, cabe mencionar que a realização de uma nova prova pericial quando já há um parecer produzido pelo *expert*, não é algo comum na jurisprudência, tampouco na doutrina. Isto porque, os julgadores entendem o parecer é fruto da intenção e autonomia privada das partes. Assim, qual seria o sentido de convencionar um procedimento de *expert determination* final e vinculativo, se o tribunal não dever se ater a ele? O julgador, nessas circunstâncias, deve observar a vontade das partes e se limitar na análise de vícios processuais na realização do ED, e não questionar a decisão final.

Execução de um procedimento de expert determination.

Talvez uma das únicas desvantagens relacionadas ao procedimento de *expert determination* é que este, ao contrário da arbitragem, não produz uma sentença exequível. Tal fato exige, portanto, que o *expert determination* seja associado a outro ADR, para que, em uma eventual insurgência contra o resultado do parecer técnico, possa-se executar o parecer obtido, e eventuais compensações.

Uma possibilidade é que o processo de execução de um *expert* seja conduzido semelhante a um acordo firmado entre as partes ou através de um julgamento sumário, onde um Juízo com natureza jurisdicional poderá proferir uma decisão exequível. Contudo, embora estas sejam possibilidades, o entendimento majoritário é que uma decisão do *expert determination* normalmente é executável quando uma das partes se recusa a cumprir o que foi decidido, e, a outra parte, por meio de uma reclamação de quebra de contrato, solicita que uma câmara arbitral, por exemplo, profira uma sentença exequível.

Nessa discussão, é importante que as partes, na elaboração do contrato, decidam todas as questões procedimentais envolvendo o *expert determination*, especialmente no que diz respeito a sua vinculação e execução em caso de insurgência contra o parecer.

- 3. ed. Atlas, p. 298, 2009.

Conclusão

Após a presente investigação, é possível concluir no sentido de que existem diversas vantagens na adoção de uma cláusula compromissória escalonada contendo o procedimento de *expert determination* e a arbitragem - vez que a conjugação destes procedimentos em uma cláusula arbitral permitirá a resolução de um conflito de maneira mais eficiente, rápida e econômica. Nessa linha, a arbitragem, que já é um meio extremamente eficaz, terá as suas vantagens e benefícios claramente maximizados. Conclui-se, também que, uma vez que é garantido às partes uma resolução mais eficaz do litígio, sem os entraves do Poder Judiciário no que concerne à morosidade, há uma maior atenção ao acesso à justiça e demais direitos fundamentais processuais. Além destas sinalizações, também é possível concluir que, para que de fato os benefícios mencionados se façam presentes, as cláusulas devem ser bem redigidas para contornar as poucas desvantagens dos procedimentos de *expert determination*.

Referências

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática - 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GAILLARD, Emmanuel e SAVAGE, John, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, p. 19, apud KOPELMANAS, Lazare Le rôle de l'expertise dans l'arbitrage commercial international, 1979, p. 205.

GERAIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Princípios processuais civis na Constituição, p. 52-53); WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico e mandado de segurança contra atos judiciais, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cb-c00bda11979a3.pdf

CARMONA, Carlos Alberto Arbitragem e processo: um comentário à Lei no. 9.307/96 - 3. ed. Atlas, p. 31-32, 2009.

KENDALL, John, Expert Determination: its Use in Resolving Art and Antiquity Disputes, Art Antiquity & Law Volume II, Issue 4, ed. Leicester: Institute for Art and Law, p. 325, 1997.

BORN, Gary B., International Commercial Arbitration, 2 ed., ed. Kluwer Law International, 2014 p. 261 apud Judgment of 17 November 2008, DFT 4A_438/2008 (Swiss Federal Tribunal) (“expert determination is an agreement of substantive law

by means of which the parties rely on a third party's opinion on a issue of fact or point of law, to which they declared to be bound?"); A. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* 45 (1981) ("it is characteristic of these procedures that the proceedings are not adversary and that the third person makes the decision on the basis of his expert knowledge and experience"). *Heart Research Institute Ltd v. Psiron Ltd*, [2002] NSWSC 646, 16 (N.S.W. S.Ct.). The role of the expert in an "expert determination" differs from the roles of experts in other contexts, such as court or tribunal experts, party-nominated experts, or experts appointed to provide a non-binding advisory opinion. See §15.08[AA][7]; Valasek & Wilson, *Distinguishing Expert Determination From Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective*, 29 *Arb. Int'l* 63, 65 (2013) ("the line separating arbitration from expert adjudication is faint")

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world, 2021. Disponível em: https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, ICC Dispute Resolution 2020 Statistics, 2020. Disponível em: <https://nyiac.org/wp-content/uploads/2021/09/ICC-Dispute-Resolution-2020-Statistics.pdf>

HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE, Costs and Duration. Disponível em: <https://www.hkiac.org/arbitration/costs-duration>

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Costs And Duration: 2013-2016. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2018/07/LCIA-Costs-and-Duration-Statistics.pdf>

INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR), Time and Cost Considering the Impact of Settling International Arbitrations Arbitration Report. Disponível em: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/08/ICDR-Arbitration-Time-and-Cost.pdf>

SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (SIAC), SIAC Releases Costs and Duration Study, 2016. Disponível em: https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/08/SIAC-Releases-Costs-and-Duration-Study_10-Oct-2016-1.pdf

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC), Relatório Anual 2019 Fatos e números, 2019. Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2020/07/CAM_AR-versa%CC%83o-final-PORT-040720.pdf

SNODIN, Chris, *Arbitration versus Expert Determination*, 2022, Harold Benjamin.

PIERCY, Catherine, *Arbitration v Expert Determination: what are the relative merits?*, Gatehouse Chambers, 2020.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, *Experts in International Arbitration*, 2018. Disponível em: <https://www.lcia.org/News/experts-in-international-arbitration.aspx>

SNODIN, Chris, Arbitration versus Expert Determination, 2022, Harold Benjamin.

AUSTRALIAN VINTAGE LIMITED V. BELVINO INVESTMENTS No 2 Pty Ltd, [2015] NSWCA 275, Supreme Court of New South Wales. Jones v. Sherwood Computer Services plc, [1992] 2 All ER 170, Court of Appeal.

GROSS, Balz, M&A disputes and expert determination: getting to grips with the issues, 2010. Disponível em: [https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I8417d50a1cb111e38578f7ccc38dcbee/M-A-disputes-and-expert-determination-getting-to-grips-with-the-issues?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I8417d50a1cb111e38578f7ccc38dcbee/M-A-disputes-and-expert-determination-getting-to-grips-with-the-issues?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

PIERCY, Catherine, Arbitration v Expert Determination: what are the relative merits?, Gatehouse Chambers, 2020.

PONTSARN INVESTMENTS LTD V KANSALLIS-OSAKE-PANKKI, [1992] EGLR 148, England and Wales Court of Appeal.

CARMONA, Carlos Alberto Arbitragem e processo: um comentário à Lei no. 9.307/96 - 3. ed. Atlas, p. 298, 2009.

O CONSENTIMENTO IMPLÍCITO NA ESCOLHA DA ARBITRAGEM E A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

Gustavo Henrique Schneider Nunes

Doutorando pela Universidade de Ribeirão Preto. Mestre pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Professor do Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro (graduação) e da Universidade de Ribeirão Preto (especialização).
Advogado

Resumo:

Este trabalho analisará a possibilidade de se conferir validade ao consentimento implícito na escolha da arbitragem, diante da presença de um comportamento concludente, incompatível com a não aceitação. Além disso, à luz da boa-fé objetiva, será verificada a inadmissibilidade de comportamento posterior da parte que venha a contrariar os atos anteriormente realizados e que tenham despertado a legítima expectativa de que o pactuado seria observado como expressão da tutela da confiança. Isso quer dizer que, se pela análise do comportamento das partes for possível concluir pela instituição da arbitragem, uma futura e eventual alegação de que este meio de solução de conflitos não foi fruto do consentimento das partes, seja em uma fase mais avançada do próprio processo arbitral seja no âmbito de um posterior processo estatal (ação anulatória de sentença arbitral, impugnação à fase de cumprimento de sentença ou ao pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira,) deverá ser tratada como prática de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

Palavras-chave: Convenção de arbitragem; Consentimento implícito; Proibição de comportamento contraditório.

Introdução

O consentimento é elemento essencial para a deflagração da convenção de arbitragem e, segundo o art. 3º da Lei de Arbitragem, pode a ser ele expressado por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Isso quer dizer que a instituição da arbitragem pode ocorrer em dois momentos distintos, um antes (cláusula compromissória) e outro depois do surgimento do conflito (compromisso arbitral), embora só o primeiro que será aborda-

do nessas linhas.

Trata-se de formalização do princípio da autonomia privada, na qual as partes, ao mesmo tempo em que escolhem a arbitragem como meio de solução de conflito, afastam o uso da jurisdição estatal.

Porém, a observância da vontade das partes nem sempre ocorre de acordo com a forma estritamente prevista em lei. Há situações em que mesmo à revelia da letra da lei, mas por força da análise do comportamento empreendido pelas partes à luz do princípio da boa-fé objetiva e de seus desdobramentos, pode-se instituir regulamente a arbitragem, e, assim, fazer com que ela se mostre apta a validamente vincular o comportamento das partes diante deste meio privado de solução de disputas.

No que se refere à metodologia utilizada, o estudo foi desenvolvido com apoio em uma pesquisa de ordem eminentemente bibliográfica e jurisprudencial, com a finalidade de analisar criticamente os posicionamentos variantes sobre o texto proposto, valendo-se do método dedutivo.

Cláusula compromissória expressa

A cláusula compromissória é a espécie do gênero convenção de arbitragem, na qual as partes estabelecem em contrato a utilização futura da arbitragem por conta do surgimento de eventual deflagração de um conflito baseada na lesão ou na ameaça de lesão.

Segundo José Francisco Cahali,

“este é o espaço da liberdade, e os contratantes devem estar atentos às inclusões de tudo quanto for pertinente à adequada fluidez do procedimento e à apropriada valorização da qualidade do julgamento, para bem preparar o solo no qual se cultivará a arbitragem, objetivando os seus melhores frutos. E como a convenção arbitral é feita no momento da contratação, ou seja, de convergência de interesses para a realização do negócio, espera-se a colaboração mútua das partes para se ter o mais adequado modelo ao objeto do contrato”.¹

É na seara contratual, portanto, que as partes decidem pela arbitragem como meio privado de solução de todos os futuros conflitos relacionados ao direito controvertido oriundos de uma relação jurídica específica, sejam eles determinados ou indeterminados (art. 4º, *caput*, da Lei de Arbitragem).²

O ponto que diz respeito ao que deve ser objeto de apreciação na arbitragem pode suscitar uma margem interpretativa mais ou menos ampliada, uma vez que, não raras vezes, as partes não conseguem expressar, na cláusula compromissória, todos os aspectos que giram em torno à disputa de forma

1 CAHALI, José Francisco. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multipartas**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 170.

2 FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves *et al.* **Lei de Arbitragem Comentada Artigo Por Artigo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 177.

clara.

Nessa ordem de ideias, se recair dúvida sobre algum aspecto relacionado ao objeto da arbitragem, torna-se importante ter presente que são os árbitros que devem elidi-la, ao considerar que a escolha da jurisdição privada afasta a interferência da jurisdição estatal.

Apenas posteriormente, com fundamento na aplicação do princípio da competência-competência, é que poderá haver o controle judicial da sentença arbitral, seja por meio de ação anulatória, impugnação à fase de cumprimento de sentença ou a pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira.

Havendo dúvidas a serem sanadas, estas devem ser solucionadas no âmbito da arbitragem, pois as partes manifestaram-se a favor da utilização deste meio. Carlos Alberto Carmona adota essa posição ao salientar que, “se houver alguma excludente, parece razoável esperar que na convenção de arbitragem essa exclusão seja claramente marcada. Na falta de uma exclusão clara, a interpretação da convenção deve envolver toda a relação jurídica”.³

Existe um modelo comportamental entre as partes e os árbitros que é influenciado pela cooperação, e que, por meio dele, almeja-se obter esclarecimentos precisos sobre os limites objetivos da demanda arbitral, por viabilizar um diálogo mais intenso, sem que nenhum dos atores isoladamente venha a desempenhar papel de protagonismo, como também por enfatizar a eficiência do procedimento.

Fábio Peixinho Gomes Corrêa corrobora essas colocações ao dispor que

“Feitas essas ponderações sobre a reação das partes às ações tomadas pelos árbitros que não estejam propriamente alinhadas com os limites objetivos da demanda, sobreleva-se a importância do princípio da cooperação, que potencializa a interação entre árbitros e partes, em um processo de persuasão e convencimento recíprocos. Essa efetiva participação das partes, aliada a uma postura ativa do tribunal arbitral, conspira a favor de decisões arbitrais que reflitam a real pretensão das partes, atribuindo o devido valor aos limites objetivos da demanda e não apenas impondo sua aceitação irrestrita, tal como se os árbitros fossem meros espectadores”.⁴

A cláusula compromissória deve ser escrita e estipulada no corpo do contrato ou em documento a ele apartado, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem, sob o argumento de que a escolha a arbitragem não pode ser presumida.

3 CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Altas, 2009, p. 85.

4 CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Limites Objetivos da Demanda na Arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 40, Out-Dez/2013, p. 71.

A anuência tácita e a influência da boa-fé objetiva

A despeito das considerações feitas acima, torna-se necessário ressaltar que a anuência à cláusula compromissória pode ser verificada de forma plúrima e não só pela aferição da assinatura escrita. Isso que dizer que a anuência tácita pode ser validamente admitida diante de uma leitura atenta ao contexto das negociações e dos atos posteriormente realizados pelas partes.

Se for verificado que o comportamento concludente expressado pelas partes representa a caracterização do consentimento tácito, a partir da aplicação da boa-fé objetiva, em conformidade com os arts. 113 e 422 do Código Civil, nenhum óbice se apresenta incontornável ao reconhecimento da validade, porque, como destacado por Judith Mastins-Costa, “a manifestação negocial de consentimento, salvo nas hipóteses em que a lei requer forma especial, não se traduz necessariamente em documentos escritos. O consentimento pode, pois, ser expressado pelo comportamento”.⁵

Segundo Clóvis do Couto e Silva, “o princípio da boa-fé contribui para determinar o ‘que’ e o ‘como’ da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes o vínculo, fixa, também, os limites da prestação”.⁶

E prossegue o ilustre autor: “nos negócios bilaterais, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (*“mea res agitur”*), encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração”.⁷

Embora o art. 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem, seja expresso ao prever que a cláusula compromissória tenha que ser escrita, ele não pode ser interpretado isoladamente, como se, sozinho, fosse suficiente para resolver a questão. Em realidade, ele deve ser analisado em conjunto com as disposições que tratam da interpretação dos contratos previstas no Código Civil.

Veja, por exemplo, que, a Lei de Arbitragem, ao permitir que a cláusula compromissória seja inserida em documento apartado ao contrato, mas a ele relacionado, admite, na perspectiva das rápidas e constantes transformações sociais, que a arbitragem seja pactuada por cartas, mensagens eletrônicas.

O fundamental é verificar que o consentimento a favor da instituição da arbitragem possa ser constatado pela concludência comportamental, verificando-se, desse modo, a efetiva vontade das partes na instituição deste meio de solução de controvérsias.

Judith Martins-Costa tem razão ao asseverar que “o comportamento apto a ensejar vinculação à cláusula compromissória deve ser extreme de dú-

5 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios Para a Sua Aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 547.

6 COUTO E SILVA, Clóvis. **A Obrigação Como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 34.

7 COUTO E SILVA, Clóvis. **A Obrigação Como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 34.

vidas, uma vez que a arbitragem importa em renúncia à jurisdição estatal”.⁸

Esse assunto não é inédito na jurisprudência brasileira, sendo representativo o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça na SEC 856, oportunidade em que restou por decidir que “tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória”.⁹

Seguindo essa mesma linha, duas decisões avindas do Tribunal de Justiça de São Paulo bem evidenciam a aplicação da tese ora defendida. A conferir:

“Ação de rescisão, com pedido de pagamento das taxas em atraso. Julgamento de procedência. Apelantes-franqueados que argumentam haver cláusula compromissória em aditivo contratual. Apelada franqueadora que, por seu turno, alega que a ausência de assinatura do contrato e do respectivo aditivo, impede a observância da cláusula compromissória. Alegação da apelada que, todavia, não se sustenta, já que ambas as partes reconhecem a existência, a validade e a eficácia do contrato, tanto que o pedido inicial não consiste na declaração de inexistência da relação, mas sim na rescisão do contrato e na condenação ao pagamento de valores inadimplidos. Aceitação tácita do contrato e da cláusula compromissória, que se admite, dadas as peculiaridades do caso. Não havendo dúvidas, portanto, acerca da existência da relação, e tendo em vista que o único óbice invocado pela apelada diz respeito à falta de assinatura, nada há que justifique o afastamento da cláusula compromissória que, na sua essência, é regular. Extinção do feito, sem apreciação do mérito, que se impõe (art. 267, VII do CPC). Ônus da sucumbência carreado à apelada. Recurso provido”.¹⁰

“FRANQUIA. Cláusula compromissória. Autora que pretende anular procedimento arbitral ao fundamento de que não assinou o contrato de franquia. Inadmissibilidade. Autora que era sócia da empresa criada especificamente para explorar as unidades franqueadas. Anuência tácita aos termos do contrato de franquia. Sentença de improcedência mantida. Recursos improvidos”.¹¹

Essas decisões apresentam-se corretas. O estudioso do Direito não pode ficar indiferente aos avanços científicos e às transformações socioeconômicas, e a arbitragem, em especial, por conta de suas características menos burocratizadas em comparação à jurisdição estatal, não pode adotar, nos dias de hoje, tradições e formalismos exacerbados que foram utilizados em outras épocas.

8 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios Para a Sua Aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 548.

9 STJ, Corte Especial, SEC nº 856/GB, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 18.05.2005.

10 TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação nº 4022778-88.2013.8.26.0405, Rel. Des. Teixeira Leite, *DJ* 20.05.2015.

11 TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação nº 1034569-43.2019.8.26.0002, Rel. Des. J. B. Franco de Godoi, *DJ* 20.10.2021.

O consentimento por ser verificado de modo tácito, se puder ser exteriorizado por sinais que tenham sido praticados com o escopo de instituir a arbitragem. Nesse caso, será desnecessário exigir um juízo de certeza quanto à existência do consentimento das partes, pois será suficiente a presença de um elevado grau de probabilidade e evidenciar a real vontade das partes.¹²

É, assim, viável, atribuir a validade da assinatura eletrônica/digital, bem como aferir com segurança a manifestação das partes de escolher a arbitragem pela análise atenta do comportamento que elas empreenderam, quando não houver nenhuma assinatura, como, por exemplo, quando uma parte permanecer em silêncio durante todo o trâmite do processo arbitral, expressando a sua concordância, e só alegar o suposto defeito presente na cláusula compromissória no âmbito de ação anulatória da sentença arbitral.

Agir dessa maneira configuraria inequívoca violação ao *venire contra factum proprium*, isto é, de prática violadora à proibição de comportamento contraditório, e, por via de consequência, também da boa-fé objetiva (arts. 113 e 422 do Código Civil e art. 5º do Código de Processo Civil).

Quando os comportamentos posteriores da parte, seja no processo arbitral, seja em posterior processo judicial, mostrarem-se contrários ao momento inicial em que a parte voluntariamente consentiu tacitamente à instituição da arbitragem, sem que tenha sido apresentada justificativa razoável para tanto, esses atos subsequentes devem ser desconsiderados, porque desprovidos de coerência, e mais, mostraram-se violadores à proteção da confiança, ou seja, à legítima expectativa despertada na parte adversária de que tudo iria acontecer de acordo com o pactuado inicialmente.

A máxima do *venire contra factum proprium* é correlata ao princípio da boa-fé objetiva assim como foi reconhecida pelo Enunciado nº 362 do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual «A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil».

A proteção da tutela da confiança afasta a característica individualista do direito privado, para valorizar a dimensão social dos direitos.¹³ A parte não pode mudar bruscamente o direcionamento de seu comportamento, como numa espécie de *cavalos-de-pau*, se antes já havia realizado comportamento a despertar a legítima expectativa no outro de que iria observá-lo.

Anderson Schreiber é preciso ao discorrer sobre a tutela da confiança:

[...] o reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos fáticos da sua adoção. Passa-se da obsessão pelo sujeito e pela sua vontade individual, como fonte primordial das obrigações, para uma visão que, so-

12 COUTINHO, Renato Fernandes. **Convenção de Arbitragem: Vinculação de Não Signatários**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 40.

13 SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 59.

lidária, se faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centros de interesses, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do sujeito que os praticou. É neste contexto que se inserem a teoria da declaração, a teoria da aparência, e até, de certa forma, a ampliação dos casos de responsabilidade objetiva, além de outras manifestações jurisprudenciais que apenas recentemente vêm sendo objeto de um esforço sistematizador capaz de remetê-las à tutela da confiança.¹⁴

Como definido por Fredie Didier Jr., a proibição do *venire contra factum proprium* consiste em uma “proibição de exercício de uma situação jurídica de desconformidade com um comportamento anterior que gerou no outro uma expectativa legítima de manutenção da coerência”, e, assim, continua o ilustre processualista, trata-se de um “ilícito processual atípico”.¹⁵

É que há a «proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que ‘ninguém pode se opor o fato a que ele próprio deu causa’».¹⁶

Mas há que se atentar à importante advertência feita por Anderson Schreiber: “a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos”.¹⁷

Isso porque, segundo o mencionado autor,

“Mais que contra a simples coerência, atenta o ‘venire contra factum proprium’ à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior”.¹⁸

É preciso ter em mente que a autonomia privada deve ser analisada em consonância com a boa-fé objetiva, de modo que esta, em determinadas situações, irá impactar na delimitação do consentimento para verificar se houve ou não validade à convenção de arbitragem não assinada pelas partes, na medida

14 SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 59.

15 DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1, p. 110-111.

16 FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, vol. 6, p. 124.

17 SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 62.

18 SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 62.

em que, como se observou anteriormente, e, desta feita com apoio na doutrina de Gustavo Tepedino, isso «não constitui óbice absoluto à sua extensão a partes não signatárias, desde que se possa extrair das tratativas e negociações que antecederam ou presidiram a celebração do contrato, à luz do princípio da boa-fé objetiva, o livre consentimento para a instauração do procedimento arbitral».¹⁹

Conclusão

Na dinamicidade do mundo dos negócios, a velocidade no processo de tomada de decisões é de fundamental importância para o sucesso da atuação estratégica e para a potencialização de resultados ótimos.

Por conta disso, na ausência de proibição legal, há que ser reconhecida a validade dos atos praticados pelos contratantes, com base na intenção por eles expressada de alguma maneira, mas de modo incontestado, a partir do comportamento realizado.

Em razão disso, verifica-se a admissibilidade da anuência da arbitragem expressar-se por meio do consentimento implícito e na posterior verificação de proibição de comportamento contraditório por uma parte que já tenha criado legítimas expectativas na outra.

A autonomia privada é elemento essencial da convenção de arbitragem, pois é considerada fonte do poder normativo que confere às partes a autorregulamentação dos seus próprios interesses.

Porém, essa autonomia não deve ser vista de forma absoluta, eis que deve ser analisada em conformidade com o respeito à proteção da confiança e com a boa-fé objetiva, da qual decorre o *venire contra factum proprium*, ou seja, a proibição de comportamento contraditório.

Isso quer dizer que a conduta das partes ao longo do processo obrigacional deve ser aferida à luz de um dever de coerência.

O comportamento posterior praticado por uma parte não pode ser oposto ao que ela realizou anteriormente, porque, com isso, já se tinha despedido no outro a confiança de que a pauta de conduta inicialmente traçada não seria abruptamente quebrada.

Se, pelo comportamento das partes, pode-se verificar o surgimento de um sinal verde acordado, não pode uma dessas mesmas partes se recusar a cumprir o que antes havia praticado sem a apresentação de uma justificativa razoável, lançando mão, no caso, de uma espécie de um sinal vermelho.

Desse modo, objetiva-se evidenciar que se as partes participaram ativamente das tratativas e realizaram comportamentos indubitáveis a respeito da instituição da arbitragem, embora sem que uma delas tivesse assinado a convenção, a verdade é que deve ser rejeitada futura alegação de que não houve

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Arbitragem e Autonomia Privada: A Importância da Boa-Fé Objetiva na Delimitação do Consentimento. *Quaestio Iuris*, vol. 9, n° 1, 2016, p. 616. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/index>>. Acesso em: 28.11.2022.

escolha desse modo de solução de controvérsias, seja no curso o processo arbitral, seja em sede de posterior ação judicial pertinente.

Ao extrair o consentimento implícito de um comportamento concludente, incompatível com a não aceitação, deve-se reconhecer a sua validade, com a proteção da confiança.

Referências

CAHALI, José Francisco. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multipartas**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Altas, 2009.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Limites Objetivos da Demanda na Arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 40, Out-Dez/2013.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A Obrigação Como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, vol. 6.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves *et al.* **Lei de Arbitragem Comentada Artigo Por Artigo**. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios Para a Sua Aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Arbitragem e Autonomia Privada: A Importância da Boa-Fé Objetiva na Delimitação do Consentimento. **Quaestio Iuris**, vol. 9, nº 1, 2016, p. 616. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/index>>. Acesso em: 28.11.2022.

ACESSO À JUSTIÇA ACESSÍVEL

Ana Teresa Silva de Freitas

Professora Associada do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão.
Promotora de Justiça do Ministério Público do Maranhão. Mestra e Doutora em
Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão

Roberta Silva Vasconcelos

Professora do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras - São Luís, Maranhão.
Assessora Jurídica do Ministério Público do Maranhão. Mestra e Doutoranda em
Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito
Público

Resumo:

O acesso à justiça é direito fundamental, porém a garantia de ingresso ao sistema de Justiça não é o parâmetro para que esse direito seja efetivado, pois para as pessoas com deficiência essas barreiras são maiores, exigindo acessibilidades a incluí-las, conforme Convenção Internacional, Decreto 6949/2009, e Lei nº 13146/2015. O objeto deste estudo é a acessibilidade do acesso à justiça no Brasil, na garantia às pessoas com deficiência a acessar o Sistema de Justiça, por meio de tecnologias assistivas e acessibilidades, nos processos, meios eletrônicos e atos remotos. O tema insere-se no Grupo Acesso à Justiça, Resolução de Conflitos, Tecnologia e os Direitos Humanos. A pandemia do coronavírus impôs a virtualização do processo, o que reforçou a discriminação para as pessoas com deficiência, que precisam do sistema de Justiça, pois barreiras físicas já existiam e a elas se sobrepuseram novas. O estudo tem por objetivos: discutir se o acesso à Justiça é efetivamente acessível, sem barreiras, às pessoas com deficiência; e analisar se tecnologias assistivas podem tornar mais inclusivo o atendimento, dentro e fora do processo, para pessoas com deficiência. Os procedimentos metodológicos consistem em observações de casos na Promotoria de Justiça de Defesa de Direitos das Pessoas com Deficiência na cidade de São Luís do Maranhão, em revisão bibliográfica e na análise empírica das alternativas apresentadas. A hipótese inicial é a de que os espaços virtuais do sistema de justiça não são suficientemente inclusivos, pela manutenção de barreiras às pessoas com deficiência, comprometendo seus direitos.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Acessibilidades; Pessoas com deficiência.

Introdução

Refletir sobre a problemática do acesso à justiça no mundo digital é urgente, em face da desigualdade social e das diferenças e obstáculos reais que permeiam a sua concretização. Capelletti e Garth, na obra clássica “Acesso à Justiça”, já reconheciam a necessidade de tratar da realidade do Poder Judiciário e de todas as dificuldades e obstáculos existentes nesse contexto, que vai da entrada no sistema, com a judicialização, à saída, com a entrega da prestação jurisdicional.

Na terceira onda de acesso tratada pelos autores, é trazido um novo enfoque, com a busca do justo. Nesse sentido, a efetividade do próprio sistema é questionada, com outras possibilidades para que a justiça realmente se concretize.

Com a pandemia do COVID 19, ainda não superada completamente, foi imposta, atendendo a necessidades de precaução com a saúde das pessoas, a virtualização do processo judicial, transformando atos presenciais, como as audiências, em atos remotos. Mas não somente. Todo o atendimento nos órgãos do Sistema de Justiça se virtualizou. Apenas era possível receber informações, na maioria dos órgãos, por meio de telefones celulares e computadores. Com isso, uma distorção enorme e um afastamento de um segmento invisibilizado ocorreu: o das pessoas com deficiência, que precisavam de tecnologias assistivas ou mesmo de uma acessibilidade comunicacional que as permitissem melhor compreender suas demandas e o que seria necessário a atendê-las. Registra-se aqui que o conceito de pessoas com deficiência, inserto na Lei Brasileira de Inclusão, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13146/2015, é biopsicossocial, bem amplo. Portanto, abrange um grande número de possibilidades, que abarcam deficiências físicas, intelectuais, mentais e sensoriais, o que faz com que não seja possível haver reducionismo das necessidades a uma única forma de atendimento ou tecnologia.

A porta de entrada para as pessoas com deficiência no Sistema de Justiça, desta forma, estreitou-se, em contrapartida ao preconizado pela terceira onda de acesso. Essa observação foi constatada na procura de atendimento na Promotoria Especializada na Defesa de Direitos das Pessoas com Deficiência, na cidade de São Luís, estado do Maranhão, na qual trabalham as autoras, e ainda na baixa inclusão digital para a população mais carente, que, com pouco ou sem acesso à internet, não conseguia pleitear o atendimento de que necessitava.

Com essas observações, surgiu a necessidade de examinar a acessibilidade do Sistema de Justiça, utilizando categorias metodológicas de Boaventura de Sousa Santos, com a valorização das experiências e da vivência das pesquisadoras e a contextualização da realidade pesquisada, e com categorias de Pierre Bourdieu, com o poder simbólico e o poder e exclusão da linguagem. A partir desses olhares, dialoga-se com referências teóricas e normativas sobre acesso à justiça e acessibilidade, para discutir o problema e as possibilidades.

des de enfrentá-lo.

O conteúdo desenvolve-se em tópicos: acesso à justiça, pandemia e mundo digital; acessibilidades e seus conceitos; e, ao final, são tecidas contribuições para uma efetiva acessibilidade no sistema de acesso à justiça.

Acesso à justiça, pandemia e mundo digital

O término da Segunda Guerra Mundial, no ano de 1945, com todos os seus nefastos efeitos sobre a humanidade, propiciou uma profunda reflexão no que se refere à necessidade de garantia de direitos fundamentais. As Constituições, nesse panorama, possuem como um dos principais objetivos garantir direitos e trazer instrumentos para sua concretização.

Foi nesse contexto histórico que surgiu o movimento do neoconstitucionalismo, que reforçou a importância dos princípios constitucionais, bem como da necessidade de se conferir caráter imperativo às normas previstas na Constituição. É nesse sentido a importante reflexão de Hannah Arendt, autora judia, mulher, vítima de discriminação nazista, segundo a qual o exercício da cidadania, relevante direito fundamental, é o “direito a ter direitos”.

Nesse panorama, o direito de acesso à justiça vem sendo garantido como um dos direitos fundamentais, dotado de caráter instrumental, pois visa a propiciar a eliminação de barreiras para que todas as pessoas possam recorrer ao Poder Judiciário e à orientação jurídica, ainda que fora do processo. Entretanto, evidente que a previsão normativa não é suficiente para que se tenha o acesso efetivo.

As denominadas funções essenciais à justiça, que no Brasil são o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e a Advocacia Privada, possuem diversos mecanismos de atuação que permitem, aos seus profissionais, auxiliar as pessoas na busca por direitos negligenciados ou violados perante o Poder Judiciário e fora dele. Entretanto, apesar de garantida a inafastabilidade da apreciação de lesões a direitos por esse Poder, a garantia de ingresso também não é o parâmetro para que se diga que o direito de acesso à justiça vem sendo integralmente observado.

Essa porta de entrada, de fato, não está completamente aberta às pessoas com deficiência, cujo rol é muito amplo, e que exigem, no direito à inclusão, a eliminação de barreiras, para que possam acessar, efetivamente, o sistema.

Para que se possa falar de efetivo direito de acesso à justiça, necessário observar uma série de garantias: o direito de acesso ao atendimento prévio; o direito à orientação jurídica humanizada e individualizada ao longo de toda a tramitação do processo; o direito à acessibilidade arquitetônica dos imóveis em que funcionam essas instituições; o direito à acessibilidade comunicacional e atitudinal; o direito a uma resposta definitiva de mérito, ao mesmo tempo justa e célere, do Poder Judiciário. Sem essas garantias, não se pode falar em acesso à justiça. Tais direitos não podem ocorrer de forma isolada, sob

pena de se prestar um serviço incompleto e ineficiente.

O advento da pandemia do COVID-19 situou e situa o mundo, e consequentemente o Poder Judiciário brasileiro, em uma abrupta mudança de paradigma: apesar de já passados dezesseis anos do advento da Lei brasileira nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial - diploma normativo que pode ser considerado um verdadeiro marco no que se refere à transição para o modelo eletrônico de processo -, é inegável que a pandemia acelerou essa transição, tornando virtual até o atendimento prévio ao ajuizamento das ações judiciais, de forma repentina. As audiências passaram a ser rotineiramente realizadas por meio de videoconferência. Os atendimentos das secretarias judiciais, para acompanhamento do andamento processual, passaram a ocorrer por meios remotos. Os profissionais envolvidos nesse sistema passaram a desempenhar suas funções remotamente, em regra. A Defensoria Pública e o Ministério Público passaram a prestar atendimento quase que exclusivamente também de forma remota. O acesso, antes presencial, se tornou exclusivamente virtual.

Esse cenário se desenvolveu sem possibilidade de transição, diante da imediata necessidade de distanciamento social e isolamento entre as pessoas. No entanto, apesar de benéfico para a contenção da disseminação do vírus, tal isolamento reforçou a discriminação e o distanciamento já existente para as pessoas com deficiência que precisam recorrer ao Poder Judiciário.

Soma-se a tudo isso a baixa inclusão digital das pessoas carentes, que, sem internet ou com um a internet de baixa qualidade, não conseguem ter acesso aos meios eletrônicos ou compreendê-los. Se para pessoas sem deficiência foi um desafio adequar-se a um mundo digital, com trabalho sendo realizado em suas residências, com novos sistemas e tecnologias que precisavam ser reconhecidos e usados com rapidez, imagine-se para quem possui alguma deficiência que necessitou de uma tecnologia assistiva ou mesmo da língua brasileira de sinais! Aliado a tudo isso ainda há os problemas de saúde, de ordem física e mental, decorrentes do isolamento e do mundo virtual.

Ressalta-se a existência de uma barreira às pessoas com deficiência que se refere à falta de conscientização de quem as atende pelos meios eletrônicos, sobretudo por telefone. Isso porque muitas pessoas não se identificam como pessoas com deficiência ou mesmo não estão ainda reconhecidas nessa qualidade, por dependerem de diagnósticos e por também não terem acesso facilitado ao sistema de saúde.

Em uma situação específica enfrentada durante a pandemia, na 2ª Promotoria de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência, no ano de 2020, constatou-se que o atendimento presencial e humanizado foi determinante para acolher e encaminhar uma pessoa com deficiência auditiva. Sem esse acolhimento, empático e sensível, seu problema de acesso não teria sido resolvido. Note-se que, nesse caso, foi essencial a presença física, o olhar humano, próximo, porque a pessoa não possuía nenhuma forma de acesso eletrônico, nem conseguia compreender como utilizá-lo.

J.J. Mendonça, em sua obra *Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça* (p. 308), registrou, em relação à informatização do processo e seus benefícios: “[...] a impossibilidade de garantir o pleno acesso da população a essas vias, acaba por obstar a admissão de uma densa massa de excluídos, posicionados à margem da ‘sociedade de informação, aos meios oficiais de tutela de direitos.’” O autor reconhece a quebra do paradigma presencial, que se pautava em autos físicos, e que incorpora novos conceitos de direito processual e exige novos procedimentos e posturas, com o manuseio e domínio de vias telemáticas (p. 306).

A conciliação ou a mediação, previstas na Lei nº 13.140/2015, e incentivadas pelo Código de Processo Civil brasileiro, como norma fundamental, também são desafiadoras para pessoas com deficiência por exigir oralidade e domínio dos meios remotos, caso utilize-se de mecanismos eletrônicos. Exige-se também do conciliador ou mediador domínio de acessibilidades comunicacionais e sobretudo atitudinais, que vão desde a autodescrição, (que, a pretexto de permitir a quem tem baixa visão uma imagem de quem fala, também permite a apresentação mais sensível de quem integra o sistema) a outros domínios e competências para dialogar com pessoas com autismo ou que apresentem deficiência auditiva, por exemplo.

Há aproximações de distâncias territoriais com a virtualização do sistema de Justiça, mas não se pode omitir a grande dificuldade em acessá-lo, especialmente às pessoas com deficiência, que exigem, em face da ampla possibilidade de deficiências, a eliminação de barreiras específicas e a própria identificação dessas barreiras.

Acessibilidade sob seus diversos aspectos

O conceito clássico de acessibilidade vem sendo tradicionalmente ligado à acessibilidade arquitetônica e de engenharia, estabelecida em normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Ocorre que um conceito mais atual de acessibilidade envolve vários outros elementos, notadamente os atitudinais, comunicacionais e tecnológicos, igualmente relevantes para que seja de fato garantida uma acessibilidade universal. Não é suficiente o acesso ao espaço físico, ainda que, em muitos prédios onde funcionam os serviços de prestação jurisdicional, nem esse viés da acessibilidade esteja presente. O conceito de acessibilidade evoluiu em uma velocidade muito mais rápida que a sua efetivação.

A acessibilidade atitudinal, de extrema relevância, se refere a uma postura de percepção do outro sem diferenciações, preconceitos, estigmas ou capacitismos, o que é essencial para que uma pessoa com deficiência se sinta de fato inserida em determinado ambiente. O objetivo desse tipo de postura, como única alternativa a ser adotada quando se pensa em garantia de acesso à justiça de forma efetiva, é justamente propiciar a remoção de barreiras imateriais, infelizmente ainda existentes nos espaços físicos, mormente aqueles

destinados ao atendimento e à garantia de direitos às pessoas com deficiência.

Não há como se pensar em acesso aos espaços sem a postura inclusiva. Não democratizar é, nessa perspectiva, não incluir e não conferir o devido acesso. Para isso, indispensável a atitude sensível de quem atende ao público, para que possa estar atenta a reconhecer possíveis deficiências e assim eliminar barreiras. O próprio sistema de justiça já se impõe no meio social, com dogmas e simbolismos que distanciam quem o acessa. Cabe derrubar muros que distanciam pessoas com deficiência, permitindo uma atitude empática e inclusiva.

A acessibilidade comunicacional é aquela que objetiva dirimir as barreiras dos diálogos interpessoais, facilitando a transmissão da linguagem, seja por meio da linguagem tradicional, seja por meio da língua brasileira de sinais (LIBRAS), bem como da comunicação por meio da escrita ou outro meio tecnológico. Esses dois tipos de acessibilidade se assemelham por serem formas de agir para incluir.

Corroborando com esse pensamento, e tendo em vista a necessidade de aprimorar as ações inclusivas, em 23 de março de 2002, há vinte anos, foi aprovada na cidade de Madrid, na Espanha, a Declaração de Madrid, no Congresso Europeu de Pessoas com Deficiência, que inicia seu texto afirmando que “a não-discriminação e a ação afirmativa resultam em inclusão social”. Evidencia-se, na análise desse binômio, que é necessário tanto um não fazer, relativo à não exclusão; e, para além disso, é necessário agir para inserir.

Posteriormente, já em 2015, preconiza a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015), que inclui no conceito de acessibilidade, em seu art. 3º, I, além dos espaços e equipamentos mobiliários adequados, “a informação e comunicação, inclusive com seus sistemas e tecnologias”, bem como no que se refere ao conceito de barreiras, no inc. IV, “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação da pessoa”.

No que se refere à tecnologia, utiliza-se mais adequadamente o termo tecnologia assistiva, que consiste em uma área do conhecimento interdisciplinar, que abrange produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação de pessoas com deficiência, buscando incrementar a participação das pessoas com deficiência em diversos cenários, que, com seus mecanismos tradicionais, não propiciariam essa inserção.

Infelizmente, não se pode afirmar que o acesso à justiça, os conceitos e instrumentos mais modernos de acessibilidade atualmente se aliam de forma coesa, no sentido de serem garantidos esses direitos. Nesse aspecto, importa refletir e estabelecer que tipo de crítica pode ser formulada ao Poder Judiciário nesse âmbito, sempre com o intuito de propor soluções.

Pierre Bourdieu aponta que o poder da linguagem determina a posição social do indivíduo dentro do contexto social. Além disso, a linguagem faz uso de outros recursos chamados por Bourdieu de poderes simbólicos, que tratam de forma ainda mais aprofundada como essas relações de dominação

ocorrem.

Os meandros da linguagem e a hierarquia imposta pela adoção de determinado tipo de vernáculo se relacionam diretamente com os instrumentos da acessibilidade comunicacional e atitudinal. Entende-se que uma postura humanizada e que preze pela aproximação, que vá contra esse paradigma de distanciamento e frieza, é essencial para que se pense em um efetivo acesso à justiça.

Contribuições para a acessibilidade ao acesso à justiça

Importante contribuição da obra “Acesso à justiça” preleciona que *ne-
nbum aspecto de nossos sistemas jurídicos é imune à crítica*. É preciso questionar sempre e abrir espaços a transformações, sobretudo retirando da invisibilidade as pessoas com deficiência, permitindo que as tecnologias assistivas sejam de mais fácil manuseio e compreensão e que dialoguem entre si. Mas nada substitui a proximidade humana e sensível aos mais diversos entraves que podem ocorrer. Nesse aspecto cabe indicar a disponibilização, em forma de plantão, de pessoas aptas a dialogar e a esclarecer às pessoas com deficiência o uso dessas tecnologias ou a permitir que as mesmas possam acessar o sistema de justiça. Essa possibilidade é indispensável, sobretudo em situação de violência, que traz um número invisível de vítimas com deficiência, sem acesso ao sistema. Na maioria dos casos sequer há registro de deficiência, pela incapacidade ou ausência de competência específica, no atendimento, a reconhecê-la, quando não é notória.

As tecnologias precisam ser padronizadas, para que não haja modificações de um Estado para outro ou de uma Jurisdição para outra, causando transtornos, com ingerência de novos aprendizados e adaptações.

Um aspecto determinante é a acessibilidade completa do processo judicial eletrônico - PJE, no Brasil, para que pessoas com deficiência, que integrem o próprio sistema de justiça, como advogadas, advogados, membras e membros do Ministério Público, defensoras, defensores, magistradas, magistrados, auxiliares da Justiça, possam utilizá-lo, com eliminação de barreiras físicas, tecnológicas e sensoriais, permitindo-se o amplo acesso com áudio, descrições e LIBRAS.

Outro ponto refere-se à valorização da equipe multidisciplinar, como as e os assistentes sociais, psicólogos e psiquiatras, dentre outros profissionais, que precisam ser capacitados continuamente, de forma a dominar, no mínimo, a acessibilidade atitudinal, bem como a incluir pessoas com domínio de LIBRAS. Essa equipe é indispensável, com aumento de seus quadros, nos órgãos que integram o Sistema de Justiça.

A existência dessa equipe não afasta a necessária sensibilização e compreensão das formas de acessibilidade, especialmente em atitude, das pessoas que ocupam cargos no Poder Judiciário, nas funções essenciais à Justiça ou nas Delegacias de Polícia e demais funções de apoio. Sem que haja uma mu-

dança de postura, expurgando o capacitismo, em uma atitude inclusiva e democrática, o acesso à justiça será somente realizado em um aspecto formal, fechando-se a porta de entrada às pessoas com deficiência.

De igual modo, sem disponibilização de meios eletrônicos, com internet nos locais de atendimento, quando for necessária a forma remota ou mesmo a realização e audiências por videoconferência também se negará o acesso à justiça. Esses locais de apoio são fundamentais e devem ser amplamente divulgados e disponibilizados.

Na obra “A Concretização Judicial do Direito e a Construção Processual da Verdade”, consoante J.J. Mendonça, “Consolidou-se o entendimento de que o grau de eficiência de qualquer modelo processual é aferido de acordo com o nível de dificuldade encontrada pelos titulares de interesses juridicamente protegidos para proporem uma ação perante os órgãos de jurisdição [...]” (p. 26). Assim, se permanecem barreiras para a acessibilidade das pessoas com deficiência, não há eficiência no acesso à Justiça.

Com o funcionamento de Núcleos de Acessibilidade, de forma obrigatória nas instituições do sistema de Justiça, espera-se que os problemas sejam identificados e que as barreiras sejam derrubadas. Para isso, é indispensável um processo de formação das pessoas, todas que integram o sistema, que inclui conhecimentos multidisciplinares, papel que também é das Escolas Institucionais. Essa formação deve ser contínua e exigida, a quem atua na difícil missão de promover e fazer justiça.

Conclusão

Reconhecer as diferenças e as pessoas em suas particularidades é atitude afirmativa de direitos e da dignidade das pessoas humanas, como garante a Carta Constitucional Brasileira de 1988. Apesar de muito caminhar nas concepções teóricas de acesso à justiça, permanecem problemas já existentes e outros que foram acrescentados, em razão das novas necessidades e do reconhecimento de direitos e sujeitos, que estavam invisíveis, à margem do sistema.

De nada adianta discutir o conteúdo de decisões judiciais e sua efetividade se elas estão distantes de uma grande parte da população que não consegue ou tem dificuldade de acessar o sistema.

Com a Lei Brasileira de Inclusão, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou a perspectiva do direito civil quanto à capacidade de exercício dos atos da vida civil, restringindo as incapacidades, foi necessária uma reformulação sobre o acesso à justiça e com isso incluir as acessibilidades e seus conceitos, para compreender que as pessoas com deficiência têm direito ao mesmo acesso à justiça que as pessoas sem deficiência, devendo, para esse acesso, todo o Sistema de Justiça atuar na eliminação de barreiras. Barreiras essas que não se limitam a barreiras físicas, arquitetônicas, mas que estão nas atitudes, na comunicação, na linguagem, nas tecnologias e na desigualdade social, que

distanciam pessoas da efetivação de seus direitos, por não reconhecerem portas para o acesso a eles, ou o implementarem de forma insuficiente. Não é mais possível conceber também, nesse sentido, a utilização de nomenclaturas pejorativas ou que não respeitem ou não incluam a dignidade humana das pessoas com deficiência.

Longe de esgotar o tema, o presente estudo pretende fomentar e incentivar o debate, ainda pouco difundido e tão necessário, para que sejam pensadas e aprimoradas as existentes e as novas perspectivas de inclusão às pessoas com deficiência dentro e fora do sistema de justiça, tendo em vista a crescente tendência de virtualização dos atos judiciais e da própria vida.

Referências

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto N° 6.949, de 25 de agosto de 2009** - Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007.

BRASIL, **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2022.

BRASIL, **Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em 08 de novembro de 2022.

BRASIL, **Lei n° 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2022.

BRASIL, **Lei n° 11.419, de 19 de dezembro de 2016**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm. Acesso em 10 de novembro de 2022.

BRASIL, **Lei n° 13.105/2015, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 10 de novembro de 2022.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas linguísticas: O que falar quer dizer**. 2ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**: Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

ESPAÑA, **Declaração de Madrid**. Congresso Europeu sobre Deficiência. Disponível em: <<https://ampid.org.br/site2020/onu-pessoa-deficiencia/#madrid>>.

Acesso em 08 de novembro de 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; e PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 3 rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso Equitativo ao Direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **A concretização judicial do direito e a construção processual da verdade**: as complexas relações entre processo e realidade no contexto da efetivação da tutela jurisdicional enquanto direito fundamental. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2010.

ACESSO À JUSTIÇA: MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO E IMPACTO DA PANDEMIA COVID-19

Glória Roberta Tonelotti

Graduanda de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

É notório que o acesso à justiça é o direito garantidor de todos os outros direitos que um cidadão possa vir a reivindicar, denotando importância impar para sua efetivação. Esta, por sua vez, vem sendo feita, além do devido processo legal, por meio de métodos alternativos de solução de conflito, os quais garantem às partes uma solução célere, eficiente e econômica frente ao Poder Judiciário. Diante disto, quer-se tratar nesta pesquisa o impacto dos métodos alternativos de solução de conflito no cenário que se deu a Pandemia do Corona Vírus. É fato que a Pandemia provocada pelo Corona Vírus estremeceu os conceitos de acesso à justiça, fazendo o Judiciário se readequar as novas barreiras. Com isto, o *Online Dispute Resolution* se mostrou um caminho prático e certo a ser seguido, pois, mesmo com o distanciamento social, as demandas puderam ser apreciadas e resolvidas. Além disso, entende-se que a utilização desses métodos ajuda a desafogar o judiciário, podendo este se atentar aos casos que requerem maior diligência. Dito isto, compreende-se a relevância da temática dada a celeridade, economicidade e redução de distâncias proporcionadas pelo *Online Dispute Resolution*. Buscando dessa forma, inserir o cenário do *Online Dispute Resolution* no Brasil, e, em decorrência deste quais consequências têm-se em relação a cidadania e a efetividade de soluções. Por fim, o procedimento técnico utilizado será de pesquisa bibliográfica, pelo método dedutivo, com procedimento empírico observacional, dos quais serão extraídos dados qualitativos e quantitativos.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Métodos alternativos de resolução de conflito; Pandemia.

Não há dúvida de que o cidadão possui ao seu dispor um número grande de leis codificadas, assim como um dos maiores sistemas judiciários do mundo, não obstante, é certo que a tutela jurisdicional não faz jus a sua estrutura, haja vista que o sistema se encontra abarrotado de processos. Conforme

dado do CNJ (2022, p. 104), o Poder Judiciário encerrou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação, sendo que 15,3 milhões estão suspensos ou em arquivo provisório e em andamento ainda há 62 milhões de ações judiciais.

Nota-se, pelos dados oficiais do CNJ, que o acesso à justiça em sua plenitude, ou seja, um processo que tenha início, meio e fim está longe da realidade. Urge ressaltar que essa realidade atinge em menor ou maior proporção, a esmagadora maioria dos cidadãos, inclusive as pessoas jurídicas.

Sobre o acesso à justiça, TAVARES (2019, p. 608) leciona que

Anotam MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH que a expressão “acesso à Justiça” serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (...) uma premissa básica será a de que a justiça social tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.

Da assertiva acima, conclui-se que em uma sociedade verdadeiramente desenvolvida, todos devem ter acesso a prestação jurisdicional, e mais, que esta seja efetiva. No que tange ao acesso, TAVARES (2019, p. 608) explica que na história constitucional pátria, este princípio remonta a Constituição de 1946, pois foi a primeira a determinar, expressamente, que “A lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário qualquer lesão de direito individual”. Tal princípio é corolário do Estado de Direito.

Mas o acesso à justiça vai além disto, é certo que não pode apenas corresponder a possibilidade de acessar o judiciário, mas, além disso, as pessoas possuem as mesmas oportunidades de ver seus conflitos solucionados de maneira justa e eficiente (MILLION, 2007, p. 34). Corresponde, segundo XAVIER (2002, p. 1) “além da garantia de acesso ao poder judiciário, à solução de disputas, estatal ou não, e assessoria jurídica, expressa pela educação jurídica e consultoria”.

Neste interim, compreende-se que a expressão acesso à justiça, para CARVALHO (2010, p. 18) “nos conduz a identificar a existência de diferentes formas de obtenção de justiça, formas estas diferenciadas (...) pelos meios utilizados e efeitos produzidos.” Nesta esteira podemos, então, abordar os métodos alternativos de resolução de conflito, onde temos: mediação, autotutela, conciliação e arbitragem. Cada qual com suas características específicas, podem ser utilizados dentro do poder judiciário ou fora dele, através de particulares especializados, e ainda de modo online através do ODR - resolução de conflitos online.

Os métodos supra referidos estão ganhando grande espaço na atualidade, ou seja, muitas pessoas, tanto naturais quanto jurídicas, estão optando pela

mediação, arbitragem, autocomposição ou conciliação. Porém, recentemente enfrentamos meses de confinamento devido a pandemia do COVID 19, e com isso a utilização da (já existente) ODR cresceu e se tornou o meio pelo qual os métodos alternativos de resolução de conflito puderam acontecer. Segundo MOTTA (2020, p. 121) “os métodos eletrônicos de ODR visam promover a interação das partes e a formalização do acordo de maneira eficiente, com baixo custo, da forma mais conveniente possível, garantindo autenticidade e veracidade as partes envolvidas, e a exequibilidade do acordo obtido.”

Ademais, é importante ressaltar que a

(...) excessiva duração do processo potencializa a necessidade da desjudicialização. Nesse sentido, impõe-se a ruptura paradigmática da cultura demandista para cultura da solução resolutiva consensual, por meio de mecanismos não judiciais como a conciliação e a mediação, por exemplo.

A busca pela justa composição de litígios enfatiza a diretriz da democracia participativa e pluralista. Deve-se estimular a participação da sociedade, bem como incentivar o concurso de outros meios, agentes e instancias capazes de recepcionar e resolver controvérsias e ocorrências, com a possibilidade de a solução ser tecnicamente consistente, de baixo custo e tempo reduzido. (RAMOS, 2018, p. 21)

O presente artigo se dispôs a se debruçar sobre o tema ODR - resolução de conflitos online na pandemia do COVID 19, contudo necessário se faz antes buscar entender o conceito de ODR e sua aplicabilidade na sociedade atual, notadamente na pandemia. Para o primeiro ponto, conceituação, MOTTA (2020, p. 123) explica que a ODR - resolução de conflitos online, em um ambiente virtual, permite que, pessoas distantes, possam resolver seus conflitos de forma célere, sigilosa, com baixo custo e eficaz, ou seja, o conceito de ODR vai de encontro com a realidade morosa e ineficaz da cultura litigiosa.

SILVEIRO (2021, p. 34) pontua de forma brilhante que o *online dispute resolution* (ODR) através do uso de tecnologias persuasivas, está gerando novas maneiras de resolver conflitos trazendo recursos que os métodos tradicionais muitas vezes falharam em realizar, desta forma, promovendo um novo âmbito para solucionar conflitos e disputas.

Sobre o ODR- resolução de conflitos online, é necessário esclarecer que esta surgiu em 1990 com o objetivo de resolver disputas eletrônicas, e em apenas duas semanas, ressaltando que na época o acesso à internet era bem limitado, 150 disputas foram solucionadas. Com um salto no tempo, observa-se que em 2010, 20 anos depois, o eBay promoveu a resolução de 6 milhões de disputas online. (TOMÉ, 2020, p. 63).

Nesse diapasão, TOMÉ (2020, p. 64)

Nesse sentido, pode-se considerar que a tecnologia atua como uma “quarta parte”, que além do terceiro imparcial (se presente) também interage com as partes envolvidas no conflito a fim de facilitar a reso-

lução da questão. A existência dessa quarta parte pode ser revolucionária, na medida em que pode conferir à resolução de controvérsias diversas informações relevantes e desconhecidas das partes, além de “realizar cálculos complexos, listar opções para solucionar o conflito que não estavam identificadas pelas partes, modular a linguagem utilizada em suas comunicações”. (...) seja em meio privado ou público, há diversas ferramentas de ODR, que vão desde canais de comunicação por e-mail até plataformas mais sofisticadas, as quais podem servir de meio de conciliação, mediação ou mesmo de negociação direta entre as partes.

Ainda buscando conceituar ODR - resolução de conflitos online, observa-se que tal sistema difere de outros sistemas de solução de conflito, pois neste há inclusão de computadores e *softwares* no intuito de gerenciar a disputa. O referido sistema, notadamente, quando as partes estão em relativo distanciamento, pode ajudar a resolver conflitos, sendo esses no setor público ou privado. (RAMOS, 2018, p.41)

RAMOS (2018, p.41) afirma que

Esses métodos utilizam a tecnologia digital como forma de combinar métodos tradicionais já existentes (arbitragem, mediação, conciliação) de forma online, através de plataformas virtuais. (...) No Brasil, além das plataformas virtuais privadas existentes, há uma plataforma do governo que conta com a participação de empresas, Procon, Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunais de Justiça (...) O objetivo do programa é divulgar empresas eficientes na solução de conflitos, gerando um ranking de satisfação do usuário.

Ainda conclui RAMOS (2018, p. 42) que

Ou seja, a ODR, utilizando os métodos tradicionais de resolução de conflitos, busca reconfigurar o sistema, introduzindo computadores e softwares, para uma forma mais célere, eficaz e econômica de solucionar disputas. A consequência principal é a autocomposição como modelo primário, e a judicialização como fonte secundária.

Conceituado ODR- resolução de conflitos online, compreende-se sua importância mundialmente, não obstante, analisaremos sua aplicabilidade no Brasil. Ainda que todo o exposto demonstre a praticidade e celeridade da implementação do ODR - resolução de conflitos online, é importante destacar que ainda em 2018, a demanda por ODR era mínima, conforme dados apresentados pela AB2L - Associação Brasileiro de Lawtechs & Legaltechs, verificou-se que a demanda do mercado por plataformas de negociações de acordo era de apenas 2%. (RAMOS, 2018, p. 54)

Urge ressaltar algumas iniciativas que priorizam a busca da solução de conflitos fora dos meios tradicionais, para tanto, essas iniciativas focaram em privilegiar o sistema que de forma mais célere, de baixo custo, de fácil acesso-

bilidade e desjudicializada, permitisse a efetividade na resolução dos conflitos, tendo encontrado tal sistema na ODR.

Conforme apresenta TOMÉ (2020, p.66), algumas das iniciativas são: 1) Mediação Digital - Conselho Nacional de Justiça, tal plataforma online possibilita as partes, dos mais diversos tipos de conflitos, construírem um acordo de forma autônoma por meio de uma plataforma gratuita, segura e de fácil utilização, caso ocorra o acordo o mesmo será encaminhado para homologação judicial, passando o acordo a ser título executivo judicial; 2) Conciliação pré-processual - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, neste modelo de ODR, foi criado um aplicativo com o intuito de celebrar acordo extrajudicial, evitando-se assim, novas ações judiciais, tal iniciativa teve aderência do setor de telecomunicação, bancário, e-commerce, universidades e companhias aéreas. (TOMÉ, 2020, p. 67); 3) Conciliação e Mediação pré-processual - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, neste modelo “a proposta é que empresários possam utilizar serviços de conciliação e mediação do tribunal antes de iniciarem um processo judicial” (TOMÉ, 2020, p. 68); 4) Fundação Procon São Paulo, o consumidor poderá fazer reclamação junto ao referido órgão de forma online efetuando um simples cadastro e, podendo acompanhar o tramite de sua solicitação passo a passo, tudo de forma remota, através dessa plataforma ODR estima-se que o índice de solução esteja entre 80 e 90% (TOMÉ, 2020, p. 69); e por fim 5) Consumidor.gov.br, trata-se também de plataforma online que atua de modo a fazer a interface entre o consumidor e as empresas para resolver os conflitos, por meio da ODR.

Em 2020, a plataforma Consumidor.gov.br passou a ser o meio digital oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, para autocomposição nas controvérsias em relação de consumo (...) isso significa que salvo casos específicos, foi centralizado o canal para reclamações a tais entidades, permitindo formulação, monitoramento e avaliação de suas ações. Essa plataforma também é considerada uma ODR, pois também é um método online de resolução de disputas que é utilizado antes do ajuizamento de uma ação judicial. (TOMÉ, 2020, p. 70)

Após abordar o ODR - resolução de conflito online, de seu conceito a sua aplicabilidade no Brasil, faz-se necessário uma abordagem da pandemia do COVID 19, antes de correlacionar ambos. Foi decretado, oficialmente, pela OMS, pandemia pela doença coronavírus em 11 de março de 2020, doença a qual se disseminou em grande escala e de maneira rápida, em apenas três meses a doença já havia atingido sete milhões de pessoas no mundo, com 408 mil óbitos, ocorridos em 215 países/territórios/áreas ao redor do mundo. (TOSCANO, 2020, p. 2)

Com a propagação do vírus, medidas de distanciamento social foram recomendadas mundialmente, conforme expõe TOSCANO (2020, p. 2)

Dentre essas intervenções, em nível populacional, há as medidas de distanciamento social cujo o termo se refere a esforços que visam a diminuir ou interromper a cadeia de transmissão da doença pelo distanciamento físico entre indivíduos que possam estar infectados e os saudáveis, além de proteger aqueles indivíduos em risco de desenvolver a forma grave da doença. Incluem-se nessas medidas o cancelamento de eventos em massa, fechamento temporário de escolas e locais de trabalho, bloqueio de fronteiras e a recomendação para a população ficar em casa.

No Brasil, o primeiro caso constatado foi no estado de São Paulo, em 26 de fevereiro de 2020, na cidade de São Paulo. Depois de um mês desta constatação, todos os 26 estados e o Distrito Federal apresentavam casos da doença, incluindo óbitos em oito destes. A partir disto, devido as individualidades de cada Unidade da Federação, foram implementadas medidas distintas para cada um. (TOSCANO, 2020, p. 2). A questão de cada estado tomar medidas próprias para prevenção do COVID 19 provém de decisão do plenário brasileiro, o qual estabeleceu que “a União, estados, Distrito Federal e municípios tem competência concorrente na área da saúde pública para realizar ações de mitigação dos impactos do novo coronavírus.” (STF, 2021)

Em diversas ocasiões, o entendimento supracitado foi reafirmado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, priorizando o princípio da federação, como por exemplo na decisão da ADPF 672 (STF, 2020)

Ementa: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLOGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 3. Em relação à saúde e assistência públi-

ca, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a conseqüente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. 5. Arguição julgada parcialmente procedente.

Além das medidas de distanciamento social e novos protocolos do sistema de saúde, sofreram, também mudanças o âmbito da economia e da categoria de eventos. Não obstante, para o cerne deste trabalho destaca-se a suspensão do atendimento ao público nos serviços públicos não essenciais e/ou orientação para teletrabalho dos servidores (esfera pública), suspensão do atendimento ao público de prestadores de serviços e de demais estabelecimentos comerciais não essenciais. (esfera privada). (TOSCANO, 2020, p. 3)

Com as constatações supramencionadas, infere-se que a sociedade foi obrigada a se adaptar à utilização das ferramentas digitais das quais não havia recorrência ou frequência. As transformações tecnológicas, que já estavam em curso, foram especialmente aceleradas, isto é, em todos os âmbitos da vida cotidiana, assim, a regra tornou-se as reuniões por videoconferências, bem como nas empresas privadas e órgãos públicos a assinatura eletrônica (antes excepcional), firmou-se como modalidade essencial. Dessa forma, este “novo normal”, acabou por celebrar a mediação, a negociação e a arbitragem online como meios significativamente relevante para realização de acordos e soluções para conflitos entre as partes envolvidas. (SILVEIRO, 2021, p. 34). “O próprio judiciário já adotou o sistema de audiências e julgamentos por videoconferências, o que viabilizou a prestação jurisdicional durante o período das restrições impostas pelo distanciamento social.” (SILVEIRO, 2021, p. 34)

Dessa forma, entende-se que o ODR - resolução de conflitos online,

conforme explica SILVA FILHO (2021, p. 70) não surgiu com a pandemia, contudo, está a alavancar, visto que com o distanciamento imposto pelas autoridades, os operadores desta área buscaram na ODR um meio de solucionar conflitos, diante dos desafios postos pandemia.

Neste diapasão, a propensão global é de que o processo e as formas alternativas de resolução de conflito, através da contribuição da tecnologia, ocorram com menos burocracia e maior celeridade. Tal cenário, se firmou durante a pandemia do COVID 19, na qual os órgãos judiciários em todas as suas instâncias, bem como os outros mecanismos de resolução de conflito funcionaram de modo virtual e digital, apesar de todas as restrições de isolamento e distanciamento social impostos. (TOMÉ, 2020, p. 116).

Toma-se por alguns exemplos de sucesso da utilização do ODR, como o TJ do Rio de Janeiro, que em apenas um processo de recuperação judicial envolvendo 65 mil credores, no prazo de 4 meses alcançou 70% de acordo (TJRJ, 2020), e também pode-se observar o exemplo da plataforma concilie.com, que, de acordo com o site oficial realizou mais de 350 mil casos em todo o território nacional, tendo 82% de acordos firmados (TOMÉ, 2020, p. 79).

Em suma, fica claro que com a pandemia o uso de ODR não foi apenas necessário, mas o único meio, fazendo com que sua utilização crescesse significativamente.

Por fim, no tocante da relação da utilização de ODR na pandemia para com a efetividade da cidadania, PASSOS (2021, p.56) ressalta que é preciso garantir a plena realização da cidadania digital, e neste cenário, não somente a educação por vias online, mas a resolução de conflitos é uma maneira de garantir ao cidadão seus direitos, sem qualquer restrição. Vale ressaltar a comunicação entre as partes na mediação online, com auxílio de decisões algorítmicas beneficia não somente a resolução do conflito, mas garante a cidadania.

Conclusão

Por todo o exposto, compreende-se que o ODR é um meio garantidor de solução de conflitos, que ao acrescentar um quarto elemento (tecnologia) viabiliza os meios tradicionais de resolução de conflitos a serem realizados de forma célere, acessível, com economicidade e efetividade. Além dos pontos elencados, o ODR tem contribuído sobremaneira para a desjudicialização dos conflitos, o que corrobora a busca por uma justiça mais acessível a todas as pessoas.

Assim, conclui-se, portanto, que em meio ao cenário da pandemia do COVID 19, o ODR - *online dispute resolution* foi a forma em que as pessoas puderam solucionar seus conflitos de modo alternativo e efetivo, utilizando-se de plataformas privadas, as quais, por motivos de reserva de mercado não divulgam os dados, porém, tomando por base o uso de resolução de conflitos online no judiciário entende-se que houve um crescimento muito significativo.

Além disso, é importante olhar pela ótica da cidadania, visto que o acesso à justiça embasa a efetividade da cidadania para as pessoas, que podem exercer seus direitos como cidadãos, visto que o direito de acesso à justiça é um direito garantidor de outros direitos e uma forma de garantir efetividade aos direitos de cidadania.

E por fim, é importante ressaltar que a utilização de ODR no cenário pandêmico foi uma forma de garantir o princípio da dignidade humana, pois foi encontrada uma maneira das pessoas acessarem a justiça num período de tantas excepcionalidades, garantirem a efetividade de soluções para seus conflitos, além de desafogar o judiciário, auxiliando na razoável duração do processo.

Referências

AOYAMA, Pâmela Tieme Barbosa (Coord.). **Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672**. Assegurar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II, e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia. Requerente: Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil - CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 29 de outubro de 2020. *Lex*: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>. Acesso em: 20 nov. 2022.

CARVALHO, Milton Paulo de. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Campus Jurídico. 2010.

MILLION, Lara Vanessa. **Princípio da dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça**. 146 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. Disponível em: < <http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/23905>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

MOTTA, Jefferson Holliver. **Tecnologias Digitais na Resolução de Conflitos de Consumo**. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Internacional, Curitiba, 2020. Disponível em: < <http://repositorio.uninter.com/handle/1/575>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

PASSOS, Hugo Malone. **A conformação do dimensionamento dos conflitos por plataformas digitais ao processualismo constitucional democrático: uma contribuição para aplicação democrática da tecnologia ao direito processual**. 325 f. Dissertação (Mestre em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_HugoMalonePassos_19063_Parcialsomenteresumo.pdf. Acesso em: 17 nov. 2022

RAMOS, Fabíola Böhmer de Souza. **Como a ODR (Online Dispute Resolution)**

pode ser instrumento de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário. 79 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Administração Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/135022>. Acesso em: 17 nov. 2022.

SILVA FILHO, Walquer Figueiredo da. et. al. **A aplicação das On-line Dispute Resolution (ODR) e seus benefícios em tempos de pandemia (COVID 19).** *Ciência atual*, Rio de Janeiro, v. XVII, n. 2, p. 64 - 75, fev. 2021. Disponível em: <<https://revista.saojose.br/index.php/cafsj/article/view/514>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

SILVEIRO, João Paulo Santos. **A Criação de uma Plataforma online de resolução de conflitos:** negociação e mediação especializada na prevenção e solução de disputas. 65 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito da Empresa e dos Negócios da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, 2021. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/11139>>. Acesso em: 17 nov 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Portal STF**, 2021. Esclarecimentos sobre decisões do STF a respeito do papel da União, dos estados e dos municípios na pandemia. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=470036&ori=1>. Acesso em: 20 nov. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

TOMÉ, Bruna Borghi. **A ODR como protagonista da resolução de conflitos na sociedade 5.0.** 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/23481>. Acesso em: 17 nov. 2022.

TOSCANO, Cristiana Maria. et al. **Medidas de distanciamento social para o enfrentamento da COVID-19 no Brasil:** caracterização e análise epidemiológica por estado. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. XXXVI, n. 9, set. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00185020>. Acesso em: 20 nov. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 2020. Pandemia da Covid - 19 gera reflexão sobre resolução de conflitos online. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/documents/10136/4318255/pandemia-covid-19.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

XAVIER, Beatriz. **Um novo conceito de acesso à justiça: propostas para uma melhor efetivação de direitos.** *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, [s.l.], v. 7, n. 01, p.57-66, 2002. Fundação Edson Queiroz. <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2002.v07n1p57>. Acesso em: 17 nov. 2022.

PRINCIPAIS REFLEXÕES JURÍDICAS SUSCITADAS A PARTIR DA LEITURA DA CARTA PORTUGUESA DE DIREITOS HUMANOS NA ERA DIGITAL

Nathaly Veloso Lehen

Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra;
Especialização Avançada em Cibercrimes e Cibersegurança pelo Instituto CRIAP;
Graduação pela Universidade de Cuiabá; Advogada inscrita na Ordem dos
Advogados de Portugal e do Brasil

Resumo:

Atualmente vivemos em tempos em que a sociedade está cada vez mais conectada e dependente dos meios digitais, principalmente porque as atualizações tecnológicas, por exemplo, nos proporcionam a otimização do fluxo de informações fazendo com que a interação envolvendo a troca de dados ou demais conteúdos aconteça diversas vezes e em inúmeros lugares mundo simultaneamente. Diante disto, temos por outro lado o Direito com a função primordial de regular essa sociedade, e surge a partir daqui a necessidade de existir documentos jurídicos que tratem de assuntos principalmente relacionados aos direitos, deveres e garantias neste ambiente. Portanto, deve haver para além de reflexões, ações que versem sobre os direitos humanos para que seja reforçado a ideia de reconhecimento e proteção da dignidade dos seres humanos devido à sua regência sobre o modo como os seres humanos vivem individualmente entre si nesta sociedade digital. Contudo, o presente trabalho tem como objetivo apresentar uma reflexão jurídica e crítica acerca de pontos basilares referentes ao surgimento e alguns conteúdos trazidos na própria Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. Pois, trata-se de um documento vigente em Portugal envolvendo a interessante temática dos direitos humanos e o ambiente digital. Por fim, há de se considerar que a existência por si só de um documento legislativo em alguns casos que visam uma “solução de socorro” para resolver alguma problemática da nossa sociedade nem sempre atinge seu fim almejado.

Palavras-chave: Direito digital; Era digital; Direitos fundamentais; Direitos Humanos.

Breves comentários sobre alguns pontos que antecederam a aprovação da lei

É de extrema importância realizarmos uma abordagem inicial acerca de alguns pontos que antecederam a aprovação e publicação da Lei nº 27 de maio de 2021, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, pois assim poderemos posteriormente expor maiores comentários sobre o próprio texto da lei e os respectivos objetivos a serem alcançados com a sua vigência. Devemos considerar que a sua origem tem respaldo em documentos importantes e, um deles é o Projeto de Lei nº 473/XIV/1¹, e o outro é o Projeto de Lei nº 498/XIV/1.

O primeiro projeto foi proposto pelos deputados do Partido Socialista, e teve sua admissibilidade no dia 09 de julho de 2020, conforme a nota que foi expedida pela Assembleia da República². E em seu texto havia referências sobre o contexto de globalização tecnológica, e expunha claramente que na era digital havia a necessidade de se elencar direitos, liberdades e garantias de um modo abrangente e diversificado, inclusive a fim de se obter esclarecimentos sobre ações de caráter vinculativo aos órgãos de poder. E foi este projeto que trouxe a aprovação da Carta de Direito Fundamentais na Era Digitais.

Diversos foram os pareceres e contributos acerca deste documento, oriundos do: Conselho Superior do Ministério Público; Conselho Superior da Magistratura; Comissão Nacional de Proteção de Dados; Centro Nacional de Cibersegurança; Associação ISOC Portugal; CSTAF; Sociedade Portuguesa de Autores; GEDIPE e FEVIP; Entidade Reguladora para a Comunicação Social; DECO; Autoridade Nacional de Comunicações; Confederação Portuguesa dos meios de Comunicação Social; Associação Portuguesa de Imprensa; Associação Portuguesa de Editores e Livreiros; Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação; Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos e Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade de Informação.

Não será realizado aqui de maneira pormenorizada cada um destes pareceres, mas resta claro a preocupação desses departamentos conforme as suas respectivas manifestações realizadas acerca do caso.

1 O texto integral deste projeto de lei está disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764d6d5a6a4f44566d4e475574596a4a69597930304d54526b4c546b794d6d55744e7a67304d6d55324e3249784e5759334c6d527659773d3d&fich=2fc85f4e-b2bc-414d-922e-7842e67b15f7.doc&Inline=true>. Acesso em: 02 de setembro.

2 NEGRÃO, Ana Lia. Nota de admissibilidade - direção parlamentar - divisão de apoio ao plenário - Assembleia da República. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764e324d34597a5130597a49744f4468684d5330304e7a59314c546c684f5755745a444669596a55325a6d566a597a68684c6e426b5a673d3d&fich=7c8c44c-2-88a1-4765-9a9e-d1bb56fecc8a.pdf&Inline=true>. Acesso em: 02 de setembro.

Por outro lado, no que se refere ao Projeto de Lei nº 498/XIV³, que foi apresentado posteriormente pelos deputados do Partido Pessoas-Animais-Natureza (PAN), e teve sua admissibilidade em 11 de setembro de 2020. O respectivo projeto apresentou um conjunto de medidas que visavam assegurar e reforçar as garantias dos cidadãos no ambiente digital sem que houvesse limitação dos direitos fundamentais que atualmente encontram-se principalmente previstos na Constituição⁴. Sendo que, sobre este projeto, diversos pareceres foram emitidos pelo: Conselho Superior do Ministério Público; Conselho Superior da Magistratura; Comissão de Proteção de Dados; Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais; Sindicato dos Jornalistas; Autoridade Nacional de Comunicações; Associação Portuguesa de Imprensa.

Muito embora, tenham existido pareceres e contributos, não encontramos sequer alguma manifestação da APAV (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima), que há algum tempo tem demonstrado a preocupação e promoção de ações relacionadas ao contexto digital, principalmente no que se refere à cibercriminalidade e a prestação das devidas assistências às vítimas.

Devemos lembrar que, a elaboração de um parecer ou de algum contributo existirá se houver alguma notificação por parte da comissão àqueles que esta, julgar ser necessária ou também poderá qualquer ente se manifestar voluntariamente⁵ durante esse processo legislativo para emitirem algum contributo acerca do caso que estiver sendo discutido.

Acredito que seria de grande valia a manifestação da APAV acerca dos projetos, pois, segundo um documento expedido pelo Parlamento Europeu⁶, há uma estimativa de que até 2030 haverá cerca de 125 bilhões de dispositivos conectados à internet e 90% das pessoas maiores de 6 anos estarão online⁷, e isto resulta em um aumento significativo do alcance de possíveis vítimas. Pois, o contexto que envolve a cibercriminalidade representa uma grande ameaça para a própria sociedade e democracia não só quanto aos danos, em diversos níveis, mas também pode afetar diretamente os direitos fundamentais dos indivíduos e o Estado de Direito.

Em ambos os contextos dos projetos de lei, não houve sequer alguma

3 O seu texto integral encontra-se disponível em: <https://www.parlamento.pt/Actividade-Parlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=45218>. Acesso em: 02 de setembro.

4 A respectiva previsão pode ser encontrada na parte I e seguintes da Constituição da República Portuguesa.

5 Conforme o artigo 103, 1 do Regimento da Assembleia da República nº 1/2020 de 31 de agosto, prevê que: *“As comissões parlamentares podem requerer ou proceder a quaisquer diligências necessárias ao bom exercício das suas funções, nomeadamente: a) Proceder a estudos; b) Requerer informações ou pareceres; c) Solicitar depoimentos de quaisquer cidadãos; d) Realizar audições parlamentares; e) Requisitar e contratar especialistas para as coadjuvar nos seus trabalhos”*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/regimento-assembleia-republica/1-2020-141382322>. Acesso em: 03 de setembro.

6 *Cyber: How big is the threat?*. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA\(2019\)637980](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA(2019)637980). Acesso em: 02 de setembro.

7 ESPAS, European Strategy and Policy Analysis System. *“Global trends to 2030 - Challenges and choices for Europe”*. An Inter - Institutional EÜ Project, April 2019, volume1, ISBN 978-92-76-01898-8, p.1-50.

manifestação da APAV, visto que em se tratando de violação de direitos e garantias, acredito que ouvir um departamento que promove apoio às vítimas de cibercrime seria bastante relevante. Visto que, um ambiente digital saudável não depende apenas de ações governamentais, mas também do próprio comportamento e da consciência de cada usuário da internet.

Após as devidas análises realizadas dos projetos, restou de maneira conclusiva pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos e Liberdades e Garantias que ambos reuniam os requisitos constitucionais e regimentais para que pudessem assim entrar em fase de discussão e votação em plenário⁸.

Realizando um pequeno salto nos demais trâmites que ocorreram, encontramos-nos agora em 17 de maio de 2021, data em que houve a publicação pela Assembleia da República, no Diário da República, da Carta portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. É importante ressaltar que até a sua publicação o texto da lei passou por algumas retificações necessárias⁹, mas atualmente a Lei nº 27 de 17 de maio de 2021 encontra-se devidamente consolidada e em sua total vigência¹⁰. Para além da retificação mencionada, o texto original da Carta passou por alterações trazidas pela Lei nº 15/ 2022 de 11 de agosto, que revogou algumas previsões a fim de simplificar o regime de proteção contra a desinformação e assegurar a sua articulação com o Plano Europeu de Ação contra a Desinformação¹¹.

Por fim, realizada a breve exposição acerca da origem da respectiva lei, na sequência serão feitas as pontuações e reflexões diretamente relacionadas ao texto da própria Carta.

8 O respectivo parecer está disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938355a5459304e6a5669597931695a54637a4c5452694e7a49744f4746695969316d4f474d314d3245314e324d33596d49756347526d&fich=9e6465bc-be73-4b728abbf8c53a57c7bb.pdf&Inline=true>. Acesso em: 02 de setembro.

9 Houve alguns ajustes textuais principalmente devido à manifestação do Tribunal Constitucional acerca da fiscalização sobre a constitucionalidade. A declaração de retificação realizada foi a de nº 18/2021 de 09 de junho, publicada no Diário da República, 1ª série, nº 111, p. 4. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/declaracao-retificacao/18-2021-164870232>. Acesso em: 02 de setembro.

10 O seu texto integral está disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3446&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 04 de setembro.

11 O respectivo plano foi comunicado em 2018 através da Comissão Europeia conjuntamente com o Parlamento Europeu ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social e demais Comitês das regiões sobre a desinformação que é entendida com uma informação comprovadamente falsa ou enganadora apresentada, criada e divulgada a fim de obter vantagem ou enganar propositalmente. O texto integral encontra-se disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52018JC0036>. Acesso em: 04 de setembro.

Observações reflexivas e críticas sobre a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital

Após já ter sido exposto de maneira breve e pontual alguns detalhes sobre a origem da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, iniciaremos a partir deste tópico as exposições de comentários reflexivos e jurídicos sobre o seu texto. É válido lembrar que não é o objetivo deste artigo realizar explicações minuciosas sobre as previsões trazidas pelo documento, mas sim apresentarmos de um modo mais generalizado as principais observações que merecem uma maior atenção.

O ponto de partida deste tópico é a ideia de que a Carta traz expressamente a previsão sobre os direitos em ambiente digital, sendo que a República Portuguesa está inserida em um processo de transformação digital e o respectivo documento servirá como instrumento de promoção, proteção e livre exercício dos direitos humanos em um ambiente digital¹².

Ora, se pensarmos pelo lado da intenção em realmente promover os direitos humanos, o Estado português poderia ter investido maiores esforços para a realização de um evento maior. Ou seja, poderia ter realizado um projeto envolvendo outros países e outras unidades (entenda como organizações internacionais, departamentos, conselhos entre outras autoridades) interessadas nesta iniciativa para realmente realizar uma promoção de modo mais abrangente, e não apenas a sua elaboração através de um processo legislativo comum¹³. Pois, mesmo que a intenção tenha sido acertada, a amplitude em promover realmente os direitos humanos em sede de ambiente digital não foi suficientemente satisfatória.

É possível também entender que, embora tenha havido contributos e pareceres sobre os projetos de lei, mencionados anteriormente, não há sequer referências sobre documentos internacionais a nível de direito comparado. Esta ausência pode gerar certo prejuízo, pois quando estamos falando sobre ciberespaço¹⁴ não conseguimos delimitar, precisamente, um perímetro de segurança. Sendo que, os métodos ligados à defesa informática podem até serem capazes de desenhar, por exemplo, através de programas um perímetro de segurança, mas nós seríamos este próprio perímetro de segurança devido ao fato de sermos corresponsáveis pelos demais que navegam no ciberespaço.

12 Artigo 2º da Carta portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. *Op cit.*

13 Esta ideia é promovida pelo Professor José Melo Alexandrino em “*Dez breves apontamentos sobre a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*”. Paper publicado pelo ICJP e CIDP, a pedido da Comissão da Carteira Profissional de Jornalista (CCPJ), 2021.

14 Este termo foi utilizado pela primeira vez pelo escritor norte-americano William Gibson no ano de 1984 ao retratar como uma “*alucinação consensual vivenciada diariamente por bilhões de operadores autorizados, em todas as nações [...] uma representação gráfica de dados de todos os computadores do sistema humano. Uma complexidade impensável. Linhas de luz alinhadas no ar não-espaço da mente, aglomerados e constelações de dado*”. In. “*Neuromancer*” (tradução de Fábio Fernandes). São Paulo: Editora Aleph, 4ª edição, 2008, p. 69. Mais tarde, 1999, Pierre Lévy afirmou que, “*Eu defino o ciberespaço como o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores*”. In. “*Cibercultura*” (traduzido por Carlos Irineu da Costa). São Paulo: Editora 34, 1999, p. 92.

Logo, o «apoio» buscado pela Carta a outros documentos poderia sim ter trazido conteúdos interessantes a serem previstos.

Seguimos agora para outro aspecto, e devemos considerar que no que relaciona aos conceitos e princípios basilares do Direito e suas diversas ramificações, podemos facilmente detectar que há em si alguns atritos quanto à aplicabilidade do ordenamento existente frente à realidade que vivemos hoje com o movimento de globalização. Assim sendo, através da leitura do texto da própria Carta conseguimos perceber que não houve sequer alguma inovação no que relaciona ao ambiente digital e as respectivas proteções a serem asseguradas. Isto ocorre porque de um lado conseguimos detectar a preocupação em promover os direitos humanos, a inclusão social, a melhoria do acesso a todos os cidadãos, e inclusive prestar mais assistência aqueles que forem vulneráveis. Mas sabemos que, quando estamos diante da realidade digital muitas normas que são aplicadas à “sociedade presencial” nem sequer podem ser aplicadas no ciberespaço porque pode haver algum conflito ou até mesmo porque inexistente documento para tutelar uma situação específica.

A intenção de proteção trazida na Carta é realmente perceptível, mas podemos verificar também que há um aumento no que se refere à intervenção do Estado. Contudo, surge a seguinte questão: Como se pode promover, especialmente, a liberdade de expressão dos cidadãos e os direitos da pessoa humana sendo que os limites a serem impostos pelo Estado prevalecem? Ora, se há este aumento da intervenção do Estado, não podemos confirmar o objetivo trazido expressamente na Carta afirmando que “*as normas que na ordem jurídica portuguesa consagram e tutelam direitos, liberdades e garantidas são plenamente aplicáveis no ciberespaço*”. Ou seja, se há uma maior intervenção do Estado não podemos concluir realmente que existirá esta aplicabilidade plena (uma vez que o próprio termo “plenamente” se refere à completamente, totalmente ou inteiramente)¹⁵, e conflitos de normas podem ocorrer.

Devemos lembrar que, em se tratando da existência de temas que se relacionam aos direitos fundamentais e direitos humanos, devemos considerar que há uma proximidade entre eles. Como neste trabalho dispensaremos os aprofundamentos acerca das discussões sobre as naturezas e os seus conceitos, consideraremos o pensamento explanado por Gomes Canotilho e Vital Moreira ao afirmar que ambos se distinguem porque os direitos fundamentais são aqueles que estão constitucionalmente positivados e juridicamente garantidos por um ordenamento jurídico interno, e os direitos humanos são aqueles direitos de todas as pessoas ou coletividades de pessoas que independem da sua positivação jurídica em ordenamentos político-estaduais¹⁶. E, complementando este pensamento, Flávio Tartuce afirma que existência dos direitos fundamentais visa também a previsão de diretrizes gerais, garantias de todo

15 Sinônimos retirados do dicionário online de sinônimos. Disponível em: <https://www.lexico.pt/plenamente/>. Acesso em: 05 de setembro.

16 *Constituição da República Portuguesa anotada (artigos 1º a 107º)*. Coimbra: Coimbra Editora, volume I, 4ª edição, 2007, p. 240.

cidadão que de maneira livre encontra-se livre do poder excessivo do Estado¹⁷.

Portanto, temos um conflito entre a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital com a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁸ e com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁹, pois ambos preveem a liberdade de expressão como um direito a ser assegurado à todas as pessoas sem que exista qualquer ingerência de autoridade pública no que refere a receber ou transmitir informações, com o devido respeito aos deveres e responsabilidades.

A Organização das Nações Unidas afirma que a internet se tornou um meio fundamental, pois através dela os indivíduos podem exercer o seu direito à liberdade de opinião e expressão, com o devido respaldo do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁰.

A transformação digital que a República Portuguesa tem vivenciado, e o restante do mundo também, necessita de um ordenamento que impulse ou inove e se torne mais apto a assegurar os direitos e garantias aos cidadãos quando estamos em um ambiente digital. Esperávamos uma maior atualização a ser trazida pelo texto legal, mas não foi isso que ocorreu. Sendo que o próprio Conselho Superior do Ministério Público demonstrou expressamente em seu parecer que a previsão de princípios fundamentais apresentados ao longo do texto da Carta já se encontra consagrados. Ou seja, em se tratando de assuntos relacionados ao panorama atual que tem sofrido diversas transformações digitais, apenas houve a repetição de conteúdo acerca dos direitos

17 *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*". Rio de Janeiro: Editora Forense, volume I, 15ª edição, 2019, p. 226.

18 “Artigo 19º - Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2018/01/Declaracao-Universal-dos-Direitos-Humanos.pdf> . Acesso em: 05 de setembro.

19 “Artigo 10º - Liberdade de expressão - 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.; 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf . Acesso em: 05 de setembro.

20 UNITED NATIONS, General Assembly - Human Rights Council. “Promotions and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development”. Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf . Acesso em: 05 de agosto.

e garantias²¹. E como complementação, podemos citar também que o parecer emitido pela Comissão Nacional de Proteção de Dados afirmou que na própria Carta contém alguns pontos que colidem com entendimentos consagrados em sede de jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e com o Direito da União Europeia²².

Quando estamos em sede de assuntos que se relacionam ao Direito Digital²³, como este é tratado como a própria evolução do Direito, as novas normas a serem consagradas deveriam considerar que os assuntos envolvendo as novas tecnologias terão sempre o respeito as diretrizes basilares do Direito, porém com as devidas adaptações. Sendo assim, podemos refletir de maneira metafórica que, assim como para Darwin a adaptação é vista como uma chave-mestra, ela também é uma característica imprescindível do Direito. Ou seja, com o passar dos anos e com as transformações trazidas pela tecnologia, o Direito deve acompanhar e se adequar ao que acontece na sociedade, do contrário ficará paralisado no tempo, e possivelmente desordens ocorrerão.

Entretanto em se tratando de uma lei que almeja a consagração de direitos humanos na era digital, o mínimo de inovação interpretativa deveria haver. Inclusive, algumas pessoas podem exercer sua democracia por exemplo através das redes sociais devido à digitalização dos meios de comunicação social. Mas como se pode notar, muito embora seja um documento legislativo novo, a Carta nada mais apresenta do que uma exposição de conteúdos já previstos.

Segundo Paulo Bonavides, a consagração das dimensões de direitos fundamentais ocorre de modo gradativo conforme vão sendo disciplinados em textos constitucionais²⁴, e seguindo este raciocínio, será que podemos considerar o ambiente virtual como uma nova dimensão de direitos fundamentais? Afinal de contas, se considerarmos que ele é uma extensão do nosso ambiente físico, é plenamente possível que se tenha a aplicação dos direitos, deveres, garantias e demais normas. Mas em decorrência dos próprios desafios trazidos pela sociedade tecnológica e seus reflexos, estas consagrações a serem aplicadas ou criadas merecem alta atenção, caso contrário existirão apenas documentos legislativos sem utilidade alguma e compostos de “conteúdos vazios”.

O professor da Faculdade de Direito de Lisboa, José Melo Alexandrino, afirma que a Carta para além de apresentar uma desgradação da concepção constitucional acerca da liberdade de expressão também apresenta certa con-

21 O texto integral deste parecer está disponível no mesmo link, já apresentado neste trabalho, do Projeto de Lei 498/XIV/1. *Op cit.*

22 *Idem.*

23 Seguindo o conceito trazido por José Gaspar Schwalbach, o Direito Digital é uma área resultante da Ciência do Direito e a Ciência da Computação, e considera-se um conjunto das relações jurídicas, normas, aplicações e conhecimentos que forem oriundas do mundo digital. E ao ser aplicado nos dias atuais, necessariamente abrangerá matérias de diversos ramos do ordenamento jurídico, como: direito penal (cibercrimes), direito civil, laboral, tributário, comercial e inclusive o direito constitucional. *In. “Direito Digital”*. Coimbra: Editora Almedina, 2021, p. 23.

24 “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo: Editora: Malheiros, 15ª edição, 2004, p 563.

fusão no que se refere aos direitos fundamentais da comunicação; é dotada de um caráter tripló negativo porque traz previsões com efeitos restritivos (artigos 2º, 1; artigo 3º,1; artigo 4º e 6º) inibitórios (artigos 6º, 2 a 5) e discriminatórios²⁵(artigos 6º, 2 a 5) e que é um documento baseado em notórios equívocos sobre o objeto, conceitos e âmbito de regulação dos parâmetros europeus ou até mesmo de Direito Comparado e de Direito Internacional²⁶.

O grande problema que se enfrenta quando estamos diante de direitos e garantias não está apenas na criação de legislação em si, mas sim em como podemos assegurá-los. Conseguimos notar que, a Carta possui em seu texto a utilização de termos como “controles”, “medidas”, “combater”, “promover”, e em se tratando de ambiente digital onde milhares de comunicações são processadas em segundos e a realização de trabalhos nestes ambientes necessitam de profissionais com preparos específicos, eis a questão: Estaria mesmo o Estado português disposto a iniciar estas ações? Acerca da promoção da acessibilidade, por exemplo em espaços públicos, a internet nestes lugares estaria revestida com os devidos parâmetros de segurança para que os cidadãos naveguem de maneira segura?

Há diversos outros questionamentos que podem ser trazidos a nível de segurança da informação, e que devem ser levados em consideração quando o assunto é legislar sobre este meio. Pois, é exatamente no âmbito da segurança da informação que encontramos os pontos que se relacionam à ciberdefesa²⁷, cibersegurança²⁸, os serviços de prevenção e mitigação acerca das informações, a investigação criminal que surge quando estamos diante da ocorrência de um cibercrime entre outros.

Embora essas questões técnicas contenham certa complexidade e diversos assuntos correlatos, estes não serão expostos neste trabalho por se tratar de conteúdos que extrapolam o limiar desta pesquisa. Mas, considerando todo o processo de expansão das transformações tecnológicas, podemos afirmar que a era digital não é algo do futuro, pois já está acontecendo há algum tempo e as dificuldades e necessidades de se tutelar pelos direitos no meio digital tem sido cada vez mais urgentes, em decorrência principalmente, do crescimento da cibercriminalidade.

Portanto, deixo através de perguntas alguns pontos que merecem uma reflexão que vai além da previsão dos dispositivos trazidos na Carta, são eles: Podemos acreditar que a existência, por si só, de uma legislação irá amparar e assistir, devidamente, a sociedade diante dos problemas ocorridos no cibe-

25 Vale ressaltar que sobre este último aspecto temos a afirmação da ANACOM através de seu parecer. Este documento pode ser encontrado na parte dos documentos originários acerca da Lei nº 27 de 17 de maio de 2021.*Op cit.*

26 *Op cit.*

27 Está voltada mais para o sentido da própria atuação do Estado em tomar decisões e promover ações a fim de defender os direitos, inclusive quando o assunto envolve ataques cibernéticos.

28 Sua interpretação deve ser feita não só em sede do Direito, mas também em como se deve reagir, detectar, proteger, prevenir quando se tem conflitos no ciberespaço.

respaço?; As autoridades competentes estariam mesmo “atualizadas”, e com o devido conhecimento para poderem tutelar e legislar diante do ambiente digital?; Considerando a dificuldade de se delimitar barreiras no ciberespaço e a interconectividade do mundo, é possível pensar sobre a existência de um documento universal que tutele pelos direitos e garantias no ciberespaço?.

A fim de complementar estes questionamentos, apresento a afirmação de Mário Antunes e Baltazar Rodrigues, ao dizer que a dimensão global que a internet alcançou interligando os cinco continentes gera a dificuldade de se gerir centralmente uma infraestrutura única ou localmente através dos governos de cada país, até porque, um dos princípios fundamentais da internet é distribuir as competências e não obedecer a governação central²⁹.

Portanto, acredito que a criação de documentos legislativos por si só não é capaz de prestar a devida assistência neste cenário, pois proteger e assegurar os direitos e garantias vai muito além da atuação solitária do Estado, e convenhamos, como pudemos perceber neste trabalho, a própria existência da Carta não passa de um documento em vigência com conteúdo vazio e que não alcança os objetivos trazidos no seu próprio texto.

Sabemos a sociedade tem vivenciado ao longo dos tempos diversas transformações, e a atualização é sempre necessária mesmo em se tratando de autoridades de deleguem as funções. O conhecimento sobre os assuntos que se relacionam com o ciberespaço, mesmo que básico, deve fazer parte da pauta da vida de todos nós. Há quem não queira se atualizar, e com o devido respeito, em se tratando dos profissionais (de um modo geral) que lidam com o Direito, este tipo de conhecimento é imprescindível porque não há como se pensar acerca da adaptação do próprio Direito sendo que os profissionais que o aplicam estão despreparados. Por outro lado, é preciso que a sociedade tenha cada vez mais a consciência de que, em se tratando de ciberespaço, a responsabilidade não recai apenas sobre o Estado, mas também sobre todos nós. Pois, nós, como usuários da internet temos nossa parcela de responsabilidade quanto à manutenção dos direitos e responsabilidades acerbadas consequências que podem ocorrer a partir do nosso próprio “click”.

Trata-se aqui de um jogo de atuação conjunta entre a sociedade e o Estado. Em breves palavras, se pararmos alguns minutos para refletirmos acerca das situações que ocorrem no ciberespaço, por um lado se não houver a devida cautela, os nossos próprios direitos e garantias (que foram alvo de grandes entraves ao longo dos anos até serem consagrados) poderão entrar e atrito³⁰. Ou seja, a título de exemplo, a própria liberdade de expressão e direito à privacidade tem gerado diversas discussões quando o assunto é o comportamento dos cidadãos em ambiente digital.

Por fim, a preocupação sobre a proteção dos direitos fundamentais e

29 *Introdução à cibersegurança - a internet, os aspetos legais e a análise digital forense*. Lisboa: FCA - Editora de informática, 2018, p. 16-17.

30 A respectiva frase deve ser entendida como algo que poderá sofrer limitação em decorrência da situação que estiver em questão no ciberespaço.

dos direitos humanos em sede de ambiente digital tem sido cada vez mais questionada, pois embora as transformações tecnológicas apresentem benefícios, os desafios de lidar com seus impactos no Direito tem sido cada vez mais evidentes.

Contudo, com todas as inovações que temos vivenciado no mercado, uma coisa é certa, todo cuidado é pouco quando se trata de internet. Afinal de contas, o conforto e a agilidade de nos conectarmos de onde estivermos se não for de maneira adequada, pode gerar uma desordem considerável. Devemos lembrar que, temos uma sociedade marcada pelo dinamismo, ou talvez pelo imediatismo, e suspiro logo em pensar o que Zygmunt Bauman continuaria dizendo sobre a modernidade líquida com toda essa metamorfose frenética que vivenciamos nos dias de hoje. São tempos difíceis, e como o Direito irá abraçar e prestar as devidas assistências para este cenário, teremos que continuar acompanhando as cenas dos próximos capítulos.

Considerações finais

Embora o presente artigo não tenha exposto, de modo aprofundado, todo o conteúdo trazido na Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, as questões basilares que foram apresentadas são de extrema importância jurídica e reflexiva. Pois, a intenção de promover a proteção dos direitos humanos em ambiente digital é perceptível, porém a existência por si só da Carta não é suficiente. Sendo que, para além da repetição de direitos, garantias e princípios já consagrados, ainda há conteúdos vazios que mereciam uma previsão mais explicativa e direcionada ao próprio ambiente digital. Pois, mesmo que possamos considerar este ambiente uma extensão do meio presencial, é imprescindível que tenhamos as atualizações e adaptações corretas ao meio para evitarmos conflitos acerca da aplicabilidade do ordenamento jurídico.

É preciso ressaltar também que a previsão acerca da maior intervenção do Estado, nem sempre é uma saída viável, pois infelizmente nos deparamos com o despreparo dos profissionais que atuam na área para lidar com este contexto. Sem contar que, é preciso considerar também o fato de que a promoção da acessibilidade deve estar conjuntamente ligada aos parâmetros necessários de segurança para uma navegação segura na internet. Sendo que, momento de globalização tecnológica que vivemos, a busca de uma solução para resolver situações conflituosas em ambiente digital através da edição de uma lei e de respostas do Estado, principalmente sobre responsabilidade, não são suficientes.

Concluimos que, é importantíssimo a atuação do Estado juntamente com uma maior conscientização dos cidadãos sobre a responsabilidade que cada um tem sobre o seu próprio “click” em ambiente digital; é preciso também que todos os profissionais e autoridades, atuantes na área do Direito de um modo geral, se atualizem e deixem de lado aquela velha ideia de sempre

delegar funções para que se possa alcançar a real adaptação do Direito às mudanças que a sociedade tem vivenciado. Afinal de contas, assim como grande parte do mundo hoje encontra-se interligado através da conectividade proporcionada pelo uso da internet e das mais diversas tecnologias existentes, o atual cenário conflituoso que envolve o Direito e as Novas Tecnologias jamais poderá ser solucionado através de ações singulares, mas sim, através de atuação síncrona do Estado e a sociedade.

Referências

ALEXANDRINO, José Melo. “*Dez breves apontamentos sobre a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*”. Paper publicado pelo ICJP e CIDP, a pedido da Comissão da Carteira Profissional de Jornalista (CCPJ), 2021.

ANTUNES, Mário; RODRIGUES, Baltazar. “*Introdução à cibersegurança - a internet, os aspetos legais e a análise digital forense*”. Lisboa: FCA - Editora de informática, 2018.

BONAVIDES, Paulo. “*Curso de Direito Constitucional*”. São Paulo: Editora: Malheiros, 15ª edição, 2004.

BRUXELAS, Comissão Europeia. “*Plano de Ação contra a desinformação*”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52018JC0036>.

EUROPEAN PARLIAMENT. “*Cyber: How big is the threat?*”. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA\(2019\)637980](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA(2019)637980).

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. “*Constituição da República Portuguesa anotada (artigos 1º a 107º)*”. Coimbra: Coimbra Editora, volume I, 4ª edição, 2007.

ESPAS, European Strategy and Policy Analysis System. “*Global trends to 2030 - Challenges and choices for Europe*”. An Inter - Institutional EU Project, April 2019, volume 1, ISBN 978-92-76-01898-8, p.1-50.

FRANCE, European Court of Human-Council of Europe.” *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf.

GIBSON, WILLIAM. “*Neuromancer*” (tradução de Fábio Fernandes). São Paulo: Editora Aleph, 4ª edição, 2008.

LÉVY, Pierre. “*Cibercultura*” (traduzido por Carlos Irineu da Costa). São Paulo: Editora 34, 1999.

NEGRÃO, Ana Lia. “*Nota de admissibilidade - direção parlamentar - divisão de apoio ao plenário - Assembleia da República*”. Disponível em: https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=61485_23063484d364c793968636d-356c6443397a6158526c637939595_3565a4d5a5763765247396a6457316c626e-527663306c7561574e_7059585270646d45764e324d34597a5130597a49744f4468684d53_30304e7a59314c546c684f5755745a444669596_a55325a6d566a597a68684c6e-426b5a673d3d_&fich=7c8c44c2-88a1-4765-9a9e-d1bb5_6f6cc8a.pdf&Inline=true. Acesso em: 02 de setembro.

PORTUGAL. “*Léxico.pt: dicionário Português Europeu*”. Disponível em: <https://www.>

lexico.pt/plenamente/.

PORTUGAL, Partido Socialista. “*Projeto de Lei nº 473/XIV - Aprova a Carta de Direitos Fundamentais na Era Digital*”. Disponível em: https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=61485230_63484d364c793968636d-356c6443397a6158526c63_79395953565a4d5a5763765247396a-6457316c626e5276633_06c7561574e7059585270646d45764d6d5a6a4f44566d4e475574596a4a69597930304d54526b4c546b794d6d55744e7a67304d6d55324e3249784e5759334c6d527659_773d3d&fich=2fc85f4e-b2bc-414d-922e-7842e67b15f7.doc&Inline=true .

PORTUGAL, PAN. “*Projeto de Lei 498/XIV/1 - Aprova a Carta dos Direitos Digitais e um conjunto de medidas complementares que asseguram o reforço das garantias dos cidadãos no domínio digital*”. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=45218>

PORTUGAL, Assembleia da República. “*Declaração de Retificação nº 18/2021, de 9 de junho*”. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/declaracao-retificacao/18-2021-164870232> .

_____. “*Regimento da Assembleia da República nº 1/2020, de 31 de agosto*”. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/regimento-assembleia-republica/1-2020-141382322> .

_____. “*Carta portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*”. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3446&tabela=leis&so_miolo= .

_____. Centro de informação das Nações Unidas em Portugal. “*Declaração Universal dos Direitos do Homem*”. Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2018/01/Declaracao-Universal-dos-Direitos-Humanos.pdf> .

SCHWALBACH, José Gaspar. “*Direito Digital*”. Coimbra: Editora Almedina, 2021.

TARTUCE, Flávio. “*Direito Civil: lei de introdução e parte geral*”. Rio de Janeiro: Editora Forense, volume I, 15ª edição, 2019.

UNITED NATIONS, General Assembly - Human Rights Council. “*Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*”. Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf .

A ASSIMETRIA DE PODER NAS NEGOCIAÇÕES E A IMPORTÂNCIA DA BUSCA POR MEIOS CAPAZES DE ALCANÇAR O EQUILÍBRIO

Ana Luiza de Castro Viana

Advogada, pós-graduada em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mediadora de Conflitos na Faleck & Associados

Nathália Nunes Cruz

Advogada, pós-graduada em Direito Público e em Mediação e Arbitragem. Mediadora de Conflitos na Faleck & Associados e Mediadora Judicial cadastrada no Tribunal de Justiça do Espírito Santo

Resumo:

A dinâmica de poder em uma negociação pode alterar e influenciar completamente o seu resultado. Assim, o enfoque do presente estudo é a análise do instituto do poder e seus reflexos nas negociações. A relevância dessa análise se justifica pela influência de poder que uma parte demonstra na negociação, o que pode criar um desequilíbrio prejudicial ao objetivo final: o acordo. A assimetria de poder entre as partes geralmente reduz as probabilidades de um resultado positivo, o que o professor William Ury denomina de “paradoxo do poder”. O presente estudo tem como objetivo entender como o desequilíbrio de poder entre as partes negociantes afeta a construção de um acordo, bem como quais ferramentas e/ou estratégias podem ser utilizadas para equilibrar o poder entre elas. Para tal, propõe-se duas hipóteses: (H₁) o desequilíbrio de poder entre as partes pode prejudicar a construção de um acordo; (H₂) ferramentas e/ou estratégias específicas podem atuar de forma a equilibrar o poder entre as partes negociantes. Foi utilizado neste trabalho o método de pesquisa bibliográfica, especialmente livros e artigos científicos nacionais e internacionais que apresentam fundamentação técnica quanto ao tema trabalhado. Os dados foram obtidos através da revisão de documentos das fontes mencionadas e organizados conforme a pertinência temática. Os resultados obtidos demonstram que a utilização de ferramentas e/ou estratégias específicas para equilibrar o poder entre as partes de uma negociação auxilia na construção de um ambiente favorável à obtenção de um acordo.

Palavras-chave: Negociação; Assimetria; “Paradoxo do poder”; Equilíbrio de poder

Poder na negociação

É indiscutível que o instituto do poder trespassa as relações sociais desde o início das organizações humanas enquanto sociedade. Desde então, diversas teorias foram criadas para tentar explicar e definir a complexidade desse termo. De forma bastante resumida, o poder pode ser entendido como a dominação que um indivíduo exerce sobre outro.

Pode-se dizer, portanto, que o elemento crucial do poder é a capacidade de um indivíduo alcançar os objetivos que pretende mesmo em face da oposição de outrem. Deste modo, o poder pode ser exercido de diversas maneiras, podendo ser incisivo - como no caso do uso de meios coercitivos, imposição ou submissão - ou até mesmo mais sutil, como por exemplo por meio da influência ou persuasão.

O ser humano, enquanto ser social, tem a necessidade de negociar o tempo todo, por vezes de forma até mesmo imperceptível. Assim como em qualquer outra interação humana, no âmbito das negociações o poder não deixa de estar presente. Entretanto, especialmente na negociação, é imperativo que a dinâmica de poder seja entendida e explorada.

Negociar é a possibilidade que duas partes possuem de, através do diálogo, buscarem soluções para as suas necessidades ou conflito. Por consequência lógica, entende-se que para que haja uma efetiva negociação há uma troca entre as partes, ou seja, cada uma delas está disposta a ceder algo para receber em recompensa algo importante para si mesmo.

Mas se o objetivo final da negociação é equalizar os interesses, o que acontece se uma parte possui mais poder do que a outra nesse contexto? Para começar a responder essa pergunta, é essencial entender o que é o poder dentro de uma negociação. Entretanto, essa definição não é tão simples de ser elucidada, conforme foi demonstrado pelo autor Roger Fisher:

Parece melhor definir “negociação” como incluindo todos os casos em que duas ou mais partes estão se comunicando, cada uma com o objetivo de influenciar a decisão da outra. Nada parece ser ganho limitando o conceito a negociações formais que ocorrem em uma mesa, e muito a ser ganho definindo o assunto de forma ampla. Muitas ações tomadas fora de uma mesa - desde fazer discursos políticos até construir mísseis nucleares - são tomadas com o propósito de “enviar uma mensagem” para afetar as decisões do outro lado. O conceito de “poder de negociação” é mais difícil. Se tenho poder de negociação, tenho a capacidade de afetar favoravelmente a decisão de outra pessoa. Sendo assim, pode-se argumentar que meu poder depende da percepção de outra pessoa sobre minha força, então é o que eles pensam que importa, não o que eu realmente tenho. (FISHER, 1983, p. 150, tradução nossa)

Além da questão levantada por Fisher, a dificuldade em definir o poder em uma negociação advém do fato de que ele pode ser demonstrado ou exer-

cido de diversas maneiras. Desse modo, primeiramente, é preciso entender os tipos de poder que uma pessoa pode demonstrar em uma negociação. Embora autores cite diversas formas de poder dentro de desse contexto, nosso foco aqui serão os quatro apontados como mais relevantes, isto é, aqueles que alteram de forma mais drástica a dinâmica de uma negociação, quais sejam: (i) poder de dependência; (ii) poder de autoridade; (iii) poder de informação; (iv) poder psicológico.

De forma recorrente o poder dentro de uma negociação é definido como a ausência de dependência do outro. Em outras palavras, o poder de dependência se relaciona com o quanto uma parte necessita da outra para atingir seus objetivos. Sendo assim, quanto pior forem as alternativas de uma parte fora da negociação maior será a sua dependência na outra parte negociante e, conseqüentemente, menor será seu poder na negociação.

O poder de autoridade pode ser outra forma de exercer poder dentro de uma negociação. Esse tipo de poder advém de cargos, função ou títulos concedidos a um indivíduo que o torna socialmente superior à outra parte. Portanto, geralmente, esse tipo de poder está presente em uma posição formal que é exercida dentro de uma organização social que confere ao indivíduo prerrogativas decisórias. Como exemplos de pessoas que exercem poder de autoridade pode-se citar: pais, juiz, CEO, diretor de escola, político eleito, entre outros (MAYER, 1987). Importante destacar nesse ponto, que o exercício do poder de autoridade depende do contexto da negociação, isto porque, os indivíduos que o possuem somente conseguirão exercê-lo nas situações específicas da organização social em que estão inseridos.

Pode-se citar ainda o poder da informação, que é o acesso e domínio de informações que apenas uma das partes possui e que a coloca em uma posição privilegiada em relação à outra. O poder da informação pode ser considerado como um dos principais poderes que uma parte possui em uma negociação, vez que a informação é uma ferramenta essencial para se alcançar os objetivos esperados em uma negociação. É cediço que quanto mais informação uma parte possui maior a chance de que as decisões sejam tomadas adequadamente. Sendo assim, o acesso à informações como intenções, forças e vulnerabilidades de um oponente podem modificar completamente a distribuição de poder dentro de uma negociação (ADLERT; SILVERSTEINT, 2000).

Por fim, tem-se ainda o poder psicológico, que advém da habilidade do indivíduo demonstrar ao outro um poder que não existe de fato. Em resumo, é o poder enquanto uma percepção. Contudo, por se tratar de uma percepção, esse tipo de poder possui uma característica interessante, haja vista que em termos práticos, em uma negociação, aparentar ter o poder e ter poder de fato revelam as mesmas conseqüências. A percepção está no psicológico, portanto, o simples convencimento daquilo que o outro pode alcançar já é suficiente para que essa parte realmente se empodere.

Desta forma, conforme destacado por Fisher na citação supramencio-

nada, a realidade é que o poder psicológico está presente em grande parte das negociações e, é interessante observar que muitas vezes uma parte não o impõe sobre a outra já que um indivíduo pode desenvolvê-lo de forma autônoma. Isto porque, na negociação o real exercício do poder pode ser substituído pela percepção de cada parte, que sem saber efetivamente da realidade, pressupõe os recursos, interesses, habilidades, objetivos e resistências da outra parte, podendo superestimá-los (ADLERT; SILVERSTEINT, 2000).

Em resumo, o poder pode ser definido como uma variedade de fontes e abordagens para chegar a um só objetivo: exercer influência sobre os outros. Por sua vez, a influência a ser exercida sobre o outro pode trazer consequências positivas ou negativas a depender da forma em que é aplicada e do resultado desejado. Assim, o próximo capítulo é dedicado a entender as consequências do uso do poder nas negociações.

Desequilíbrio de poder e suas consequências

Baseada na hipótese 1 (H_1) do presente trabalho, esse recorte do estudo pretende entender como e por que o desequilíbrio de poder entre as partes pode prejudicar a construção de um acordo.

Conforme observado no primeiro ponto deste estudo, o poder é um instituto bastante complexo e situacional. Na maior parte das vezes ele estará presente nas negociações e os seus efeitos não podem ser ignorados, visto que a depender das circunstâncias específicas, a dinâmica de poder entre as partes é capaz de alterar e influenciar completamente o resultado esperado.

Por essa razão é de extrema importância que os negociadores estejam sempre atentos às formas e nuances de poder que se mostram presentes durante as negociações, sejam os advindos de si mesmo ou os demonstrados pela outra parte. É justamente através dessa observação que o negociador será capaz de analisar criticamente os seus efeitos e atuar de forma eficiente para atingir seus objetivos.

O poder - a capacidade de influenciar as decisões dos outros - é importante para toda negociação. E os negociadores precisam de ajuda para entender como otimizar seu poder e a melhor forma de usá-lo. No entanto, eu não concordo [...] que o resultado de uma luta pelo poder dependerá da “capacidade de um lado infligir mais danos ao outro do que recebe em troca”. Uma abertura à razão combinada com um princípio de recusa em ceder à chantagem pode mudar o jogo. (FISHER, 1985, p. 69, tradução nossa)

As partes que não entendem a natureza situacional do poder terão um desempenho ruim quando negociarem, porque olharão apenas para qual lado tem maior força e recursos em um sentido absoluto. Em vez disso, o teste crítico deve ser qual parte controla mais do que a outra parte quer ou precisa em um determinado momento. (ADLERT; SILVERSTEINT, 2000, p. 12, tradução nossa)

Estabelecido, portanto, que o poder possui implicações nas negociações e a capacidade de influenciar no processo de tomada de decisões, importa mencionar que, embora pareça óbvio que a parte mais forte sempre alcançará o melhor resultado em uma negociação, isso não necessariamente reflete a realidade. Em verdade, não é lógica a inferência de que a parte que demonstra maior poder alcançará um acordo nos termos em que tenta impor.

Pelo contrário, a assimetria de poder entre as partes negociantes geralmente reduz as probabilidades de um resultado positivo. Na negociação baseada exclusivamente no poder, aquele que detém o maior poder se coloca em uma posição de vantagem sobre o outro e passa a usar essa ferramenta como uma forma de ameaçar para alcançar tão somente os seus objetivos.

Contudo, conforme é sabido, a coação e a ameaça dificilmente geram resultados eficazes e positivos. A parte que possui menos poder se sente em desvantagem e ao invés de ceder às vontades da parte mais forte, para se defender, se utiliza do contra-ataque. O poder passa a ser combatido com poder.

Conforme mencionado no capítulo anterior, o objetivo de uma negociação é equalizar interesses, estabelecer uma troca benéfica para ambos os negociantes. Mas, no cenário citado acima, a negociação vira uma disputa e, em uma situação de disputa, necessariamente uma das partes sairá perdendo, o que destoa completamente do sentido de negociação ganha-ganha que se pretende buscar.

O Professor William Ury denomina essa situação de “paradoxo do poder”, para traduzir a ideia de que quando uma parte tenta coagir e ameaçar a outra parte com base no poder, mais essa tende a resistir e contra-atacar:

Ele resiste a chegar a um acordo não só porque você talvez esteja fazendo mais exigências, mas também porque fechar um acordo significaria aceitar a derrota. **Quanto mais você dificulta para o outro lado dizer não, mais difícil também é para ele dizer sim. Esse é o paradoxo do poder.** Nessa situação, você é forçado, a um alto custo, a tentar impor uma solução ao outro lado. E, quando ele contra-ataca, você se envolve cada vez mais numa batalha sem fim e muito dispendiosa. É fácil acabar em uma situação na qual os dois lados saem perdendo, em vez de chegar a um acordo ganha-ganha. (URY, 2014, p. 109 e 110, grifo nosso)

Diante disso, considerando que o “paradoxo do poder”, gerado pela desproporcionalidade de poder entre os negociantes, reduz as chances de que as partes cooperem entre si, torna-se evidente que o equilíbrio de poder é o cenário ideal a ser buscado para criar condições mais favoráveis ao alcance de um acordo.

O motivo para isso chega a ser óbvio, visto que uma parte que não se sente ameaçada ou coagida pelo outro, mesmo reconhecendo que talvez tenha menos poder na negociação, se dispõe mais a cooperar na busca de resultados positivos e satisfatórios, na medida em que se sente estimulada e encorajada

ao sentimento de confiança, ao trabalho conjunto voltado para a busca de uma solução favorável e à abertura para criatividade na elaboração de opções.

Por que as interações entre as partes de igual poder de barganha são mais propensas a produzir resultados favoráveis do que aquelas com poder desigual? Além de remover os fatores negativos detalhados acima, o poder simétrico tende a encorajar bons sentimentos entre as partes, abrir as partes a sugestões criativas que melhoram os negócios e remover a tentação de usar força e ameaças. É claro que não há garantia de que a igualdade de poder resultará em acordos favoráveis, mas tende a produzir condições ótimas para tais acordos. (ADLERT; SILVERSTEINT, 2000, p. 18, tradução nossa)

Não obstante, considerando que o desequilíbrio de poder não é benéfico para a negociação, mas, ao mesmo tempo, o poder é inevitável, surge a pergunta: o que fazer nessa situação? De fato, as partes que possuem maior poder não conseguem simplesmente fazer com que ele desapareça do cenário da negociação, e isso sequer é benéfico. Como já mencionado, o poder está inserido em todas as relações humanas e não é possível eliminá-lo já que todos os envolvidos terão algum tipo de poder ou influência sobre outra parte para alcançar seus interesses.

O primeiro ponto para tratamento do poder em uma negociação é a mudança de perspectiva. O poder precisa deixar de ser sinônimo de não cooperação e ser utilizado pelas partes como um meio para alcançar os seus objetivos. Desse modo, ao invés de usar o poder para impor suas vontades, as partes precisam aprender a utilizá-lo de forma a ajudar a outra parte a satisfazer o interesse de ambos os lados.

Superar o paradoxo do poder implica facilitar para o outro lado dizer sim ao mesmo tempo que dificulta dizer não. Para facilitar o sim, você precisa negociar para resolver os problemas; para dificultar o não, você precisa exercer seu poder. Você não precisa escolher entre os dois. Pode muito bem fazer ambos. (URY, 2019, p. 110 e 111)

Conforme já mencionado acima, Robert Fisher realizou sábios apontamentos no sentido de que o uso do poder não necessariamente se limita à capacidade de infligir danos a outra parte. Esse pensamento coaduna ainda mais com a proposta de William Ury quando consideramos que negociadores são pessoas e que pessoas não são influenciadas apenas por medo, mas também por ideias, fatos, princípios, leis, precedentes, relacionamentos, comprometimento, entre outros (FISHER, 1985). Assim, faz bastante sentido que as relações de poder possam ser modificadas pelo uso das táticas corretas de negociação.

Nesse sentido, é importante que as partes envolvidas em uma negociação considerem a importância do “poder”, entendam seu significado, sua dinâmica, saibam empregá-lo de forma positiva e estejam em posse de estratégias

gias e/ou ferramentas capazes de atingir o equilíbrio entre elas, de forma que a outra parte não se sinta prejudicada e seja capaz de agir de forma colaborativa rumo ao alcance dos interesses de ambos.

Formas de equilibrar o poder em uma negociação

A partir da hipótese 2 (H₂) do presente trabalho, os estudos se voltaram para a busca de ferramentas e estratégias capazes de produzir maior equilíbrio de poder entre as partes negociantes, em cenários em que uma parte tenha, ou aparente ter, maior poder na negociação.

É importante ter em mente que muitas vezes o poder e sua manifestação é uma questão de percepção, como já mencionado anteriormente. Com isso, a estratégia de como equilibrar poderes em uma negociação começa com a identificação do poder de cada parte, com a análise de como esse poder pode se manifestar, e se esse poder tem o condão de, de fato, agir sobre a outra parte negociante.

Para auxiliar essa análise, é importante levantar três perguntas: 1- O que é que eu quero e preciso da outra parte?; 2- Que ação negativa a outra parte pode exercer contra mim se nenhum acordo for alcançado?; 3- Que alternativas eu tenho a esse acordo? Faz-se necessária, ainda, a elaboração do raciocínio inverso, onde o seu próprio poder e influência sobre a outra parte são analisados (ADLERT; SILVERSTEINT, 2000).

Após o levantamento dessas questões, é importante avaliar quais ferramentas e estratégias podem auxiliar na tarefa de equilibrar o poder entre as partes. No presente trabalho analisaremos quatro desses recursos: (i) a preparação; (ii) o fortalecimento e o enfraquecimento do BATNA (melhor alternativa ao acordo negociado); (iii) a utilização de um mediador; e (iv) a formação de alianças com outras partes.

Preparação

Para iniciar uma negociação a preparação é um recurso estratégico indispensável, uma vez que possibilita uma visão mais ampliada do cenário e das possibilidades, permite que as partes sejam eficientes e que consigam alcançar resultados satisfatórios. Apesar de nem sempre isso acontecer - seja por não saber como se preparar ou ainda por acreditar que essa etapa é dispensável -, uma boa preparação permite que os envolvidos antecipem possíveis cenários e encontrem boas maneiras de lidar com situações difíceis, identificando estratégias para os problemas que possam ser enfrentados. Para MNOOKIN; PEPPET; TULUMELLO (p. 49) ela começa com os seguintes passos: (i) identificar as questões e pensar nos interesses - seus e do outro; (ii) considerar as oportunidades que criam valor; (iii) conhecer o seu BATNA e melhorá-lo, se possível; (iv) estabelecer um nível de aspiração ambicioso, mas realista.

Assim, a preparação proporciona de maneira eficaz o levantamento de informações a respeito da negociação e das partes, o que se traduz em rico

material com potencial para aumentar o poder das partes em busca da satisfação de seus interesses.

Mais do que qualquer outra fonte de poder, a informação proporciona a maior oportunidade para mudar a dinâmica de uma negociação. A informação devidamente recolhida permite aos negociadores discernir as fraquezas, vulnerabilidades, gostos, aversões, estratégias, e aspirações dos seus oponentes. Isto permite aos negociadores satisfazer eficazmente as necessidades do outro lado, e antecipar e bloquear os jogos de poder. (ADLERT; SILVERSTEINT, 2000, p. 84, tradução nossa).

Um ponto central da preparação, na qual a negociação deve estar fundada, é a identificação dos múltiplos interesses das partes, de suas necessidades para além de suas posições e os interesses que definem o problema (URY, 2014). A preparação, como método, é importante ferramenta para que se possa compreender e levantar essas informações.

Fortalecimento do BATNA

Em algumas situações, lançar mão de estratégias e ferramentas simplesmente não vai possibilitar que uma parte aumente a percepção de seu poder pela outra parte e, nessas situações, é importante que a parte com menor expressão de poder possa ter uma alternativa suficientemente boa que evite com que ela seja compelida a ceder diante de uma parte mais poderosa.

[...] é preciso ter um limite. Isto é particularmente crucial contra um oponente com poder de barganha superior que parece determinado a forçar sua vantagem ao máximo. Também ajuda quando um negociador descobre que um adversário tem objetivos e interesses que não se sobrepõem de forma alguma aos seus. Às vezes, um oponente insistirá em um acordo que é realmente pior para o negociador do que se nenhum acordo tivesse sido alcançado. Os negociadores precisam ter sempre em mente a opção de “não haver acordo”, especialmente porque o tempo e a energia que investiram em barganhas muitas vezes os leva a alcançar algum acordo - qualquer acordo. (ADLERT; SILVERSTEINT, 2000, p. 65, tradução nossa)

Como já mencionado anteriormente, uma das formas de expressão de poder em uma negociação é o poder de dependência, ou seja, o quanto você depende do outro para atingir seus objetivos. Esse tipo de poder é essencial de ser observado em uma negociação, pois trabalhar no seu BATNA ou seja, nas suas alternativas fora da negociação, é a chave para aumentar seu poder.

Se você tem um bom BATNA, não precisa ser maior, mais forte, mais experiente ou mais rico do que o outro lado para ter poder na negociação. Se você tem uma alternativa viável, vai ter mais poder de influência na negociação. Quanto melhor for sua BATNA, maior será

seu poder. (URY, 2014, p. 28)

[...] uma maneira extremamente eficaz de lidar com partes mais poderosas é criando alternativas atraentes para um acordo com a parte mais forte. Criar alternativas, ou seja, melhorar o “ponto de fuga” de alguém ou BATNA, aumenta o poder reduzindo a dependência de alguém do outro lado. Ao buscar alternativas adicionais, pode-se buscar outras maneiras de atender às necessidades de cada um ou de contrariar as ações negativas que um oponente pode tomar. Ao fazer isso, pode-se afetar substancialmente o poder relativo de cada parte. Ou seja, aquele que adquiriu novas alternativas torna-se mais poderoso, e a outra parte menos, com relação à transação em questão. (ADLERT; SILVERSTEINT, 2000, p. 86, tradução nossa).

Não restam dúvidas que BATNA e poder então intrinsecamente ligados dentro de uma negociação, vez que ter poder de verdade é ter a prerrogativa de se sair muito bem se não fizer acordo, mas se sair melhor ainda se conseguir alcançar seus objetivos na negociação.

Sendo assim, é importante que na sua preparação o negociador reflita não apenas sobre seus interesses dentro da negociação, mas também nas suas possibilidades fora dela. Ter alternativas auxilia o negociador a saber seu limite dentro da negociação, o quanto está disposto a aceitar sem ser prejudicado.

Em grande medida, meu poder em uma negociação depende de quão bem posso me sair bem se desistir. Em “Como Chegar ao Sim”, instamos o negociador a desenvolver e melhorar seu “BATNA” - sua melhor alternativa para um acordo negociado. Um tipo de preparação para a negociação que aumenta o poder de negociação é considerar as alternativas para chegar a um acordo com esse parceiro de negociação específico, selecionar o mais promissor e melhorá-lo na medida do possível. Esta alternativa define um limite. Se eu seguir essa prática, toda negociação levará a um resultado bem-sucedido, no sentido de que qualquer resultado que eu aceite será melhor do que qualquer outra coisa que eu possa fazer. (FISHER, 1983, p. 156, tradução nossa)

Uso do mediador

Dentro da mediação, o mediador é a figura neutra e imparcial, que tem sua autoridade reconhecida pelas partes e que é capaz de auxiliá-las a desenvolver movimentos em direção ao consenso, por meio da gestão das fases do procedimento e da aplicação de ferramentas capazes de levar as partes ao diálogo prospectivo.

Como o mediador é um terceiro externo ao conflito, de confiança das partes, sua posição dissociada permite desencorajar comportamentos agressivos, o uso bruto do poder e os jogos melindrosos. O mediador pode auxiliar as partes a mapear respostas às perguntas que buscam a compreensão a respeito do poder que elas possuem naquela negociação, além de auxiliar a parte que aparenta possuir menos poder.

[...] Pode parecer prematuro trazer um mediador para dentro de uma disputa antes mesmo de ela “estourar”. Mas a verdade é que uma parte neutra pode guiar as participantes para uma zona de negociação de forma muito mais eficaz do que se elas o fizerem por conta própria. Profissionais neutros podem ser particularmente úteis na fase de colher informações. Através de um processo de “descoberta conjunta” [...], o líder pode ajudar as partes a gerar dados e previsões que possam ser aceitos por todos. (SUSSKIND, 2003, p. 04)

Importante ressaltar que como as partes não estão vinculadas a um resultado na mediação, sendo este um procedimento voluntário, ao escolher participar de sessões de mediação as partes cedem seu poder ao procedimento e ao mediador, sendo menos provável que ela utilize seu poder de forma a compelir a outra parte, uma vez que a outra parte também está participando do procedimento de maneira voluntária (ADLERT; SILVERSTEINT, 2000).

Por fim, ainda sobre a utilização de mediadores, na configuração do *setting* de mediação, a comediação pode apresentar vantagens em determinados contextos, como num contexto de desequilíbrio de poder, uma vez que pode ser um indicador positivo ao gerar equilíbrio devido à diversidade dos mediadores. Atuar em conjunto, de forma a expressar a diversidade, pode contribuir para que uma parte não se sinta preterida em relação a outra e pode auxiliar na percepção, pelas partes, da imparcialidade dos mediadores (LOVE; STULLBERG, 2019).

Buscar alianças

Na busca por equalizar a dinâmica do poder em uma negociação, o arranjo de alianças com outras partes pode ser uma forma eficiente de aumentar o poder de uma parte e reduzir o poder, ou a sua expressão, de outra parte.

Uma maneira de equalizar ou exceder o poder de uma parte mais forte é formar uma aliança com outros que compartilham o interesse em trabalhar contra a parte mais forte. Este princípio se estende desde aqueles que são aliados amigáveis até aqueles que não gostam de um inimigo comum apenas um pouco mais do que não gostam de um do outro. (ADLERT; SILVERSTEINT, 2000, p. 105, tradução nossa)

Para Ury (2014), além desse viés, “Pensar em uma negociação como um evento que acontece entre duas pessoas, ou dois lados, pode ser esclarecedor, mas não deve cegá-lo em relação à presença de outras pessoas, facções e outras influências”. Segundo o autor, todos os negociadores têm alguém, que não está na mesa de negociação, cujos interesses devem respeitar.

Temos, assim, que alianças estratégicas podem aumentar o poder das partes em uma negociação, a partir da união de seus recursos e capacidade de influenciar na satisfação dos interesses da outra parte negociante, colaborando com a parte com menor expressão de poder em mesa.

Conclusão

O desequilíbrio do poder leva os negociantes mais poderosos a agirem com base no poder, ou seja, a tentar impor ao outro as suas vontades e interesses. Essa ação leva a outra parte a rebater por meio da resistência, dificultando um resultado positivo. Esse “paradoxo do poder” gera desgaste, desconfiança e impede as partes de alcançarem seus reais objetivos.

O uso de poder para resolver disputas é um enfoque ainda mais custoso, pois implica batalhas de imposição de custos entre as partes e retaliações, que resultam em danos e em perdas decorrentes da deterioração de relacionamentos e reputação. Muitas vezes, vencedores de disputas de direitos e poder saem quase tão devastados quanto os perdedores. (FALECK, 2018, p. 90)

Os resultados dos estudos realizados demonstram que a utilização de ferramentas e/ou estratégias específicas para equilibrar o poder entre as partes de uma negociação auxilia na construção de um ambiente favorável à obtenção de um acordo.

Sendo assim, é importante que, primeiramente, as partes tenham ciência de que o poder sempre irá influenciar as dinâmicas da negociação. A partir disso, é necessário que elas saibam trabalhar a situação ao seu favor: identifiquem o tipo de poder e, sobretudo, saibam como utilizar as estratégias necessárias para alcançar o equilíbrio de poder.

O poder é, acima de tudo, uma questão de percepção - e as percepções são altamente mutáveis. Não se deve desesperar a respeito da dinâmica do poder, mas trabalhar agressivamente para mudá-las (incluindo o próprio nível de confiança) se parecer que isso traz um déficit de alavancagem para a mesa. (ADLERT; SILVERSTEINT, 2000, p. 112, tradução nossa)

Como vimos anteriormente, a utilização de ferramentas e estratégias como a preparação para a negociação, o trabalho pautado no fortalecimento do BATNA, a utilização de mediadores e o estabelecimento de alianças podem contribuir com a modulação dos níveis de poder de cada parte, na busca por um maior equilíbrio na negociação, favorecendo a realização de um acordo.

Sabemos que o presente trabalho não tem por intuito esgotar a discussão sobre o tema e que outros estudos se fazem necessários a partir dos pontos trazidos até aqui. Contudo, por ora, o que observamos é que a utilização de ferramentas e estratégias como as estudadas podem ser capazes de proporcionar equilíbrio de poder entre as partes. Outros estudos poderão ser direcionados no sentido de entender em que contexto e relações, em que situações e diante de quais expressões do poder, é possível alcançar esse equilíbrio.

Referências

ADLERT, Robert S.; SILVERSTEINT, Elliot M. **When David Meets Goliath: Dealing with Power Differentials in Negotiations.** Harvard Negotiation Law Review, Vol. 5:1, 2000.

FALECK, Diego. **Manual de Design de Sistemas de Disputas: Criação de Estratégias e Processos Eficazes para Tratar Conflitos.** Indaiatuba, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FISHER, Roger. **Beyond Yes.** Negotiation Journal, p. 67-70. Plenum Publishing Corporation, 1985.

FISHER, Roger. **Negotiating Power: Getting and Using Influence.** American Behavioral Scientist, Vol. 27, p. 149-166. Sage Publications, Inc, 1983.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: Como negociar acordos sem fazer concessões.** Tradução: Ricardo Vasques Vieira, 1ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

LOVE, Lela P.; STULLBERG, Joseph B. **Practice Guidelines For Co-Mediation: Making Certain That “Two Heads Are Better Than One”.** Mediation Q. 179, 1996.

MAYER, Bernard. **The dynamics of power in mediation and negotiation.** Mediation Q., 1987.

MNOOKIN, Roberto H.; PEPPET, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. **Mais que Vencer: Negociando para Criar Valor em Acordos e Disputas.** Ed. BestSeller, 2009.

SUSSKIND, Lawrence. **Winning and Blocking Coalitions: Bring Both To a Crowded Table.** Negotiation - Harvard Business Publishing Newsletters, 2004.

URY, William. **Supere O Não: Como negociar com pessoas difíceis.** Tradução: Cristina Yamagami. São Paulo: Benvirá, 2019.

A CONSTRUÇÃO DA SATISFAÇÃO DOS USUÁRIOS NA MEDIAÇÃO EM SOLUÇÕES DE CONFLITOS

Guilherme Bertipaglia Leite da Silva

Fundação Armando Álvares Penteado. Mediador Profissional de Conflitos. Formador de Instrutores e Instrutor em Mediação Judicial pelo Conselho Nacional de Justiça.

Atuação especializada em mediação de conflitos familiares e societários em âmbito nacional e internacional. Advogado. Professor em Negociação e Mediação

Resumo:

Os tempos atuais são marcados pela busca constante da independência e autonomia das pessoas em suas vidas e em suas tomadas de decisões. Por outro lado, se observa que a responsabilização pelas decisões é frequentemente terceirizada, seja para um superior, seja para um familiar, ou por vezes para o Estado. A mediação garante aos indivíduos a prevalência de suas vontades dentro dos contextos de construção de soluções consensuais, especialmente aquelas que atendam às suas realidades e contextos. Para tanto há que se zelar pela boa implementação do procedimento, que passa por seguir as normas, bem como pela boa aplicação da metodologia. Nesse interim há que se construir, através da boa e saudável mediação o consenso, ou pelo menos sua busca, sendo a participação dos envolvidos e o comprometimento fundamentais. O estudo está em desenvolvimento, e constata que a condução pelo mediador tem impacto direto na satisfação dos usuários, assim como o conhecimento dos usuários acerca do procedimento, incluindo o ambiente, preceitos éticos adotados, atendimento, exposição clara acerca dos princípios norteadores do procedimento, além das regras que irão reger aquele encontro e demais que seguirão. Observa-se que a adoção de comunicação eficiente e princípios de negociação são fundamentais para a construção da satisfação dos usuários da mediação. Por fim, as constatações e observações aqui debatidas tem a finalidade de contribuir com mediadores e advogados na compreensão de posturas produtivas nos espaços de mediação buscando sobremaneira elevar a satisfação dos participantes.

Palavras-chave: Mediação; Satisfação; Solução de conflitos

Devemos promover a coragem onde há medo, promover o acordo onde existe conflito, e inspirar esperança onde há desespero. (Nelson Mandela).

O presente artigo apresentará ao leitor um breve panorama sobre conflitos seguido de um olhar para os meios de solução, incluindo a conciliação e a mediação, que são apresentadas em conjunto em razão do olhar quanto ao método, que é objeto da pesquisa, e na sequência indicados alguns elementos que tendem a aumentar o índice de satisfação das pessoas que se utilizam da mediação. O trabalho e a pesquisa estão em construção e fica registrado o convite para que o leitor, que, entendendo adequado, contribua com a construção do presente trabalho, registrando o convite para a leitura e sinalizando que o autor está aberto para receber contribuições, críticas e considerações sobre o trabalho que está em andamento e anseia pelo aperfeiçoamento.

Com finalidade de viabilizar uma noção geral acerca de conflito serão apresentadas a seguir algumas definições de estudiosos acerca do assunto para guiar essa pesquisa.

Antes de apresentar um conceito sobre conflito e, ao longo do artigo outros conceitos que permeiam os temas rodeados, o filósofo alemão Arthur Schopenhauer, alerta de forma categórica quanto a confiança dada de forma hiperbólica ao racionalismo conceitual, afirmando que os conceitos são representações de representações, fragmentadas, parciais e, por conseguinte, impossibilitados de envolver a multiforme realidade as reais cores da experiência, como segue

Então, em breve aparece a discordância entre o conceito e a realidade; então vê-se que o conceito não desce nunca ao particular, e que a sua generalidade, ao mesmo tempo que a sua determinação tão precisa, não lhe permitem ajustar-se aos tênues cambiantes e às múltiplas modificações do real ¹.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o filósofo Nietzsche, em texto exposto na obra intitulada “Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral” expõe:

Acreditamos saber algo das coisas mesmas, se falamos de árvores, cores, neve e flores, e no entanto não possuímos nada mais do que metáforas das coisas, que de nenhum modo correspondem às entidades de origem. [...]. Pensemos ainda, em particular, na formação dos conceitos. Toda palavra torna-se logo conceito justamente quando não deve servir, como recordação, para a vivência primitiva, completamente individualizada e única, à qual deve seu surgimento, mas ao mesmo tempo tem de convir a um sem-número de casos, mais ou menos semelhantes, isto é, tomados rigorosamente, nunca iguais, portanto, a casos claramente desiguais. Todo conceito nasce por igualação do não-igual ².

1 SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Tradução M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004, p. 69.

2 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. “Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral”. In: _____. **Obras incompletas**. Seleção de textos de Gérard Lebrun; tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho; posfácio de Antônio Cândido de Mello e Souza. 2ª

Basta uma reflexão superficial para identificar a abrangência cotidiana dos conflitos, desde o conflito matinal entre a necessidade de acordar para realizar o trabalho e o anseio por continuar o repouso motivado pelos esforços dispendidos no dia anterior, pode-se ressaltar, dentre múltiplos exemplos, os conflitos que envolvem os lares, desde questões pontuais como a escolha do modelo na compra de um veículo, qual a escola em que os filhos vão cursar o ensino fundamental, até questões mais complexas que envolvem emoção e sentimento como a escolha do regime de bens no casamento, por vezes, a decisão em um divórcio, definição de guarda, pensão, visitas ordinárias e aquelas em datas especiais, a instituição ou rompimento de uma sociedade empresarial e como acontecerá, dentre outras diversas situações passíveis de conflito. Para que seja possível enxergar o conflito de maneira holística é imperioso não apenas observar as questões jurídicas que o rodeiam, mas as questões humanas que o completam, sendo viável afirmar que para haver conflito, se faz necessário pontos de vistas diferentes e interesses na esfera social.

Nesse diapasão, é fundamental subir alguns degraus no âmbito do presente artigo e observar por outro prisma para uma noção mais ampla sobre o assunto “conflito”. Natural que ao pensar em conflito as pessoas referem-se à ideia de algo negativo. O que ocorre, em especial por conta do molde padrão do conceito que temos sobre o tema, o que também revela aspectos culturais, assunto este que é tratado em outro artigo. Sem dúvida, as experiências moldam a forma com que os indivíduos veem o mundo ao seu redor, é como uma espécie de lente que colocam e faz com que visualizem as coisas através dos seus valores e conceitos, sendo inerente ao ser humano.

O estudo contempla em seu íntimo a Teoria do Conflito e Moderna Teoria do Conflito, as formas como o conflito costuma se desenvolver e também ferramentas na busca de solução, desde a evitação da disputa até a violência, o estudo está em desenvolvimento e busca identificar elemento que proporcionam satisfação para os usuários da mediação de conflito.

Assim, vale partilhar os meios de solução de conflitos, inclusive a mediação de conflitos e na sequência elementos que tendem a aumentar a satisfação daqueles que se utilizam da mediação.

Ao se mudar as lentes, e, por consequência, as perspectivas pelas quais se observa determinada situação, é possível ver outras abordagens que podem trazer resultados produtivos para os envolvidos em determinado conflito e para a sociedade.

Ao mediador cabe, em conjunto com os advogados das partes, lidar e trabalhar os diversos aspectos do conflito, buscando, sobretudo, a estabilização das relações sociais no caso em que atua.

Os estudiosos sobre o tema narram que quando as pessoas percebem o conflito de forma negativa, têm uma reação denominada mecanismo de luta ou fuga, ou resposta de estresse agudo.

ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 47.

O retorno de luta ou fuga consiste na teoria de que animais reagem a ameaças com uma descarga ao sistema nervoso simpático impulsionando-o a lutar ou fugir ³.

Há autores que sustentam que uma disputa existe quando uma pretensão é rejeitada integral ou parcialmente, tornando-se parte de uma lide quando envolve direitos e recursos que poderiam ser deferidos ou negados em juízo ⁴.

E em todos esses cenários, sabemos que conflitos carecem de cuidados e soluções, que eles por vezes contagiam, e administrá-los é habilidade requerida nos dias atuais mais que antes.

Dentre as formas comuns de solução de conflitos, inseridas no contexto judicial e extrajudicial nomeia-se algumas já comentadas como a *evitação*, a *negociação*, a *mediação* e ou *conciliação*, a *decisão administrativa*, a *arbitragem*, a *decisão judicial*, a *ação direta não violenta* e por fim a *violência*, sendo tais itens elencados, na ordem da menor para a maior coerção e na ordem da maior para a menor intensidade de um resultado do tipo “ganha - perde” que alguém ganha e alguém perde.

Nesse sentido, comentar-se-á de forma muito superficial cada um dos itens acima elencados, especialmente neste artigo, em razão da estrutura que é proposta.

A evitação é um método adotado em situações nas quais uma das partes opta por não buscar aquilo que deseja ou espera, e tal abordagem pode se fundar, por exemplo, em manter estável a situação ora estabelecida ou não estar disposta a dispender esforços em prol daquilo que a interessa, seja por sua própria vontade ou por entender que pode ser mais oneroso, dentre outras situações, sendo essa decisão tomada por apenas um dos envolvidos. Prevalece nesse método a máxima popular “Quando um não quer, dois não brigam”. Em inglês, a expressão se equivale a “it takes two to tango”. Que traduzindo tem-se, “é preciso duas pessoas para se dançar tango”. Exemplificando, um motorista passa num pedágio, recebe 5 reais de troco a menos e após ter dirigido mais de 20 quilômetros nota a diferença, optando conscientemente por não voltar, pois sairia mais caro que o valor do troco recebido a menos, exemplo esse que aconteceu com o autor em uma das suas viagens de São Paulo para Ribeirão Preto, em um dos retornos de uma aula na Escola Paulista da Magistratura, quando o veículo estava sem o “tag” da cobrança automática, exemplo que utiliza com frequência em suas aulas, por ilustrar bem esse mecanismo.

A negociação é um mecanismo bastante adotado e empregado no cotidiano para buscar satisfazer os interesses das partes que ajustam determina-

3 Cf. CANNON, Walter. **Bodily changes in pain, hunger, fear, and rage**. New York: Appleton, 1915.

4 BAILEY, S. D. **Peaceful Settlement of International Disputes**. Nova Iorque: Instituto das Nações Unidas para Treinamento e Pesquisa, 1971. Apud YARN, Douglas. **Dictionary of Conflict Resolution**. São Francisco: Ed. Jossey Bass, 1999. p. 153.

da situação entre si. Sendo aplicável tal exemplo, desde circunstâncias mais simples até as mais complexas como a negociação na compra de um veículo, até em negociações que envolvem vultosos valores, como compra e venda de grandes empresas, de multinacionais, sendo certo que as pessoas negociam em todo tempo, alguns mais outros menos, mas certamente a grande maioria dos seres humanos (homem médio) participam de negociações, desde que acordam até na hora de dormir, seja em casa, no trânsito, no trabalho, na faculdade, na apresentação de propostas, num relacionamento, com os vizinhos, e com grande parte daqueles que o cercam. Sendo essas negociações mais produtivas ou menos produtivas, a depender das habilidades, interesses e possibilidades dos negociadores, que em regra são os próprios envolvidos no debate. Vale destacar que as negociações em cenários de disputas e conflitos tem características bastante diferentes das tão ensinadas negociações em vendas, por exemplos os ânimos exaltados e o nível de escalada do conflito, e é nesse cenário de ânimos exaltados que os profissionais do direito atuam frequentemente. Habilidade reconhecidamente exigida para os profissionais modernos.

A mediação e a conciliação, por serem de abordagens fulcrais deste artigo, resulta necessário tecer alguns comentários sobre o tema. A conciliação, bem como a mediação, estão sendo aplicadas e incentivadas pelo Poder Judiciário, desde Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Reforma do Judiciário, Conselho Nacional de Justiça, Tribunais de Justiça Estaduais e Federais até as Comarcas, ressaltando que a distinção (ou não) entre elas será feita a seguir. Ambos meios de resolução de conflitos, também denominados de resolução adequada de disputas, são tratados no Código de Processo Civil vigente, na Lei de Mediação, na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que versa sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, e, por serem tratadas de forma prima na referida resolução de abrangência nacional e nessas legislações que compreendem o microsistema autocompositivo brasileiro. A Mediação e a Conciliação, metodologias científicas de solução de disputas, são baseadas nos princípios elencados no quadro comparativo que segue,

RESOLUÇÃO N. 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	LEI DA MEDIAÇÃO (13.140/2015)	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (13.105/2015)
CONFIDENCIALIDADE	CONFIDENCIALIDADE	CONFIDENCIALIDADE
IMPARCIALIDADE	IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR	IMPARCIALIDADE
AUTONOMIA	AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES	AUTONOMIA DA VONTADE
DECISÃO INFORMADA		DECISÃO INFORMADA
INDEPENDÊNCIA		INDEPENDÊNCIA
	ORALIDADE	ORALIDADE
		INFORMALIDADE
EMPODERAMENTO		
VALIDAÇÃO		
RESPEITO À ORDEM PÚBLICA E ÀS LEIS		
COMPETÊNCIA		
	ISONOMIA DAS PARTES	
	BOA-FÉ	

Pode-se dizer que Conciliação e Mediação são metodologias de solução de conflitos, com validação científica, embasadas por princípios, sendo eles distribuídos na Resolução 125/2010 do CNJ, no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação, devendo ser interpretados de modo que se integrem e não se excluam, já que tais normas compõem o microsistema da autocomposição.

Os princípios que sustentam a metodologia da conciliação e mediação devem estar fundados também em pilares que garantam a qualidade dos trabalhos, sendo eles a Qualidade Técnica, Ambiental, Social e Ética⁵.

As características da mediação contemplam um procedimento flexível, que revela seus princípios fundamentais, no entanto sua aplicação técnica e profissional é qualificada por métodos preparados e cientificamente comprovados com toda precisão e em razão dessa caracterização é considerada um mecanismo. Mecanismo de solução consensual de conflitos.⁶

Embora na doutrina haja diversas linhas de pensamento sobre o tema mediação e conciliação, pode-se afirmar que princípios sustentam uma ciência, e o artigo 166 do Código de Processo Civil vigente, traz os mesmos princípios para ambas, ou seja, elas são fundadas pelos mesmos pilares, indicando,

5 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016, p. 107

6 Escola Paulista da Magistratura. Silva, Guilherme Bertipaglia Leite da. Aula prática no Curso de Formação e Aperfeiçoamento de Conciliadores e Mediadores. 2017

portanto, se tratar da mesma ciência de solução de conflitos, quais sejam, da **independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada**

Olhar para a formação desses profissionais é imprescindível, e de acordo com o Anexo I da Resolução 125/2010 do CNJ, que trata das Diretrizes Curriculares, a formação dos profissionais é comum, havendo diferenças na sua atuação.

ANEXO I - DIRETRIZES CURRICULARES

O curso de capacitação básica dos terceiros facilitadores (conciliadores e mediadores) tem por objetivo transmitir informações teóricas gerais sobre a conciliação e a mediação, bem como vivência prática para aquisição do mínimo de conhecimento que torne o corpo discente apto ao exercício da conciliação e da mediação judicial. Esse curso, dividido em 2 (duas) etapas (teórica e prática), tem como parte essencial os exercícios simulados e o estágio supervisionado de 60 (sessenta) e 100 (cem) horas.⁷ **(grifos do autor)**

No Brasil, em momentos passados, houve diferenças de capacitação de profissionais, assim como práticas autocompositivas isoladas em diversos Tribunais. A Resolução 125/2010 veio para *organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública*, e uma das organizações e uniformizações trazidas é quanto à formação dos profissionais da autocomposição, denominados “terceiros facilitadores”, deixando clara a formação ser uniforme para esses profissionais.⁸

O legislador faz diferença quanto às aplicações da ciência autocompositiva com atuação de *terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a solucionarem suas questões*, mas não com relação à ciência da autocomposição (conciliação e mediação).

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (Lei da Mediação)⁹

O Código de Processo Civil (CPC), no seu artigo 165 deixa clara a di-

7 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611f-faaaa2655.pdf>> Acesso em 19 de novembro de 2022.

8 Ibidem

9 BRASIL. Lei da Mediação. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm> Acesso em 18 de novembro de 2022.

ferença entre o “Conciliador” e o “Mediador”, respectivamente tratados no artigo 165, §2º e 3º ambos do CPC, principalmente quanto a atuação, quando, após a expressão “conciliador” e após a expressão “mediador”, faz menção a atuação desses profissionais.

Profissionais esses, cujas atividades tem natureza jurídica de Auxiliares de Justiça por força da disposição do artigo 149 do Código de Processo Civil vigente.

Ao olharmos para modelos estrangeiros de autocomposição semelhantes ao nosso, vemos características muito semelhantes, mantendo o cerne de um modelo que ao redor do mundo recebe o nome de Mediação. No Brasil, apenas, faz-se menção aos dois nomes Mediação e Conciliação.

Em síntese, o legislador trata mediação e conciliação de maneira conjunta e interligada, com os mesmos princípios, indicando tratar-se da mesma ciência que pode ser usada ou aplicada de diferentes formas pelo profissional, seja ele o mediador ou o conciliador, vejamos,

Art. 165. ...

§ 2º O **conciliador**, que **atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.**

§ 3º O **mediador**, que **atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.**¹⁰ (**grifos do autor**).

O Código de Processo Civil quando menciona os verbetes “conciliação” e “mediação” traz quase em sua totalidade as duas expressões de modo conjunto, não fazendo, em qualquer lugar, distinção entre as metodologias. Como técnica legislativa se quisesse diferenciar o faria, assim como fez com a atuação dos profissionais (ou seja, com relação ao profissional, ao indivíduo quando da aplicação do método e não quanto à metodologia), e tantos outros institutos ao longo do diploma processual, explicando e segmentando as diferenças.

Ainda sobre os princípios alusivos ao tema, temos que a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça traz, no art. 1º, do Anexo III, que trata do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, os seguintes princípios que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais, sendo a confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. Cabendo aqui um olhar para os princípios no que se refere claramente à atuação dos profissionais da autocomposição.¹¹

¹⁰ Ibidem

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em < <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611f->

O Código de Processo Civil revela no seu artigo 166 que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.¹²

A Lei de Mediação destaca em seu artigo art. 2º que a mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.¹³

E através de uma condução qualificada, com ferramentas adequadas, baseadas em pilares sólidos, as partes por si próprias, confeccionam suas decisões acerca das questões ali apresentadas, sendo a sessão ou audiência presidida por um terceiro facilitador sem poder decisório que as auxilia e estimula a compreender melhor suas questões, necessidades e interesses, permitindo à elas desenhar o melhor modelo de solução.

Por fim, cabe ainda destacar que além da aplicação dos princípios, normas, regras e ferramentas para a construção da solução do conflito, o conciliador ou mediador é incumbido de proporcionar aos mediados atendimento adequado e acolhedor, gerando com isso a percepção de que sairão satisfeitos, se não com a composição, que depende de fatores externos e da manifestação da autonomia da vontade das partes, satisfeitos com o atendimento e acolhimento recebidos pelo mediador.

A decisão administrativa se dá quando certa situação fica submetida à análise de atos ou fatos a um agente público ou ao Poder Público, podendo citar como exemplo processos administrativos na esfera previdenciária, momento em que o servidor responsável concede ou nega um benefício de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez com a análise da perícia realizada ou ainda o pedido de um abono de falta por determinado estudante que ficou doente.

A arbitragem, instituída pela Lei 9.307/1996, atualizada pela a Lei 13.129/2015, é cabível, e também muito eficiente, em diversas situações que versam sobre direito patrimonial disponível.

Nesse método de resolução de conflitos, funciona como árbitro aquele eleito pelas partes, tendo como requisito ser qualquer pessoa capaz que detenha a confiança das partes, sendo as regras estabelecidas de forma específica no Capítulo III da aludida lei. Muito adotada em casos de comércio inter-

faaaa2655.pdf> Acesso em 20 de novembro de 2022.

12 BRASIL. Código de Processo Civil. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 15 de outubro de 2022.

13 BRASIL. Lei da Mediação. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm> Acesso em 15 de outubro de 2022.

nacional, na esfera comercial, de franquias, marcas e patentes, em casos de contrato coletivo de trabalho. A arbitragem pode ser de direito ou de equidade, sendo essa definição feita pelas partes, que podem escolher tal método por cláusula compromissória ou por compromisso arbitral, sendo, em linhas gerais e de modo superficial, a primeira definida antes de se ter um conflito estabelecido e a segunda, quando já se tem um conflito instalado ou prestes a se instalar. Através desse meio heterocompositivo, as partes entregam a um terceiro, que se faz juiz de fato e de direito, a decisão de suas questões.

Na decisão judicial busca-se observar por aspecto amplo, abarcando suas mais distintas formas de decisão ao longo de um processo judicial, frisando a atuação do Poder Judiciário habitação natural dessa forma de administração de disputa. Aqui se traz a ideia da judicatura, exercida pelo Poder Público por meio de um juiz togado que, manifestará a vontade do estado por meio de seu ato, sendo boca da lei, e decidirá aquilo que foi apresentado a ele, seja por meio, por exemplo, de decisão, sentença, embargos ou acórdão. Neste modelo, o produto padrão fornecido pelo Judiciário é a decisão.

A ação direta não violenta é comum e foi possível visualizá-la no cenário nacional próximo em todo Brasil, com a paralisação dos caminhoneiros, sem os atos de vandalismo e violências mostrado pela mídia em alguns lugares. É uma ação pública, com caráter reivindicatório e em regra coordenado. São protestos e pressão executados por grupos que se organizam para tal ato.

A violência, neste contexto, é o ato pelo qual, através do emprego da força, alguém obtém de outrem aquilo que almeja. A exemplo da sua aplicação nos casos de Legítima Defesa ou na necessidade de manutenção da posse, como previsto, respectivamente no Código Penal e Código Civil, do Brasil.

Tais considerações se fazem pertinentes por se tratar de meios de solução de conflito que permeiam a sociedade e, com isso, é de importância ímpar, antes de verificar qual o método de solução, que seja feita análise de qual o conflito, o que envolve, quem atinge, quais seus aspectos, qual o tipo de relação entre as partes, se a relação é pontual ou se há relação continuada, se tiveram, tem ou terão uma convivência entre si e demais características afetadas ao conflito, se houve rompimento do vínculo social dos envolvidos. Após prévia análise do conflito, forçoso procurar qual o meio mais adequado e eficaz para sua solução. Cada situação exige uma ferramenta que se encaixa de forma eficiente para resolver o conflito.

A expressão “Conflito nada mais é que matéria prima de solução.”¹⁴ foi apresentada pelo autor, em palestra ministrada no TEDx Talks, evento de dimensão mundial. Os TEDx Talks são organizações independentes, conduzidas sob orientação do TED Talks, num contexto em que explana sobre soluções inteligentes de disputas na palestra intitulada de “Como resolver conflitos de maneira inteligente?” e completa a fala dizendo que “Solucionar

14 Como resolver conflitos de maneira inteligente? | Guilherme Bertipaglia | TEDxIguatemi. Disponível em <<https://youtu.be/1OjmbLEU8b4>> Acesso em 16 de novembro de 2022.

conflitos é gerar vida” já que pessoas submetidas cronicamente a conflitos, tendem a colocar seu organismo num estado de estresse, de liberação, por exemplo, de adrenalina e cortisol, substâncias que quando liberadas em altos níveis e de modo reiterado impactam na saúde, podendo gerar doenças e altos desconfortos, e complementa tratando do desenvolvimento do conflito.

Afirma Daniel Kahneman, Prêmio Nobel de Economia: “... a cognição é corporificada; você pensa com seu corpo, não apenas com seu cérebro”¹⁵

Assim, utilizar bem a matéria prima, auxiliando pessoas a resolver bem seus conflitos ou disputas, é contribuir para a saúde não apenas emocional, mas também física. É contribuir com um mundo efetivamente melhor. É contribuir com a saúde. É contribuir com a nossa e com as próximas gerações. É contribuir. E o que mais precisamos é de pessoas que contribuam, de verdade!

A construção de satisfação dos indivíduos que se utilizam da mediação e está em fase de estudo pelo autor, observou, de modo empírico e prático, inclusive pela experiência deste em milhares de casos submetidos à mediação, além da atuação na supervisão de mediadores em etapa de formação que também permitiu um olhar amplo para a realidade da autocomposição que a satisfação pode ser otimizada, assim como a percepção de que houve bom atendimento quando há a presença de elementos como os que são elencados a seguir. Vale nota ainda que os itens a seguir anotados não excluem outros, e são baseados nos registros feitos até o momento da redação do presente trabalho.

A construção da satisfação dos usuários na mediação em soluções de conflitos se mostra intimamente conectada com a efetiva compreensão do mediador acerca do procedimento e dos resultados que ele pode gerar. Tal compreensão impacta na forma como ele, o mediador, dá o significado para o procedimento e como ele o apresenta para as pessoas que estão participando, assim, o significado mostra a experiência que tenho com aquela coisa, e por consequência, a experiência tem impacto direto na satisfação dos usuários. O mesmo raciocínio utilizado por restaurantes com estrela Michelin (uma classificação mundial que determina a qualidade de restaurantes). Os negócios que geram grandes experiências são os mais valiosos em nosso tempo, veja, por exemplo, Apple, Google, Disney, Amazon, entre outras.

A compreensão do mediador acerca do procedimento e seus resultados importa tanto que, nela estão conectados outros elementos observados como fundamentais na construção da satisfação, como a condução do procedimento de modo a integrar efetivamente os participantes na construção do resultado dos trabalhos, bem como na compreensão de cada passo do procedimento e o que cada momento da mediação significa, o que está vinculado às habilidades comunicacionais do mediador.

As habilidades comunicacionais e negociais também se mostram, em princípio, conectadas com a satisfação dos usuários de procedimentos de me-

15 Kahneman, Daniel. Rápido e Devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cassio Arantes Leite - 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 68.

diacção, quanto maior o nível da habilidade do profissional, quando em conjunto com outros fatores, maior a percepção de satisfação pelos mediandos.

Certamente a adoção de preceitos éticos permeiam a satisfação, assim como a atuação imparcial do profissional da mediação, aumentando a confiança das partes no mediador e no processo de mediação.

Outro fato curioso observado é que mediadores, quando por alguma razão tem um nível maior (nível este ainda não mensurado na pesquisa, e portanto, ainda sem referência prática) de emoção, tende a reduzir a qualidade da aplicação da técnica, e pode deixar de adotar uma ou outra parte da metodologia, essencial para que se construa a alta satisfação.

O ambiente físico adequado e aconchegante com uso de ferramentas próprias da arquitetura se revelam essenciais na sensação de acolhimento, sempre adequado à realidade das disputas, por exemplo, uma sala de mediação de família, com espaço para crianças pequenas próximo, desenhos e decoração com toques relacionados ao tema, pode não ser aconchegante para uma mediação empresarial que envolve pessoas habituadas com um ambiente mais formal e próprio de reuniões de negócios.

A boa vontade é importante, porém, apenas ela não é o suficiente para a realização de um trabalho de qualidade em mediação.

Partindo da máxima, também utilizada em perícias, que os contatos deixam marcas, o contato das partes com o mediador, deve ser uma oportunidade de acolhimento e deixar marcas positivas na vida das pessoas com quem o profissional se conectou, servindo também como um embaixador da mediação e sua metodologia de solução de conflito para aquelas pessoas.

Referências

AZEVEDO, André Gomma (Coord.). **Manual de Mediação Judicial** - 6ª Edição - Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário, 2016.

BAILEY, S. D. **Peaceful Settlement of International Disputes**. Nova Iorque: Instituto das Nações Unidas para Treinamento e Pesquisa, 1971. Apud YARN, Douglas. **Dictionary of Conflict Resolution**. São Francisco: Ed. Jossey Bass, 1999.

BERTIPAGLIA, Guilherme. **Como resolver conflitos de maneira inteligente?** | Guilherme Bertipaglia | TEDxIguatemi. Disponível em <<https://youtu.be/1OjmBLEU8b4>>

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

_____. **Lei da Mediação**. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm

CANNON, Walter. **Bodily changes in pain, hunger, fear, and rage**. New York: Appleton, 1915.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 219, 1º dez. 2010.

Kahneman, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar** / Daniel Kahneman; tradução Cassio Arantes Leite - 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012,

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. “Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral”. In: _____. **Obras incompletas**. Seleção de textos de Gérard Lebrun; tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho; posfácio de Antônio Cândido de Mello e Souza. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Tradução M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004.

A EMPATIA SEGUNDO EDITH STEIN E O OFÍCIO DO MEDIADOR

Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho Malanchini

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo
(Brasil) Advogada colaborativa e Mediadora Judicial

Resumo:

O artigo pretende aprofundar o tema da empatia à luz da filosofia de Edith Stein, que em sua perspectiva fenomenológica afirma a empatia como condição de possibilidade de relações baseadas no respeito ao ser humano, uma vez que é no reconhecimento do Outro como um semelhante é o que possibilita a formação do indivíduo em um contexto civilizatório. Para esse fim, faremos uma análise da filosofia de Edith Stein sobre a empatia como a experiência do encontro entre indivíduos, que na alteridade, se percebem como semelhantes em sua humanidade e possibilita, por meio da escuta empática, compreender as experiências alheias e evitar julgamentos discriminadores, bem como gerar o autoconhecimento necessário ao sujeito para aprimorar as suas tratativas com o Outro, de forma a gerar vínculos equilibrados e éticos. Para esse fim, será utilizada a tese de doutoramento de Edith Stein, “Sobre o problema da Empatia” (*Zum Problem der Einfühlung*) fundamento teórico da nossa pesquisa, além da revisão bibliográfica de comentadores sobre o tema de empatia em Edith Stein. Em sequência, procura explicar a empatia como ferramenta fundamental para o ofício do mediador, expondo algumas intervenções relacionadas ao uso da ferramenta empatia na mediação de conflitos e expressando sobre os principais impactos que cada intervenção pode gerar, em diálogo com as principais Escolas de Mediação. Concluímos convocando o mediador de conflitos/ facilitador de diálogos a compreender a empatia como importante instrumento para a mediação que respeita os valores e a dignidade humana dos mediandos.

Palavras-chave: Empatia; Edith Stein; Mediador.

O conceito de empatia

Segundo cientistas como Franz de Waal (2009) a empatia foi essencial para viabilizar a cooperação no seio dos grupos sociais e tornou possível a sobrevivência da espécie humana. A empatia também é objeto de estudo de

vários pesquisadores, especialmente do ramo da psicoterapia e sua aplicação para a mudança terapêutica, em destaque para Carl Rogers (1959) e o seu conceito de a empatia como “a capacidade de perceber o quadro interno de referência do outro com precisão e com os componentes e significados emocionais (...) como se fosse a pessoa, mas sem nunca perder a condição de “como se”.”¹

Segundo Daniel Goleman, “os circuitos do cérebro que nos permitem refletir sobre os nossos pensamentos e monitorar os sentimentos que fluem deles nos permitem aplicar o mesmo raciocínio à mente de outras pessoas quando decidimos direcionar a nossa atenção dessa forma.”² Logo, tal premissa vai ao encontro do que os neurocientistas tem apresentado como predisposição celular de *neurônios-espelho*³ específicos nos cérebros de algumas espécies que são ativados tanto durante uma ação quanto quando assistem outra ação, ou seja, somos biologicamente equipados para a empatia.

Há uma certa confusão entre os conceitos de “simpatia” e “empatia. De acordo com Andre Nerys, uma atitude simpática pressupõe trazer o fenômeno da nossa experiência e reagimos conforme os nossos valores, ao passo que a empatia busca o sentido do conhecimento do outro por meio de sensações inerentes ao outro durante o contato. Trata se de uma forma de reconstrução de sentido por meio das experiências do outro⁴.

Complementa Nery que a etimologia da palavra empatia e simpatia auxilia no intento de diferenciar os conceitos de ambas as palavras. As duas apresentam a mesma raiz grega *páthos*, que por tradução poderíamos chegar a palavra paixão, no sentido de sensação, sofrimento, o que indica uma possibilidade de ser afetado pelo outro. Os prefixos gregos *syn* (*syn-páthos*), ou seja, simpatia, conferem a ideia de um compartilhar, uma co-sensação quando estamos com o outro. Já a empatia (*em-páthos*), um sentir -em, demonstra que há uma diferença entre eu e o outro, uma vez que eu estou em contato com o sentimento alheio e não com as minhas memórias.

Importante ressaltar que a atitude empática é a disposição de olhar o mundo por meio da visão do outro, sem juízos de valor, uma vez que ao compreender a perspectiva do outro eu não imponho uma solução segundo a

1 ROGERS, Carl in DURANGE, Wagner; TASSINARI, Marcia. **Empatia**: a capacidade de dar luz à dignidade humana. Curitiba: CRV, 2019

2 GOLEMAN, Daniel. **Empatia**. Trad. Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2019, p. 13

3 “Então poderíamos, a grosso modo, resumir assim a equação teórica sobre a empatia com bases neurofisiológicas: fomos dotados pelo processo evolutivo de um cérebro com estruturas neuronais compostas por neurônios-espelho que nos capacitam a simular mentalmente as ações e sentimentos do outro; essa capacidade, por sua vez, capacita-nos a reagir empaticamente em nossas interações sociais, e é dessa aptidão que emergem os sentimentos morais que nos ajudam a decidir o que fazer nas situações de conflito moral.” PASSOS-FERREIRA in DURANGE, Wagner; TASSINARI, Marcia. **Empatia**: a capacidade de dar luz à dignidade humana. Curitiba: CRV, 2019, p. 43

4 DURANGE, Wagner; TASSINARI, Marcia. **Empatia**: a capacidade de dar luz à dignidade humana. Curitiba: CRV, 2019, p. 27

minha perspectiva ou experiências. A separação entre a minha perspectiva e a visão de mundo do outro por meio da escuta empática evita uma relação simbiótica entre ambos, conforme adverte Carl Rogers, que define a empatia como a “a percepção correta do quadro de referência do outro”.⁵

Mas quais as condições de existência da relação empática? Edith Stein, referencial teórico deste artigo, apresenta algumas definições a partir da sua negação de outras possibilidades de atos humanos que se apresentam próximas a ideia de empatia, contudo, não se trata do mesmo objeto. Vejamos:

A empatia segundo Edith Stein

Antes de ingressar no pensamento sobre empatia de Edith Stein (1891-1942), é importante apresentar o contexto histórico da filósofa. A vida de Edith Stein e suas escolhas de objeto de estudos estão intrinsecamente ligados.

Edith Stein nasceu em um lar judeu em 12 de outubro de 1891, em Breslau, Polônia e ali permaneceu com sua família até os 21 anos de idade (1911), quando iniciou seus estudos universitários em Gotinga com Edmund Husserl (1859-1930).

Com o advento da Primeira Guerra Mundial, Edith Stein foi auxiliar de enfermagem voluntária e experimentou o horror do conflito armado ao cuidar dos feridos em um hospital na Austria. Ali começa a se interessar pela ideia de empatia, que embora tenha sido elaborada por Husserl em seus estudos de fenomenologia, não foi aprofundada por ele. Para responder a questão que futuramente lhe concederia o título de primeira doutora na Alemanha, Stein partiu da indagação husserliana que “*experiência no mundo externo enquanto objetivo só era possível se indivíduos pudessem aprender dos outros o que era experienciar esse mundo do ponto de vista deles. Mas isso imediatamente levantava a questão sobre o acesso que cada um de nós tem à experiência dos outros*”⁶ Por meio da *Einfühlung* (Empatia) era possível ter acesso a intencionalidade e experiência dos outros, contudo, foi a partir da tese de doutorado de Edith Stein que tal ideia recebeu os devidos contornos filosóficos, já que Husserl não havia explicado o conceito.

A palavra alemã *Einfühlung* foi apresentada pela primeira vez por Theodor Lipps (1851-1914), em seus estudos que partiram da palavra grega *em-patheia*, cujo conteúdo era o ato de sentir ou pensar sobre as experiências alheias.⁷

Edmund Husserl começou sua reflexão sobre a empatia em 1905, ao apresentar suas lições a respeito da “teoria do juízo”, dialogando com a obra de Lipps. Posteriormente, Husserl assumiu um cargo de professor em Freiburg e Edith Stein foi nomeada a sua assistente e a ideia de fazer uma tese

5 DURANGE, Wagner; TASSINARI, Marcia. **Empatia**: a capacidade de dar luz à dignidade humana. Curitiba: CRV, 2019, p. 33

6 MACINTYRE, Alasdair. **Edith Stein**: Um prólogo filosófico 1913-1922. Trad. Luis Henrique Toniolo Serediuk Silva. Campinas, 2022, p. 94

7 VARGAS, Carlos; FARIAS, Moises Rocha. **Edith Stein**: empatia, ética e mística. São Paulo: Edições Loyola, 2022.

de doutorado sobre empatia surge a partir das aulas de Husserl sobre o tema de natureza e espírito. O professor enfatizava a relevância da experiência dos outros em relação ao mundo exterior, bem como a intersubjetividade da troca das vivências entre os sujeitos.

Com efeito, Stein em sua tese argumentou que o sujeito cognoscente tem consciência de si mesmo por meio de um corpo no mundo, que é perceptível aos outros. E sendo o sujeito percebido pelo outro, é possível caracterizar adequadamente os mesmos atos de percepção do outro? O objeto de estudo de Stein é identificar as características essenciais da atitude empática, como ter consciência dos pensamentos e sentimentos dos outros a partir da comunicação entre os indivíduos. A base de estudo de Edith Stein é a fenomenologia⁸, privilegiando a coisa em si, por meio de um acesso a realidade não racionalista, mas um modo de estudo que busca se despir de preconceitos para apurar o que a coisa é, o que o objeto de estudo é a partir da própria coisa a ser estudada e não das definições anteriores do objeto de estudo.

Segundo Edith Stein a relação que temos com os sentimentos alheios é próxima a nossa percepção com os nossos próprios sentimentos passados, ou seja, o objeto de percepção é distante de minha realidade atual. Ao me colocar no lugar do outro, consigo imaginativamente perceber o que é estar em seu lugar, e mesmo que eu compreenda que a pessoa sente tristeza, por exemplo, não sentirei essa tristeza. Em síntese, a percepção externa é originária.

Para Stein, o fenômeno que possibilita o encontro do sujeito com o mundo das coisas e o mundo segundo a percepção de outro sujeito é a empatia. Trata-se de um fenômeno que não ocorre somente por meio do corpo físico e suas sensações ao estar no mundo, mas a um corpo também dotado de sensibilidade. A empatia, necessariamente perpassa pela alteridade, pela presença do outro e nossa comunicação.

Com efeito, o eu e o “outro”, por meio da troca de experiências, na alteridade, na vivência intersubjetivas e alavancadas pela empatia, é possível conhecer o sentido da vida, e em última análise, confirmar a minha própria existência. Trata-se, de fato, de um saber epistemológico.

Segundo Juvenal Savian Filho, “a consciência do outro, o mundo e o eu são as três frentes de investigação fundamentais em fenomenologia; assim, a empatia é o nome que designa especificamente o ao pelo qual o eu pode conhecer a experiência alheia”⁹ não de forma psicológica mas sim epistemológica. Ainda de acordo com o autor, a empatia é a condição de possibilidade que permite afirmar a intersubjetividade entre os humanos e assegurar uma visão

8 This investigation will be concerned with these various ways of being given and possibility with underlying relationships presente. But a still more radical examination is possible. All these data of foreign experience is comprehended. We now want to designate these acts as empathy, regardless of all historical traditions attached to the word. (STEIN, Edith. **On The problem of empathy**. Translated by Waltraut Stein. ICS Publications, Whashington DC, 1989).

9 FILHO SAVIAN, Juvenal. **Empatia Edmund Husserl e Edith Stein**: apresentações didáticas. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 51

não solipsista do mundo.

A filósofa estava ciente que os contornos empáticos são difíceis de definição, podendo trazer confusão com outros atos. Em sua tese de doutorado Stein apresenta as diferenças entre a empatia e outros atos humanos. A empatia difere-se da simpatia, por exemplo, na medida em que o cossentir pode sofrer variação. Exemplo disso é uma alegria que é compartilhada entre dois sujeitos pode ser vivida de forma diferente entre eles, ao passo que na empatia ainda que o modo de viver a experiência seja diversa, o sentido apreendido é idêntico, já que se trata de um conteúdo idealizado¹⁰.

A empatia de acordo com Edith Stein também não é uma representação de um conceito objetivo que possa ser reduzido a uma operação intelectual, o que certamente negaria a sua característica essencial que é um sentimento. Diversamente da fria racionalidade predominante nas universidades à época, Edith Stein abre o campo da filosofia fenomenológica para o estudo dos sentimentos e da condição humana.

A empatia também não se trata de uma imitação, ou seja, o impulso do sujeito de repetir o gesto de outrem. De acordo com Stein, pela via da imitação não me conformo ao fenômeno da vivência do outro, mas acedo a minha própria experiência ao imitar o gesto alheio e a imitação em si não se reveste de função cognitiva, não sendo na visão da filósofa, empáticos. Da mesma maneira a empatia é diferente da associação, ou seja, quando busco em minhas memórias o mesmo comportamento que percebo no outro, trata-se de associação. Já a empatia pressupõe o outro como referencial e ato experimental direto, sem qualquer intermediário.

A empatia, segundo Edith Stein, não é um ato de vontade, pois nossa experiência não perpassa com o querer de sujeitos externos. Os atos empáticos, por sua vez, ampliam todas as espécies de atos em que é possível conhecer as experiências e da consciência do outro.

Com efeito, Stein diferencia a empatia do cossentir, da imitação, da associação e da representação. A empatia é um ato intersubjetivo e somente pode ser aferido mediante a comunicação com o outro.

Entre as condições humanas, está a empatia, que pode ser desenvolvida e aprimorada com a escuta ativa do outro. Traz a possibilidade de conhecer o outro e suas experiências sem as ter vivido.

A filosofia de Edith Stein se desenvolveu durante os anos na universidade até escrever sua tese livro “O problema da empatia”, que lhe conce-

10 “Should empathy persist beside primordial joy over the joyful event (beside the comprehension of the joy of the other), and, moreover, should the other really be conscious of the event as joyful (possibly it is also joyful for me, for example, if this passed examination is the condition for a trip together so that I am happy for him as the means to it), we can designate this primordial act as joy-with-him or, more generally, as fellow feeling (sympathy) Sympathized and empathized joy need not necessarily be the same in content at all. (They are certainly not the same in respect to quality, since one is a primordial and the other a non-primordial experience.) STEIN, Edith. **On the Problem of Empathy** Translated by Waltraut Stein. ICS Publications, Washigton DC, 1989, p. 14.

deu o doutoramento. Em 1921 se converteu ao Catolicismo a partir de uma leitura da autobiografia de Santa Teresa Dávila, quando fez os votos para se tornar uma freira Carmelita Descalça no monastério de Colônia em 1933 e adotou o nome religioso de Irmã Teresa Benedita da Cruz. Com a ascensão do partido nazista, se refugiou na Holanda com sua irmã em um Convento, e após a Igreja na Holanda apresentar uma Carta contrária ao regime de Hitler, os nazistas fizeram uma perseguição aos católicos com ascendência judia. Na conhecida Noite dos Cristais de 1938, Irmã Teresa Benedita da Cruz foi capturada e morreu em uma câmara de gás em Auschwitz aos cinquenta anos de idade.

Em 11 de outubro de 1988, o Papa João Paulo II canonizou a Santa Teresa Benedita da Cruz em razão de sua vida dedicada a Cristo e ao desenvolvimento filosófico da Europa.

A empatia segundo Edith Stein e sua importância para o mediador

O conceito de empatia apresentado por Edith Stein afirma que nas relações intersubjetivas, é possível acessar e conhecer a vivência dos outros por meio da comunicação entre os indivíduos.

Uma das formas de se aplicar a empatia é por meio do procedimento de mediação. De acordo com Humberto Dalla Bernadina, a “*mediação é um mecanismo de resolução de conflito em que as próprias partes constroem, em conjunto, um sistema de decisão, satisfazendo a todos os envolvidos e oxigenando as relações sociais*”¹¹. Embora a ideia de mediação pareça algo recente, trata-se de uma prática conhecida desde o V.a C. O Confúcio já sugeria que as partes em conflito deveriam buscar uma terceira pessoa imparcial para pacificar seus conflitos. A mediação vem sendo utilizada para favorecer a comunicação entre as pessoas e auxilia na pacificação dos conflitos por várias esferas da sociedade e durante muitos anos, e é adotada pela legislação de diversos países.

A Recomendação do Conselho da Europa de 21 de janeiro de 1998 recomendou a mediação familiar para os governos dos Estados Membros, com o intuito de promover abordagens consensuais para que os conflitos de família fossem reduzidos e consequentemente reduzir os custos econômicos e sociais da dissolução de casamento e união estável. As disputas familiares, em regra, apresentam vínculos emocionais e pessoais que os envolvidos tem sentimentos que podem retirar muitas vezes a racionalidade necessária para que as pessoas possam fazer as escolhas conscientes, e que muitas vezes tais conflitos impactam a vida de outras pessoas, como filhos por exemplo. Assim a Recomendação de 1998 foi um dos primeiros documentos para fortalecimento da mediação familiar como prática para resolução de conflitos.

Posteriormente, foi editada pelo Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia a Diretiva Europeia de Mediação de 21 de maio de 2008 uma

11 DE PINHO, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.69.

diretiva para instruir a mediação em matéria civil e comercial. A resolução, em seu art. 3º define a mediação como “*procedimento no qual duas ou mais partes em conflito tentam por si próprias, voluntariamente, chegar a um acordo com a ajuda do mediador. A mediação pode ser iniciada pelas partes, sugerida ou ordenada pelo Tribunal ou ainda prescrita por um dos Estados -Membros*”¹² O art. 1º da Resolução dispõe que o objetivo da diretiva é “*promover a resolução amigável de litígios através do incentivo do recurso à mediação, assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e os processos judiciais.*”

No Brasil, a Lei no 13.140, de 2015, disciplina a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. O procedimento de mediação consiste num meio destinado à obtenção de consenso por meio de um facilitador do diálogo, o mediador. O mediador é um terceiro imparcial que apenas conduz as partes, mediante técnicas adequadas, para que elas tenham melhores condições de darem uma solução à disputa. Não há, na mediação, qualquer caráter jurisdicional, não sendo conferido ao mediador poder de decisão ou de impor medidas às partes. De igual modo, os mediandos não estão sujeitos a qualquer poder exercido pelo mediador.

A mediação como instrumento de pacificação dos conflitos tem como base a comunicação. Os mediadores devem aprimorar a capacidade de transmissão de ideias e a escuta ativa para alcançar os objetivos da mediação, seja de retomada do diálogo entre as partes, seja de efetivação do acordo. Mediadores demonstram que estão efetivamente ouvindo quando a sua postura corporal tranquila e atenta, e durante o processo de mediação o mediador mantém o contato visual com ambas as partes, e demonstrar a empatia pelos mediandos.

A escuta empática não é apenas um simples ouvir com atenção, uma vez que demanda esforço específico.¹³ É necessário que o mediador seja preparado para estabelecer a conexão com o outro, em sua alteridade, para acessar o significado das palavras na narrativa do outro e perceber os sentimentos ali presentes. Por meio da escuta empática o mediador viabiliza um diálogo com o mediando que possibilita entender o seu real interesse, a despeito de sua posição ou pedidos em um processo judicial ou extrajudicial.

De acordo com Maria do Céu Lamarão Battaglia, nas denominadas mediações qualitativas, que são caracterizadas pela transformação das relações interpessoais dos mediandos, é possível avaliar os resultados da mediação pela

12 PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. Belo Horizonte. Del Rey, 2016.

13 Uma escuta ativa pressupõe não somente a atenção, como também uma atitude participativa no diálogo - escuta dinâmica. A postura participativa diz respeito ao nível de proatividade (no sentido de protagonismo) que um ouvinte consiga oferecer durante o ato de escutar. O praticante da escuta ativa deve demonstrar interesse pelo que diz seu interlocutor, de forma a lhe possibilitar um sentimento de legitimidade como autor de uma fala e de um conteúdo expresso oralmente. O interlocutor precisa perceber que há interesse por sua narrativa e pelo tema que esta aborda. Como os mediandos têm comprometida a sua escuta com relação ao outro, é a escuta do mediador que poderá conferir a ambos a percepção de interesse pelo que cada um aporta à conversa. (ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas na mediação**. São Paulo: Dash Editora, 2014)

alteração da percepção de um mediando em relação ao outro e como a partir da mediação há efetiva transformação na forma como os mediandos se compreendem e buscam a resolver os seus problemas.

Uma das espécies de mediação qualitativas podemos destacar a mediação transformativa, que apresenta uma perspectiva relacional, posto que consideram que as pessoas são autônomas, contudo, são ligadas uns aos outros, e a individualidade de cada ser humano deve tentar equilibrar sua potência ou vontade frente aos demais seres humanos. Tal premissa se contrapõe a ideia de que as pessoas são apenas motivadas pela busca de aumentar seus ganhos individuais. O objetivo primordial da mediação transformadora é promover o reconhecimento das necessidades e interesses da outra parte, bem como o empoderamento das partes, logo, a escuta ativa é imprescindível para a realização da mediação transformativa.

Já nas mediações quantitativas, em que tem como objetivo central o acordo, a escuta empática capacita o mediador a gerar opções que sejam satisfatórias aos interesses dos mediandos, já que o mediador ao utilizar a empatia para compreender as motivações dos mediandos durante o processo de mediação¹⁴.

A escuta empática estabelece a confiança necessária entre o mediador e os mediandos, uma vez que os mediandos se sentem realmente ouvidos e compreendidos pelo mediador, por meio do diálogo a possibilidade de superar o conflito e construir uma solução para a questão apresentada.

Como vimos, não se trata apenas de “ouvir”. A capacitação do mediador para uma escuta empática exige um processo de autoconhecimento. De acordo com Augusto Cury, “o Eu representa a autonomia, a consciência crítica, a identidade social e a capacidade da escolha ou livre-arbítrio.” O mediador, em última análise, é um gestor de emoções. E para tanto, se faz necessário se conhecer para que possa ouvir atentamente o outro e compreender que o outro tem perspectiva diversa da sua. Cury sustenta que “*quem não conhece os fantasmas que o assombram terá menos habilidade para abrandar os vampiros que sangram seu território da emoção dos outros.*”¹⁵

O mediador, para ter uma escuta empática, precisa ter consciência crítica e capacidade de escolha, e deve retirar o tanto quanto possível os seus valores, a sua visão de mundo, as suas experiências para se conectar com o mediando, a fim de que consiga interpretar corretamente a narrativa e percepção do mundo do mediando. E principalmente, para que a sua imparcialidade

14 BATTAGLIA, Maria do Céu Lamarão. **A EMPATIA NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E NA FACILITAÇÃO DE DIÁLOGOS: COMO, QUANDO, PARA QUE?**. Disponível em https://revistaeletronica.oabrp.org.br/wp-content/uploads/2020/07/A_EMPATIA_NA_MEDIA%C3%87%C3%83_O_DE_CONFLITOS_E_NA_FACILITA%C3%87%C3%83O_DE_DI%C3%81LOGOS-COMO_QUANDO_PARA_QUE_Maria_do_C%C3%A9u_Lamar%C3%A3o_Battaglia.pdf. Acesso em 20.nov.2022

15 CURY, Augusto. **Soluções Pacíficas de Conflitos**: para um Brasil Moderno. Rio de Janeiro, 2019 p. 25.

permaneça presente durante a sessão de mediação, não deve fazer juízos de valor, não deve efetivamente julgar a narrativa do mediando. Deve aprimorar sua escuta ativa e empática para que possa acessar sua vivência e possa de fato conectar com a experiência alheia.

Conclusões

A empatia como condição de possibilidade de apreensão do sentido da vivência do outro, sem a intermediação das experiências anteriores do indivíduo viabiliza conhecer o outro em sua alteridade.

Outrossim, a empatia também possibilita a percepção do sujeito em si mesmo, uma vez que para exista que o conhecimento parcial que o sujeito tem de si mesmo, se faz necessária a relação com o outro, ou seja, somente me é possível ser conhecido por mim na medida em que me permite ser conhecido pelo outro. Por meio da escuta empática, além de acessar a individualidade alheia, também é possível ao sujeito se conhecer durante o processo, autoconhecimento que é condição indispensável para que o mediador possa filtrar, o tanto quanto possível, a sua percepção e suas experiências anteriores que possam influenciar e negar a imparcialidade necessária ao processo de mediação. Quem não se conhece não consegue diferenciar o que são seus sentimentos e pensamentos dos que são sentimentos pensamentos alheios durante o processo de mediação, criando uma simbiose entre o mediador e o mediando que não é saudável para a restauração dos vínculos existentes entre os mediados, já que o mediador perde a imparcialidade necessária para a condução do processo de mediação.

De acordo com as descobertas científicas, somos dotados de neurônios-espelho, ou seja, somos biologicamente orientados a nos conectar com outros para entender suas intencionalidades. Lamentavelmente, a vida cotidiana e uma sociedade que enaltece o desempenho e a imagem do indivíduo, perdeu a vivência em comunidade e conseqüentemente a tolerância ao que é diferente. Na medida em que somos mais avessos ao que é diverso e menos resilientes as frustrações, aumentam se os conflitos entre os sujeitos, divergências que a mediação se propõe a superar por meio de soluções construídas por meio do diálogo e/ou reestabelecimento das relações rompidas.

Entre as ferramentas que o mediador dispõe para alcançar sucesso na mediação, seja o processo de mediação qualitativo ou quantitativo, está a escuta empática. Por meio da empatia, definida por Edith Stein como forma de conhecer a visão do mundo do outro sem julgamentos ou preconceitos, uma verdadeira conexão e apreensão de sentido da vivência alheia é possível acessar o outro e sua intencionalidade. Alcançar o verdadeiro interesse a despeito da posição que a pessoa afirma durante o procedimento de mediação.

Assim acessar os sentimentos do outro, como um objeto a ser compreendido e não julgado de acordo com a minha percepção é a empatia conforme o conceito de Edith Stein, que aprofundou a ideia de empatia para

distingui-la de outros atos humanos como a associação, a imitação, a representação e o cossentir e garantir uma visão não solipsista do mundo tão necessária ao gestor de conflitos. Somente por meio das nossas relações que podemos alargar nossa visão de mundo e fomentar o diálogo respeitoso como o que nos é diferente. A globalização e a tecnologia nos possibilitam ir além de nossas fronteiras físicas, mas é por meio do bom e antigo diálogo entre as pessoas que superamos os obstáculos de relacionamentos em comunidade. A conexão com o outro por meio da empatia supera as diferenças que nos desunem para alcançar nossos objetivos comuns, em especial a paz social.

Edith Stein, em sua perspectiva fenomenológica afirma a empatia como condição de possibilidade de relações baseadas no respeito ao ser humano, uma vez que é no reconhecimento do Outro como um semelhante é o que possibilita a formação do indivíduo em um contexto civilizatório, o que faz de seu trabalho tão importante de ser lido e conhecido pelos gestores de conflitos.

Referências

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas na mediação**: São Paulo: Dash Editora. 2014.

BATTAGLIA, Maria do Céu Lamarão. **A Empatia na Mediação de Conflitos e na Facilitação de Diálogos: Como, Quando, Para Que?**. Disponível em https://revistaeletronica.oabrij.org.br/wp-content/uploads/2020/07/A_EMPATIA_NA_MEDIA%C3%87%C3%83O_DE_CONFLITOS_E_NA_FACILITA%C3%87%C3%83O_DE_DI%C3%81LOGOS-COMO_QUANDO_PARA_QUE___Maria_do_C%C3%A9u_Lamar%C3%A3o_Battaglia.pdf. Acesso em 20.nov.2022.

BRIQUET, Enia Cecília. **Manual de mediação**: teoria e prática na formação do mediador. Petrópolis: Vozes, 2016.

CURY, Augusto. **Soluções Pacíficas de Conflitos**: para um Brasil Moderno. Rio de Janeiro: Forense 2019.

DURANGE, Wagner; TASSINARI, Marcia. **Empatia**: a capacidade de dar luz à dignidade humana. Curitiba: CRV, 2019.

GOLEMAN, Daniel. **Empatia**. Trad. Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

FILHO SAVIAN, Juvenal. **Empatia Edmund Husserl e Edith Stein**: apresentações didáticas. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. Belo Horizonte. Del Rey, 2016.

MACINTYRE, Alasdair. **Edith Stein**: Um prólogo filosófico 1913-1922. Trad. Luis Henrique Toniolo Serediuk Silva. Campinas, 2022.

VARGAS, Carlos; FARIAS, Moises Rocha. **Edith Stein**: empatia, ética e mística. São Paulo: Edições Loyola, 2022.

DE PINHO, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STEIN, Edith. **On The problem of empathy**. Translated by Waltraut Stein. ICS Publications, Whashington DC, 1989.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação de Conflitos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A IMPORTÂNCIA DO MEDIADOR NA SISTEMÁTICA DA JUSTIÇA MULTIORTAS

Kivya Ribeiro Gomes

Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Graduada em Direito pela Faculdade Multivix (2013). Assessora jurídica no Ministério Público do Estado do Espírito Santo e mediadora judicial

Thaís da Penha

Especialista em Direito Civil e em Direito Penal. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2007). Juíza leiga e mediadora judicial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Resumo:

A prática da mediação é um método de resolução de conflitos utilizada no Brasil e no mundo como forma de pacificação social e consolidação de direitos. Esteve presente nos modelos civilizatórios ao longo da história mundial e, no Brasil, ganhou destaque e relevância com a consolidação das normas que integram o chamado microsistema auto compositivo: a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei da Mediação. Essas normativas trouxeram à baila uma nova sistemática de acesso à justiça, denominada de multiortas, tendo como protagonistas as próprias partes envolvidas no processo, seja na mediação judicial, extrajudicial ou pré-processual. Este artigo tem como objetivo destacar a importância do mediador judicial, desmistificando a cultura brasileira e mundial da lide e da disputa judicial, em que um terceiro imparcial decide para qual das partes incumbe o direito. Munido de ferramentas próprias, o mediador busca o restabelecimento da comunicação e a pacificação por meio de técnicas alternativas de resolução de conflitos. Por meio de metodologia bibliográfica com análise das normas e da doutrina especializada, pretende-se demonstrar que, na mediação, a probabilidade de resolução de controvérsias ganha novo enredo. No panorama atual, o mediador ainda não se consolidou nos Tribunais nem se popularizou entre os jurisdicionados, e enfrenta dificuldades de posicionamento como figura ímpar do processo de solução de controvérsias e consolidação de seus direitos.

Palavras-chave: Mediador; Modelos de mediação; Justiça multiortas.

Introdução

A mediação, seja ela judicial, extrajudicial ou pré-processual, surgiu como um mecanismo de resolução de conflito em que as próprias partes constroem, em conjunto, um sistema de decisão que satisfaça a ambos os envolvidos com a participação de um terceiro intermediador que precipuamente facilita o diálogo. Essa figura ímpar é o mediador. O mediador deve se despir de suas visões ou posicionamentos para que possa, com empatia, ouvir ambos os lados sem pré-julgamentos, sendo assim, afasta-se da análise jurídica do conflito envolvido. Exercício este que somente a prática, estudo e aperfeiçoamento darão aos mediadores.

No Brasil, o CNJ tem atuado como guardião e principal impulsionador dos métodos alternativos de resolução de conflitos e Justiça Multiportas. A Resolução 125 de 2010 do CNJ foi o marco propulsor da Política Nacional de Tratamentos Adequados dos Conflitos no âmbito do Poder Judiciário. Em 2015, o novo Código de Processo Civil consagrou os métodos consensuais dentre as normas fundamentais do processo civil, é o que dispõe o artigo 3º, §2º. Além disso, incorporou os mediadores e conciliadores à função de auxiliares da justiça, ou seja, deu destaque à atuação de tais operadores. Tal acepção buscou ultrapassar a práxis jurídica da conciliação como mera fase processual realizada pelos magistrados, bem como fomentou a nova figura jurídica do mediador.

O Código de Processo Civil também oferece sua versão dos princípios básicos que regem a atuação do mediador e do conciliador, em seu artigo 166: “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”. Princípios que foram complementados nas leis extravagantes, como o próprio regramento da Lei de Mediação (nº 13.140 de 24 de junho de 2015) e definidos na Resolução 125 do CNJ.

A resolução consensual de disputas foi priorizada tanto com a reformulação do próprio rito, quanto em relação à novas estruturas judiciárias, com a criação dos CEJUSCs, ou seja, centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

O Código Processual Civil estabelece que as tentativas de conciliação que devem acontecer na audiência preliminar deverão ser conduzidas, sempre que possível, por mediadores e conciliadores (artigo 334, §1º). Esta primeira, das três audiências previstas para o rito comum, agora é de designação obrigatória a não ser que ambas as partes manifestem desinteresse na composição consensual ou nos casos em que não for admitida a autocomposição.

A novidade legislativa é fonte de grande polêmica na doutrina e na jurisprudência, no que tange à questão da obrigatoriedade da referida audiência,

em contraposição ao princípio da voluntariedade dos institutos da conciliação e mediação. O Superior Tribunal de Justiça reforçou o entendimento de que tal regra possui natureza cogente, “que somente deixará de ser observada se a petição inicial não preencher seus requisitos essenciais; se for caso de improcedência liminar do pedido; ou se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual” (BRASIL, 2020).

Celeumas a parte, o destaque conferido à “justiça consensual” - e, no caso, à audiência de conciliação e à mediação - reforçam a necessidade de formação específica, notoriamente da figura do mediador de conflitos, para a atuação voltada às técnicas de resolução consensual. Dessa forma, o mediador passa a ser a figura central desse novo paradigma e sua capacitação e valorização são fundamentais para a criação de uma estrutura padrão no sistema judiciário brasileiro.

Origens da mediação

Conflitos e disputas sempre existiram dentro da história mundial, nos mais diversos contextos culturais, desde as antigas civilizações, fazendo surgir a necessidade de solução dos litígios pelos mais diversos métodos, desde a negociação, auxílio de um terceiro imparcial, até mesmo a utilização da violência. Diego Faleck e Fernanda Tartuce citam que os primeiros registros sobre mediação se originam na Bíblia, mas há quem defenda que a prática existia antes mesmo da história escrita. (FALECK; TARTUCE, 2016)

Em países do oriente como China e Japão, a mediação era usada como forma primária de resolução de conflitos e não como um método alternativo, não havendo escolha por parte dos envolvidos na disputa. Os chineses foram influenciados pelas ideias de Confúcio sobre a harmonia social e a solução de problemas pela ordem moral e não pela ordem imposta, fato que se enraizou dentro de uma cultura pacificadora ainda vigente no país. No Japão, o método já era adotado pelos aldeões que atuavam como mediadores, num sistema puramente conciliatório e que valorizava a manutenção dos relacionamentos. Num contexto mais amplo, a mediação sempre teve espaço diante dos conflitos entre as nações. No Ocidente, desenvolveu-se com intensidade nos Estados Unidos da América.

Em dado momento - aproximadamente entre os séculos XVIII e XIX, dentro da cultura do Liberalismo, a resolução de disputa por negociação direta ou por um terceiro imparcial cedeu espaço para a concentração da resolução de conflitos pelo Poder Judiciário. No entanto, a força do movimento pendular dentro da História costuma não falhar e fez com que a mediação fosse novamente vista, resgatando a necessidade de utilização como meio eficaz de resolução de controvérsias.

No Brasil, a mediação começou a ganhar forma na década de 90, especialmente na área trabalhista, passando pela solução de conflitos no direito das famílias e justiça comunitária, com forte influência norte-americana dos

professores de Harvard, em especial Frank Sander, com a ideia de que apenas uma porta (Judiciário) não é suficiente para recepção das demandas.

Escolas ou modelos de mediação

A mediação pode ser aplicada em diferentes tipos e intensidades de conflitos, sejam individuais ou coletivos. Humberto Dalla e Marcelo Mazolla argumentam que o modelo a ser adotado dependerá essencialmente da natureza do conflito, dos interesses em discussão e da formação técnica dos mediadores (DALLA; MAZOLLA, 2019).

As escolas ou modelos mediação servem, portanto, para orientar os mediadores diante de tais diferenças e aumentar a escala de aproveitamento da mediação pelos envolvidos.

Escola de harvard

O modelo surgido na Universidade de Harvard nasce como expoente na resolução de sistema de disputas, influenciando diversos outros modelos nos EUA e no mundo. O *Program on Negotiation* - PON - desenvolve pesquisas e projetos proposto por acadêmicos e outros setores públicos e privados.

O modelo é classificado como “mediação satisfativa”, na qual o mediador atua como um facilitador, orientando os mediandos a alcançarem um acordo com a satisfação de seus interesses. É o método tradicional de mediação, no qual se propõe diferenciar pessoas dos problemas, foco nos interesses ocultos por trás das posições, gerar opções à solução do conflito e eleger a melhor alternativa.

Os interesses podem ser caracterizados como as necessidades, desejos e medos. Já a posição é tida como os itens tangíveis que alguém deseja ter (o fim ou finalidade). Ao tratar sobre o tema, os renomados autores Roger Fisher e William Ury destacam que a maior dificuldade da negociação consiste não no conflito de posições, mas na disputa implícita dos interesses.

Diego Faleck e Fernanda Tartuce no entanto, advertem sobre a existência de outras escolas dentro da Escola de Harvard, não sendo correto, portanto, vincular somente ao modelo satisfativo:

Todavia, há que se ter cuidado com a utilização de expressões como “modelo de Harvard de mediação” ou “Escola de Harvard”; tais expressões são por vezes usadas sem a devida precisão em publicações nacionais.

Os acadêmicos de Harvard estudam todas as formas e modalidades de mediação, não havendo qualquer apropriação ou vinculação de um tipo de enfoque ou processo específico com a linha de pensamento da Escola. Em outras palavras, não soa apropriado vincular Harvard ao enfoque facilitativo, avaliativo ou transformador quando todos estes estão sendo estudados e ponderados por seus acadêmicos, abordados em seus cursos e sendo objeto de publicações e pesquisas (FALECK; TARTUCE, 2016).

A teoria proposta pela Escola Harvard pretende desbancar o desgas-

tado método “ganha-perde”, no qual tão somente preocupa-se em vencer a mediação, por meio de intimidações e métodos mais “agressivos”. Propõe o “ganha-ganha”, na qual o negociador cooperativo tenta extrair o máximo de valor e resultado da negociação.

Diego Faleck (FALECK, 2018) destaca que a teoria é multidisciplinar, e vem de campos como o direito, a economia, a teoria dos jogos, a psicologia social e cognitiva, a sociologia, negócios, finanças, políticas públicas, entre outros.

A crítica feita à referida Escola consiste no fato de que a mediação é direcionada especificamente ao acordo e não ao conflito. Na visão dos doutrinadores Humberto Dalla e Marcelo Mazolla, não se busca, a rigor, reestabelecer vínculos e relações, o que destoaria do entendimento das demais escolas de mediação (DALLA; MAZOLLA, 2019).

Mediação transformativa

A Escola Transformativa dispõe que o método tradicional, em certos casos, obriga com que as partes cumpram o que ficou disposto no acordo, não alterando, no entanto, a interação e relação entre elas. Ou seja, traz a ideia de que os conflitos nunca desaparecem por completo, mas se transformam, exigindo uma necessidade de que sejam mantidos sob controle. Valoriza a comunicação e mantém o foco no aspecto relacional. A meta, portanto, não é modificar somente a situação que ensejou o acordo, mas a relação entre os envolvidos no conflito, não importando que haja um acordo ou não, mas que exista uma transformação no aspecto relacional.

A opinião contrária ao modelo transformativo destaca que, nesse caso, o mediador é colocado em uma posição muito passiva, extrapolando os limites do conflito, e tratando a mediação com uma nuance “terapêutica”.

Modelo circular-narrativo

Decorre do processo criativo da professora Sara Cobb, que agregou aos métodos tradicionais o modelo da comunicação circular, em detrimento da comunicação linear. A circularidade existe, pois, a linguagem sobre o conflito é construída pela narrativa trazida pelos mediandos e não apenas a representativa da realidade. Necessário se avaliar toda a comunicação verbal e não verbal que as narrativas carregam. Entende que não existe somente uma causa produzindo o resultado.

O mediador deve promover uma narrativa conjunta, criando o que a autora chama de “comunidade discursiva”. Os mediandos apresentam alternativas aos conflitos. Valoriza a realização de sessões individuais, inclusive, de forma obrigatória.

As três Escolas acima referidas são as mais tratadas pela doutrina. No entanto, vale mencionar o Modelo de Mediação Sistêmica ou Ecosistêmica, que consiste numa rede de organização de indivíduos de diferentes profissões

(multidisciplinar) colaborando para um mesmo fim. Há, ainda, o modelo Propulsor, proposto por Diego Faleck o qual propõe uma mistura e aproveita o melhor das técnicas avaliativa e facilitadora. O mediador atua como um propulsor do acordo, como um “design de conflito”.

Por fim, importante destacar que, independentemente do modelo ou técnica que venha a ser utilizado, mister que o mediador atue de forma comprometida e colaborativa, valendo-se da aplicação dos princípios da mediação e dos valores que devem nortear as boas relações, em especial da boa-fé, transparência, cordialidade, urbanidade, deixando prevalecer a vontade dos mediandos. Tão importante quanto conhecer todos os modelos e técnicas, essencial que o mediador seja versátil e esteja disposto a utilizar a comunicação de forma a alcançar os objetivos propostos na resolução da disputa.

Do perfil do mediador

A partir do estudo dos modelos e das escolas de mediação podemos traçar o perfil do mediador. É notória a visão dos doutrinadores acerca da complexidade do instituto da mediação, sendo mais complexo e completo, pois visa justamente restabelecer diálogos e relações já desgastadas ou por muitas vezes rompidas. Na legislação pátria, a Resolução 125 do CNJ considera a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios. São os chamados meios adequados às soluções dos conflitos conforme à sua natureza e peculiaridade.

O legislador não fez maiores exigências ao conciliador e mediador extrajudicial, desde que seja um terceiro imparcial devidamente capacitado para o ato e que tenha confiança das partes, não precisando pertencer a nenhum cadastro prévio¹. Já em relação aos mediadores e conciliadores judiciais, há uma preocupação efetiva com a capacitação dos profissionais envolvidos e prévio cadastro, conforme artigo 167, §1º do Código de Processo Civil c/c artigo 6º, inciso II da Resolução 125 do CNJ².

Para atuar como mediador judicial é preciso ser graduado há pelo menos dois anos, em qualquer área de formação, conforme dispõe o artigo 11

1 Assim dispõe o artigo 9º da Lei de Mediação nº 13.140 de 24 de junho de 2015: poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

2 Artigo 167, §1º do Código de Processo Civil: § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

Artigo 6º, inciso II da Resolução 125 do CNJ: II - desenvolver parâmetro curricular e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, nos termos do art. 167, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020).

da Lei de Mediação. Os interessados em participar de curso de formação de mediadores judiciais e/ou de conciliadores devem entrar em contato com o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NU-PEMEC) ou com os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) dos tribunais.

O mediador não precisa ser um operador do direito, ele deve ser capacitado para sua atuação após passar por capacitação em instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais. É o que dispõe o artigo 11 da Lei de Mediação. Nesse ponto, o legislador retirou a hegemonia do operador do direito no trato dos conflitos e abriu o leque a qualquer área de formação. O mediador é um profissional interdisciplinar.

Pode-se afirmar, em certa perspectiva, que o mediador deve representar um novo profissional: ele não pode agir como advogado (porque a hipótese não é de subsunção dos fatos às normas e porque ele não pode ser parcial em sua atuação); não pode agir como psicólogo (porque a escuta não tem finalidade propriamente terapêutica, e sim didática), nem pode agir simplesmente como um médico que ouve e delimita um diagnóstico (porque são as partes que definirão os contornos da controvérsia e as saídas para o impasse); como se percebe, o mediador fica em uma posição incômoda por não se encaixar no modelo das profissões existentes (VEZZULLA, 2018, p. 302).

É primordial que o mediador conte com a confiança das partes e seja capacitado para sua função por meio de um treinamento que proporcione a aprendizagem de técnicas capazes de facilitar o diálogo entre as partes. Segundo Barbosa e Silva (2016), a profissionalização está atrelada ao desenvolvimento dos meios consensuais; estes constituem uma nova área de atuação que requer formação específica com disciplinas sobre tipologia dos conflitos e diversas formas de solução, além da abordagem de temas como interdisciplinaridade, teoria de sistemas e pensamento complexo.

Em regra, o mediador passa pela capacitação e deve ser treinado para buscar propiciar o restabelecimento da comunicação entre as pessoas. Ele deve ter características em comum: ser paciente, sensível, despido de preconceitos e hábil para formular perguntas pertinentes aos envolvidos no conflito de modo a proporcionar espaço para a reflexão sobre seus papéis e a responsabilização quanto à reorganização de condições.

Dentre as ferramentas utilizadas pelo mediador tem-se a escuta ativa. O mediador deve ser sensível não só as falas soltas das partes, mas o engajamento com as palavras e linguagem corporal dos outros para entender suas perspectivas. Entender o que foi dito é saber identificar temas relevantes para as partes, como elas se sentem em relação aos temas, descobrir sentimentos e objetivos que estão escondidos e não são demonstrados ou externados num primeiro momento.

Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos

consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a aperfeiçoamento permanente e à avaliação do usuário. A avaliação foi implantada como uma forma de controle de qualidade dos métodos utilizados, além de monitorar a eficácia e eficiência dos procedimentos.

Os mediadores, conciliadores e demais facilitadores de diálogo entre as partes ficarão sujeitos ao Código de Ética e princípios que regem a conciliação e mediação. Os mediadores devem pautar sua atuação com base nos princípios que vêm dispostos tanto na Lei de Mediação, artigo 2º³; no artigo 167 do Código de Processo Civil⁴ e artigo 1º do Anexo III da Resolução 125. Dentre eles, o princípio da independência e autonomia prevista na Resolução 125 dá, ao mediador, uma verdadeira garantia para sua atuação profissional para que não possa sofrer qualquer pressão ou represaria que impeça o bom andamento da sessão e de seu trabalho.

Segundo o doutrinador Luis Alberto Warat (2001) para quem o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos parecem acompanhar a premissa segundo a qual os conflitos nunca desaparecem por completo. Diversamente, eles apenas se transformam e necessitam de gerenciamento e monitoramento a fim de que sejam mantidos sob controle. Ou ainda, na visão de Muller (2006, p. 171), que afirma que

escolher a mediação é, para cada um dos dois adversários, compreender que o desenvolvimento da sua hostilidade só lhes pode ser prejudicial e que têm todo o interesse em tentar encontrar, por meio de um acordo amigável, uma saída positiva para o conflito que os opõe. [...] A maior parte das vezes, as decisões da justiça cortam o nó de um conflito, designando um ganhador e outro perdedor - um ganha o seu processo o outro perde-o - e as duas partes saem do tribunal mais adversárias do que nunca. A mediação não se preocupa tanto em julgar um facto passado - que é o que faz a instituição judicial - como em apoiar-se nele para o ultrapassar e permitir que os adversários de ontem inventem um futuro liberto do peso de seu passado.

É preciso, portanto, ter um profissional hábil para lidar com as partes conflitantes e levá-las a um patamar igualitário em que possam articular e resolver suas pendências. O mediador deve ser imparcial, conforme princípio explícito e agir sem favoritismo, preferência ou preconceito, sem aceitar qualquer espécie de favor ou presente das partes. Nesse sentido, caminhou o legislador ao dispor no artigo 5º da Lei de Mediação que são aplicáveis ao mediador as mesmas hipóteses de impedimento e suspeição do juiz. Sendo previsto no parágrafo único que a pessoa designada para atuar como mediador tem

3 Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

4 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

Considerações finais

Este breve estudo visa chamar atenção do papel do mediador dentro dos métodos adequados de solução de conflitos. Em que pese o tempo de promulgação da Lei de Mediação, ainda há muito a se fazer nos Tribunais brasileiros e nos diversos órgãos auxiliares, como Defensorias Públicas, Ministério Público, Ordem dos advogados para disseminação da função do mediador. Barreiras culturais ainda precisam ser urgentemente ultrapassadas para que haja definitivamente o engajamento e o fortalecimento da figura do mediador e consequentemente da mediação. O Estado juntamente às sociedades de classe, universidades, faculdades devem empreender um trabalho sério voltado a compreensão do próprio instituto da Mediação, demonstrando suas vantagens e arraigando na mente dos usuários dos serviços os benefícios de se utilizar tal método.

Outro ponto importante é atrair profissionais de diversas áreas para exercerem essa nova função de mediador. O próprio legislador desmistificou da atuação do mediador o conhecimento jurídico, mas deve haver atrativos para que outros profissionais busquem o referido encargo.

O primordial é disseminar a cultura de paz e trazer as partes o protagonismo de que elas podem resolver seus conflitos com o auxílio de um profissional imparcial, independente e devidamente habilitado. Uma das principais habilidades do mediador é ouvir, ou seja, a utilização da técnica da escuta ativa. A maior parte dos conflitos se originam justamente pela deficiência de comunicação entre as partes e fazer as partes exporem o que vai além dos pedidos jurídicos é fazer com que cheguem ao cerne da questão.

O mediador faz a aproximação das partes, colocando uma de frente a outra, para que simplesmente exponham suas razões, o que talvez seja difícil no dia a dia, quando as emoções estão à flor da pele. Por meio das técnicas, esse profissional identifica os pontos de discordância que são realmente relevantes e tenta com a superação dos ânimos e antagonismos emocionais, fazer testes de realidade e dar, às partes, uma visão prospectiva para que possam manter um relacionamento saudável no futuro.

No dizer dos Doutores Leonardo Carneiro da Cunha e Trícia Navarro Xavier Cabral, o Poder Judiciário tem uma grande responsabilidade em disseminar a cultura do consenso, não só com a oferta de métodos adequados de solução de conflitos às partes e com o prestígio da autonomia privada, mas também deve manter o aprimoramento do cadastro de mediadores e regulamentação da remuneração desses profissionais (CUNHA; CABRAL, 2019).

Outro ponto de destaque para valorização do mediador é a questão de

sua remuneração. O Código de Processo Civil prevê que, em regra, mediadores e conciliadores serão remunerados pelo exercício de sua função. A previsão é coerente com a exigência de capacitação e cadastramento, pauta que demanda tempo e dedicação dos facilitadores da comunicação.

O referido Código reconhece a possibilidade de os tribunais optarem por estruturar quadro próprio de conciliadores e mediadores a ser preenchido por concurso público de provas e títulos. Há também a previsão de trabalho voluntário para os mediadores, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal, contudo tal previsão descaracteriza o trabalho deste profissional que gasta parte preciosa de seu tempo em cursos de capacitação e atualização para uma atuação digna.

Um ponto que dificulta tal iniciativa remuneratória é a falta de dotação orçamentária, decorrente da crise financeira pela qual passam os tribunais brasileiros. Ressalvada essa hipótese, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Segundo o artigo 169, § 2º do Código de Processo Civil, os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

O CNJ elaborou a Resolução 271 de 2018 que fixa parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais, ressalvada a hipótese de quadro próprio de conciliadores e mediadores admitidos mediante concurso público de provas e títulos. Vigem, atualmente, no sistema brasileiro três modelos de remuneração: pagamento realizado pelas partes, pagamento realizado pelo tribunal e trabalho voluntário.

O problema do primeiro modelo é que, apesar da obrigatoriedade da sessão consensual, poucos podem querer antecipar o custo da mediação judicial, o que fará que declinem desinteresse pelo ato e as sessões de mediação ocorreriam nos casos em que as partes se dispuserem antecipar o pagamento pelo ato. No caso de a remuneração ser paga pelos tribunais, uma saída propícia para a propagação da mediação, seria a realização de concurso público ou processo seletivo específico para o cargo de conciliador e mediador; custas judiciais específicas para o serviço de conciliação/mediação; pagamento de gratificação pecuniária ou outra rubrica aos servidores; ou despesa da própria corte, caso haja orçamento. O trabalho voluntário desclassifica totalmente a função de mediador, como dito alhures.

A maioria dos Tribunais do país ainda não regulamentou a forma como se dará a atuação dos mediadores e como estes serão remunerados e que falta empenho dos referidos órgãos. Em que pesem algumas iniciativas como do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, grande parte dos tribunais ainda utilizam o trabalho voluntário dos mediadores e conciliadores.

Não há como deixar de reconhecer a relevância do tema, os mediadores

são definitivamente os novos sujeitos do sistema de Justiça, dessa forma é importante que haja o reconhecimento dos serviços por eles prestados, pois isso influirá de forma decisiva na qualidade dos meios consensuais. A voluntariedade quebra o paradigma do profissional mediador e merece críticas de nossa parte.

É preciso desenvolver uma identidade profissional, sobretudo com o estabelecimento de uma remuneração mínima, bem como incentivos constantes voltados para a qualificação permanente de seus quadros. Outro ponto importante é que tais valores não sejam aviltantes nem desanimadores. Nessa medida, a remuneração de mediadores deve ser suficientemente atrativa para que bons profissionais desejem atuar na seara judicial.

Portanto, deve-se vencer inúmeras resistências, políticas e culturais para popularização do instituto da Mediação. Para que haja a disseminação da política de tratamento adequado dos conflitos, é primordial a capacitação técnica do mediador com a oferta constante de curso de atualização e aprimoramento e a consequente valorização de seu trabalho e remuneração compatível com o seu labor.

Referências

BARBOSA E SILVA, Érica. **Profissionalização de conciliadores e mediadores**. Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia, São Paulo: OAB/SP, n. 23, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. 1ª Edição. Novo CPC. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 271, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2780>>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. **Lei de Mediação**. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RMS 63.202/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJE 18/12/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206306948/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-63202-mg-2020-0066317-8/inteiro-teor-1206306959>. Acesso em 04 dez. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Remuneração dos mediadores e dos conciliadores judiciais: diagnóstico**. Brasília: CNJ, 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral. **A abrangência objetiva e subjetiva da mediação**. Revista de Processo. vol. 287,

2019.

DALLA, Humberto; MAZOLLA, Marcelo. **O papel do mediador e a relevância de suas funções na política pública de resolução adequada de conflitos.** RJLB, Ano 5 (2019), nº 5. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_0777_0801.pdf>. Acesso em: 01 out. 2022.

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação,** 2016. Disponível em: <<https://www.fernandartartuce.com.br/artigos-daprofessora>>. Acesso em: 01 out. 2022.

MULLER, Jean - Marie. **Não-violência na educação.** Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2006.

REIS, Adacir. Mediação e Impactos Positivos para o Judiciário. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira.** 2. Ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2017.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação:** teoria e prática, cit., p. 43-44. Citado por TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2018.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador,** v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO PREVENTIVO À ALIENAÇÃO PARENTAL: UM OLHAR SOBRE O DIREITO HUMANO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Fernanda Francisca Veras Carvalho

Psicóloga formada pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, em 1988. Advogada pela Universidade Cândido Mendes formada em 2016. Pós-graduanda em Direito de Famílias e Sucessões pela Imadec. Mediadora Judicial-Tribunal de Justiça Rio de Janeiro e extrajudicial *adoc*

Jane Pereira de Santana

Advogada formada pela Nassau em 2012. Bacharel em Ciências Contábeis, em 1996. Pós-graduanda em Gestão Governamental e Metodologia do Ensino, em 2003 pela Universidade do Estado da Bahia. Pós-graduanda em Direito Civil pela Uniasselvi. Mediadora Judicial-Tribunal da Bahia

Resumo:

É notório que o arcabouço legal contribuiu, ao longo dos anos, para proporcionar às crianças e adolescentes o seu reconhecimento como sujeitos de direitos, contudo ainda existem, nos dias atuais, situações que demonstram a necessidade de incrementar ações para garantir o respeito aos seus direitos humanos e à sua devida proteção integral. O objeto deste artigo versa sobre o direito humano das crianças e adolescentes à convivência familiar, nos casos específicos de dissolução da relação conjugal e, com esse recorte, objetiva-se demonstrar a utilização da mediação como um espaço dialógico e reflexivo para que os pais possam desenvolver a coparentalidade e legitimar o direito dos filhos à convivência familiar saudável, o que torna o tema relevante vez que visa a preservação das relações familiares duradouras e a permanência do vínculo parental-filial. Utiliza-se como metodologia a análise qualitativa, com pesquisas em livros, artigos e ordenamento jurídico e se intenciona, como resultado, contribuir para a ampliação dessa base bibliográfica sobre o tema da prevenção da alienação parental, a partir do uso da mediação de conflitos, para primar pelo direito humano à convivência familiar das crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Alienação parental; Convivência familiar; Mediação; Direitos Humanos

Introdução

À medida que as sociedades evoluem, novas percepções vêm à tona no sentido de proporcionar a conscientização acerca dos direitos humanos. No Brasil, não é diferente. Seguindo os caminhos dos tratados, acordos, pactos internacionais, os direitos das crianças e dos adolescentes ganham foco e, nessa seara, torna-se desafiador ao judiciário abarcar todos os litígios ou possibilidades de querelas para proporcionar uma segurança jurídica aos seus juridicionados, sobretudo quando os envolvidos são aqueles ainda despídos de capacidade civil plena: crianças e adolescentes.

O objetivo desse artigo é apresentar a contribuição da mediação, no âmbito familiar, como uma ferramenta para prevenção da ocorrência da alienação parental, visando a garantia do direito das crianças e adolescentes à convivência familiar saudável, conforme o artigo 227 caput, da Carta Magna brasileira (CRFB/1988).

O tema é relevante por enfatizar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, tanto pela sociedade civil brasileira, quanto pelos órgãos governamentais, considerando o princípio mundial do melhor interesse da criança/adolescente, para que os ex-cônjuges se reconheçam na sua coparentalidade, com o foco na prevenção da alienação parental e preservação da convivência familiar.

Propõe-se, como metodologia, uma análise qualitativa, pela leitura em livros, artigos científicos, cartilhas, leis, códigos, convenções e carta magna brasileira e como resultado, intenciona-se fortalecer a base bibliográfica sobre a prevenção da alienação parental a partir do uso da mediação de conflitos, pelo viés consensual, autocompositivo, reflexivo e pedagógico, a fim de primar pelos direitos humanos das crianças e adolescentes, dentro do recorte aqui estudado.

O presente artigo se divide em três seções. Primeiramente, aborda-se um panorama dos direitos humanos da criança e do adolescente. Na sequência, o direito de convivência *versus* a alienação parental e, por fim, a utilização do instituto da mediação numa perspectiva principiológica e com foco nas relações e nas pessoas numa visão emancipadora e responsável.

Um breve panorama legal dos direitos da criança e do adolescente no Brasil

A evolução histórica aqui abordada seguiu a sequência apresentada por Danyelle Fernandes (2018, p. 1) no seu artigo intitulado *Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente no Brasil*. Segundo essa autora, o início do ordenamento legal brasileiro visando a proteção e garantias às crianças e adolescentes, remonta aos anos 1900, com o Código Civil de 1916 dispondo sobre os direitos dos filhos nos assuntos atinentes ao casamento e o Código de Menores de 1927, implantando a assistência educacional.

Em 1950, nasceu no Brasil o escritório do Fundo das Nações Unidas

para a Infância - UNICEF, considerado de fundamental importância para a garantia dos direitos às crianças e aos adolescentes brasileiros. Em 1979, criou-se o Código de Menores, como revisão ao Código de Menores de 1927, dispondo sobre assistência, proteção e vigilância a menores garantindo-lhes direito à educação e à integração sociofamiliar.

Conquistas aconteceram advindas das Constituições de 1934, 1937 e 1946, a exemplo do ensino primário obrigatório e gratuito, assistência e proteção desde o período pré-natal, além das questões trabalhistas. A Constituição de 1988 ampliou os direitos, a começar pela troca do termo “menor” por “criança e adolescente”. Em seu artigo 227, preconiza absoluta prioridade aos direitos da criança e adolescente, por parte da família, sociedade e Estado, inclusive à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ademais, no art. 229, destaca a responsabilidade compartilhada dos pais em assistir, criar e educar (BRASIL, 1988).

Em 1990, o Brasil publicou o Decreto nº 99.710 (BRASIL, 1990b), ratificando a “Convenção sobre os Direitos da Criança”, preconizada, em 1989, pelas Organizações das Nações Unidas (ONU), reconhecendo que:

[...] “a criança para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão [...] e que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente [...] e deve ser educada [...] especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade”.

Naquele mesmo ano, por meio da Lei nº 8.069/90, nasce o Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA, que no seu artigo 4º regulamenta o art. 227 da Constituição Federal de 1988, anteriormente mencionado, bem como se apropria dos preceitos da Convenção citada da ONU, para dar maior abrangência aos direitos fundamentais da infância e juventude. Destaca-se o capítulo III, art. 19, tratando “do direito à convivência familiar e comunitária em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”, coadunando com o objeto do presente trabalho.

O Brasil também ratificou, em 1992, pelo Decreto nº 678, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22/11/1969) e o art. 19 trata do direito de toda criança às medidas de proteção por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Percebe-se por essa breve evolução histórica, o paralelismo existente entre o rumo tomado pelo Brasil na promoção dos direitos das crianças e adolescentes e os ditames internacionais para a garantia desses direitos. O princípio da proteção integral juntamente com o princípio da dignidade humana foram basilares para o cuidado dirigido a esses novos sujeitos de direitos que progrediram de seres antes “invisíveis” para seres em constante desenvolvimento com ampliação de garantias.

Recentemente, no ano de 2010 foi criado o Plano Nacional de Primeira Infância, elaborado com ampla participação social, à luz da diretriz constitucional. Em 2016, instituiu-se o Marco Legal da Primeira Infância, Lei nº 13.257, cujo artigo 3º “[...] implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral”.

Em 2019 foi firmado o Pacto Nacional pela Primeira Infância, por representantes dos poderes judiciário, legislativo e executivo, além de órgãos da sociedade civil, para mobilizar as estruturas a fim de garantir o desenvolvimento humano integral, com foco a partir dos primeiros anos de vida.

Finaliza-se essa seção, mencionando novamente a Convenção sobre os Direitos da Criança, que dentre outros, foi base para muitos dos nossos normativos, colocando uma luz sobre a conduta dos pais e/ou responsáveis, que mesmo vivenciando situação de dissolução conjugal, há de se observar direitos reconhecidos internacionalmente, como de suma importância para as crianças e adolescentes, dentre eles garantir aos filhos a convivência familiar e comunitária digna à “pessoa em desenvolvimento” (BRASIL, 1990b).

A alienação parental *versus* o direito humano das crianças e adolescentes à convivência familiar

Antes de tudo, faz-se necessário uma referência à evolução histórica do termo família, apresentado na obra Direito de Família da professora Berenice Dias (2016), da união homem-mulher à multiparentalidade e que, cada vez mais, se afasta da entidade casamento. Acrescenta a autora que o divórcio, como derivado dessa instituição e as diversas possibilidades de convívio no centro familiar, revolucionam o termo “matrimônio”.

Ao longo do tempo, o aspecto econômico abriu espaço para as questões emocionais. Berenice Dias (2016) pontuou que o surgimento do termo afetividade “temperou” as relações familiares sendo um princípio que elevou o patamar da criança e do adolescente de coisa ao de sujeitos de direitos. De outra maneira, independente da estrutura familiar adotada, as crianças e adolescentes ainda hoje parecem ser os últimos considerados quando do desmanche do enlace conjugal.

Como visto na seção anterior, nossos normativos acompanharam os avanços internacionais sobre os direitos das crianças e adolescentes. Nos tribunais brasileiros, era constante a observação pela equipe multiprofissional que atua no Direito das famílias, em ações de dissolução conjugal, com disputa de guarda pelos filhos, o fato de um genitor poder excluir ou afastar o outro, da convivência com o filho, alegando estar escolhendo o melhor para a prole (BUOSI, 2012).

Nessa esteira, a lei brasileira nº 12.318, de 26/08/2010, trata sobre alienação parental, conceituada no art. 2º, a saber:

Art. 2º- “Considera-se ato de alienação parental, a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.

A origem dos estudos sobre a alienação parental remonta ao psiquiatra infantil Dr. Richard A. Gardner, que em meados da década de 80, observou em sua prática forense, em casos de guarda dos filhos, um fenômeno que ele denominou, à época, por síndrome de alienação parental, nos estágios leve, médio e avançado (LOYOLA, 2018, p. 240).

No estágio leve, os filhos possuem fortes vínculos emocionais com ambos os genitores, embora haja alguma difamação de um genitor para com o outro, com pouca intensidade. No médio, acrescenta Loyola, que “o alienador faz uso de recursos variados para afastar ou dificultar o contato do outro genitor com o filho e a criança passa a ‘colaborar’ com a campanha de desmoralização do genitor alienado”.

No estágio avançado, Loyola ressalta que o fenômeno da alienação parental “é marcado pela intensificação de todos os sintomas do aparecimento de uma espécie de pânico, com gritos e comportamentos violentos por parte da criança, geralmente diante da possibilidade de visitação do ou ao outro genitor” (ROCHA, 2012 apud LOYOLA, 2018).

Assim, não obstante o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA enfatizar em seu art. 4º o direito à convivência familiar, a Lei de Alienação Parental em seu art. 6º estipula possíveis sanções ao genitor, supostamente alienador, de onde nota-se uma aparente dicotomia: convivência e corte de relacionamento da criança com o genitor alienador, o que remete à indagação sobre o interesse superior da criança.

O processo jurídico parece, por vezes, relegar a criança ao segundo plano, já que as sanções ao alienador acabam agindo também, a depender do caso, contra a criança, conforme ressaltam Sousa e Brito (2011, p. 276):

Em relação às sanções que podem ser aplicadas ao chamado pai alienador, por vezes se tem a impressão de que a criança acaba sendo relegada a segundo plano, quando a preocupação parece voltada para a medida exemplar que será determinada para um dos genitores. Não se pode desconsiderar que, em casos nos quais haja forte ligação com um dos genitores, a decisão de inverter a guarda, ou de proibir esse genitor de ver a criança durante período de tempo estipulado em sentença judicial, ou mesmo de lhe retirar o poder familiar, pode trazer intensos sofrimentos para a criança.

Com a suspensão, pela Justiça, do convívio entre filhos e pais, considerando ainda a demora na prestação jurisdicional efetiva, a psicóloga Glícia Brazil (2022) aponta para a complexidade do problema, pois é notório que

os prejuízos de um afastamento - sobretudo por um tempo maior do que o necessário - são incontáveis para o desenvolvimento infantil e para a fase juvenil, não se podendo prever as marcas que o processo de alienação parental vai revelar na sua fase adulta.

Diana Poppe (2021, p. 41) em seu manual do pós-divórcio, ressalta que “um filho não tem que escolher entre pai e mãe. É seu direito ter os dois, plenamente”, ao que corrobora Brito (BRITO, 2002 apud LEVY, 2011) ao reforçar que a convivência com ambos os pais é um direito inalienável atribuído à criança, a partir da Convenção sobre os Direitos da Criança, abordada na seção anterior.

Nesse contexto, sob o olhar dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes, existem iniciativas fora e dentro do judiciário, a fim de prevenir o “cabo de guerra” que tornam filhos instrumentos de vingança ou outros sentimentos mal elaborados de um genitor contra o outro, com o único propósito: ganhar a disputa, derrotando a parte alienada.

Como política pública, surgiu o Plano Nacional de Primeira Infância, mencionado na seção II desse artigo, tendo como uma de suas metas a realização do Diagnóstico da Situação de Atenção à Primeira Infância, dentro do judiciário. A pesquisa foi realizada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em parceria com o Programa das Nações para o Desenvolvimento - PNUD, tomando por base os processos, no período de 2015 a 2021, no universo amostral de 567 varas (31,6% do universo possível), das quais 477 (84,1%) unidades com competência cumulativa e 90 (15,9%) com competência exclusiva, espalhadas pelo país (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 9).

Esse Diagnóstico, publicado em 2022, foi dividido em cinco eixos de demandas apresentadas nas ações judiciais. Quanto ao segundo eixo que tratou das dissoluções conjugais, verificou-se 45,88% de dissolução conjugal litigiosa contra 49,18% consensuais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 10).

Para identificar a presença de crianças e adolescentes nas dissoluções conjugais, optou-se por correlacionar com assuntos afins, tais como alienação parental, fixação de alimentos, busca e apreensão, regulamentação de visitas e investigação de paternidade. Apuraram 5,3 milhões de processos nesses temas, sendo que, ao cotejar com a dissolução conjugal, identificaram cerca de 230 mil casos. No que diz respeito à alienação parental, a sua ocorrência é quatro vezes maior nos casos de dissolução conjugal litigiosa em comparação às consensuais. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 10).

A conclusão a que os pesquisadores chegaram, é que é possível inferir que mesmo diante da equivalência entre as dissoluções litigiosas e consensuais, há evidência do envolvimento das crianças nos conflitos conjugais, o que demanda atenção dos sistemas de justiça para o devido acompanhamento, a fim de protegê-las diante dos conflitos aos quais estão expostas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 11).

Outra informação que vale destacar é que 31,5% das Varas com competência cumulativa e 12,2% das Varas com competência exclusiva, responderam que “raramente” ou “nunca” utilizaram os meios adequados de solução de conflitos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 14). Quando o tema recaiu sobre a alienação parental, verificou-se que 48,7% das Varas com competência cumulativa e 69,1% das Varas com competência exclusiva utilizaram a mediação como método adequado de resolução dos conflitos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 67).

Os resultados da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça sinalizam o potencial para a maior disseminação dos meios adequados de resolução dos conflitos, a exemplo da mediação, a fim de que possam primar pela celeridade, efetividade e prevenção da alienação parental, sobretudo quando se encontra no primeiro estágio (leve) da escala do Dr. Gardner, promovendo aos pais reflexões sobre os princípios constitucionais da afetividade, solidariedade familiar, melhor interesse da criança e do adolescente, isonomia parental e paternidade responsável, utilizados no Direito de família.

A próxima seção abordará o uso da mediação como um método dialógico e voluntário, a fim de que o casal parental preserve os vínculos familiares com os filhos e previna a ocorrência da alienação parental, a partir da reflexão de princípios acima elencados e da construção de um “projeto de futuro” familiar, na concepção de Vezzulla (ARAÚJO, 2022, p. 90).

A mediação como instrumento de valorização dos direitos da criança e do adolescente nas perspectivas principiológica, emancipadora e responsável das relações humanas

A qualidade da relação parental, a partir da dissolução conjugal, é relevante para a percepção por parte dos próprios filhos acerca do novo modelo familiar. Em algumas situações, os ex-cônjuges possuem dificuldade em lidar com seus papéis parentais diante das mudanças que estão vivenciando enquanto família.

Quando não conseguem resolver a dois as suas querelas, podem precisar de um terceiro imparcial - mediador - que os ajude nesse momento de transição, a fim de que possam se reconhecer como capazes de construir juntos essa nova realidade, primando pelo respeito às relações familiares e a cada um deles no convívio saudável com os filhos.

A mediação privilegia a preservação e restauração das relações com vínculos já existentes e o mediador “auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (art. 165, 3º da Lei 13.105/2015).

A Carta Magna brasileira fortaleceu o ordenamento jurídico com princípios constitucionais que são considerados como alicerces normativos, dos quais cinco deles têm especial relevância para o que se pretende discorrer na

presente seção: afetividade, solidariedade familiar, melhor interesse da criança e do adolescente, isonomia parental e paternidade responsável.

Para Berenice Dias, “há princípios especiais próprios das relações familiares. É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais”. E acrescenta que os princípios da solidariedade e da afetividade “devem servir de norte na hora de apreciar qualquer relação que envolva questões de família” (DIAS, 2016, pp. 71-72).

Considerando o princípio da afetividade, a jurisprudência, aos poucos, passou a decidir pela indissolubilidade do vínculo filial em casos em que o parentesco resulte de outra origem que não a consanguinidade, em que há o reconhecimento espontâneo do filho pela socioafetividade.

Agregando mais ao assunto, Paulo Lôbo (apud DIAS, 2016, p. 85) identificou na Constituição “o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem” como sendo um dos fundamentos essenciais ao princípio da afetividade.

Não raramente, famílias que passam pela experiência da dissolução conjugal, acabam rompendo os laços filiais e o retorno à convivência vem por solicitação do pai, da mãe ou de outra pessoa da família que tem a necessidade de reconstrução desse vínculo afetivo, por isso recorre ao judiciário (BRAZIL, 2022, p. 191).

Tão relevante quanto o princípio da afetividade, tem-se o princípio da solidariedade familiar. O Professor Rolf Madaleno (COELHO DIAS, 2021, p. 146 apud MADALENO, 2015, p. 94) vê a solidariedade como fundamental para as relações familiares “porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário”.

Para Coelho Dias (2014, p. 147):

[...] o princípio da solidariedade familiar, que em alguns momentos se confunde até com o dever jurídico de cuidar, condiciona a elaboração e inteligência de diversas normas aplicáveis no âmbito das entidades familiares, sendo inegável sua aplicação no que diz respeito aos cuidados a serem dispensados pelos pais aos filhos.

Assim, estarem em mediação é uma oportunidade para dialogar sobre os temas que lhes são necessários tratar e, trazendo para o nosso recorte, o direito à convivência familiar. Remete-se aos princípios da afetividade e da solidariedade para reconhecer as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e estender esse entendimento aos demais familiares. Vislumbra-se, nesse artigo, que a mediação, agregada aos dois princípios supracitados, possa minimizar ou mesmo prevenir a alienação parental ou familiar.

O casal conjugal passa, a partir da dissolução do enlace, a ser compreendido por casal parental e formam uma nova estrutura familiar, que possui proteção constitucional (CRFB/88, art. 226), o que os proporciona a reflexão

sobre assumirem uma postura colaborativa e solidária, respeitando-se e também aos filhos.

Considerando o pleno exercício do poder familiar e o princípio da Igualdade no âmbito da família (CRFB/88, art. 226, § 5º), pode-se analisar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Quis o constituinte reconhecer as crianças e adolescentes como detentores de direitos, com absoluta prioridade diante dos demais integrantes da família.

Assim, o poder familiar foca no direito à proteção integral das crianças e adolescentes, a ser proporcionada por seus pais ou responsáveis, bem como pela própria sociedade e pelo Estado. No entanto, a família, nas suas mais diversas estruturas, vem em primeiro lugar, de forma a promover às crianças e adolescentes o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral (COSTA, 2019, p. 1).

O princípio da Isonomia parental vem corroborar no sentido de que os responsáveis, sejam os pais biológicos ou não, exerçam todas as obrigações e direitos relacionados às crianças e adolescentes de modo igual e conjunto, não mais existindo espaço para exclusão de atribuições, pois o prover e cuidar cabe a ambos os genitores. Ressalta Coelho Dias (2014, p. 148) sobre os pais que “os dois são provedores e cuidadores ao mesmo tempo, tendo iguais direitos e deveres em relação à convivência, à criação e à educação de seus filhos”.

Na mediação, como espaço reflexivo e dialógico, o princípio da isonomia parental permite que os ex-cônjuges percebam a si mesmos em seus papéis parentais, legitimem um ao outro e reconheçam seus filhos como sujeitos de direitos, a fim de prevenir a alienação, inclusive a autoalienação, que não possui ainda previsão legal. Esclarece Madaleno (2015), que “nem sempre a alienação parental surge da iniciativa do genitor que detém a guarda da criança, sendo muito frequente a ocorrência da alienação autoinfligida, também chamada de autoalienação”, mas esse não é objeto de nosso estudo.

O último princípio aqui elencado é o da paternidade responsável. Por esse princípio, entende-se que os pais possam se sensibilizar e despertar em si não somente o seu dever de cuidar a um só tempo dos filhos, no que concerne às suas necessidades, mas também se apropriarem de suas responsabilidades perante a sociedade, à construção do futuro mais saudável e sustentável para seus filhos e para a nova estrutura familiar que compõem.

Para Coelho Dias (PEREIRA, 2016 apud COELHO DIAS, 2014), o princípio da paternidade responsável:

[...] representa o reconhecimento da importância das funções parentais como um todo, sendo certo que isso não interessa apenas aos sujeitos da relação, mas a toda a sociedade, já que as consequências da irresponsabilidade no campo parental são nefastas não apenas em relação aos diretamente envolvidos, mas a todos.

Essa base principiológica é proposta nesse trabalho como pilar para o restabelecimento de uma comunicação respeitosa e construtiva, a fim de que possam identificar, por si próprios, soluções consensuais para a nova estrutura familiar, com benefícios para todos, sobretudo para seus filhos.

Segundo Pelajo e Lima (2016, p. 238):

[...] cabe aos mediandos, por meio de suas próprias considerações e sentimentos, compartilhar com o mediador e com a outra parte sua percepção acerca do contexto fático vivenciado e, a partir do mapeamento da pluralidade dos interesses e necessidades, construir alternativas que possam atender a todos.

Nesse trabalho, adota-se a perspectiva da mediação emancipadora e responsável, conforme o entendimento de Vezzulla, expresso no depoimento prestado a Araújo:

Essa é a mediação que entendo aplicável, emancipadora, porque permite que as pessoas exerçam sua capacidade de decidir, e responsável porque analisam reflexivamente o que estão a decidir e se atende às necessidades de todos e de todas sem lesar a ninguém” (ARAÚJO, 2022, p. 90)

Acrescenta ainda Vezzulla, em seu depoimento, que:

[...] essa reflexão permite tomar consciência dessas atitudes, dessas condutas, dessas maneiras de se relacionar, de se comunicar, de pensar a vida que gera dependência. [...] na medida em que você toma consciência, você se liberta. [...] a mediação seria esse processo de poder te levar a que você se emancipe e comece a pensar por si mesmo, a organizar sua vida. [...] uma evolução emancipatória é ir assegurando aos filhos, paulatinamente, responsabilidades, reconhecendo as habilidades e capacidades deles para assumi-las” (ARAÚJO, 2022, pp. 90-92)

É comum a mediação se reportar à gestão de conflitos. O casal em situação de separação conjugal pode estar escalando um conflito interrelacional, vivenciando emoções como raiva, medo, ódio, vingança, ressentimento, sentimento de perda, tristeza, dentre outros, de forma que sentem dificuldade em se comunicar.

Agregando acerca do conflito, Araújo apresenta o entendimento de Vezzulla (ARAÚJO, 2022, p. 90) de que “a perspectiva do conflito é redutora, pois leva as pessoas a se concentrarem numa temática e isso perturba a construção de um projeto de futuro”. Para Vezzulla, faz-se necessário que olhem para a forma como se interrelacionam, “para que possam fazer uma nova visão de si mesmos, responsabilizando-se, não já se sentindo vítimas, não já fugindo da situação, mas se sentindo responsáveis pelo que fizeram para que isso ocorresse”.

Vezzulla apresenta o que denominou por “projeto de futuro”, que se trata de um projeto de convivência. No caso específico do tema sob estudo, o casal parental, por meio da mediação, inicia o processo de sensibilização para que, enquanto pais, exerçam a autogestão do relacionamento, visando a programação de futuro relacionado ao desenvolvimento dos seus filhos.

Entende-se por programação de futuro demandas relacionadas à educação, saúde, convivência, alimentação, lazer, liberdade religiosa, dentre outros direitos fundamentais defendidos no campo dos direitos humanos.

Retomando a ideia explanada, temos que o modelo de mediação emancipadora e responsável proposto por Vezzulla conjugado aos princípios constitucionais empregados no Direito de família e aos fundamentos do instituto da mediação, constituem um híbrido sobre o qual defendemos a nossa proposta de mediação preventiva à alienação parental.

A mediação como um instrumento de exercício da cidadania, de viabilização efetiva dos direitos humanos, calcada na dignidade da pessoa humana, desde a sua concepção intrauterina. A mediação como espaço de integração dos princípios constitucionais, a fim de que os pais ou responsáveis possam dialogar, sensibilizar-se e promover aos seus filhos - crianças e/ou adolescentes, nos casos em que há dissolução conjugal -, a felicidade, o amor e o cuidado que cada um lhes dirigirá, para lhes garantir um desenvolvimento integral e saudável enquanto pessoas em desenvolvimento.

Na mediação que trabalha na perspectiva do cuidado das relações, com visão emancipadora e responsável, os pais e/ou responsáveis tomam consciência de que:

[...] existe um presente que não atende as necessidades e os participantes procuram na mediação poder programar um futuro que consiga atender a estas necessidades. Os mediadores trabalham para que eles exerçam a autogestão para fazer esta programação de futuro, partindo do nosso compromisso ético que é conseguirmos gerar uma sensibilização a partir do que eles trazem. Esta sensibilização entre os Mediandos será a base para que eles possam gerar estas soluções de futuro. (MARTINS; RUA, 2020, pp. 3-4).

O projeto de futuro é uma proposta autocompositiva de convivência e para ser implementado implica uma autogestão responsável, pois o que vão decidir acerca do futuro, vai além de atingir a si próprios e transcende para a vida do outro e de todos os familiares envolvidos direta e indiretamente na consecução desse projeto.

Intenta-se, pelo projeto de futuro, coconstruído durante a mediação, atender às necessidades de toda a família, com detalhes sobre o papel de cada indivíduo, conforme os temas que elenquem como importantes para a organização da nova estrutura familiar; que seja um projeto de futuro viável, efetivo e sustentável para todos, pois são pessoas conscientes, emancipadas e também responsáveis pelas decisões que tomarem em conjunto.

Considerações finais

A celeridade judicial se torna de extrema importância quando se trata de afastamento dos pais de seus filhos ou vice-versa, motivados por problemas ocasionados pela ruptura de relacionamento conjugal. É notório que a alienação parental promove sofrimento à família com consequências de toda ordem, sobretudo emocional, portanto, oportuna a utilização de outros métodos de solução de conflitos, a exemplo da mediação familiar.

A mediação pode ser um estímulo à continuidade ou resgate dos vínculos entre os indivíduos que compõem aquela estrutura familiar. Propõe-se para o processo de mediação, nesse estudo, conscientizar e sensibilizar os pais ou aqueles que exerçam as funções materna e paterna sobre a base principiológica jurídica da afetividade, solidariedade familiar, melhor interesse da criança e do adolescente, isonomia parental e paternidade responsável, sem exclusão de outros princípios, conjugado com os fundamentos da mediação, sob a perspectiva emancipadora e responsável, que nos apresenta Vezzulla.

Como resultado da mediação, almeja-se a elaboração de um projeto de futuro familiar com o condão preventivo à alienação parental, com garantia à convivência familiar, coconstruído pelos mediandos, de modo autônomo nas bases dos direitos fundamentais e humanos de seus filhos e com autogestão das relações familiares.

Referências

ARAÚJO, André Carias de. **Juan Carlos Vezzulla**: a arte da mediação: em depoimento a André Carias de Araújo. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. [1990a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. [1990b]. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 12 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d678.htm. Acesso em 12 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 11 de março de 2015. [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.257**, de 08 de março de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 12 nov.

2022.

BRAZIL, Glícia Barbosa de Mattos. **Psicologia Jurídica: a criança, o adolescente e o caminho do cuidado na Justiça**. São Paulo: Editora Foco, 2022.

BUOSI, Caroline de Cássia F. **Alienação Parental: uma interface do Direito e da Psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.

COELHO DIAS, José Eduardo. Planos de Parentalidade. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. n° 41, Mar-Abr/2021. Porto Alegre: LexMagister, 2014.

COSTA, André. **O Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**. A Convivência Familiar. 2019. Disponível em: <https://0101costa.jusbrasil.com.br/artigos/792284672/o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em 10 nov. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Proteção da criança na dissolução da sociedade conjugal. **Diagnóstico da Situação de Atenção à Primeira Infância**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/eixo2-primeira-infancia.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 4ª ed. versão e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FERNANDES, Danyelle Crystina. **Evolução histórica dos direitos dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. 2018. Disponível em: www.nucleodocnhecimento.com.br. Acesso em: 19 ago. 2022.

LEVY, Lidia. A vingança será maligna: um estudo sobre a alienação parental. **Casal e família: conjugalidade, parentalidade e psicoterapia**. 1ª ed. Casa do Psicólogo, 2011.

LOYOLA, Marajane. **Alienação Parental e seus efeitos psicológicos em Crianças. Desafios do século XXI**. Montes Claro: Unimontes, 2018.

MADALENO, Rolf. Debate OAB-RJ: autoalienação parental ou alienação autoinflingida. *Genjurídico*, São Paulo, 15 jul. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/07/14/debate-oab-rj-autoalienacao-parental-ou-alienacao-autoinflingida/>. Acesso em: 12 nov. 2022.

MARTINS, Pedro M; RUA, Diana. **A Importância da Objetivação na Mediação Familiar Emancipadora e Responsável**. Lisboa, 2020.

PELAJO, Samantha; LIMA, Evandro Souza e. A mediação nas ações de família. **A mediação no novo Código de Processo Civil**. Editora Forense, 2ª edição, 2016.

POPPE, Diana. **Manual do pós-divórcio: os ex e os filhos em comum**. Indaiatuba: Foco, 2021.

SOUSA, Analícia Martins; BRITO, Leila Maria Torraca de. **Síndrome de alienação parental: da teoria norte-americana à nova lei brasileira**. 2011, pp. 268-283. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/H7w9kPHrY86XM9DXZLKv-JtF/>. Acesso em 10 out. 2022.

A TECNOLOGIA COMO IMPULSO À DESJUDICIALIZAÇÃO

Ana Clara Paiva de Almeida

Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora e graduanda em Tecnologia e Desenvolvimento de Sistemas pelo Instituto Vianna Júnior, advogada e mediadora

Marina Massae de Lima Uyeda

Associada na Faleck & Associados. Advogada graduada pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, com especialização em Liderança e Gestão pela Harvard Business School Online

Resumo:

Em decorrência da pandemia global que ocasionou a paralisação de diversos setores judiciários, agravou-se o problema da contingência dos processos judiciais, conseqüentemente, intensificando o abarrotamento dos Tribunais. Vivemos e estamos vivendo uma aceleração do desenvolvimento e da implementação de soluções tecnológicas no ambiente jurídico, principalmente na área de procedimentos de autocomposição que, como demonstraremos no presente artigo, se destacou e cresceu de forma significativa nesse período. Este artigo tem como objeto a relevância da desjudicialização impulsionada pela tecnologia e pela necessidade de se garantir o acesso à ordem jurídica justa e à continuidade dos pleitos judicializados ou não. Por meio de dados públicos disponíveis e publicados após o início da pandemia, foram analisados o caminhar da tentativa de se findar a cultura da sentença e de se iniciar a cultura da pacificação, pelo incentivo da resolução online e adequada de conflitos, examinando o histórico de autocomposição no Brasil pré-pandemia e pós e, a partir disso, verificando as transformações geradas pela comparação dos dados referenciados. A destacada relevância do tema se evidencia justamente pela obtenção de um resultado demográfico, empírico, jurídico, jurisprudencial e multissocial, produzindo informações que podem contribuir de forma ativa para a análise dos impactos tecnológicos no ambiente judiciário, a importância e a motivação do crescimento da desjudicialização de conflitos e eficácia dos métodos adequados de resolução no formato online.

Palavras-chave: Desjudicialização; Tecnologia; Resolução adequada de conflitos.

Introdução

Desde o início do século XXI, o sistema judiciário brasileiro tem se preocupado com a atualização tecnológica de processos. Em 2006, a tramitação de processos pela via digital já estava consolidada e regulamentada pela Lei n. 11.419, sendo aplicada na maioria dos Tribunais. Poucos anos depois, em 2009, foi criado o Processo Judicial Eletrônico (Pje) por meio do Termo de Acordo de Cooperação Técnica n. 073/2009, firmado entre o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho da Justiça Federal e os cinco Tribunais Regionais Federais. Dez anos depois, em 2019, a quantidade de processos sem papel já chegava a 82,6%¹.

Com o advento da pandemia COVID-19, tivemos um agravamento da contingência de processos, contribuindo para arrefecer uma tendência na diminuição do estoque de processos que vinha ocorrendo até então. Segundo o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2017, houve o primeiro momento, na série histórica, em que houve diminuição do volume de casos pendentes na Justiça, fato que se repetiu até 2020. Contudo, em “2021, com a retomada de parte dos serviços presenciais em decorrência da pandemia causada pela covid-19, o acervo retomou a patamares próximos ao verificado em 2019.”²

Inobstante a retomada da litigiosidade, a pandemia também contribuiu para impulsionar a informatização do Judiciário. O ano de 2021, ano base do documento, foi o momento de “consolidação dos fluxos de inovação que permeou o trabalho do Poder Judiciário no período pós-pandemia, com o uso de diversos programas e iniciativas que aceleraram, em um ritmo sem precedentes, a modernização tecnológica e dos métodos de trabalho”.³

Seguindo essa linha, o Poder Judiciário, além de ter implementado medidas para atender ao direito de acesso à Justiça no contexto pandêmico, como o Juízo 100% Digital (um marco das cortes online no Brasil) e o Balcão Virtual, também planejou e estruturou iniciativas inovadoras e digitais encadeadas no Programa Justiça 4.0, com o objetivo de dirimir os impactos da pandemia no cotidiano judiciário.

Entretanto, ainda que apontemos essa visão positiva e as melhorias implementadas, os números mostram que os processos judiciais ainda são um gargalo no caminhar da concretização do direito. Com os processos eletrônicos, a média de tempo de tramitação caiu em 2/3, representando 3 anos e 4 meses de espera para a finalização de um pleito⁴, ainda apresentando um período significativo e insatisfatório.

A postura de implementar tecnologia combinada com a eficiência da resolução consensual de conflitos tem sido vista por muitos estudiosos como um dos caminhos para a desjudicialização. Mesmo com o Novo CPC de 2016

1 Justiça em Números, 2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), p. 96.

2 Justiça em Números, 2022 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), p. 104.

3 Idem, p. 18.

4 Idem, p. 195.

que tornou obrigatória a realização de audiência de conciliação e mediação prévia, a opção pelo método ainda é tímida, chegando a apenas 11,9% das sentenças homologatórias de em 2021.⁵ De toda maneira, a pandemia permitiu aprimorar esse processo de mudança tecnológica, não apenas no tocante à tramitação eletrônica, mas também no que concerne ao desenvolvimento da autocomposição.

Cortes online

A crise dos tribunais combinada com a crise do coronavírus serviu como um impulsionador para a implementação das cortes online no Brasil. A informatização do serviço judiciário abriu uma grande janela ao acesso à justiça, sendo visto por alguns autores e professores da área como uma quarta onda renovatória de Acesso à Justiça, complementar ao Projeto Florença⁶.

O professor Richard Susskind em sua obra *Online courts and the future of Justice*⁷, apontou dois conceitos para o termo cortes online. O primeiro chamado de *online judging* envolve a atuação completamente online das partes envolvidas e dos órgãos jurisdicionais, ou seja, alegações, provas, tudo realizado no ambiente remoto. E a segunda, *extended court* envolve a atuação dos Tribunais em conjunto com a tecnologia de forma a garantir um melhor serviço, na obra, o autor cita exemplos como ferramentas para ajudar os usuários e entender seus direitos e deveres e facilidades para assistir os usuários a apresentar suas alegações e provas.

Como já citamos, um marco importante da implementação das cortes online no Brasil foi a Resolução 345 de 2020 que versa sobre o Juízo 100% Digital. Alavancada pelo isolamento social ocasionado pela pandemia e obedecendo o disposto no artigo 5º XXXV da Constituição Federal que versa sobre o dever do Poder Judiciário em “implementar mecanismos que concretizem o princípio constitucional de amplo acesso à Justiça”, essa Resolução já em seu artigo primeiro revoluciona prever que “todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores”⁸.

Nesse sentido, também referenda o Relatório do CNJ:

O Juízo 100% Digital é a possibilidade de o cidadão ou a cidadã valer-se da tecnologia para ter acesso à Justiça sem precisar comparecer fisicamente nos fóruns, uma vez que todos os atos processuais serão praticados exclusivamente de modo remoto. Isso vale, também, para as audiências e sessões de julgamento, que podem ocorrer por videoconferência. Essa iniciativa foi instituída por meio da Resolução n.

5 Idem, p.202.

6 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988

7 SUSSKIND, Richard. Online courts and the future of justice. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 60/61.

8 Resolução Nº 345 de 09 de outubro de 2020.

O mesmo documento¹⁰, com dados atualizados em 27 de agosto de 2022 demonstra que há 67,7% de adesão nos Tribunais nacionais à referida Resolução, sendo que 44 Tribunais já apresentam 100% de adesão ao Juízo 100% Digital.

Similarmente, o professor Susskind afirma que, ao tratar do futuro dos sistemas judiciais, a justiça não pode mais ser um lugar, ela é um serviço (*justice as a service*), ou seja, as pessoas não buscam um local específico para tratar de maneira engessada o litígio, elas buscam a solução¹¹. Nesse sentido, a formação de cortes online é uma das formas de alcançarmos resultados obtidos por meio de um sistema resolutivo e multiportas que seja adequado ao problema.

Justiça multiportas no Brasil

A Justiça tradicional brasileira não consegue suprir toda a demanda, o que fica claro pela alta taxa de congestionamento, um indicativo do “percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano”¹². De modo geral, foi possível observar que após o menor ponto da série histórica em 2019, “[e]m 2020, em razão da pandemia causada pela covid-19, a taxa voltou a subir, sendo que, em 2021, já houve redução na taxa de congestionamento na ordem de 1,6 ponto percentual, finalizando o ano com um congestionamento mensurado em 74,2%.”¹³.

Ainda, segundo as estatísticas do Poder Judiciário¹⁴ fornecidas pelo CNJ, até sua última data de atualização em 31/07/2022, neste ano tivemos a entrada de 16.394.335 novos processos e o déficit de processos conclusos totais em 13.901.90. Um acumulador que, atualmente, resulta em 75.855.539 processos em pendência de julgamento.

De toda maneira, uma taxa de processos represados acima de 70% se mostra insuficiente para atender à expectativa da população pelo método tradicional de resolução de conflitos. Nesse sentido, a abertura da Justiça brasileira aos métodos alternativos de solução de litígio tem surgido como uma opção cada vez mais válida e acessível, especialmente se combinada com o impulso das cortes online.

O conceito de “*multi-door courthouse*” teve como precursor o professor Frank Sander do Programa de Negociação da Escola de Direito de Harvard, que, na década de 70, tinha por objetivo melhorar o sistema de justiça, confe-

9 Justiça em Números, 2022 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), p.20

10 Idem, p.21.

11 SUSSKIND, Richard. Online courts and the future of justice. Oxford: Oxford University Press, 2019, p.95.

12 Justiça em Números, 2022 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), p.126.

13 Idem, p.126.

14 Estatísticas do Poder Judiciário, Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2022.

rindo o tratamento adequado para a resolução dos conflitos por outros meios:

*The court is where the cases are, so it is natural to have the court as one door of the multi-door courthouse—that is the idea. But, it could be that the court could be over here and the other processes [arbitration, mediation, etc.] could be over there; there is nothing inherent [in the scheme] that prevents this.*¹⁵

Esse conceito inspirou, no Brasil, o formato da justiça multiportas. “Em outros termos, a justiça multiportas representa a ressignificação do acesso à justiça, para contemplar diferentes ambientes e formas de resolução de conflitos.”¹⁶

A valorização da parte envolvida ganhando maior protagonismo na solução do litígio, através da possibilidade de decisão pelo método de resolução de conflitos que mais atenda as particularidades do caso individual e concreto é um procedimento previsto no Código de Processo Civil de 2015 que instituiu no ordenamento jurídico o sistema multiportas de solução de conflitos, como forma de garantir a tutela jurisdicional efetiva e célere.

Esse sistema de justiça não compreende a mediação, conciliação, negociação e arbitragem como métodos “alternativos”, mas sim “adequados” para a resolução do conflito. Desse entendimento surgiu o termo “multiportas”: da metáfora de um salão principal, que possui várias portas, onde se encontra o litígio que deverá entrar na porta que o atenda, ou seja, que se mostre o melhor método para sua resolução, como a porta da mediação, da conciliação, etc.

Um grande exemplo da abertura de novas portas no sistema foi a criação da Semana Nacional da Conciliação em 2006, uma “campanha em prol da conciliação, realizada anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça desde 2006, [que] envolve os Tribunais de Justiça, Tribunais do Trabalho e Tribunais Federais.”¹⁷

Essa iniciativa tem apresentado resultados muito positivos desde então. Inclusive, se levarmos em consideração apenas os resultados da Semana de Conciliação Trabalhista, por exemplo, é possível vislumbrar uma tendência no aumento de acordos: só no ano de 2019, tivemos mais de 68 mil audiências de conciliação trabalhistas realizadas, e embora esses números tenham sido muito reduzidos em 2020 e 2021 para uma faixa de mais de 13 a 16 mil audiências, no evento de 2022, houve rápida retomada ao patamar anterior com mais de 65 mil audiências realizadas¹⁸.

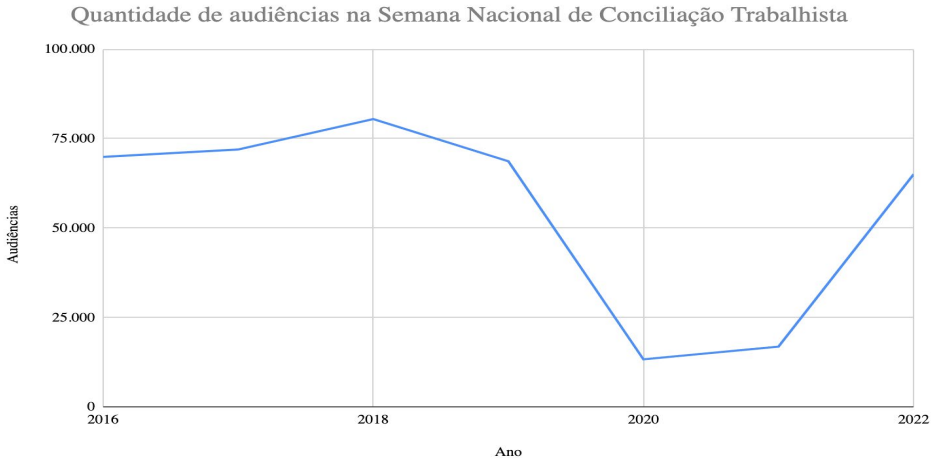
15 HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse (Part One), 2008, p.671

16 (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas e inovação. In: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). Tecnologia e justiça multiportas. 2021. p. 263.

17 Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/conciliacao-e-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao/>> Acesso em 05/10/2022.

18 Dados retirados da Semana Nacional da Conciliação Trabalhista. Disponíveis em <ht-

Figura 1 - Dados sobre a Semana Nacional de Conciliação Trabalhista



FONTE: Compilação das autoras¹⁹

Tecnologia e desjudicialização

A semelhança do movimento tecnológico que observamos na Justiça tradicional, citado acima, também é perceptível que nos métodos adequados existe movimento similar com a tecnologia como forma de garantir o melhor serviço. Na obra “Tecnologia e Justiça Multiportas”, Diego Faleck informa que já no início da pandemia:

Até 1º de maio de 2020, com um mês de desenvolvimento do programa [de Brumadinho], mais de 1000 reuniões virtuais foram realizadas com sucesso. Ao cabo do mês de junho, mais de 3.500 reuniões foram realizadas²⁰

Nota-se que houve abertura à tecnologia nos métodos adequados e nos sistemas de compensação de grande repercussão nacional. Nesse sentido, a participação dos assistidos pelo meio virtual apresenta um clássico exemplo das “*extended courts*” de Susskind²¹. E como prevê o professor Luiz Rodrigues Wambier²²:

tps://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/semana-conciliacao>. Acesso em 20/09/2022.

19 Compilado dos dados retirados das Semanas de Conciliação Trabalhista. Disponível em <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/semana-conciliacao>.

20 FALECK, Diego. Tecnologia e Sistemas de Indenização: A Experiência de Brumadinho. In: FUX, Luiz; AVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). Tecnologia e justiça multiportas, 2021, p.363

21 SUSSKIND, Richard. Online courts and the future of justice. Oxford: Oxford University Press, 2019, p.60/61.

22 WAMBIER, Luiz Rodrigues, Inteligência Artificial e sistemas multiportas, uma nova perspectiva do acesso à justiça, p.4

O processo de desjudicialização dos conflitos e de informatização do Direito e, precisamente, a associação entre Inteligência Artificial e meios consensuais de solução de litígios vêm ganhando espaço e importância entre os operadores do Direito e certamente trarão inúmeros benefícios, especialmente no que diz respeito à efetividade na pacificação dos conflitos.

Ressalta-se que a abertura, nos sistemas de compensação de grande repercussão nacional, não se resume às reuniões, mas também ao procedimento. No que refere ao Programa de Compensação Financeira e Apoio à Realocação, conduzido pela Braskem em Maceió, “[c]onforme a empresa, os moradores já podem encaminhar dúvidas, por mensagem de texto ou vídeo de até 15 segundos (celular na horizontal) para o *WhatsApp* do Integra”²³.

A onda tecnológica contribuiu para o acesso à Justiça durante um período crítico pelo qual o Judiciário passava. De maneira semelhante, referido período também contribuiu para o aumento dos métodos adequados de resolução de disputas, impulsionados também por soluções tecnológicas que contribuíram com seu desenvolvimento.

Conclusão

A tecnologia tem sido um pilar relevante no sistema judiciário brasileiro no que concerne a gestão de processos e a busca por ganhos em celeridade. Diversas iniciativas para informatização do sistema já estavam em andamento, quando houve o advento da pandemia COVID-19.

De modo geral, percebe-se que houve uma paralisação inicial dos serviços judiciários, que culminaram no acúmulo de processos, uma curva que se encontrava em declínio justamente por conta da modernização jurídica. Contudo, diante de uma perspectiva multiportas combinada com a abertura para cortes online, foi possível ao sistema retomar suas atividades.

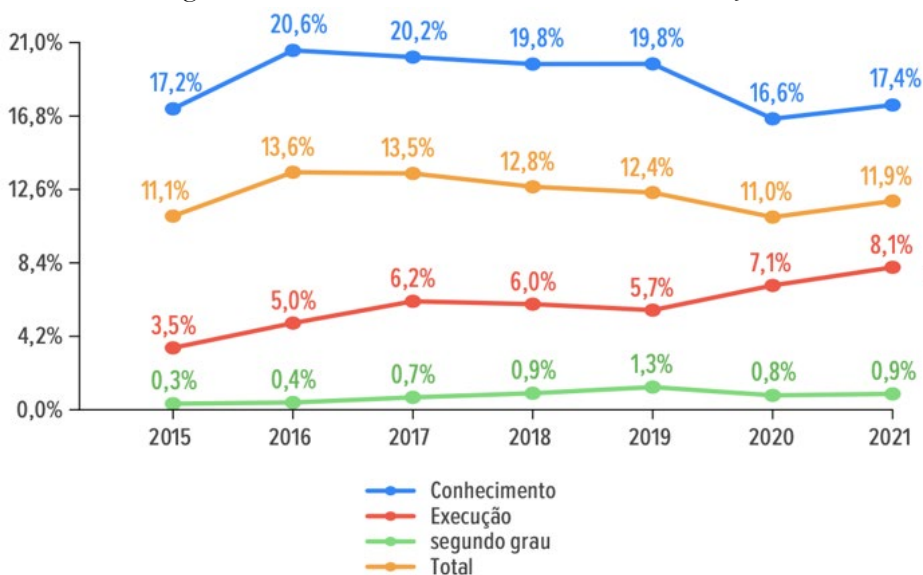
Se observarmos os dados a respeito de conciliações, é perceptível o impacto positivo (i) da adoção de métodos alternativos de solução de disputas como forma de reduzir o passivo jurídico e também (ii) da utilização de audiências virtuais para viabilizar o acesso à Justiça.

Se olharmos os índices de conciliação, todos apontam para uma recuperação, já em 2021, dos níveis pré-pandemia, à exceção das conciliações em fase de execução, que mantiveram-se numa crescente²⁴. Segundo o relatório, “[t]al resultado pode decorrer do incentivo do CNJ para realizar conciliação na fase de execução, tendo sido um destaque na XVI Semana Nacional de Conciliação realizada (ano 2021).”

23 BRANDINO, Géssica; MOREIRA, Matheus. Virtualização da justiça se intensifica no Brasil gera ganhos e impõe desafios. Folha de São Paulo. Publicado em 08 de fevereiro de 2022.

24 Justiça em Números, 2022 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), p. 202

Figura 2 - Série Histórica do Índice de Conciliação



Fonte: Justiça em Números, 2022 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), p.202

A tecnologia cumpriu papel essencial na garantia de acesso à Justiça. Por um lado, os tribunais já vinham experimentando com cortes online por meio de audiências virtuais. Por outro, o advento da pandemia contribuiu para consolidar novos fluxos, de modo que levantamento realizado pela Folha aponta que “a maior parte das cortes estaduais (58%) adotou o sistema de audiências virtuais neste período”²⁵.

Nesse sentido, levando-se em consideração os dados discutidos neste trabalho, vislumbra-se um movimento de claro aumento dos métodos de resolução consensual de disputas, que, já em 2022 superam o ano anterior. Ademais, também vislumbramos o aumento da vertente tecnológica, que permitiu darmos um passo adiante na consolidação de cortes online, para viabilizar o acesso à Justiça por várias portas, sejam elas tradicionais ou alternativas.

Referências

BRANDINO, Gêssica; MOREIRA, Matheus. **Virtualização da justiça se intensifica no brasil gera ganhos e impõe desafios**. Folha de São Paulo. Publicado em 08 de fevereiro de 2022. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/virtualizacao-da-justica-se-intensifica-no-brasil-gera-ganhos-e-impoe-desafios.shtml#:~:text=Levantamento%20feito%20pela%20Folha%20mostra,experi%C3%Aancias%20anteriores%20com%20o%20modelo>> Acesso em 10 de setembro de 2022

²⁵ BRANDINO, Gêssica; MOREIRA, Matheus. Virtualização da justiça se intensifica no brasil gera ganhos e impõe desafios. Folha de São Paulo. Publicado em 08 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 19 de setembro de 2022

BRASIL. **Lei de Mediação**. Lei nº 13.140, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm> Acesso em 15 de agosto de 2022

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002. 168p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Estatísticas do Poder Judiciário**. Conselho Nacional de Justiça. - Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <<https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>> Acesso em 10 de agosto de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em Números 2022** - Conselho Nacional de Justiça. - Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>> Acesso em 14 de agosto de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em Números 2019** - Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em 17 de agosto de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução BRASIL. **Resolução Nº 345 de 09 de outubro de 2020**. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>> Acesso em 20/09/2022

FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni (coord.). **O Advogado do Amanhã**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 211 p.

FALECK, Diego. **Tecnologia e Sistemas de Indenização: A Experiência de Brumadinho**. In: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Tecnologia e justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. 532p.

HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, **A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse (Part One)**, 2008. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1265221>> Acesso em 15/09/2022.

SUSSKIND, Richard. **Online Courts and the future of justice**. Oxford, Oxford University Press. 2019. 347p.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas e inovação**. In: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Tecnologia e justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. 532p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, **Inteligência Artificial e sistemas multiportas: uma nova perspectiva do acesso à justiça**. Revista dos Tribunais, São Paulo. v1000/2019, 2019.

GERENCIAMENTO DO TEMPO NA GESTÃO DE CONFLITOS

Larissa Leite Campos

Facilitadora na Faleck e Associados. Advogada Colaborativa. Pós-graduada no curso de Mediação e Gestão de Conflitos na Universidade de Fortaleza. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza

Resumo:

Observa-se na sociedade contemporânea duas preocupações, quais sejam: encontrar alternativas para prevenção de problemas e também economizar tempo em virtude do dinamismo imposto pelos tempos atuais. A pesquisa tem como objetivo apresentar possíveis caminhos para resolução de litígios que observam não só a forma mais adequada para cada uma das situações, mas também o fator tempo de duração do procedimento, pois se acredita que o bom gerenciamento do tempo reafirma os direitos humanos de cada envolvido, impactando nas preocupações apresentadas. Para isso, serão apresentados indicativos que mostram a diferença do volume de membros do poder judiciário e dos profissionais de direito, os números em relação a utilização e opção de métodos consensuais de resolução de conflitos versus judicialização. Além disso, serão demonstrados os benefícios dessa escolha e também um paralelo entre o tempo investido dentro do judiciário e em métodos extrajudiciais. Através de pesquisa bibliográfica exploratória e documental, espera-se alcançar novos olhares para as formas de solucionar litígios além da via judicial, seja por meio da mediação, da conciliação, da arbitragem, da negociação ou de outros, os quais serão abordados no artigo, visando uma melhor gestão do tempo e eficiência na resolução pelas partes envolvidas.

Palavras-chave: Gestão de conflitos; Gerenciamento de tempo; Soluções adequadas.

Introdução

No âmbito jurídico, há uma tendência a judicialização de demandas que muitas não necessitam de via judicial para solução, sendo elas raramente concluídas com a celeridade devida. Nota-se que há uma inclinação a terceirização dos problemas e a dependência da prestação jurisdicional. Durante muito tempo no Brasil, não se ouvia falar em soluções extrajudiciais para resolução

de um determinado problema. Somente o judiciário era o caminho percorrido quando se pensava em resolver conflitos.

Na atualidade, os mecanismos como mediação, conciliação, arbitragem, negociação, dentre outros, têm ganhado mais destaque desde a apresentação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2010 no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2010). Desde lá tem sido relevante para o profissional de direito entender as diversas portas que existem para auxiliar os clientes da maneira mais adequada para resolução de um litígio.

Embora ainda pareça ser novidade em alguns lugares, essas formas são utilizadas em diversas culturas no mundo e há bastante tempo.

Em 1913, foi estabelecido o primeiro tribunal de conciliação, em Cleveland, Estados Unidos. No **Japão** existe o *chotei*, uma espécie de conciliação prévia obrigatória, também milenar, utilizada tradicionalmente nos conflitos de direito de família, sendo obrigatória a mediação nos casos de divórcio. Na **África** são realizadas convocações de assembleias ou as chamadas *Juntas de Vizinhança* lideradas por uma associação ou por pessoas respeitadas na comunidade para fazerem a mediação. Na **Austrália** e na **Nova Zelândia** desenvolvem a mediação com vinculação a juízes e auditores. Nos **Estados Unidos**, no **Canadá** e na **Europa** a mediação teve um impulso extraordinário a partir da década de 90, propiciando inúmeros investimentos de acadêmicos, teóricos e profissionais. O **México** e a **Colômbia** têm uma visão interdisciplinar da mediação, e a **Argentina** adota a mediação de forma legal instituída pela Lei nº 24.573-92. (SILVA, c2014, p. 1, grifo no original).

No Brasil, conforme estudo realizado sobre a introdução da mediação de conflitos, percebeu-se que: “a iniciativa se deu por meio do Projeto de Lei de Mediação em 1998, e foi reforçada com o advento da Emenda Constitucional nº 45 em 2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em seu artigo 103-B” (CAMPOS, 2017, p. 10). Em seguida, o mesmo órgão, apresentou no ano de 2010, a Resolução 125, com o intuito de falar sobre “política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses”, no sentido de propagar uma cultura de pacificação social. Posteriormente, foi promulgada a Lei de Mediação em 2015 - Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), bem como, com a reforma do Código de Processo Civil, houve a inclusão de alguns dispositivos sobre o tema no mesmo ano.

Todos os movimentos acima, além de outros que já aconteceram, fortalecem a disseminação dos meios alternativos para o mundo jurídico. Continuar apresentando possíveis caminhos para prevenção ou a resolução de litígios, observando não só a forma mais adequada para cada uma das situações do cotidiano, mas levando em consideração o fator tempo de duração do procedimento, é de extrema importância para a sociedade, porque além de trazer benefícios mútuos aos envolvidos, ajuda o ser humano a evitar brigas e iniciar um diálogo.

Durante o trabalho, serão aprofundados os métodos consensuais de resolução de conflitos, destacando os procedimentos, suas vantagens e a importância da gestão do tempo para que as pessoas consigam alcançar resultados eficazes e satisfatórios.

O meio jurídico e os mecanismos adequados de resolução de conflitos

Muito se escuta que existe uma “cultura litigante” no mundo do direito. Ajuizar ações, seja para processar pela falha de um serviço ou por causa de uma briga entre vizinhos, são situações rotineiras que acabam dando início a uma demanda judicial. Os cidadãos passaram a delegar a solução de um problema a um terceiro, ficando dependentes de uma prestação jurisdicional e ainda sujeitos a aceitar o indicado como melhor caminho para determinado caso.

A população deixou de ser protagonista das suas próprias soluções e isso, acabou gerando um acúmulo de demandas dentro da justiça brasileira, tornando um sistema lento e em alguns momentos, falho. Renata Gilda, presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), disse em um debate sobre “demandas repetitivas que tramitam diariamente no Judiciário brasileiro” no ano de 2020 que:

Hoje, são 80 milhões de processos na Justiça brasileira para 18 mil juízes. Em Portugal, por exemplo, são 750 mil processos para 2 mil e poucos juízes. Comparando os dois sistemas jurídicos temos uma média de 4500 processo para os magistrados brasileiros e 350 para os portugueses. (LARA, 2020)

Outra notícia aponta que “em 2021, cada magistrado brasileiro julgou, em média, 6,3 casos por dia útil, totalizando 1.588 processos baixados no ano, sem descontar períodos de férias e recessos” (ANDRADE, 2022). Na mesma alçada, o autor também traz a informação de que “no Brasil, o Poder Judiciário possui uma relação de 8,5 magistrados(as) por cem mil habitantes, ou, em outras palavras, um(a) magistrado(a) para cada grupo de 11.764 pessoas”.

Mostra-se uma desproporção grande entre os números apresentados para que os magistrados consigam dar baixa nos processos com a celeridade desejada. Por outro lado, no site da OAB Nacional (2022), encontra-se a informação sobre o quantitativo total de advogados de todo Brasil, concluindo o montante de 1.298.834. São mais de um milhão de advogados para dezotoito mil juízes. Esses tipos de indicativos explanam a diferença do volume de membros do poder judiciário e dos profissionais de direito, dando visibilidade ao desequilíbrio entre as funções. Isso demonstra uma diferença enorme de pessoas ajuizando ações para o número das que devem dar retorno as demandas, além de explicar o motivo de ter certa morosidade em diligências vindo do poder judiciário.

Mas por quê será que há tantas demandas a serem ingressadas no judiciário? Será que existe mesmo a necessidade de advogados ingressarem com todas essas ações na via judicial? Fica a reflexão.

Diante dos questionamentos, percebeu-se a importância de um olhar voltado para essas demandas. Os advogados precisam filtrar, passar a mapear: o que as partes querem, quais são seus interesses e o que esperam alcançar, para poder endereçar a via adequada, pois muitas vezes ajuizar uma ação não é a solução mais acertada.

No Código de Ética e Disciplina da OAB (1995) consta no artigo 2º, inciso VI que dentre os deveres do advogado está: “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;”. Pelos dados acima, talvez, as soluções extrajudiciais não estavam sendo apresentadas como deveriam e, conseqüentemente, resultou em um sistema sobrecarregado.

De 2010 para cá, os métodos consensuais se intensificaram como uma ideia de “desafogar” o Poder Judiciário, de mostrar que ajuizar ações deve ser feito somente quando realmente necessário.

De acordo com o presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ministro Humberto Martins, hoje o Código de Processo Civil brasileiro estimula a Mediação e a Arbitragem como forma de que as ações não sejam levadas ao judiciário. Em menos tempo as partes dão as mãos, resolvem o litígio, restauram a paz. O resultado é crescimento e paz econômica. (SALIM, 2022, p. 1)

Para melhor elucidação, o texto abaixo traz com clareza a definição e características dos principais Meios Consensuais de Solução de Conflitos (MASC) utilizados no Brasil hoje. São eles:

a negociação, em que as partes, sem a intervenção de qualquer terceiro, constroem diretamente um acordo consensual; a mediação, em que um terceiro imparcial ajuda os litigantes a reconstruírem a ponte de diálogo rompida e, assim, resolverem suas demandas por meio de um acordo; a conciliação, em que um terceiro colabora sugerindo possíveis hipóteses de solução amigável; a arbitragem, em que uma ou mais partes imparciais decidem, após examinarem provas; a construção de consensos, destinada aos casos complexos, que envolvem diversas partes; e o desenho de resolução de disputas, onde o conhecimento dos diversos meios consensuais são utilizados para personalizar o procedimento mais adequado ao caso concreto. (SILVEIRA, 2021, p. 29).

Para demonstrar a aplicabilidade, temos exemplos de conflitos do cotidiano como uma batida de carro, má prestação de serviço, que são normalmente resolvidos por meio da conciliação ou negociação. São assuntos rápidos que raramente as partes querem investir mais tempo para discuti-lo. Já questões familiares ou que envolvam um relacionamento continuado, mos-

tra-se mais adequado disponibilizar tempo maior para a conversa, seguindo com o uso da mediação. Há também a possibilidade de optar por uma decisão vindo de um especialista no tema discutido, tendo o auxílio de pessoais imparciais por meio da arbitragem, o que geralmente é mais procurado por empresas, podendo ainda serem desenhadas soluções com a utilização de combinações desses procedimentos.

Esses mecanismos podem ser utilizados tanto no âmbito judicial quanto fora dele. Apesar de ter como um dos objetivos evitar o ingresso de ações, antes de uma audiência de instrução, pode ser determinado uma sessão de mediação ou audiência de conciliação. Para detalhar os números desses métodos no Poder Judiciário, no Relatório Justiça em Números 2021 do Conselho Nacional de Justiça constam informações em relação ao índice de conciliação. Vejamos:

Em 2020, foram 9,9% sentenças homologatórias de acordo, valor que reduziu nos últimos anos após o crescimento registrado em 2016. Na fase de execução, as sentenças homologatórias de acordo corresponderam, em 2020, a 4,7%, e na fase de conhecimento, a 15,8%. (CNJ, 2021, p. 192)

Logo abaixo o relatório traz explicações sobre essa diminuição do percentual, se comparado com os dados do ano de 2016, justificando que essa baixa se deu certamente devido a “pandemia da covid-19, que pode ter dificultado a realização de procedimento de conciliação e mediação presenciais ou das técnicas usuais de construção de confiança e espírito de cooperação entre as partes processuais empregadas em audiências presenciais”. (CNJ, 2021, p. 192). Tendo uma retomada gradativa sido divulgada no relatório de 2022, comparado ao ano anterior, mas reafirmando os mesmos motivos apresentados anteriormente por não superarem os números que antecederam a pandemia (CNJ, 2022).

Por outro lado, no ano de 2022, em dados divulgados no site do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, já há uma apuração diferente e expectativa de que a curva de crescimento no âmbito judicial aumente.

De janeiro a junho deste ano, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos (Cejuscs), instalados na Capital e comarcas do Interior que atuam no Primeiro Grau, realizaram 16.018 audiências processuais e pré-processuais. O dado representa aumento de 63%, se comparado ao mesmo período de 2021, quando foram registradas 9.833. (TJCE, 2022, p. 1)

Nota-se uma evolução e que os estímulos continuam porque a população acredita nesse caminho. No âmbito extrajudicial, uma pesquisa mostra que durante a pandemia os números aumentaram. O advogado Nelson Adriano de Freitas ressaltou que:

com a pandemia da Covid-19 aumentaram ainda mais as tentativas de solução mais rápida e com diminuição de custos. Ele explica que “o Judiciário está lotado de ações e a mediação e a conciliação ajudam na solução de vários problemas, sem a necessidade de ir para a Justiça. A conciliação é a mais procurada quando as partes não conseguem resolver um problema. Com isso ambos os lados chegam ao melhor acordo possível, com uma solução mais imediata”. (MIGALHAS, 2022, p. 1)

Sabe-se que os números ainda não são tão expressivos como esperados, principalmente porque ainda se vê a judicialização prevalecendo ao invés da “desjudicialização”. Mas se deve continuar fomentando o uso desses métodos, pois assim mais pessoas terão ciência da existência, dos benefícios e usufruirão de melhores resultados. Uma forma de fomento é que nas grades curriculares dos cursos universitários de Direito já estão incluídas disciplinas sobre o tema de gestão de conflitos, bem como são desenvolvidas pesquisas que sugerem a necessidade de uma mudança na formação do jurista do futuro, apresentando ainda as habilidades necessárias no século XXI. No estudo feito por Sales, Lima e Lins (2021, p. 63) sobre o assunto, já são apresentados alguns modelos de Legaltechs, dentre elas as “que viabilizam resoluções extrajudiciais de conflitos online. Originalmente denominadas Online Dispute Resolution (ODR)”.

Projeta-se uma advocacia diferente e dentro desses um modelo menos judicializado e assim os métodos adequados para resolução de conflitos aparecem. Logo abaixo serão abordados mais detalhadamente os ganhos advindos dessa mudança de postura.

Vantagens e o fator tempo

A escolha pelos meios consensuais para solucionar um problema traz diversos benefícios relevantes para a população, além de descongestionar o Poder Judiciário. Para alcança-los é muito importante que o(a) gestor(a), seja advogado(a), mediador(a) ou um(a) terceiro(a) imparcial, faça uma escuta ativa do que a pessoa tem a contar e entenda a demanda, sabendo a partir disso qual a real necessidade a ser tratada. Desse modo, não só o patrono, mas o mediador e envolvidos saberão direcionar a forma apropriada de resolução, adequando a necessidade exata do que está sendo discutido e assim, diversas vantagens mencionadas a seguir serão reconhecidas, além de se atingir o objetivo da composição. Para isso é fundamental que os envolvidos estejam de boa-fé e dispostos a dialogar.

Como benefícios advindos desses procedimentos, podem ser destacados: o protagonismo das partes envolvidas, pois passam a definir o que é melhor para aquela situação; a humanização dos procedimentos, sendo o respeito acordado durante as conversas; a confidencialidade, trazendo segurança e abertura para os interessados se sentirem à vontade e tratarem sobre todos

os assuntos; bem como a celeridade; e, a previsibilidade de custos, já que definem como querem seguir e possuem o controle do procedimento. Ainda se enxergam como vantagens: a satisfação mútua, menor burocracia, disseminação da cultura de paz e possibilidade de evitar ou prevenir novos conflitos.

“O crescimento da mediação está atrelado ao anseio da população por uma participação mais ativa dentro da sociedade. As pessoas, cada vez mais, estão se conscientizando de seus direitos e deveres, buscando exercer a cidadania” (SALES; VASCONCELOS, 2006, p. 73). Quando se opta por seguir com o uso da mediação, da conciliação, da negociação ou de qualquer meio consensual de resolução de litígios, automaticamente entende-se que as pessoas estão dispostas a conversar, que os encontros serão mais respeitosos, afinal, elas escolheram estar ali.

Constata-se que todos esses benefícios validam os direitos humanos, pois estes “são normas que reconhecem e protegem a dignidade de todos os seres humanos. Os direitos humanos regem o modo como os seres humanos individualmente vivem em sociedade e entre si.” (UNICEF, 2015, p. 1). Portanto, a opção por esses meios também humanizam a justiça e as relações, além de permitir um dos direitos básicos dos indivíduos, o de acesso à justiça, mesmo sem ingressar com um processo judicial.

Em complemento, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, reafirmou alguns dos benefícios:

A principal vantagem é a possibilidade de resolver o conflito de forma mais rápida, menos onerosa e menos desgastante. Outro ponto é que a resolução costuma ser considerada mais justa já que os próprios envolvidos a constroem. Um ganho em longo prazo é o aprendizado das partes no sentido de tentar solucionar conflitos futuros de forma mais pacífica. (TJMG, c1997-2022, p. 1)

Em relação ao trio de eficiências citado acima, “mais rápida, menos onerosa e menos desgastante”, faz-se necessário o destaque ao fator tempo para melhor entender o gerenciamento dele na gestão de um conflito, visto que, atualmente, o que se escuta bastante é que “tempo é dinheiro” e ninguém quer perdê-lo.

Dessa maneira, quando se busca um solucionador de problemas, seja no âmbito judicial ou extrajudicial, aparecem questionamentos como: qual o tempo gasto no decorrer do procedimento? Quanto tempo deve ser investido para obter uma solução? As pessoas buscam prazos e na maioria das respostas escutam: “não tem como definir quanto tempo vai durar”.

Em 2020, no Site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), saiu uma publicação de que em 10 anos de ouvidoria desse órgão, a “lentidão da Justiça ainda é o motivo de maior reclamação” e continua sendo crescente (MONTEIRO, 2020, p. 1). No Relatório Justiça em Números 2021 (referente ao ano 2020), são apresentados dados sobre o tempo de tramitação dos processos, onde é destacado que “o tempo médio do processo baixado no Poder Judiciário

rio é de 1 ano e 6 meses na fase de conhecimento em primeiro grau, de 6 anos e 1 mês na fase de execução no primeiro grau de jurisdição e de 10 meses no segundo grau” (CNJ, 2021, p. 209).

No mesmo Relatório, mas do ano 2022 (dados do ano 2021), é feita uma comparação entre o tempo de tramitação dos autos eletrônicos e dos físicos, sendo mencionado na pesquisa que: “É digno de nota o impacto na celeridade processual na tramitação eletrônica 3 anos e 4 meses, que chega a representar quase um terço do tempo levado na tramitação de processos físicos (9 anos e 9 meses)” (CNJ, 2022, p. 194). Esse é o tempo estimado que se espera receber uma sentença. Será que determinados problemas podem esperar? Certamente que não.

“O tempo do judiciário nem sempre é o tempo do cliente”, disse Gabriela Lima no Podcast Papo de Adv. no episódio 17 - Melhor um acordo ruim do que uma boa briga quando conversa com o advogado Daniel Scarrano sobre o tema mencionado. Muitas vezes a pessoa tem aquele problema como o maior desgaste da vida e tudo que querem é acabar com ele logo. Esse pensamento vai de acordo com um das vantagens das soluções de conflitos extrajudiciais, pois as partes podem definir esse tempo. O tempo investido é diferente e ele só depende de quem está participando.

Na justiça você fica dependente de terceiros, aguardando em média mais de um ano para que seja proferida uma decisão, sem contar que geralmente ela só beneficia um das partes e ainda há brechas para interpor recursos, trazendo ainda mais morosidade. Até esperar uma sessão de mediação ou audiência de conciliação é necessário esperar os trâmites mais burocráticos do sistema. Quando se trata de forma extrajudicial, as partes envolvidas quem vão determinar a agenda, definir o cronograma e os prazos para finalização. Pode acontecer de algumas vezes, que esse procedimento dure mais tempo que um trâmite processual, porém, a decisão tende a ser sempre benéfica para ambas as partes, pois é construída por elas, bem como é com o consentimento delas que será definido o tempo gasto para resolução.

Nos sites das Câmaras Privadas de Mediação e Arbitragem, como CAMARB (2018), CAM-CCBC (2011), podem ser encontrados os regulamentos e regras, bem como mais informações referentes as cláusulas existentes em contratos quando firmados acordos para seguir com esses métodos de forma particular. Muitas vezes as partes já começam a conversar na hora de definir o procedimento que querem seguir, o tempo que pretendem de duração do procedimento, o método escolhido, quem será o terceiro neutro, se houver, bem como o local que acontecerão os encontros.

Destaca-se que, optar pela utilização desses métodos, sem dúvidas, traz bons resultados.

Considerações finais

Diante das informações apresentadas, percebe-se que, pensar em uma

gestão adequada quando um cliente procura o auxílio de um advogado e personalizar o caminho a ser percorrido na resolução do caso apresentado, é fundamental para os tempos atuais. As pessoas estão percebendo que não adianta ficar esperando por decisões de terceiros, aguardar os tramites de um processo judicial, quando muitas vezes, a sentença é proferida e não satisfaz o interesse de quem a esperava, mesmo quando favorável, o que ocasiona desgaste e tempo perdido.

Quando se apresentam os meios extrajudiciais e as pessoas têm esses benefícios em mente, é possível vê-los como soluções para as demandas elencadas sobre prevenção de conflitos e gestão de tempo. Para isso, é preciso conscientizar os profissionais sobre a utilização adequada de cada via disponível para resolução de um litígio.

Conclui-se portanto que o impacto da resolução de forma consensual tem grande função além de “desafogar” a Justiça Brasileira, evitando que tudo seja resolvido por ela. A escolha por soluções extrajudiciais, seja mediação, negociação, conciliação, dentre outras, previne litígios ou diminui impasses futuros, constrói diálogos e semeia a cultura da paz. Também economiza o tempo dos envolvidos, reafirma os seus direitos humanos e proporciona um ambiente que busque uma melhor solução para todos.

Referências

ANDRADE, Paula. Justiça em números 2022: cada magistrado julgou 6,3 processos por dia útil em 2021. **Associação dos Magistrados Brasileiros**, Brasília, 5 set. 2022. Disponível em: <https://www.amb.com.br/justica-em-numeros-2022-cada-magistrado-julgou-63-processos-por-dia-util-em-2021/>. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Resolução N° 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 dez. 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n° 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n° 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2° do art. 6° da Lei n° 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 7 out. 2022.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL - BRASIL - CAMARB. Regulamento de Mediação Empresarial. **CAMARB**, São Paulo, 7 maio 2018. Disponível em: <https://camarb.com.br/mediacao/regulamento-de-mediacao-empresarial/>. Acesso em: 7 out. 2022.

CAMPOS, Larissa Leite. **Mediação familiar**: autocomposição de fato e de afeto. 2017. 55 f. TCC (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO - CAM-CCBC. **Regulamento de arbitragem**. 2011. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso em: 7 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 7 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 7 out. 2022.

FUNDO INTERNACIONAL DE EMERGÊNCIA AS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA - UNICEF. O que são direitos humanos?: Os direitos humanos pertencem a todos e todas e a cada um de nós igualmente. **UNICEF**, 2015. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos#:~:text=Os%20direitos%20humanos%20s%C3%A3o%20normas,-tem%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%20eles>. Acesso em: 7 out. 2022.

LARA, Mahila. Magistrados brasileiros julgam, em média, 4500 processos, o que justifica debate sobre demandas repetitivas no Judiciário. **Associação dos Magistrados Brasileiros**, Brasília, 26 out. 2020. Disponível em: <https://www.amb.com.br/magistrados-brasileiros-julgam-em-media-4500-processos-o-que-justifica-debate-sobre-demandas-repetitivas-no-judiciario-diz-renata-gil/>. Acesso em: 13 set. 2022.

MIGALHAS. Para especialista, pandemia aumentou tentativas de conciliação: Nelson Adriano de Freitas ressalta que a crise criada pela Covid-19 fez crescer as tentativas por soluções mais rápidas de conflitos com diminuição de custos. **Migalhas**, 10 jun. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/367803/para-especialista-pandemia-aumentou-tentativas-de-conciliacao>. Acesso em: 7 out. 2022.

MONTEIRO, Isaías. Ouvidoria 10 anos: lentidão da Justiça ainda é o motivo de maior reclamação. **CNJ**, 29 set. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ouvidoria-10-anos-lentidao-da-justica-ainda-e-o-motivo-de-maior-reclamacao/>. Acesso em: 7 out. 2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. Código de ética e disciplina da OAB. **Diário da Justiça**, Brasília, 1 mar. 1995. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 7 out. 2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. Institucional / Quadro da advocacia. **OAB Nacional**, Brasília, 13 set. 2022. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 13 set. 2022.

PAPO DE ADV: #EP.17 - Melhor um acordo ruim do que uma boa briga. Entrevistada: Gabriela Lima. 15 jun. 2022. Podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/4FX3V9DUy5u1SkFi3ItGSc?si=LZiOgYR_QNGYwVH5XFPqj-Q&utm_source=whatsapp. Acesso em: 7 out. 2022.

SALES, Lilia Maia de Moraes Sales; LIMA, Gabriela Vasconcelos; LINS, Mateus Rodrigues. A função do ensino jurídico para a formação do jurista do século XXI: um relato de experiência. **Revista do Direito**, n. 63, p. 62-78, 2021. Disponível em:

<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i63.15275>. Acesso em: 7 out. 2022

SALES, Lília Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação familiar**: um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2006.

SALIM, Marcel. Ministro Luiz Fux defende a mediação e o Banco Nacional de Precedentes para o uso mais sustentável do judiciário e apoio ao desenvolvimento econômico. **Jornal Jurid**, 30 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/ministro-luiz-fux-defende-a-mediacao-e-o-banco-nacional-de-precedentes-para-o-uso-mais-sustentavel-do-judiciario-e-apoio-ao-desenvolvimento-e-economico>. Acesso em: 18 set. 2022.

SILVA, Edson Ferreira. Breve história da mediação no mundo. **Estudo em Foco Saúde**, c2014. Disponível em: <https://estudoemfocosaude.com.br/breve-historia-da-mediacao-no-mundo/>. Acesso em: 12 set. 2022.

SILVEIRA, Taffarel Deibson Lopes. **Inovação na gestão de conflitos do Brasil**: a importância da difusão prática e do conhecimento sobre as formas consensuais de resolução de conflitos. 2021. 115 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos) - Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - TJMG. Quais as vantagens da conciliação e mediação? **TJMG**, c1997-2022. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/quais-as-vantagens-da-conciliacao-e-mediacao.htm#.YyfQMnbMLIU>. Acesso em: 19 set. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ - TJCE. Justiça estadual aumenta em 63% número de audiências conciliatórias no primeiro semestre. **TJCE**, Fortaleza, 13 set. 2022. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/justica-estadual-aumenta-em-63-numero-de-audiencias-conciliatorias-no-primeiro-semester/>. Acesso em: 7 out. 2022.

MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS VOLTADOS À DIVERSIDADE NO BRASIL

Eloá Marinho de Oliveira

Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil). Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil) e em Direito Imobiliário pela Universidade Positivo (Brasil)

Resumo:

O artigo objetiva explorar como a mediação pode auxiliar na promoção dos Direitos Humanos no Brasil, especificamente quanto à diversidade e como é importante que as pessoas se sintam realmente livres apesar das suas dimensões, para só então gerarem opções para problemas cotidianos. Assim, os objetos da pesquisa são os Direitos Humanos voltados à Diversidade, individualidade humana e a mediação. A hipótese trabalhada é de que a mediação consiste em uma forma de resolver os conflitos para além do Poder Judiciário, com a qual os envolvidos atinjam uma solução satisfatória e conclusiva, a partir da valorização da diversidade. Isto, pois, as relações humanas por si só já possuem característica de complexidade e os seres humanos em todas as suas dimensões devem ser respeitados, sendo que toda ferramenta existente deve ser cautelosamente considerada para construção de uma solução digna diante dos problemas ocorridos. A partir disso, a mediação sugere um ponto de vista de promoção da justiça calcado em bases democráticas, exalando a sua pertinência temática. Para que o artigo alcance o proposto partirá inicialmente da conceituação dos direitos humanos e vínculo com a diversidade e suas importâncias; abordará a atual cultura de judicialização no Brasil e sistema multipor-tas para resolução de conflitos; e formas de viabilização de uma nova cultura pautada no empoderamento das pessoas. Para esse estudo exploratório será utilizada uma análise qualitativa, norteadas por fontes teóricas e referências bibliográficas que circundam a matéria. Não se pretende, portanto, fechar os estudos pertinentes ao tema, mas apenas promover o debate.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Diversidade; Mediação; Sistema multipor-tas; Valorização da diversidade.

Segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), “Os direitos humanos são normas que reconhecem e protegem a dignidade de todos os seres humanos. Os direitos humanos regem o modo como os seres humanos individualmente vivem em sociedade e entre si, bem como sua relação com o Estado e as obrigações que o Estado tem em relação a eles.”¹

Em outras palavras “Direitos Humanos são uma categoria de direitos básicos assegurados a todo e qualquer ser humano, não importando a classe social, raça, nacionalidade, religião, cultura, profissão, gênero, orientação sexual ou qualquer outra variante possível que possa diferenciar os seres humanos.”²

Os direitos humanos são tão importantes, pois

trata-se de uma forma sintetizada e unânime de se referir a um conjunto de exigências e enunciados jurídicos que são superiores aos demais direitos, quer por entendermos que estão garantidos por normas jurídicas superiores, quer por entendermos que são direitos inerentes ao ser humano. Inerentes no sentido de que são meras concessões da sociedade política, mas nascem com o homem, fazem parte da própria natureza humana e da dignidade que lhe é intrínseca; e são fundamentais, porque sem eles o homem não é capaz de existir, de se desenvolver e participar plenamente da vida; e são universais, porque exigíveis de qualquer autoridade política em qualquer lugar. Eles representam e importam as condições mínimas necessárias para uma vida honesta e digna.³

Suas características são, portanto, a universalidade (todos os indivíduos de qualquer povo ou nação têm direito aos direitos humanos), inalienabilidade (não se pode dispor voluntariamente deles), indivisibilidade (são intrínsecos à pessoa humana e não há hierarquia entre eles), igualdade e não discriminação (sendo que cada indivíduo é igual ao outro, sem qualquer distinção em razão do sexo, cor, raça, opinião política, idade, origem etc.), participação e inclusão (todos têm o direito de participar de forma livre no desenvolvimento da sociedade civil, cultural, social, política e econômica). Destaco, por fim, a característica da interdependência e inter-relação. Significa dizer que por vezes um direito para que seja exercido, necessita da realização de outro e essa é justamente a intersecção abordada nesse artigo.

O objetivo dos direitos humanos é proteger todas as pessoas humanas e

1 **O que são direitos humanos?** Unicef Brasil. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos#:~:text=Os%20direitos%20humanos%20s%C3%A3o%20normas,tem%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%20eles>. Acesso em: 10/08/2022.

2 PORFÍRIO, Francisco. **Direitos Humanos**. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/direitos-humanos.htm>. Acesso em: 08/09/2022.

3 LERMEN, Bruna Luiza; SILVA, Silvio Erasmo Souza da. **A Mediação de conflitos como uma ferramenta essencial e eficaz para os Direitos Humanos e Cidadania**. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/18776/1192612049>. Acesso em: 11/09/2022.

uma vez infringidos os direitos de qualquer cidadão, este estará em uma situação de abuso. Dessa forma, é importante trazer à tona que a obrigatoriedade de respeito a todas as pessoas, abrange não só as pessoas em si, mas também as suas singularidades na íntegra. Assim, retomando a característica da igualdade e não discriminação, por mais diversos que sejam os seres humanos, isso não pode ser um fator de tratamento desigual.

Diversidade significa uma multiplicidade, aquilo que não é igual, que se traduz em variedade. Os seres humanos são seres diversos em vários aspectos, desde a aparência até as idealizações culturais. Porém, acima de tudo, independente dessa variedade, todos somos humanos.

A diversidade pode ser em relação a aparência e idealizações culturais como mencionado acima, mas também a orientação sexual, gênero, etnia, religião, linguística, etária, entre outros.

Entender que os direitos humanos estão garantidos a quem quer que seja independente da sua diversidade e visão sobre o mundo, é essencial para o desenvolvimento pessoal de cada um e também da sociedade como um grupo, que se beneficia do dinamismo saudável decorrente dessa garantia. O reconhecimento desse direito à diversidade sem repressão é fundamental também para que os indivíduos possam buscar soluções para os conflitos que os orbitam no dia a dia.

Na cartilha “Diversidade e Discriminação” do “Projeto Respeitar é Preciso!” é possível ler que “Compreender a diversidade com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é considera-lo aspecto soberano de qualquer tipo de vida social, o que demanda o respeito às diferenças entre os povos, os indivíduos e os grupos em vez de utilizá-las como critério de exclusão social, política e de direitos”⁴. E é também por isso que a promoção dessa diversidade se faz tão primordial.

A forma mais habitual de garantir direitos no Brasil em tempos mais remotos não era a judicial. Segundo Mariane Camargo D’Oliveira, Maria Aparecida Santana Camargo e Marcele Camargo D’Oliveira:

No Brasil do início do século passado, o Judiciário constituía a *última ratio*. Não se litigava à toa. Pessoas de gerações mais longevas ainda se orgulham de proclamar - “Nunca entrei no Fórum!”, uma vez que existia uma ética própria. Recorrer ao Judiciário denotava, inclusive, certa debilidade de caráter. Pessoas probas sabiam resolver seus problemas como seres civilizados, de maneira autônoma, dispensando a intervenção estatal. Alguém de boa-fé não se recusa a discutir, a dialogar, a entender as razões alheias e a transigir. O Brasil já foi um espaço ético mais saudável. Mas tudo mudou.⁵

4 CASTRO, Maria da Paz. **Diversidade e discriminação**. Respeitar é preciso, 2020. Disponível em: <https://respeitarepreciso.org.br/cadernos-respeitar/diversidade-e-discriminacao/> Acesso em: 11/09/2022.

5 D’Oliveira, Mariane Camargo; Camargo, Maria Aparecida Santana; D’Oliveira, Marcele Camargo. **Fomentando a cultura de não judicialização das litigiosidades através da mediação: uma práxis alternativa**. Disponível em: <https://brazilianjournals.com/>

Atualmente, a judicialização no Brasil é fenômeno corriqueiro. Segundo Arthur Bobsin, a judicialização do Direito ganhou força após a segunda guerra mundial, ante a percepção da importância de um Judiciário forte e independente; e no Brasil, houve ampla discussão sobre a judicialização com o advento da Constituição Federal de 1988.⁶ E Ada Pellegrini, traz “Por que tudo vai ao Judiciário? Porque as instituições não funcionam. Vai-se ao juiz por necessidade, porque não se coloca à mão do povo meios de solucionar o problema. A judicialização é a insatisfação da população com aquilo que podia obter administrativamente. O juiz brasileiro substitui-se ao administrador.”⁷

Segundo o relatório anual do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “foram protocolados, no Poder Judiciário, 182,7 milhões de casos novos em formato eletrônico”⁸ de 2009 à 2021. Nesse número não se incluem os processos físicos protocolados perante os fóruns e tribunais.

Esse dado demonstra o quanto a população brasileira deposita na jurisdição estatal a esperança para a solução dos seus conflitos, ainda que a volumosa quantidade de processos e diminuto número de servidores e juizes em comparação para julgá-los interfira diretamente na celeridade e até mesmo no desempenho das decisões.

Segundo Marcos Noronha,

Em 2019, apenas 12,5% de processos foram solucionados via conciliação. Em relação a 2018, houve aumento de apenas 6,3% no número de sentenças homologatórias de acordos, em que pese o novo Código de Processo Civil, em vigor desde 2016, ter tornado obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. (...)

Cumpra ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro foram inseridos dispositivos que fomentam a utilização de outros meios para resolução dos conflitos que não a resposta jurisdicional. (...) As inovações introduzidas oferecem aos cidadãos a possibilidade de chamar para si a responsabilidade de fazer escolhas que definam o método, o caminho, os critérios, o tempo e as pessoas que os auxiliarão no encaminhamento e na solução das controvérsias.⁹

Significa dizer que, ainda que tenham sido criadas ferramentas para ou-

ojs/index.php/BRJD/article/view/12452/10739 Acesso em: 09/09/2022.

6 BOBSIN, Arthur. **Judicialização do Direito no Brasil e possíveis alternativas**. Portal da Aurum, 2021. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/judicializacao/> Acesso em: 09/09/2022.

7 **Ada Pellegrini Grinover: A judicialização é a insatisfação do povo com o que não obtém administrativamente**. Migalhas, 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/211706/ada-pellegrini-grinover--a-judicializacao-e-a-insatisfacao-do-povo-com-o-que-nao-obtem-administrativamente> Acesso em: 09/09/2022.

8 **Justiça em números**. Conselho Nacional de Justiça, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf> Acesso em 09/09/2022.

9 NORONHA, Marcos Antonio Pereira. **O fenômeno da judicialização no Brasil**. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-20/marcos-noronha-phenomeno-judicializacao-brasil> Acesso em: 09/09/2022.

tras formas de resolução de conflitos, a população brasileira ainda não as utiliza em sua plenitude, optando muitas vezes pela via judicial e confiando na estrutura paternalista do Estado.

Diante desse panorama é essencial fomentarmos as discussões sobre as diversas outras formas de resolução de conflitos.

Luisa Solano, ressalta que

O Sistema Multiportas é um modelo alternativo para solução de conflitos que prevê a integração de diversas formas de resolução dos litígios, sendo judiciais ou extrajudiciais. Por meio dele, o Estado conduz os litigantes para a melhor opção de resolver o conflito, a melhor porta, dentre as já citadas. Assim, para cada tipo de conflito, deve ser adotada a via adequada à sua abordagem a partir da consideração de fatores como as intenções das partes, o perfil da controvérsia e as possibilidades inerentes a cada meio. (...)

A possibilidade de se resolver um conflito por outros meios que não os judiciais traz mais benefícios do que problemas. E o mais importante deles consiste na adequação que os mecanismos podem proporcionar à solução da controvérsia, resultando, acima de tudo, na satisfação do jurisdicionado e na restauração da convivência social entre os envolvidos no conflito, tendo ainda como efeitos reflexos, entre outros, a diminuição dos recursos, a facilitação da execução, muitas vezes com adimplemento espontâneo, e execução imediata das medidas adotadas, além da possibilidade de diminuição de demandas judiciais com o advento de uma cultura de pacificação a ser fomentada na sociedade, atingindo empresas, o Estado e o cidadão.¹⁰

Destaco que, como meios alternativos à esfera judicial temos a negociação, conciliação, arbitragem, mediação, entre outros. Observa-se, portanto, que ante a essas várias opções, é possível continuar transformando a cultura da judicialização existente no Brasil nos dias atuais.

Interessante a simplicidade com a qual o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) descreve o sistema multiportas. Vejamos: “Imagine que na entrada do Fórum onde você foi buscar o auxílio da Justiça para a resolução de um conflito, você tivesse à disposição diversas portas. E, dependendo do problema apresentado, pudesse ser encaminhado para aquela mais adequada à efetiva solução do seu caso. Em síntese, isso resume o conceito do sistema de “Justiça Multiportas”, apresentado em 1976 pelo professor e reitor associado da faculdade de Direito de Harvard, Frank Sander.”¹¹ Verifica-se, portanto, que

10 SOLANO, Luisa Maria Moreira. **A crise do Judiciário e o Sistema Multiportas de solução de conflitos**. Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://luisasolano.jusbrasil.com.br/artigos/575316098/a-crise-do-judiciario-e-o-sistema-multiportas-de-solucao-de-conflitos#:~:text=O%20Sistema%20Multiportas%20é%20um%20modelo%20 alternativo%20para%20solução%20de,porta%2C%20dentre%20as%20já%20citadas> . Acesso em: 16/09/2022.

11 **Justiça Multiportas oferece caminhos adequados à solução de conflitos em MT**. Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-multiportas-oferece-caminhos-adequados-a-solucao-de-conflitos-em-mt/> . Acesso em:

inexiste um meio melhor do que o outro, mas sim o mais adequado àquela situação, a exemplo da via judicial que é meio assertivo em causas com direitos indisponíveis e com necessidade de medidas de urgência.

Em suma, o fato de existirem outras alternativas para resolução do conflito já é um caminho para a transformação da cultura brasileira de judicialização e, por isso, é tão importante que sejam fomentadas.

Destaco nesse momento a mediação como ferramenta de construção e solução de conflitos e transformação social.

Na visão da Luisa Solano, “A Mediação é uma intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes em litígio, administrando a busca de solução pelas próprias partes. O mediador facilita o diálogo para que os litigantes construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema, visando o consenso, a realização do acordo. Essa “porta” será utilizada quando houver, entre as partes, múltiplos vínculos anteriores ao conflito.”¹²

O mediador usando das técnicas de escuta ativa, recontextualização, audição de propostas implícitas, reforço positivo, silêncio, sessões privadas, *rapport*, *brainstorming*, resumo, teste de realidade, entre outras, auxiliará os envolvidos conflitantes a chegarem a um consenso, ainda que seja quanto a não realização do acordo propriamente dito. Para esse fim, essencial que o mediador busque entender quais as questões, sentimentos e interesses de cada um durante a conversa, bem como observar as vicissitudes e individualidades entre os envolvidos nos seus mais diversos níveis.

Indiscutível, portanto, que ao serem abordados esses pontos surge a oportunidade de empoderamento de cada envolvido, o que faz com que essa pessoa se sinta encorajada a defender suas visões, ouvir pontos de vistas diferentes e transformar sua própria realidade. Cada envolvido sai da posição passiva para ser proativo nessa busca de solução da controvérsia.

No mesmo sentido, temos o apontamento do Marcos Noronha: “o empoderamento das pessoas, pois estas passaram a ter condições de decidir que caminho seguir, com quem, qual o passo a passo, qual o critério deve orientar a solução, como proceder, e até mesmo ter uma projeção do tempo de duração da disputa.”¹³

Em suma, além do mencionado anteriormente, a mediação é também uma forma de transformação social, já que viabiliza a realização pessoal dos

16/09/2022.

12 SOLANO, Luisa Maria Moreira. **A crise do Judiciário e o Sistema Multiportas de solução de conflitos**. Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://luisasolano.jusbrasil.com.br/artigos/575316098/a-crise-do-judiciario-e-o-sistema-multiportas-de-solucao-de-conflitos#:~:text=O%20Sistema%20Multiportas%20é%20um%20modelo%20alternativo%20para%20solução%20de,porta%2C%20dentre%20as%20já%20citadas>. Acesso em: 16/09/2022.

13 NORONHA, Marcos Antonio Pereira. **O fenômeno da judicialização no Brasil**. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-20/marcos-noronha-phenomeno-judicializacao-brasil> Acesso em: 09/09/2022.

cidadãos e também o acesso à justiça.

A forma de potencializarmos esse empoderamento é via capacitação dos profissionais atuantes nos métodos de resolução de conflitos, para que viabilizem um ambiente propício para construção de soluções no qual os envolvidos possam exercer plenamente a sua autonomia e habilidades e, cumulativamente, a educação e conscientização da população nas mais diversas camadas da sociedade para que cada um tenha plena consciência da sua situação e diversidade e conhecimento suficiente para escolher o método que melhor atende a sua questão, sentimento e interesse.

Nesse sentido, Bruna Luiza Lermen e Silvio Erasmo Souza da Silva:

De acordo com Silva (2013, p.30) observamos que o propósito da mediação é “transformar o conflito, de sorte que as partes dissidentes cheguem a um consenso, diferentemente da sentença judicial, que é uma solução imposta por um terceiro alheio ao conflito (juiz), que muitas vezes se distancia do real motivo que levou os litigantes a pleitear o pronunciamento judicial”. Consequentemente, os conflitos nas palavras de Silva (2013, p.30). [...] nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas a mesma coisa). Além disso, a mediação concebe um mecanismo de solução de conflitos empregado pela pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, acham uma alternativa, eficaz, aceitável e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo (SALES, 2007, p.23).¹⁴

Em um encontro sobre Conciliação Judicial havido no Tribunal Regional do Trabalho em Curitiba, Paraná, Brasil, o jurista Kazuo Watanabe fez considerações interessantes sobre o papel dos órgãos judiciários no oferecimento de soluções e orientação à população:

Segundo o jurista, nem sempre a judicialização é a via mais adequada. Há casos em que as partes são próximas e compreendem o conflito em questão, caso em que um conciliador poderia resolver a situação de forma mais eficaz. “A população mais humilde não sabe diferenciar problema jurídico de conflito”, disse, ressaltando que, de acordo com a Resolução do CNJ nº 125/2009 (que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário), é dever dos órgãos do judiciário oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como orientar os cidadãos a respeito disso.¹⁵

14 LERMEN, Bruna Luiza; SILVA, Silvio Erasmo Souza da. **A Mediação de conflitos como uma ferramenta essencial e eficaz para os Direitos Humanos e Cidadania**. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/18776/1192612049>. Acesso em: 11/09/2022.

15 **TRT9: Kazuo Watanabe defende mais conciliações pré-processuais**. ABRAT - As-

E sobre a qualificação dos profissionais, em outro momento Kazuo Watabane “destacou que o cuidado a ser tomado nesses casos é que a mediação sempre tenha equilíbrio, para evitar que a parte inferiorizada seja induzida a aceitar uma solução prejudicial aos seus interesses. Para isso não ocorrer, a aposta deve ser feita em mediadores qualificados.”¹⁶

Além disso, a compreensão do fato de que os indivíduos são cidadãos responsáveis por suas escolhas e atos, também viabiliza o empoderamento desses seres humanos.

A mediação como método de resolução de conflitos não-adversarial, dialogado e não impositivo, efetiva os direitos, emancipa os envolvidos, uma vez que precisam participar efetivamente da construção da conversa e solução com olhar mais reflexivo, sem desconsiderar as características pessoais desse indivíduo.

Portanto, durante a mediação não deve ser considerada apenas a controvérsia, mas também todo o contexto social dos envolvidos, suas relações, percepções de mundo, posições e tudo o que for relevante para a solução do conflito, ou seja, a diversidade como um conceito amplo.

Nesse mesmo sentido, temos:

(...) a mediação aparece como uma forma alternativa de solução de conflitos, em que os envolvidos, auxiliados por uma terceira pessoa - o mediador - buscam, por meio do diálogo, da criatividade e da intercompreensão, a melhor maneira de solucionar a questão sem que uma das partes saia prejudicada ou insatisfeita com o resultado alcançado. Trata-se de um processo essencialmente participativo, em que se pretende aproximar, sem confundir; distinguir, sem separar. A mediação pretende preparar as partes para um reconhecimento mútuo, em que diferentes possam manter suas identidades, salvaguardar suas diferenças, e, ainda assim, conviverem pacificamente, ou solucionar questões de modo a manter suas boas relações.

(...) verifica-se a sua importância não apenas como meio alternativo de resolução de conflitos, mas, principalmente, como instrumento transformador de uma cultura adversarial e dependente, calado na educação social, na democracia, no respeito à pluralidade e na valorização do ser humano. A mediação se caracteriza, portanto, como importante ferramenta de emancipação social.¹⁷

sociação Brasileira de Advogados Trabalhistas, 2021. Disponível em: abrat.adv.br/index.php/noticias/2528-trt9--kazuo-watanabe-defende-mais-conciliacoes-pre-processuais Acesso em: 09/09/2022.

16 **Cultura da sentença dificulta métodos de mediação no País, diz especialista.** Conselho da Justiça Federal, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/julho/cultura-da-sentenca-dificulta-metodos-de-mediacao-no-pais-diz-especialista> Acesso em: 09/09/2022.

17 **ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. A Mediação como Instrumento de Efetivação dos Direitos Humanos e de Promoção da Cidadania.** Disponível em: <zfile:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/A%20MEDIA%-C3%87%C3%83O%20COMO%20INSTRUMENTO%20DE%20EFETIVA%-C3%87%C3%83O%20DOS%20DIREITOS%20HUMANOS%20E%20DE%20PROMO%C3%87%C3%83O%20DA%20CIDADANIA.pdf> Acesso em: 11/09/2022.

Em resumo, por meio da mediação os indivíduos conseguem participar ativamente da construção de soluções justas para os seus conflitos, observando a sua pluralidade e os capacitando para uma atuação analítica no espaço cívico, o que reflete no integral exercício da cidadania e emancipação social.¹⁸

Dessa feita, é essencial que haja valorização de cada individualidade para que as pessoas sejam agentes transformadoras de suas realidades e assim sejam capazes de construir caminhos e soluções eficazes a partir da sua plena consciência. Só a partir disso, que cada indivíduo poderá se sentir livre apesar das suas dimensões e gerar opções para problemas e situações que são muitas vezes cotidianas e cheias de embates interpessoais, pessoais e intergrupais.

Não fora isso, o empoderamento, reconhecimento, proteção e aceitação das várias dimensões que cada ser humano, viabiliza o aparecimento de pontos de vista diversos durante a mediação, trazendo criatividade e novas alternativas para o seu desfecho, ainda que não se finalize em um acordo propriamente dito, evitando que sejam impostas - ainda que implicitamente - ideias e condições de um único grupo ou indivíduo.

O resultado do respeito e proteção a essas diferenças é: o aumento no engajamento; motivação das pessoas, que passam a acreditar em uma solução justa e eficaz; a propagação da forma de autocomposição não impositiva; e a promoção dos direitos humanos, inclusive, àqueles voltados à diversidade.

Ao contrário, quando os envolvidos e suas particularidades não são respeitados durante o procedimento, há grandes chances de o resultado ser ineficiente e não trazer a dignidade necessária a eles, sendo totalmente contrário ao objetivo do procedimento, dos envolvidos e também do mediador. Evidente que os grupos sociais oprimidos não se sentem confortáveis para dialogar como gostariam ou necessitam.

A preocupação maior é com aqueles seres humanos que estão em uma posição social de risco de vulnerabilidade, diminutas chances de desenvolvimento, vítimas de discriminação e preconceito, seja por qual razão for, a exemplo de mulheres que sofrem exploração e abusos psicológicos e físicos com mais frequência que os homens, os homossexuais que sofrem violência e discriminação, os negros que também sofrem com preconceito, racismo e são constantemente marginalizados pelos demais, povos estrangeiros que sofrem xenofobia, as pessoas com deficiência que também sofrem discriminação e violência etc.

Ressalto o apontamento da Priscila Boy quem sintetizou que “Os preconceitos emergem, muitas vezes, por causa do medo e da inabilidade de lidar com o diferente.”¹⁹, sendo urgente essa “naturalização do diferente”.

18 _____. **A Mediação como Instrumento de Efetivação dos Direitos Humanos e de Promoção da Cidadania.** Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/Á%20MEDIA%C3%87%C3%83O%20COMO%20I NSTRUMENTO%20DE%20EFETIVA%C3%87%C3%83O%20DOS%20DIREI TOS%20HUMANOS%20E%20DE%20PROMO%C3%87%C3%83O%20DA%20C I DADANIA. pdf Acesso em: 11/09/2022.

19 BOY, Priscila. **Os desafios da escola para lidar com a diversidade e como está**

Assim, quando bem executada, a mediação é ferramenta de promoção não só da justiça, mas também dos direitos humanos voltados à diversidade. Até porquê, a partir do momento em que os envolvidos percebem que conseguiram construir uma solução para o seu conflito e que tiveram seus pontos de vistas e características respeitados, é normal que busquem novamente essa forma de solução de conflitos caso exista uma nova controvérsia futuramente, ou seja, há uma transformação comportamental no contexto socioeconômico do qual faz parte.

Diante de todo o exposto, é possível entender a mediação como uma ferramenta de promoção dos direitos humanos e valorização da diversidade, ao passo que fomenta a interlocução dos cidadãos com o conflito e suas diversidades no alcance de soluções satisfatórias e conclusivas que proporcionem, dentre outros benefícios, a sua emancipação e a desobstrução do poder judiciário brasileiro.

Referências

Ada Pellegrini Grinover: A judicialização é a insatisfação do povo com o que não obtém administrativamente. Migalhas, 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/211706/ada-pellegrini-grinover-a-judicializacao-e-a-insatisfacao-do-povo-com-o-que-nao-obtem-administrativamente> Acesso em: 09/09/2022.

BOBSIN, Arthur. Judicialização do Direito no Brasil e possíveis alternativas. Portal da Aurum, 2021. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/judicializacao/> Acesso em: 09/09/2022.

BOY, Priscila. Os desafios da escola para lidar com a diversidade e como está expresso na BNCC. Planeta Educação, 2020. Disponível em: <https://www.planetaeducacao.com.br/portal/a/361/os-desafios-da-escola-para-lidar-com-a-diversidade-e-como-esta-expresso-na-bncc> Acesso em: 11/09/2022.

CASTRO, Maria da Paz. Diversidade e discriminação. Respeitar é preciso, 2020. Disponível em: <https://respeitarepreciso.org.br/cadernos-respeitar/diversidade-e-discriminacao/> Acesso em: 11/09/2022.

Cultura da sentença dificulta métodos de mediação no País, diz especialista. Conselho da Justiça Federal, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/julho/cultura-da-sentenca-dificulta-metodos-de-mediacao-no-pais-diz-especialista> Acesso em: 09/09/2022.

D'Oliveira, Mariane Camargo; Camargo, Maria Aparecida Santana; D'Oliveira, Marcele Camargo. Fomentando a cultura de não judicialização das litigiosidades através da mediação: uma práxis alternativa. Disponível em: <https://brazilianjournals.com/ojs/index.php/BRJD/article/view/12452/10739> Acesso em: 09/09/2022.

Justiça em números. Conselho Nacional de Justiça, 2022. Disponível em: <https://>

expresso na BNCC. Planeta Educação, 2020. Disponível em: <https://www.planetaeducacao.com.br/portal/a/361/os-desafios-da-escola-para-lidar-com-a-diversidade-e-como-esta-expresso-na-bncc> Acesso em: 11/09/2022.

www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numericos-2022.pdf
Acesso em 09/09/2022.

Justiça Multiportas oferece caminhos adequados à solução de conflitos em MT. Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-multiportas-oferece-caminhos-adequados-a-solucao-de-conflitos-em-mt/> . Acesso em: 16/09/2022.

LERMEN, Bruna Luiza; SILVA, Silvio Erasmo Souza da. **A Mediação de conflitos como uma ferramenta essencial e eficaz para os Direitos Humanos e Cidadania.** Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidsp/article/view/18776/1192612049> . Acesso em: 11/09/2022.

NORONHA, Marcos Antonio Pereira. **O fenômeno da judicialização no Brasil.** Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-20/marcos-noronha-phenomeno-judicializacao-brasil> Acesso em: 09/09/2022.

O que são direitos humanos? Unicef Brasil. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos#:~:text=Os%20direitos%20humanos%20s%C3%A3o%20normas,tem%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%20eles>. Acesso em: 10/08/2022.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. **A Mediação como Instrumento de Efetivação dos Direitos Humanos e de Promoção da Cidadania.** Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/A%20MEDIA%C3%87%C3%83O%20COMO%20INSTRUMENTO%20DE%20EFETIVA%C3%87%C3%83O%20DOS%20DIREITOS%20HUMANOS%20E%20DE%20PROMO%C3%87%C3%83O%20DA%20CIDADANIA.pdf> Acesso em: 11/09/2022.

PORFÍRIO, Francisco. **Direitos Humanos.** Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/direitos-humanos.htm> . Acesso em: 08/09/2022.

SOLANO, Luisa Maria Moreira. **A crise do Judiciário e o Sistema Multiportas de solução de conflitos.** Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://luisasolano.jusbrasil.com.br/artigos/575316098/a-crise-do-judiciario-e-o-sistema-multiportas-de-solucao-de-conflitos#:~:text=O%20Sistema%20Multiportas%20é%20um%20modelo%20alternativo%20para%20solução%20de,porta%2C%20entre%20as%20já%20citadas> . Acesso em: 16/09/2022.

TRT9: Kazuo Watanabe defende mais conciliações pré-processuais. ABRAT - Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas, 2021. Disponível em: abrat.adv.br/index.php/noticias/2528-trt9--kazuo-watanabe-defende-mais-conciliacoes-pre-processuais Acesso em 09/09/2022.

MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: DEMOCRATIZAÇÃO DOS REMÉDIOS PARA SUPERAÇÃO DA CRISE

Felicia Zuardi Spinola Garcia

Juliana Biolchi

Resumo:

O objeto de pesquisa é a aplicação dos métodos adequados de resolução de conflitos como caminho para a garantia ao acesso à justiça e a sua democratização, especialmente para o tratamento e superação da crise de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme a legislação brasileira. O objetivo geral é analisar o cenário em que se desenvolve e transforma o ambiente de negociação da crise empresarial, promovendo uma reflexão crítica sobre o efetivo uso dos remédios recuperacionais disponíveis, convergindo para o maior ou menor acesso à uma ordem jurídica justa. Os objetivos específicos desse estudo são colher informações de campo que demonstrem a aplicação dos procedimentos recuperacionais existentes; e apresentar alternativas que contribuam para o acesso à efetiva proteção à atividade econômica de pequeno porte viável. O problema de pesquisa é: a ordem jurídica brasileira garante meios recuperacionais capazes de preservar micro e pequenos negócios que estejam em situação de vulnerabilidade? Trabalha-se com a hipótese de que a reforma trazida pela Lei 14.112/2020, a Lei 11.101/2005, ao consolidar a concepção de um sistema de múltiplas portas, incentiva comportamentos que tendem a mudar a dinâmica da negociação em situações de estresse econômico e financeiro, abrindo espaço para a ampliação da utilização de métodos não adversariais, dentre os quais a mediação e as Práticas Colaborativas, com potencial para criar oportunidades reais de preservação de micro e pequenas empresas. O método de pesquisa é o da revisão bibliográfica e o de abordagem é o dedutivo, ampliando-se situações específicas, para generalizações.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Procedimentos recuperacionais no Brasil; Micro e pequena empresa; Meios adequados de resolução de conflitos.

Introdução

A pesquisa ora proposta tem como tema a aplicação dos instrumentos

de superação de crise empresarial brasileiros a micro e pequenas empresas de pequeno porte, sob o viés do acesso à justiça. Visa-se a analisar o cenário em que se desenvolve e transforma o ambiente de negociação da crise empresarial, promovendo uma reflexão crítica sobre o efetivo uso dos remédios recuperacionais disponíveis, convergindo para o maior ou menor acesso à uma ordem jurídica justa.

Os objetivos específicos desse estudo são colher informações de campo que demonstrem a aplicação dos procedimentos recuperacionais existentes; e apresentar alternativas que contribuam para o acesso à efetiva proteção à atividade econômica de pequeno porte viável.

O problema de pesquisa é: a ordem jurídica brasileira garante meios recuperacionais capazes de preservar micro e pequenos negócios que estejam em situação de vulnerabilidade? Trabalha-se com a hipótese de que a reforma trazida pela Lei 14.112/2020, a Lei 11.101/2005, ao consolidar a concepção de um sistema de múltiplas portas, incentiva comportamentos que tendem a mudar a dinâmica da negociação em situações de estresse econômico e financeiro, abrindo espaço para a ampliação da utilização de métodos não adversariais, dentre os quais a mediação e as Práticas Colaborativas, com potencial para criar oportunidades reais de preservação de micro e pequenas empresas.

Para tanto, o artigo está estruturando em quatro seções: a presente introdução, com os elementos principais da pesquisa; a seção II, em que se analisa o acesso à justiça, colhendo-se dois importantes manifestos em torno do acesso à justiça, que funcionam como substrato teórico para o estudo; a seção III, dedicada a compreender, ainda que brevemente, as recentes alterações da Lei de Recuperação de Empresas e Falências brasileira (Lei 11.101/2005), reformada pela Lei 14.112/2020, que redundaram na incorporação, ao sistema de direito insolvencial, dos métodos adequados de solução de conflitos; a seção IV, com alguns apontamentos sobre o conceito e a importância socioeconômica de Micro (Mês) e Pequenas Empresas (EPPs) no Brasil; e, ao final, a seção V, com as conclusões.

O método de pesquisa foi o da revisão bibliográfica e o de abordagem, o dedutivo, ampliando-se situações específicas, para generalizações.

Acesso à justiça e ordem jurídica justa: rápidas considerações sobre a visão de Mauro Capeletti e Bryant Garth e Kazuo Watanabe

A noção de garantia de acesso à justiça passou por processo de amadurecimento desde a pesquisa desenvolvida no Projeto Florença e a publicação de Mauro Capeletti e Bryant Garth¹. A superação de uma visão individualista de Justiça, em que se garante simplesmente o acesso formal, o direito ao recurso ao Estado para dirimir conflitos, entendendo o Estado como ente passivo, que apenas se manifesta quando solicitado, cede espaço para a ideologia

1 CAPELETTI, Mauro, *Acesso à Justiça*, Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris, 1988.

de um fortalecimento da atuação positiva e a garantia substantiva de acesso à justiça dos cidadãos.

Ou seja, o simbolismo é superado por uma abordagem de efetivação dos direitos dos cidadãos, com a reforma do sistema vigente, para o seu mais amplo alcance. A ideia se torna a busca de caminhos, visando ao atendimento das reais necessidades dos cidadãos.

Nesse ponto, cabe ressaltar a relevância do tema, como destacam Garth e Capelletti²:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos humanos.

A partir do diagnóstico realizado no Projeto Florença foram incentivadas medidas de superação às dificuldades detectadas em três frentes, chamadas de ondas renovatórias. A primeira delas, visava a garantia de assistência judiciária aos pobres³. A segunda onda renovatória cuidou dos interesses difusos e sua representação⁴. E, por fim, a terceira onda renovatória trouxe uma concepção mais ampla de acesso à justiça, com a advocacia voltada para a atuação judicial e extrajudicial, além do conjunto de mecanismos, instituições, pessoas e procedimentos para processar ou mesmo prevenir conflitos na sociedade moderna.

Segundo Kazuo Watanabe,⁵ acesso à ordem jurídica justa é a atualização do conceito de acesso à justiça, da década de 70, abrangendo o direito dos cidadãos de serem ouvidos e atendidos, não apenas em situações de conflitos, mas também em problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania. Trata-se de uma concepção mais ampla, aberta a um sistema com múltiplos meios de gestão de conflitos.

Vale dizer que, em parte, esse pensamento restou evidenciado na Resolução nº 125/2010 do CNJ, que renovou a concepção contemporânea de acesso à justiça. Sua exposição de motivos reforça a ideia de que além da vertente formal, acesso à justiça implica em acesso à ordem jurídica justa e soluções efetivas. Ele assim sintetiza:

O Sistema de Justiça passou a ter, assim, uma acepção ampla, abrangente não apenas do Judiciário, como também de outras instituições públicas e privadas, que atuam com qualidade e seriedade na distribuição da justiça no sentido amplo, consistente não apenas na solução de controvérsias, como também na prestação de assistência integral (art.

2 IDEM, p. 11.

3 Idem, p.31-49

4 Idem, p.49-67

5 WATANABE, Kazuo. Entrevista: Reforma do CPC perdeu oportunidade de melhorar sistema das ações coletivas. Disponível em :<<https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado>>. Acesso em: 07/06/2022.

5º, LXXIV, CF), inclusive serviços de informação e orientação que possibilitem o efetivo exercício de cidadania e o pleno resguardo da dignidade da pessoa humana.⁶

Com efeito, o que se visa garantir, muito além da possibilidade do ajuizamento de uma ação judicial, são mecanismos e sistemas que viabilizem soluções pertinentes, justas e sustentáveis, para atender às necessidades dos indivíduos. Trata-se de garantir equilíbrio das forças em disputa, remédios tempestivos e efetivos para a demanda, atendendo a viabilidade e disponibilidade financeira.

Essa perspectiva vem se tornando cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido incorporada com força, recentemente, na Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF), a Lei 11.101/2005, que passou por reforma, como se aborda no tópico que segue.

A incorporação legislativa dos métodos adequados de resolução de conflitos ao sistema de insolvência: a nova redação da lei 11.101/2005, após a reforma da lei 14.112/2020

Concebida para dar resposta à crise econômica e financeira que ameaça a continuidade da atividade viável, seguindo tendência mundial, a Lei 11.101/2005 representou, quando de sua promulgação, a adoção de uma nova perspectiva, no que tange ao tratamento dispensado aos devedores, incentivando a liquidação da atividade incompatível com a ordem econômica e a proteção, favorecimento e continuidade dos empreendimentos que ainda possuem as condições para tanto.

A falência foi aprimorada como instrumento liquidatório, vocacionando-se à extinção do negócio economicamente inviável, com intuito de dar meios de realocação célere dos ativos na economia, mantendo o objetivo de realizar os direitos do devedor, que não tem condições de se recuperar, garantindo o tratamento isonômico de credores e o seu pagamento.

No campo das recuperações, foram criados instrumentos para socorrer o devedor em crise e para possibilitar o soerguimento da empresa. É, então, adotado um modelo de reestruturação a partir de negociações livremente ajustadas e construídas pelo devedor com seus credores, vertidas em planos, homologados por meio de procedimentos de jurisdição voluntária, com menor ou maior intervenção judicial, que podem tomar a forma de recuperação extrajudicial ou judicial, respectivamente.

O novo regime foi, a seu tempo, uma enorme ruptura com o anterior. Trouxe uma mudança cultural gigantesca, colaborando para transformar, inclusive, o mercado de crédito brasileiro. O avanço foi inegável, mas ainda havia espaço para polimento, o que sobreveio recentemente, a partir da cons-

6 WATANABE, Kazuo, prefácio do Livro Justiça - Reflexões sobre caminhos além do Judiciário, organizado por Adolfo Braga Neto, CLA Editora: São Paulo, 2022, p. 8.

tatação de que o Brasil tem se desconectado daqueles modelos legais que o inspiraram (países avançados), principalmente no distanciamento da razão liquidação/resolução, criando, como qualificam Coelho e Nunes⁷, um desmonte de empresas, que não entrega os efeitos esperados.

A reforma da LREF, pela Lei 14.112/2020, incentiva a desjudicialização da crise empresarial, estimulando que devedor e seus credores cheguem à autocomposição fora da Corte. De um lado, houve o aprimoramento da recuperação extrajudicial; de outro, criou-se a negociação antecedente, por meio de tutela cautelar, sendo que ambas podem ser utilizadas como alternativas para evitar (ou anteceder) o procedimento de recuperação judicial.

Ademais, traz a previsão expressa dos “meios alternativos” como instrumentos compatíveis com os processos que regula, evidenciando os contornos de uma nova cultura para viabilizar a continuação empresarial com negociações estruturadas e ancoradas em métodos e técnicas cada vez mais sofisticados, desafiando advogados envolvidos em casos reais, principalmente naqueles que se desenvolvem quase que totalmente fora da ambiência judicial, como a recuperação extrajudicial, transformando seu modo de atuar.

Sob esta perspectiva, a partir da edição da Resolução do CNJ nº 125/2010, da promulgação do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), ganhou espaço a discussão acerca do uso de meios adequados de resolução de disputas em processos de insolvência, como instrumental à disposição dos profissionais atuantes na área.

Com a reforma, aquilo que já vinha sendo testado na prática (episodicamente) e por aplicação subsidiária da lei processual civil, passa a vigor como ferramenta dentro do microsistema insolvencial, gerando robustez e segurança, representando a incorporação da aplicação dos meios adequados de solução de conflito à crise econômica, o que poderá, sob o viés das MEs e EPPs, representar seu efetivo acesso aos meios legais da LREF, que lhes têm sido negado, como se aborda na seção que segue.

Microempresas e empresas de pequeno porte e sua relevância socioeconômica no Brasil

As Micro e Pequenas Empresas podem ser definidas seguem dois critérios, faturamento ou número de funcionários. Assim as microempresas seriam aquelas que têm faturamento anual de até R\$ 360 mil ou empregam até 9 pessoas no comércio e serviços ou 19 pessoas no setor industrial.

Já as pequenas empresas seriam aquelas que têm faturamento anual de até R\$ 4,8 milhões por ano ou m de 10 a 49 pessoas no comércio e serviços ou de 20 a 99 pessoas na indústria.

7 COELHO, Fabio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes. **Alterações da Lei de Falências: uma avaliação da Reforma de 2020.** Associação Brasileira de Jurimetria, Aug. 17, 2021, disponível em: <<https://lab.abj.org.br/posts/2021-08-17-alteracao-falencias/>> Acesso em 29 de agosto de 2021.

Segundo apurado pelo Portal da Indústria⁸, os principais desafios para micro e pequenas empresas estão associados à falta de planejamento, pouca capacitação em gestão, ao excesso de burocracia para obtenção de crédito, a alta carga tributária. Vale ressaltar que, segundo o IBGE, a média de sobrevivência de um micro ou pequena empresa no Brasil é de cinco anos.

Os dados da Confederação Nacional da Indústria⁹ revelam que na indústria, as microempresas e empresas de pequeno porte representam a maior parte dos empreendimentos no Brasil. Em 2019, essas empresas representavam no setor: 71,7% são consideradas microempresas (até 9 empregados); e 22,6% são pequenas empresas (de 10 a 49 empregados). Ou seja, o quantitativo de empreendimento desse porte atingia em 2019 na Indústria o percentual de 94,2% das empresas brasileiras.

Reforçando a relevância dessas empresas no cenário brasileiro, novos levantamentos de 2021¹⁰ demonstram que houve um incremento 53,9%, com relação ao ano de 2018, do número de formalização de novas microempresas e empresas de pequeno porte.

Em verdade, a relevância deste segmento não passou despercebida e diversos programas e políticas de incentivo e proteção são frequentemente elaborados¹¹. A Lei 11.101/05 também dedicou seção para tratar especificamente das pequenas empresas. Neste sentido, insta mencionar que a lei tinha como um de seus princípios, desburocratizar a recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte. Na prática, a Lei 11.101/05 deu nova roupagem à concordata preventiva, e, inicialmente, mantida a finalidade de renegociar apenas o passivo quirografário.¹²

Apesar dos esforços para atendimento do comando previsto no art. 170, da Constituição Federal, que determina o tratamento diferenciado às pequenas empresas, o resultado efetivo parece não ter sido atendido pelo regime

8 Disponível em: dados da Confederação Nacional da Indústria - disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/micro-e-pequena-empresa/#tipos>, acesso em 08/06/2022.

9 Disponível em: dados da Confederação Nacional da Indústria - disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/micro-e-pequena-empresa/#tipos>, acesso em 08/06/2022.

10 Disponível em <<https://agenciasebrae.com.br/arquivo/brasil-alcanca-marca-recorde-novos-negocios-em-2021-com-quase-4-milhoes-de-mpe/>>, acesso em:08/06/2022.

11 O Pronampe é um deles. Mais informações vide: <<https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/credito/pronampe>>, acesso em 08/06/2022. O Programa de Reescalonamento do Pagamento de Débitos no Âmbito do Simples Nacional (Relp) instituído pela Lei Complementar nº 193, de 17 de março de 2022 é outro exemplo atual. Mais informações vide: <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/simplesnacional/Noticias/NoticiaCompleta.aspx?id= d3d4747c-04fa-4b8e-ade4-7955691ba29c#:~:text=Podem%20optar%20pelo%20Simples%20Nacional,pela%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CGSN%20140%2F2018.acesso>> em 08/06/2022.

12 A redação do art. 71, dada pela Lei Complementar nº147/2014: Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se á às seguintes condições: I - abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49;

especial previsto na Lei 11.101/05.

Sacramone, Waiseberg, Nunes e Scardoa¹³ trazem uma avaliação com base no levantamento casos da segunda fase do Observatório de Insolvência do Estado de São Paulo¹⁴, do comportamento das 851 recuperações judiciais no Estado de São Paulo, entre janeiro de 2010 e julho de 2017. Como ponderam os autores do trabalho, intuitivamente, seria pertinente imaginar que grande parte dessas recuperações seriam de microempresas e empresas de pequeno porte, já que por apresentarem um porte econômico menor teriam maiores dificuldades de crédito, menos ativos, menos reservas e, portanto, estariam mais sujeitos às crises.

Contudo, os dados indicam uma realidade distinta: apenas 38,9% dos processos corresponderiam às empresas com faturamento até 5 milhões. Vale lembrar que segundo as regras vigentes para o enquadramento de microempresas e pequenas de pequeno porte, elas estariam inseridas neste parâmetro.

Este percentual revela-se muito baixo, se observado com a perspectiva do quantitativo do segmento no Estado de São Paulo, como apresentado pelos autores. De acordo com os dados da Junta Comercial de São Paulo, de 1980 a 2017, foram registradas 5.284.949 pessoas. Desse montante, 4.367.387 eram MEs, 281.726 eram EPPs e 635.836 eram outros empresários. Ou seja, o percentual de microempresas e empresas de pequeno porte, atingiria 87,97%, a maioria esmagadora das empresas mercantis do estado e assim sendo, caberia a incidência maior de uso do instrumento recuperacional por estas empresas. Não é o que acontece.

Os autores prosseguiram e tiveram a iniciativa de pesquisar dentre aquelas 851 casos de recuperação judicial do Estado de São Paulo, no período de janeiro de 2010 e julho de 2017, aquelas que possuíam as expressões “microempresa” e “empresa de pequeno porte” na sua denominação¹⁵, restando patente o baixo índice de utilização das recuperações judiciais por pequenas empresas, apenas 23,85%.

Ao final do trabalho, dentre outras conclusões os autores aduzem que a Lei de Insolvência não se apresenta como alternativa viável para a superação da crise dos empresários que adotem o formato de microempresa e empresa de pequeno porte. O sistema recuperacional não é acessível para a maior parte desses empresários. Além disso, as custas e a ausência da documentação contábil, ainda que facilitada na Lei nº 11.101/05, representam entraves para a negociação coletiva judicial.

13 “O processo de insolvência e o tratamento das microempresas e empresas de pequeno porte em crise no Brasil”, Revista de Ciências Jurídicas Pensar, disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10940/pdf>, acesso em 08/06/2022;

14 Disponível em: <https://abj.org.br/cases/2a-fase-observatorio-da-insolvencia/>, acessado em 08/06/2022.

15 Vale registrar que a partir de janeiro de 2018 (período posterior ao recorte da pesquisa), a LC 155/2016 revogou o art. 72 da LC 123/06 e não exigiu mais das MEs e EPPs a obrigação de acrescentar à sua firma ou denominação as expressões “microempresa”, “empresa de pequeno porte” ou suas respectivas abreviações.

A falta de resposta legal já motivou a criação de diversos projetos de lei que buscam aprimorar as ferramentas do microsistema insolvencial às MEs e EPPs, dentre os quais merece destaque o Projeto de Lei Complementar n. 33/2020 (PP 33/2020), que altera a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, para estabelecer e disciplinar a renegociação especial extrajudicial, a renegociação especial judicial e a liquidação simplificada, e dispor sobre a falência das microempresas e das empresas de pequeno porte.

A ideia central da proposta é criar um veículo que traga elementos da renegociação das dívidas minimamente pré-definidos, com o objetivo de reequilibrar a posição de vulnerabilidade das MEs e EPPs em suas relações contratuais. Algo bastante em linha com o procedimento especial de recuperação judicial, já positivado no art. 70, da LREF, que teve como grande ponto negativo a possibilidade de decretação de falência no caso de recebimento de objeções de mais da metade dos credores sujeitos ao plano especial.

De toda maneira, os dados mostram que MEs e EPPs não têm acesso a ferramentas adequadas e eficientes, que garantam seu pleno acesso aos meios legais de reestruturação, o que só contribui para o aumento das ameaças à sua continuidade, ainda que desempenhem um importante e indiscutível papel socioeconômico.

Podem contar com a utilização de mecanismos auxiliares, tais como mediações em Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUS-Cs), que têm sido aparelhados, em diversas Unidades da Federação brasileira, para o recebimento de demandas empresariais, o que abrange as negociações desenvolvidas no bojo dos processos de reestruturação. Essas medidas têm representado um certo alento, muito embora não sejam a solução que o problema merece.

Conclusão: os meios adequados de solução de conflitos e seu relevante papel no cenário da crise

Compreender o cenário de crise empresarial pelo viés jurídico, passa, antes de tudo, por verificar os princípios consagrados pela Constituição Federal para balizar o ordenamento jurídico brasileiro. Já no preâmbulo, foram aduzidos como valores supremos (a liberdade, igualdade, bem-estar, desenvolvimento e justiça), dentre outros, inclusive no que tange à atividade empresarial e à ordem econômica.

Neste sentido, a garantia da livre iniciativa e proteção dos negócios de menor porte, que apesar do tamanho representam grande parte dos postos de trabalho e do PIB nacional, demanda a existência de arcabouço jurídico adequado, que viabilize a proteção às garantias individuais (liberdade, dignidade da pessoa humana, direito ao trabalho e bem estar), e à proteção a ordem econômica (com a proteção da livre iniciativa, da função social da propriedade e da redução das desigualdades sociais).

A Lei 14.112/2020, que reformou a Lei 11.101/2005, ao consolidar a

concepção de acesso à justiça segundo um sistema de múltiplas portas, incentivando comportamentos que tendem a mudar a dinâmica da negociação em situações de estresse econômico e financeiro, abrindo espaço para a ampliação da utilização de métodos não adversariais, dentre os quais a mediação e as práticas colaborativas, com potencial para criar oportunidades reais de preservação de micro e pequenas empresas.

Estes métodos podem representar formas mais acessíveis e menos burocráticas para lidar com a crise e renegociar com credores, permitindo o efetivo soerguimento dos pequenos negócios viáveis.

O resultado é de relevância social e econômica dada a expressiva quantidade de empreendimentos deste segmento no Brasil, sua já conhecida e elevada taxa de mortalidade, e os valores constitucionais envolvidos, como a proteção de empregos, o bem-estar social e a livre iniciativa.

Assim, enquanto o ordenamento infraconstitucional não oferta as necessárias respostas às MEs e EPPs, e a resposta legislativa não avança, as mediações antecedentes e outros meios autocompositivos como as Práticas Colaborativas, preenchem o espaço deixado por um marco legislativo insuficiente, garantindo-se, assim, ainda que de forma precária, o acesso à justiça para MEs e EPPs que precisam se valer dos meios legais para sua sobrevivência.

Referências

AGÊNCIA SEBRAE DE NOTÍCIAS, **Brasil alcança recorde de novos negócios, com quase 4 milhões de MPE**, Disponível em: <<https://agenciasebrae.com.br/arquivo/brasil-alcanca-marca-recorde-de-novos-negocios-em-2021-com-quase-4-milhoes-de-mpe/>>, acesso em: 08/06/2022

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. **Observatórios ABJ**. Disponível em: <<https://obs.abj.org.br/projetos/>> Acesso: em 08/06/2022

CAPELETTI, Mauro, **Acesso à Justiça**, Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris, 1988.

COELHO, Fabio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes. **Alterações da Lei de Falências**: uma avaliação da Reforma de 2020. Associação Brasileira de Jurimetria, Aug. 17, 2021, disponível em:< <https://lab.abj.org.br/posts/2021-08-17-alteracao-falencias/>>. Acesso em 29/8/ 2021.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/micro-e-pequena-empresa/#tipos>, acesso em 08/06/2022.

CREPALDI, Thiago, e VALENTE, Fernanda, Reforma do CPC perdeu oportunidade de melhorar sistema das ações coletivas, **Revista Consultor Jurídico**, 9 de junho de 2019, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado>>, Acesso em: 07/06/2022.

GOVERNO FEDERAL, **Conheça o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (PRONAMPE)**, de 16/11/2020, Disponível em: <<https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/credito/>>

pronampe>, acesso em: 08/06/2022

SACRAMONE, Marcelo Barbosa, WAISBERG, Ivo, NUNES, Marcelo Guedes, SCARDOA, Renato, **O processo de insolvência e o tratamento das microempresas e empresas de pequeno porte em crise no Brasil**, Revista de Ciências Jurídicas Pensar, v.25, n. 3 (2020). Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10940>>, acesso em: 08/06/2022

SEBRAE, Disponível em: <<https://datasebrae.com.br/totaldeempresas-11-05-2020/>>, acesso em: 08/06/2022

SIMPLES NACIONAL. (Fazenda Nacional). **Opção pelo Simples Nacional 2022**. Disponível em: <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/simplesnacional/Noticias/NoticiaCompleta.aspx?id=d3d4747c-04fa-4b8e-ade4-7955691ba29c#:~:text=Podem%20optar%20pelo%20Simples%20Nacional,pela%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CGSN%20140%2F2018>>, acesso em: 08/06/2022

WATANABE, Kazuo, Prefácio do Livro **Justiça - Reflexões sobre caminhos além do Judiciário**, organizado por Adolfo Braga Neto, CLA Editora: São Paulo, 2022.

_____. **Entrevista**: Reforma do CPC perdeu oportunidade de melhorar sistema das ações coletivas. Disponível em :< <https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado>>, acesso em 07/06/2022.

O DINAMISMO NA APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE NEGOCIAÇÃO: A CAPTAÇÃO DAS EMOÇÕES E NECESSIDADES DO INTERLOCUTOR E ATORES EM MESA E A UTILIZAÇÃO DESTAS PARA ALCANCE DA ALTA PERFORMANCE E POTENCIALIZAÇÃO DE RESULTADOS

Fernanda Lana de Oliveira

Faleck & Associados. Associada na Faleck & Associados, Pós-graduada em Gestão Empresarial pela FGV

Camila Regina de Oliveira

Faleck & Associados. Associada na Faleck & Associados, Pós graduada em Direito Processual Civil e Métodos Alternativos de Solução de Conflitos pela PUC/MG

Resumo:

As técnicas de negociação e mediação são cada vez mais ferramentas acessíveis, sobretudo aos interessados, estudiosos e àqueles que trabalham com o tema. O que vai diferenciar os profissionais sempre será como eles as aplicam e não o quanto eles as conhecem. Nesse sentido, será demonstrado como o uso, percepção e valoração das emoções estão diretamente conectados com as estratégias e preparação para uma negociação. Em outras palavras, as emoções se conectam diretamente ao “como” e é isso que será tratado neste artigo. Essa ideia já vem sendo explorada e tratada por autores e pesquisas a serem citadas neste artigo. Com o avanço desse estudo, a ideia é colaborar enquanto profissionais da área que puderam ver, na prática, como os impactos são sentidos e nítidos, trazendo aqui aqueles temas que certamente nos serviram de base de aprendizado e prática. Como exemplo, abordaremos sobre o conflito de identidade, emoções do negociador e sobre o princípio da influência.

Palavras-chave: Negociação; Emoções; Técnicas de negociação.

Introdução

Os meios adequados de solução de controvérsias, tem sido cada vez mais uma opção considerável para tratar de maneira eficiente e célere os

conflitos surgidos em sociedade. Autores como William Ury, Roger Fischer, Robert C. Bordone, Robert B. Cialdini, Deepak Malhotra, Daniel Shapiro e Diego Faleck, se dedicam a este tema através de obras preciosas para a negociação e caminhos para se chegar a um acordo. Para tanto, é imprescindível o conhecimento desses métodos e da aplicação adequada de suas técnicas para garantir a obtenção do resultado pretendido¹.

A mediação e a negociação são dois dos mais importantes métodos consensuais para a construção da solução de conflitos. E durante esse processo, o aprimoramento do uso de suas técnicas negociais e de comunicação para se alcançar o fim desejado, é um desafio no que tange à aplicação, sobretudo quando feita de forma orgânica, natural, humanizada e adaptável às características do negociador/mediador e dos demais interlocutores envolvidos.

Isso pois, o simples conhecimento das técnicas não garante que o resultado alcançado seja atingido. É preciso que seja observada também, a prática e os elementos que levam a estas técnicas e que as direcionam a um novo patamar, ligado a compreensão, escuta ativa e uso das necessidades e emoções presentes.

Em sua obra “Acordos quase impossíveis”, por exemplo, Deepak Malhotra se dedica, através de exemplos práticos e técnicas, a demonstrar como se aproximar ou chegar a acordos, ainda que não haja condições de se usar dinheiro ou força.

É importante, assim, que os olhares sejam voltados ao estudo da negociação e as técnicas utilizadas voltadas à resolução de conflitos, a relação entre as características pessoais do negociador/mediador e sua influência na negociação, além da construção do jogo de cintura com a captação das necessidades e interesses do interlocutor.

A ideia é a de que as técnicas de negociação devem ser usadas a serviço das reais necessidades, controle e canalização das emoções dos atores de uma negociação e não como instrumentos por si só. Para além da potencialização dos resultados, evita-se a utilização das técnicas de forma engessada, tendo em vista que o seu efeito pode ser reverso ao objetivo inicial da negociação.

Neste sentido, é importante entender que o negociador ou mediador deve conectar-se ao seu interlocutor se valendo de suas necessidades e interesses e, ao contrário do senso comum, captar e usar as emoções associadas e sua própria inteligência emocional para uma alta performance em mesa.

A partir disso, espera-se que as técnicas de negociação ganhem mais dinamicidade e sejam melhor utilizadas em cada contexto em que se encontram e à serviço dos resultados pretendidos.

1 O relatório “Justiça em Números” feito pelo Conselho Nacional de Justiça em 2022, constatou o número de 77,3 milhões de processos em tramitação no ano de 2021. O abarrotamento do número de casos no poder judiciário, só demonstra a utilização dos métodos adequados de conflitos como uma melhor escolha para resolver os conflitos que surgem em sociedade. Assim, imprescindível o estudo e aprofundamento do uso de tais técnicas.

A emoção do negociador e mediador

Quando se está diante de uma negociação ou mediação, diversos elementos compõem a performance do negociador/mediador e das partes.

A emoção está entre esses elementos, por mais que seja indiscutível a ideia de que ela não deve colocar em risco o sucesso da negociação.

No entanto, isso não significa que as emoções devam ser ignoradas e, neste sentido, Daniel Shapiro e Roger Fisher na obra clássica “Beyond Reason (Além da Razão)” trazem que “*a negociação é um processo que envolve a sua mente e seus instintos - razão e emoção*”.²

Considerando então que as emoções compõem uma negociação/mediação, é importante que elas não sejam ignoradas. Shapiro e Fisher inclusive entendem que é impossível que isso aconteça e, mesmo que se tente, elas não irão ignorá-lo, sobretudo se considerando a influência que as emoções têm sobre o corpo, os pensamentos e comportamento.³

Não obstante, a ideia proposta é que o foco em uma mediação ou negociação não seja apenas na performance, uso das técnicas ou na observação isolada de como as pessoas costumam agir, mas também nas emoções e energias que se colocam à mostra, vez que podem ser grandes aliadas e potencializadoras do sucesso da comunicação⁴.

A atenção do negociador/mediador, considerando este contexto, deve então se voltar ao que realmente se manifesta em mesa para além das técnicas e falas e para como as suas próprias emoções se manifestam no contexto da negociação/mediação.

É preciso olhar pra emoção como uma manifestação indireta e direta de necessidades dos presentes que, ao deixar de ser reprimida, pode se tornar uma ferramenta negocial.

O impacto dessa visão é direto e é sentido, ainda que não em um resultado imediato mas no caminho e espaço que se ganha até ele. Falamos e escutamos mais quando somos ouvidos e entendidos e em uma negociação esse ativo é valioso. Ele se torna informação.

O foco atualmente tem sido descrever como as pessoas tomam decisões, enquanto se valendo de uma visão mais analítica do impacto das emoções, a importância deve estar em aumentarmos nosso escopo sobre padrões e sentimentos normalmente vinculados aos processos internos e externos de tomada de decisão.

2 FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. **Além da Razão - A Força da Emoção na Solução de Conflitos** - traduzido por Igor Farias - Rio de Janeiro : Alta Books, 2019, p. 4.

3 FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. **Além da Razão - A Força da Emoção na Solução de Conflitos** - traduzido por Igor Farias - Rio de Janeiro : Alta Books, 2019, p. XIX.

4 Fisher e Shapiro entendem que as emoções podem ser utilizadas “*na concretização do objetivo da negociação, definindo vias criativas para satisfazer interesses ou otimizar um relacionamento complicado*.” FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. **Além da Razão - A Força da Emoção na Solução de Conflitos** - traduzido por Igor Farias - Rio de Janeiro : Alta Books, 2019, p. 5.

Foco: como a emoção é muitas vezes negligenciada

É natural que grandes negociadores ou entusiastas do tema tenham se deparado com a concepção de que para se ter um bom resultado, é preciso focar em decisões mais racionais.

Os autores Deepak Malhotra e Max Bazerman, no livro “*Negotiation Genius*”, endossam o ponto afirmando que negociadores costumam se aproximar de problemas sob uma perspectiva racional. Isso porque foram ensinados a agir assim, usando, por exemplo, determinados *frameworks* e a serem racionais.⁵

Em um caminho complementar a essa ideia, as emoções, para além dos aspectos objetivos e racionais, devem ser perseguidas para uso e na preparação dos negociadores, dando a elas a importância devida, sobretudo quando influências indesejáveis podem acontecer em uma intensidade inesperada, trazendo com isso o risco de se colocar tudo a perder.

Isso porque, a questão não é se somos influenciados por estados de espírito e emoções mas sim:

- (i) quais estados de espírito e emoções nos influenciam;
- (ii) de que maneiras;
- (iv) em que circunstâncias;
- (v) como podemos utilizar e gerenciar melhor essas respostas afetivas;

Em busca dessas respostas é preciso ter em mente que emoções fornecem informações essenciais sobre valores e metas que levam os indivíduos a agir de forma consistente com seus objetivos e interesses, de modo que, demonstrações de emoção podem comunicar informações importantes sobre a posição de um dos atores aos outros e podem ser usadas como fonte de informações sobre o estado de espírito dos outros envolvidos.⁶

Somado a isso, essas respostas também se encontram quando:

- (i) o negociador/mediador está ciente de sua própria emoção e da emoção das outras pessoas;
- (ii) compreende-se as complexidades desses estados emocionais;
- (iii) Utiliza-se essa compreensão das emoções para facilitar a tomada de decisões e a interação com as outras emoções e;
- (iv) para regular as suas próprias emoções e ajudar as outras a fazer o mesmo.

E é a partir da exploração do tema que as técnicas de negociação vão

5 MALHOTRA, Deepak; BAZERMAN, Max H. **Negotiation Genius: How to Overcome Obstacles and Achieve Brilliant Results at the Bargaining Table and Beyond**. Published by Bantam Dell A Division of Random House, Inc. New York, New York, Harvard Business School, 2007. p. 107. (tradução livre).

6 Sternlight, Jean R., “**Psychology for Lawyers: Understanding the Human Factors in Negotiation, Litigation and Decision Making**” (2021). Books. 74. 600p. (tradução livre).

ganhar mais dinamicidade e serem melhor utilizadas em cada contexto em que se encontram e à serviço dos resultados pretendidos.

Assim, em uma reunião de conceitos e prática, sob o aspecto do que se busca como fim, tem-se que, em qualquer tipo de conversa ou negociação é necessário integrá-los e definir como eles nos impactam internamente e como nos movimentamos a partir daí.

É preciso unir os conceitos basilares como muito bem resumiu William Ury⁷, de: (i) separar as pessoas do problema; (ii) concentrar-se nos interesses e não nas posições; (iii) trabalhar em conjunto para criar opções que satisfaçam às duas partes; e (iv) obter êxito na negociação com pessoas que são mais poderosas, recusando-se a ceder às pressões ou a recorrer a truques sujos, à compreensão das emoções e como elas impactam e afetam os outros, através dos conceitos de apreciação, associação, autonomia, status e função, citados no também clássico *Além da Razão*⁸.

Em resumo, demonstra-se apreciação quando os pensamentos, sentimentos e ações são reconhecidos e valorizados; associação quando o indivíduo é tratado como um colega (parceiro); autonomia quando as outras pessoas respeitam sua liberdade para decidir questões importantes; status quando a posição de um ator é conceituada e apreciada; e, por fim, função quando a parte se sente gratificada, vez que sua função e atividades são definidos.

Esses conceitos são valiosos não só pela atenção exigida em sua aplicação mas porque, a ausência dessas demonstrações é muitas vezes a causa de uma negociação mal sucedida e sabotada justamente porque as emoções não foram utilizadas.

E a interseção entre esses conceitos é o estudo, uso e cuidado com as emoções e manifestações do outro em uma negociação prática, visando melhores resultados.

Seu valor está ainda na importância atribuída às relações em uma negociação. Isso porque, se defende que os principais interesses se baseiam em seu relacionamento com as outras pessoas, uma vez que estes se relacionam com o modo como nos vemos em relação às pessoas e vice-versa.

No que tange a emoção, não se poderia deixar de conceituá-la. Em mesma obra, Fisher e Shapiro definiram a como:

“Em seu sentido mais corrente, uma emoção é uma experiência vivenciada no plano dos sentimentos. Sentimos uma emoção; ela não é só um pensamento. Diante de palavras ou gestos pessoalmente relevantes, suas emoções reagem, em geral, com pensamentos, mudanças fisiológicas e um desejo de fazer algo.”

7 FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. - 2ª Ed. revisada e ampliada - Rio de Janeiro: Imago Ed. 2005. p.33/99.

8 FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. **Além da Razão - A Força da Emoção na Solução de Conflitos** - traduzido por Igor Farias - Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 25/138.

A referência a melhores resultados nesse aspecto, vem da compreensão do nível da capacidade que as pessoas têm de influenciar as atitudes e ações das outras e, como para além dessa influência, o domínio sobre os tipos de emoções e interações e suas consequências podem ser circunstanciais e estratégicas.

Nesses pontos, não há como não falar do princípio da influência.

Em seu artigo “Ciência da Influência”, Robert B. Cialdini, Roselle L. Wissler e Nicholas J. Schweitzer⁹ tratam do tema, separando em seis os princípios da influência efetiva:

O princípio da Simpatia/Afeição: as pessoas são mais facilmente influenciadas por aquelas de quem gostam.

O princípio da Autoridade: as pessoas são mais facilmente influenciadas por aquelas que consideram autoridades legítimas.

O princípio da escassez: as coisas e oportunidades tornam-se mais desejáveis à medida que se tornam menos acessíveis.

O princípio da Consistência: as pessoas têm um forte desejo de serem consistentes com suas opiniões anteriores, afirmações e ações.

O princípio da Reciprocidade: as pessoas devolvem o que a outra lhes deu.

O princípio da Prova Social: as pessoas muitas vezes decidem o que fazer olhando o que outras pessoas semelhantes fizeram.

Uma descoberta importante nesse sentido e, que se vincula a todos os conceitos acima, é a similaridade, que nada mais é do que aquilo que se parece e, principalmente, que se conecta em algum aspecto de semelhança.

Algo tão simples pode ter consequências grandiosas em uma mediação ou negociação.

O maior exemplo de similaridade a ser tratado é o da similaridade da compreensão.

Mais do que encontrar semelhanças e afinidades, a similaridade é sobre ter um interesse compartilhado ou genuinamente se sentir compreendido e com confiança.

Essa similaridade e sentimento de ser compreendido, associado à percepção sob a pessoa de suas habilidades, produtividade e, por exemplo, técnicas eficientes, não só auxiliam nessa aproximação, como aumentam as chances de que o negociador/mediador seja visto como um exemplo a ser seguido.

Conforme abordado na obra, *A Ciência da Influência*:

“Quando as similaridades são autênticas, quando as janelas de oportunidade de fato estão se fechando, quando a autoridade legítima, os compromentimentos são feitos livremente, as obrigações são genuínas, e as provas sociais reais, as escolhas resultantes têm maior chance de

9 CIALDINI, Robert B.; WISSLER, Roselle L.; SCHWEITZER, Nicholas J. **The Science of Influence: Using Six Principles of Persuasion to Negotiate and Mediate More Effectively**. *Dispute Resolution Magazine*, p. 20/22, Jan. 1, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1723379. (tradução livre).

beneficiar a todas” (tradução livre).¹⁰

Por fim, em negociação ou qualquer tipo de conversa, os resultados são maximizados quando o ator proporciona às pessoas informações transparentes, atenção, seja na escuta ou no olhar, concessões e respeito.

A importância da intenção

O que é possível em se tratando de todos esses conceitos é ajudar os indivíduos a serem intencionais sobre como lidar com os gatilhos de seus conflitos internos, em vez de cair em seus papéis-padrão. Mesmo com um cuidadoso trabalho de preparação, se valendo, por exemplo, do que tratamos neste artigo, o momento em que as emoções e conflitos são postos a prova pode parecer avassalador. Por isso, ter um plano para administrar o momento de gatilho é o que pode ajudar o indivíduo a permanecer em um caminho construtivo.

Uma das ferramentas essenciais nesse plano deve ser a confiabilidade, a percepção dos reais interesses, vulnerabilidade e uso de forma estratégica e genuína das emoções em mesa.

No artigo de Robert C. Bordone, Tobias C. Berkman, Sara E. del Nido, o tema é abordado quando eles exemplificam e tratam sobre os conflitos internos e papéis sociais, denominados pelos autores de negociação interna. Eles reconhecem que estes conflitos têm um impacto significativo nas negociações transversais na profissão jurídica e nos negócios.

Na mesma linha, se pretende abordar no presente artigo conceitos e reflexões com o objetivo de se evitar a negligência sob este tema, sobretudo as barreiras psicológicas presentes em uma negociação e que, propomos aqui, sejam usadas como aliadas.

Isso porque, se atentar à importância desses conflitos e papéis é também se atentar ao fato de que as emoções, quando não bem administradas, podem desviar a atenção de temas importantes, prejudicar relacionamentos e ainda, tornar o negociador vulnerável à mesa.

Do contrário, quando bem utilizadas -e de maneira genuína-, podem facilitar a concretização de interesses substantivos através do comprometimento e abertura emocional das partes, otimizar relacionamentos, criando inclusive espaço para discordância de forma confortável e, por fim, auxiliar a estabelecer padrões de equidade, através do comprometimento com uma avaliação e pelos reais interesses em mesa.

10 CIALDINI, Robert B.; WISSLER, Roselle L.; SCHWEITZER, Nicholas J. **The Science of Influence: Using Six Principles of Persuasion to Negotiate and Mediate More Effectively.** Dispute Resolution Magazine, p. 20/22, Jan. 1, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1723379. (tradução livre).

Lidando com o conflito de identidade

A pesquisa feita por Robert C. Bordone, Tobias C. Berkman e Sara E. del Nido¹¹, aborda conceitos preciosos que, segundo os autores, conseguem captar grande parte dos conflitos de identidade como sendo:

- (i) conflitos de identidade de aspiração, que se traduz naquele conflito entre duas ou mais identidades que o indivíduo aspira ser e que como explica os autores, podem levá-lo à tensão, ansiedade ou desconforto. Ainda, explicam que se manifestam em paralisia, indecisão ou instabilidade no acordo;
- (ii) conflito de identidade de valência, qual seja, “conflito entre identidades que o indivíduo experiência como tendo uma valência positiva ou negativa; em outras palavras, uma ou mais identidades que ela percebe serem indesejadas ou vergonhosas, e uma ou mais identidades que ela percebe serem desejáveis”, fazendo com que estes traços entrem em conflito com aspectos positivos e desejáveis por aquele negociador, que passa por um auto julgamento moral, se fechar e levar a acordos instáveis e sub-ótimos para a mesa e;
- (iii) conflitos de identidade transformadoras, qual seja, “conflito entre uma ou mais identidades conhecidas, estáveis e confortáveis e uma identidade futura, desconhecida e inexplorada” que levam a ansiedade, insegurança. Isso porque normalmente esse conflito representa uma situação em que a pessoa normalmente deve enfrentar uma escolha que envolve assumir um papel novo ou desconhecido.

Como consequência, em uma negociação, essas pessoas podem se comportar de forma muito cautelosa ou muito impulsiva na mesa de negociação, dependendo se eles abraçam seus medos do desconhecido ou os suprimem.

Nesse último ponto, os autores exemplificam como a ausência de conhecimento pessoal sobre as emoções, latentes ou não, podem impactar diretamente o comportamento e, em situações de pressão ou envolvendo interesses pessoais como uma negociação, podem até ser maximizados se não bem compreendidos e controlados.

Fato é que, mesmo sem se considerar o tipo de conflito, há a iminência de sempre existir uma emoção latente por trás, e, enfrentá-la da melhor forma é entender que, independentemente da razão por trás desta visão, este “eu” permanece constantemente presente, mesmo sendo profundamente indesejado.

Como solução se aponta a resignação e a integração (usá-la a seu favor) que começam com a aceitação do conflito interno como base e vai além.

Assim, envolvem:

- (i) O reconhecimento e a aceitação plena e autêntica dos múltiplos

11 BORDONE, Robert C.; BERKMAN, Tobias C.; NIDO, Sara E. del. **The Negotiation Within: The Impact of Internal Conflict Over Identity and Role on Across-The-Table Negotiations**, 2014 J. Disp. Resol. (2014). Available at: <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2014/iss2/2>. (tradução livre)

- “eus” de uma pessoa e da variedade de recursos que eles podem “trazer para a mesa”,
- (ii) O reconhecimento de que o conflito interno pode ser uma fonte de criação de valor e não é um sintoma de fracasso pessoal,
 - (iii) Uma ponderação cuidadosa dos interesses e preocupações de todos os “eus” internos envolvidos
 - (iv) Um esforço para gerar opções criativas para atender aos interesses desses vários “eus” e um compromisso de seguir em frente de uma forma que melhor atenda a seus interesses de curto e longo prazo.

Os pontos acima tratam muito sobre o reconhecimento das formas como os “eus” se manifestam e, associado a ele tem-se que o conflito interno pode ser uma fonte de crescimento e transformação pessoal significativa e benéfica a longo prazo.

A pessoa que pode experimentar e observar uma negociação a partir de múltiplas perspectivas e pesar cada uma dessas perspectivas de forma adequada provavelmente chegará a uma decisão melhor do que alguém com uma perspectiva mais míope. Ela também é mais capaz de compreender de onde os outros estão vindo e ter empatia com eles, uma habilidade necessária à qualquer negociação.

Conclusão

É essencial a discussão sobre a importância da conexão que o negociador/mediador deve ter com suas emoções a fim de potencializar e atingir suas reais necessidades e interesses, quando está em uma negociação/mediação.

Por essa razão, o artigo explora o relacionamento entre os atores em mesa e como este pode afetar os resultados de uma negociação. Isso porque, os interesses nem sempre se relacionam apenas à compreensão pessoal ou visão racional dos pontos a serem negociados, mas também ao modo como os atores se veem e se sentem em relação às pessoas, seus interesses e interesses compartilhados em mesa.

Na mesma toada, o princípio da influência abordado no artigo também reforça essa reflexão. Isso porque, ao se criar similaridade, compreensão mútua e confiança, qualquer resultado pode ser potencializado.

Por fim, entendendo o diálogo de identidade, inerente a todas as pessoas, cria-se uma capacidade interpretativa dos fatos de forma muito mais estratégica do ponto de vista racional e emocional, de modo a, conforme proposto, realizar-se uma interseção importantíssima dos dois na aplicação das técnicas na negociação.

Referências

BORDONE, Robert C.; BERKMAN, Tobias C.; NIDO, Sara E. del. **The Negotiation Within: The Impact of Internal Conflict Over Identity and Role on**

Across-The-Table Negotiations, 2014 J. Disp. Resol. (2014). Available at: <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2014/iss2/2>. (tradução livre).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022** / Conselho Nacional de Justiça. - Brasília: CNJ, 2022.

CIALDINI, Robert B.; WISSLER, Roselle L.; SCHWEITZER, Nicholas J. **The Science of Influence: Using Six Principles of Persuasion to Negotiate and Mediate More Effectively**. Dispute Resolution Magazine, p. 20/22, Jan. 1, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1723379. (tradução livre).

FALECK, Diego. **Manual de Design de Sistemas de Disputas: Criação de Estratégias e Processos Eficazes para Tratar Conflitos**. Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2018.

FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. **Além da Razão - A Força da Emoção na Solução de Conflitos** - traduzido por Igor Farias - Rio de Janeiro : Alta Books, 2019, p. 4.

FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. - 2ª Ed. revisada e ampliada - Rio de Janeiro: Imago Ed. 2005. p.33/99.

LAX, David A.; SEBENIUS, James K., 2006, **3D Negotiation: Powerful Tools to Change the Game in Your Most Important Deals**, Harvard Business School Press, Boston, MA.

MALHOTRA, Deepak; BAZERMAN, Max H. **Negotiation Genius: How to Overcome Obstacles and Achieve Brilliant Results at the Bargaining Table and Beyond**. Published by Bantam Dell A Division of Random House, Inc. New York, New York, Harvard Business School, 2007, 343 p. (tradução livre).

MATOS, Morgana Aparecida de. **Negociação e conflitos : livro didático / Morgana Aparecida de Matos** ; design instrucional Dênia Falcão de Bittencourt. - Palhoça : UnisulVirtual, 2006. 82 p.

STERNLIGHT, Jean R., **“Psychology for Lawyers: Understanding the Human Factors in Negotiation, Litigation and Decision Making”** (2021). Books. 74. 600p. (tradução livre).

O DIREITO HUMANO À PAZ E A MEDIAÇÃO EM CONFLITOS DE GUERRA

Thaís Dias David

Mestranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal. Advogada

Resumo:

O presente estudo busca examinar a mediação como potencial ferramenta para solucionar conflitos de guerra, contribuindo na efetividade do direito humano à paz. O tema é relevante, uma vez que a guerra ainda é uma realidade em muitos países. Considerando-se o Brasil como referência de país pacifista e a possibilidade de sua atuação como mediador entre nações, disseminar a consciência da eficácia e dos benefícios da mediação para solucionar conflitos, e da sua relevância internacionalmente, poderá contribuir para o desenvolvimento do método no país. Pacificar uma disputa é resolver o problema de maneira consensual pelas partes. A partir disso, buscar-se-á demonstrar a importância do método e a necessidade de aprimoramento e investimento - na técnica e em profissionais capacitados - para que o Brasil se destaque na mediação de grandes conflitos. Três pontos serão analisados: i) sendo a paz um direito humano, incentivos ao uso de meios consensuais de resolução de disputas, bem como o desenvolvimento desses métodos, seriam medidas adequadas para o alcance desse direito?; ii) a mediação é um método efetivo para a pacificação de conflitos de guerra?; iii) com fundamento nos resultados da análise histórica do emprego do método, incluindo a atuação do Brasil, é possível dizer que o meio é adequado e o Brasil é um país apto, para atuar em conflitos de guerra?. Por fim, serão expostas as reflexões finais sobre o tema. Utilizando o método dedutivo, o estudo tem como fonte de pesquisa a doutrina especializada nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Mediação; Paz, Direitos Humanos; Conflitos de guerra; Mediação internacional.

Considerações iniciais acerca da paz como direito

A paz como direito humano já vem sendo discutida há tempos. Depois da Segunda Guerra Mundial, houve uma forte comoção no sentido da necessidade da proteção e do desenvolvimento da humanidade. Ainda em 1945, a

ONU foi criada e um movimento para migrar valores para a categoria de direitos foi iniciado, reconhecendo, por fim, os direitos de fraternidade, direitos da “terceira geração”¹, na divisão clássica de Vasak.² Dentre esses valores, se encontrava a paz; todavia, o desenvolvimento dos direitos humanos é um processo em constante movimento, “não só os direitos reconhecidos serão aperfeiçoados, enriquecidos e ampliados, como também se farão acompanhar de novos direitos”³, na medida em que são reconhecidos como direitos humanos.

De toda forma, é possível dizer que a “a concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos humanos.”⁴ Esse entendimento se extrai de documentos internacionais históricos, que demonstram a paz emergindo como norma jurídica.

Primeiramente, cabe mencionar a Declaração das Nações Unidas sobre a preparação das sociedades para viver em paz, inscrita na Resolução 33/73, aprovada em 1978. Nela ficou decretado que “toda nação e todo ser humano, independente de raça, convicções ou sexo, tem o direito imanente de viver em paz.” A interpretação do direito à paz se dá em sentido literal, tal qual o direito à vida, configurando, ainda, condição substancial para o progresso de todas as nações, independentemente do porte e em todos os âmbitos. A Declaração fundamenta-se, ainda, em dois documentos internacionais de consenso internacional: i) a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; e ii) o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966.⁵

O segundo é a Proclamação da Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina acerca da paz como direito do homem (OPANAL), constante da Resolução 128 (VI) de 1979. No mesmo sentido da Resolução 33/73, é adotado o preceito de que todas as pessoas, os Estados e a humanidade têm o direito a viver em paz. Tem-se, ainda, a Declaração do Direito dos Povos à Paz, de 1984, que “proclama solenemente que os povos de nosso planeta têm o direito sagrado à paz” e que “proteger o direito dos povos à paz e fomentar sua realização é obrigação fundamental de todo Estado.”⁶

1 DIMITRIJKEVIC, Vojin. Direitos humanos e paz. In: *Direitos Humanos: novas dimensões e desafios*. Janusz Symonides. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

2 Em 1979, Karel Vasak, jurista tcheco, naturalizado francês, desenvolveu a teoria das gerações de direitos. Confira-se em: OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de. A teoria geracional dos direitos do homem. Pouso Alegre: Theoria - Revista de Filosofia da Faculdade Católica de Pouso Alegre. Edição nº 3/2010, pp. 10-26.

3 DIMITRIJKEVIC, Vojin. Direitos humanos e paz. In: *Direitos Humanos: novas dimensões e desafios*. Janusz Symonides. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

4 BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. PPGD PUCRS. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 2(3), 2008, 82-93.

5 BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. PPGD PUCRS. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 2(3), 2008, 82-93.

6 BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. PPGD PUCRS. *Revista*

É notável, portanto, que houve uma preocupação em se estabelecer a paz como direito humano e a vincular as nações ao propósito pacifista que se pretendia. Ocorre que o direito à paz é um direito complexo. É um direito no qual podem ser titulares, segundo as diferentes situações, os Estados, os povos, os indivíduos e a humanidade. Para o constitucionalista uruguaio Héctor Gross Espiell:

El derecho a la paz es un derecho tanto en el ámbito nacional o interno como en el internacional. Es tan cierta la afirmación de que no puede haber paz sin derechos humanos como la de que no puede haber derechos humanos sin paz referida a la vida interior de los Estados y a la situación internacional. Constituyen una violación flagrante del derecho a la paz, tanto la violencia del y en el Estado, em lo interno, como la violencia externa resultante de la existencia de un conflicto armado internacional. Por eso un verdadero y sistemático estudio del derecho humano a la paz implica el análisis del derecho a la paz tanto em el ámbito del derecho interno como del derecho a la paz en el campo del derecho internacional.⁷

Sem adentrar nas discussões teóricas que envolvem a paz como direito humano e todas as suas especificidades e desafios, vamos, aqui, considerar a paz como a ausência de guerra, uma vez que trataremos da mediação envolvendo conflitos de guerra em busca da paz.

A guerra ainda é uma realidade no mundo. No Iêmen, por exemplo, a guerra civil teve início no ano de 2014, quando rebeldes xiitas ligados ao Irã assumiram o controle da capital, Sana'a, exigindo preços de combustível mais baixos e um novo governo. Desde então, não houve mais consenso e, em 2021, com a significativa depreciação da moeda do país, o poder de compra das pessoas foi reduzido drasticamente. Com isso, muitos não conseguiam ter, sequer, as suas necessidades básicas supridas.⁸

Outro caso, mais recente, é o da guerra entre a Rússia e a Ucrânia. A guerra na Ucrânia, especialmente, está interferindo no mundo todo. Vivemos em uma era de globalização e, portanto, questões como o custo da energia, a redução da produção industrial e do consumo, e o desenvolvimento de armas nucleares⁹, são acontecimentos que atraem os olhares de todas as nações, que se preocupam, legitimamente, com o desfecho da situação.

É justamente em momentos historicamente lamentáveis como esse que a reflexão sobre a paz como direito, tão invisível diante da ausência de guerra,

Brasileira De Direitos Fundamentais e Justiça, 2(3), 2008, ,82-93.

7 ESPIELL, Héctor Gros. *El derecho humano a la paz*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005, Montevideo, 2005.

8 GLOBAL CONFLICT TRACKER. War in Yemen. Center for Preventive Action. Disponível em: <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/conflict/war-yemen>. Acesso em: 29 de setembro de 2022.

9 GLOBAL CONFLICT TRACKER. Conflict in Ukraine. Center for Preventive Action. Disponível em: <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/conflict/conflict-ukraine>. Acesso em: 29 de setembro de 2022.

vem à tona e, com ela, a busca pelo desenvolvimento de ferramentas que possam auxiliar no alcance desse direito. Nesse contexto, a mediação surge como possível meio para pacificar conflitos internacionais armados.

Mas, seria a mediação um método adequado para a resolução de conflitos de guerra? É o que será examinado a seguir.

Mediação como ferramenta colaborativa no alcance do direito à paz

Desde a China de Confúcio (551-479 a.C.), já se sustentava que a melhor forma de conquistar a tão almejada paz seria por meio do consenso. Até mesmo na Bíblia há passagens que demonstram preocupação nesse sentido, doutrinando os homens para a paz e a harmonia. No Brasil, as primeiras menções acerca do uso da conciliação no ordenamento jurídico pátrio originam-se das Ordenações Filipinas (1603), nas quais falava-se na tentativa de conciliação prévia ao ajuizamento da demanda.¹⁰ Hodiernamente, a proibição do uso da força é o princípio básico e estrutural do Direito Internacional contemporâneo, que funciona como uma resposta aos conflitos armados, à guerra e ao uso de força.¹¹

A Carta das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto nº 19.841/1945, estabeleceu que “todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais” (art. 2º.3). E, ainda, que “as partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a organismos ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha” (art. 33.1).¹²

Solucionar conflitos de forma pacífica deve, portanto, ser uma prática intrínseca às relações internacionais. Todavia, antes disso já se estimulava o uso desses meios para solucionar conflitos entre as nações. Esse movimento teve início com a Primeira Conferência da Paz - a Convenção de Haia - ocorrida no ano de 1899. A Convenção ficou marcada pela ideia de um pacifismo ativo, voltado para os meios de obter a paz, seja pelo estímulo à solução pacífica de conflitos, evitando a guerra, seja pelo desarmamento, afastando a possibilidade de uma guerra.¹³ Ela trata da mediação e da arbitragem em apro-

10 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pág. 35.

11 NOVO, Benigno Núñez. Mecanismos de soluções de conflitos internacionais. 2021. Disponível em: <https://conima.org.br/mecanismos-de-solucoes-de-conflitos-internacionais/>. Acesso em: 29 de outubro de 2022.

12 NOVO, Benigno Núñez. Mecanismos de soluções de conflitos internacionais. 2021. Disponível em: <https://conima.org.br/mecanismos-de-solucoes-de-conflitos-internacionais/>. Acesso em: 29 de outubro de 2022.

13 LAFER, Celso. *Conferências da Paz de Haia (1899 e 1907)*. São Paulo: CPDOC/. FGV, 2019.

ximadamente trinta artigos.

A Segunda Conferência da Paz aconteceu em 1907, também em Haia. Nela foram criadas convenções e, no que aqui nos interessa, a Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais. Ela serviu para aprimorar e complementar o trabalho realizado anteriormente, na primeira conferência de Paz.¹⁴ A Convenção dispõe sobre a mediação e os bons ofícios em alguns poucos dispositivos, do artigo 2º ao 8º.

O artigo 2º da Convenção¹⁵ aponta para a mediação, ao lado dos bons ofícios, como meio adequado na tentativa de resolver o impasse antes que a situação se agrave e resulte em um conflito armado. Com relação à missão do mediador, o artigo 4º¹⁶ diz consistir “em conciliar as pretensões expostas, e em acalmar os ressentimentos que se tiverem levantado entre os Estados em conflito.”

De fato, o mediador acaba funcionando como alguém que acalma os ânimos das partes em conflito, tendo em vista que há uma forte presença de técnicas de psicologia, de terapia, no ofício do mediador. Na mediação, são adotadas técnicas e estratégias, como a “escuta ativa”, *u.g.*, que busca valorizar o sentido do que é dito, no intuito de compreender o que foi exposto pelo interlocutor e permitindo com que a parte se perceba como o objeto de atenção. É também conhecida como reciprocidade, porque as “duas pessoas estão comprometidas no processo de ouvir ativamente e trocar informações”.¹⁷

O art. 8º preceitua que, “no caso de divergência grave, que ponha em risco a manutenção da Paz, os Estados em conflito escolherão cada um respectivamente uma Potência à qual será confiada a missão de tratar diretamente com a Potência escolhida pela outra Parte, no intuito de evitarem a ruptura das relações pacíficas” e, ainda, que “durante a vigência desse mandato, cuja duração, salvo estipulação em contrário, não poderá exceder trinta dias, cessará entre os Estados litigantes toda e qualquer comunicação direta acerca do conflito, o qual será considerado como entregue exclusivamente às Potências medianeiras”.

Nesse caso, a parte escolhe uma outra potência que exercerá toda a comunicação diretamente com a potência escolhida pela parte adversária. Diante disso, a potência designada, que funcionará como mediadora, tem um papel relevante e até mesmo delicado na resolução de conflitos dessa natureza.

14 LAFER, Celso. Conferências da Paz de Haia (1899 e 1907). São Paulo: CPDOC/. FGV, 2019.

15 Segunda Conferência da Paz. Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais. “Artigo 2.º No caso de dissentimento grave ou de conflito, antes do apelo às armas, as Potências contratantes concordam em recorrer, tanto quanto as circunstâncias o permitirem, aos bons ofícios ou à mediação de uma ou diversas Potências amigas.”

16 Segunda Conferência da Paz. Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais. “Artigo 4.º A missão do medianeiro consiste em conciliar as pretensões expostas, e em acalmar os ressentimentos que se tiverem levantado entre os Estados em conflito.”

17 TARTUCE, Fernanda; BORTOLAI, Luís Henrique. Mediação de conflitos, inclusão social e linguagem jurídica: potencialidades e superações. *Civil Procedure Review*, v. 6, n.2: 107-129, may-aug, 2015.

Daí a importância de que as nações desenvolvam e aprimorem os métodos de resolução de conflitos no âmbito interno. Demandas dessa natureza podem surgir e os países precisam estar preparados para o desempenho dessa função.

Em 1914, o Brasil promulgou as convenções firmadas em Haia, em 1907, por meio do Decreto nº 10.719. As duas conferências tiveram como marco a ideia da paz, defendida pelos movimentos pacifistas do século XIX, que reagiam aos horrores da guerra potencializados pelo poder de destrutividade das armas que a inovação tecnológica foi propiciando. Também contribuiu para o ideal da paz, que inspirou a Primeira Conferência de Haia, o papel positivo empregado pela arbitragem como meio pacífico para dirimir diferenças entre Estados no plano internacional.¹⁸

O grande exemplo de arbitragem que antecedeu a Primeira Conferência da Paz foi o do Alabama (1871-1873), que solucionou a controvérsia entre os EUA e a Grã-Bretanha, por conta de uma guerra civil norte-americana. Por força do Tratado de Washington, de 1871, celebrado entre os países em conflito, a arbitragem previa que um dos árbitros seria um brasileiro. Dom Pedro II designou como árbitro o visconde de Itajubá, Marcos Antônio de Araújo, ministro do Brasil em Paris. Foi assim que o Brasil participou da mais célebre das arbitragens internacionais até então ocorridas.¹⁹

Rui Barbosa, em manifestação na Segunda Conferência da Paz, em 1907, realçou a presença do país no campo da solução jurídica de controvérsias internacionais. Ele citou o fato de que em 1870, 1871, 1880 e de 1884 a 1888, a Alemanha e a Itália nos invocaram como árbitros uma vez cada uma, e a França, a Inglaterra, os Estados Unidos, cada um duas vezes.²⁰

Ou seja, muito antes das leis que regulamentam os métodos de solução de controvérsias, como a mediação e a arbitragem, serem incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro, o Brasil já era signatário de uma série de documentos nos quais se estabelecia o uso desses meios de solução de conflitos para disputas envolvendo Estados. E mais, já possuía uma postura ativa nesse campo não só na arbitragem, mas, também, na mediação. É o que será visto na sequência.

Mediação em conflitos de guerra

Atualmente a Turquia está mediando o conflito entre a Rússia e a Ucrânia²¹. E não seria a primeira vez que a mediação estaria sendo utilizada para resolver conflitos armados entre Estados. Exemplo nesse sentido seria o tra-

18 LAFER, Celso. Conferências da Paz de Haia (1899 e 1907). São Paulo: CPDOC/. FGV, 2019.

19 LAFER, Celso. Conferências da Paz de Haia (1899 e 1907). São Paulo: CPDOC/. FGV, 2019.

20 BARBOSA, Rui. *Discursos de Rui Barbosa em Haia*. Tradução Estela Abreu e Artur Bomilcar. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007. Pág. 268.

21 CNN. *Why Turkey is in a unique position to mediate*. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2022/03/29/opinions/turkey-mediator-russia-ukraine-dalay/index.html>. Acesso em: 01 de outubro de 2022.

balho como mediador que o Brasil ocupou no conflito entre Equador e Peru.

As divergências entre Peru e Equador se davam desde o período da independência e o conflito foi marcado pela luta na demarcação das fronteiras. Em 1941, o Equador foi invadido e pouco tempo depois da invasão, já possuía boa parte de seu território dominado pelo Peru. Por conta disso, Argentina, EUA, Brasil e Chile iniciaram um processo de mediação entre as partes. Firmou-se o Protocolo de Paz, Amizade e Limites do Rio de Janeiro de 1942.²²

O protocolo foi revogado mais tarde, em 1960, de forma unilateral pelo Equador. O país entendeu ser o protocolo nulo, pois o documento se baseava em dados geográficos imprecisos - o Rio Cenepa foi descoberto e se tratava de região fronteiriça - além do que se argumentava que o protocolo foi assinado sob coação militar peruana.²³ Com isso, em 1995, ocorreu a Guerra de Cenepa. A partir daí, os países em conflito vão dar início a um processo de resolução do conflito, por meio da mediação dos “Países Garantes” do Protocolo do Rio de Janeiro. Ainda em 1995, os países envolvidos no conflito e os países garantes do acordo colocaram fim ao confronto, por meio da assinatura da Declaração de Paz do Itamaraty.

O processo de paz teve como marco inicial o reconhecimento do Protocolo do Rio de Janeiro de 1942, antes revogado pelo Equador, e a partir dele as soluções para o conflito foram delineadas nos anos seguintes. Cabe dizer que, no processo de paz, o Brasil ficou incumbido de trabalhar a questão mais sensível às partes: a demarcação da fronteira. Com o sucesso do processo de paz originou-se o Acordo Global de Paz entre Peru e Equador, assinado em 1998.²⁴

Outro caso, mais recente, no qual a mediação foi exitosa, é o da Líbia. O país está em guerra há cerca de uma década, mas, em outubro de 2020, após a mediação da Organização das Nações Unidas, foi assinado o acordo de cessar-fogo permanente.²⁵

Ocorre que a mediação não pode ser forçada às partes em uma disputa internacional, elas precisam consentir. Ao aceitar a mediação, um governo reconhece que sua disputa é um assunto legítimo de preocupação internacional. Ainda, um acordo mediado é sempre suscetível de ser algum tipo de compromisso. Por isso, se um governo acredita que pode vencer a disputa, ou que ainda não é tempo de fazer concessões, é pouco provável que haja espaço

22 GALASTRI, Leandro de Oliveira. A participação brasileira na missão de observadores militares Equador-Peru - MOMEPE (1995-1999): implicações para a cooperação regional. *Temáticas*, Campinas, 13 (25/26): 127-137, jan./dez.2005.

23 BIATO, Marcel. O Processo de Paz Peru-Ecuador. *PARCERIAS ESTRATÉGICAS* - número 6 - março/1999. 241-247.

24 BELLÉ, Richeli Eliza. O papel do Brasil como mediador de conflitos no cenário internacional. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação em Direito Internacional) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Pág. 42.

25 UNITED NATIONS. *Behind the global ceasefire call: 75 years of UN mediation, preventing conflict, promoting peace*. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2020/10/1076002>. Acesso em: 02 de outubro de 2022.

para a mediação.²⁶ E para além de as partes aceitarem que o método é uma boa alternativa para a resolução do conflito, devem, ainda, concordar com o mediador, que será o facilitador do diálogo entre elas.²⁷ Se os governos envolvidos acreditam que um mediador tem pouca compreensão de sua posição, não é imparcial, ou está mais preocupado com interesses próprios, é improvável que ele seja aceito.

A aceitabilidade de um mediador provavelmente dependerá mais do que ele pode oferecer e se ele está em condições de falar com ambos os lados. E a capacidade de um indivíduo de se colocar como um possível mediador depende de suas qualidades pessoais e de sua reputação. Na disputa do Canal Beagle entre Chile e Argentina, por exemplo, o Papa João Paulo II não só era uma autoridade mediadora singularmente apropriada, mas o seu designado se mostrou um especialista em diplomacia pessoal.²⁸ O desfecho se deu com a assinatura do Tratado de Paz e Amizade, em 1984.

Em algumas situações será possível dar a cada Estado quase tudo o que querem. Isso porque os objetivos das partes em uma disputa internacional raramente são idênticos. Naturalmente que a existência de uma disputa indica que os interesses das partes não são inteiramente compatíveis, mas as negociações inexitosas é que podem justamente tornar essas diferenças o foco exclusivo de atenção, inviabilizando o diálogo. E o mediador é quem pode recordar às partes dos interesses essenciais (ou mesmo redefini-los), estando em condições de sugerir um acordo mutuamente satisfatório.²⁹

Outro ponto importante é o respeito ao direito internacional e aos marcos regulatórios, especialmente aos que dizem respeito aos direitos humanos. Os mediadores devem sempre buscar o alcance de uma paz justa, inclusiva e sustentável.³⁰

26 MERRILLS, J.G. *International dispute settlement*. Third edition, Cambridge University Press - 2000. Pág. 31-33.

27 Note-se que “o mediador é um participante ativo que apresenta suas próprias proposições, interpreta e transmite as propostas de uma parte à outra. Ele usa instrumentos políticos como a diplomacia para levar os negociadores de cada lado da disputa à conversação. A mediação pode ser procurada pelas partes ou oferecida espontaneamente por atores de fora do conflito. Mas para isso é necessário que haja um consenso entre os disputantes para que o processo seja realizado.” DUARTE, Barbara Sampaio Vieira. *O comportamento do mediador no conflito entre árabes e israelenses - Dissertação - Instituto de Relações Internacionais - Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da PUC-Rio*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2003. p. 20.

28 MERRILLS, J.G. *International dispute settlement*. Third edition. Cambridge University Press, 2000. Pág. 33.

29 MERRILLS, J.G. *International dispute settlement*. Third edition. Cambridge University Press, 2000. Pág. 36-37.

30 “O mediador deve tentar tornar o processo inclusivo com participação de todos os cidadãos, mulheres e homens afetados. Outro requisito básico é o respeito ao direito internacional e aos diversos marcos regulatórios, especialmente aqueles que dizem respeito aos direitos humanos. O objetivo dos mediadores deve ser sempre alcançar uma paz justa, inclusiva e sustentável.” ONU75: Nações Unidas e os métodos da prevenção e mediação de conflitos. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/10/1730642#:~:text>

O Brasil está, ao lado do Japão, como o país que mais vezes foi eleito para mandatos não permanentes no Conselho de Segurança da ONU (Organização das Nações Unidas). E está em seu décimo primeiro mandato no órgão, assumido em 2022.

Em abril do corrente ano, pouco depois da invasão da Ucrânia, foi marcada uma sessão para tratar do papel do Brasil na intermediação de conflitos e na construção de uma cultura de paz. Durante a sessão, foi destacado o papel do Brasil como referência internacional de país pacifista. Especialistas e senadores emitiram opinião no sentido de que a “neutralidade internacional e histórico vinculado ao princípio de não intervenção, à igualdade jurídica e ao diálogo colocam o Brasil como nação credenciada para a mediação de conflitos.³¹ Ou seja, o Brasil é um forte candidato à mediador de conflitos dessa natureza e isso vem sendo notado.

O estímulo ao uso dos meios diplomáticos de resolução de conflitos, como a mediação, é demonstrado em muitos documentos internacionais, como visto. Em 2015, todos os 193 países integrantes da ONU adotaram a Agenda 2030.³² Com isso, tanto o cenário nacional, como o internacional têm, como referência, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, que estabelecem, dentre outras diretrizes, a necessidade de os Estados proporcionarem o acesso à justiça e a buscarem ferramentas de resolução de conflitos que propiciem a paz sustentável e inclusiva,³³ assim como busca promover a vida digna e estabelece as metas a serem alcançadas para erradicar as desigualdades sociais em um nível global.³⁴

Nessa perspectiva, a ONU possui um papel relevante na solução dos conflitos internacionais. Não só por estimular o uso da mediação pelos Esta-

=O%20fundamento%20da%20media%C3%A7%C3%A3o%20% C3%A9,terceiro%20ator%20esteja%20no%20processo.&text=A%20 media%C3%A7%C3%A3o%20pres-sup%C3%B5e%20imparcialidade%20e, envolve%20%E2%80%9Cuma%20negocia%C3%A7%C3%A3o%20 nacional%E2%80%9D. Acesso em: outubro de 2022.

31 SENADO FEDERAL. Brasil está qualificado para mediar conflitos internacionais, avaliam debatedores. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/04/01/brasil-esta-qualificado-para-mediador-conflitos-internacionais-avaliam-debatedores>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

32 AGÊNCIA BRASIL. Todos os países da ONU adotam a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-09/paises-adotam-na-onu-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel#:~:text=Os%20193%20Estados%2DMembros%20da,de%20Desenvolvimento%20Sustent%C3%A1vel%20\(ODS\)](https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-09/paises-adotam-na-onu-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel#:~:text=Os%20193%20Estados%2DMembros%20da,de%20Desenvolvimento%20Sustent%C3%A1vel%20(ODS).). Acesso em: 03 de outubro de 2022.

33 Métodos Consensuais para Solução de Conflitos: abordagens multidisciplinares em torno da paz. Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. Disponível em: <https://sdgs.un.org/2030agenda>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

34 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agenda 2030 no STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/#:~:text=A%20 Agenda%202030%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20das%20 Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas%20representa%20um,desigualdades%20 sociais%20no%20%C3%A2mbito%20global>. Acesso em: 04 de outubro de 2022.

do, mas, também, porque ela mesma recorre a tais métodos para intervir nos conflitos armados, como no caso da Líbia, já mencionado.

Reflexões finais

É bem verdade que conciliar os princípios de soberania com os de direitos humanos fundamentais, é tarefa desafiadora. A soberania consiste no direito dos Estados à integridade territorial, independência política e não intervenção; já com relação aos direitos humanos, tem-se as garantias e as liberdades intrínsecas à natureza humana e inerentes aos indivíduos. E, quando os Estados soberanos não querem ou não podem garantir esses direitos aos indivíduos, soberania e direitos humanos se chocam.³⁵

A mediação, apesar de sempre positiva, apresenta desafios éticos nos conflitos armados, porque a sua finalidade geralmente vai além de dar fim às hostilidades. As negociações normalmente procuram reformar as instituições e o sistema de governança, para que a recorrência da violência possa ser evitada. As partes em conflito não são apenas os principais arquitetos do novo projeto, mas, também, desejam ser as principais beneficiárias do que o novo projeto pode oferecer. Naturalmente, elas tentam garantir o poder na sociedade pós-conflito e escapar da responsabilidade por abusos dos direitos humanos. De uma perspectiva ética, a mediação em guerras civis oferece o prêmio da paz e da segurança e pode exigir o preço de comprometer a responsabilidade e a justiça, permitindo que os vilões continuem a ocupar posições de poder.³⁶

No Projeto de Negociação de Harvard, os autores apresentam o seguinte questionamento: Negociar com alguém como Hitler? Segundo eles, depende. Por alguns interesses valeria a pena combater e até morrer, como no caso do fascismo, da resistência à agressão territorial e da detenção do genocídio. Se interesses como esses estiverem em jogo e não puderem ser defendidos por meios mais brandos, então é preciso estar preparado para lutar se isto for dar resultado. Por outro lado, a guerra é sempre uma coisa horrível; assim, havendo como alcançar parte dos seus interesses através de meios não-violentos, essa opção deve ser sempre considerada. Ademais, a guerra não garante melhores resultados que os que poderiam ser conseguidos por outros meios.³⁷

Os autores esclarecem, ainda, que em muitos casos a guerra é, na realidade, um movimento dentro da negociação. A violência tem o propósito de mudar as condições de negociação de um Acordo, de modo que a outra parte

35 FAGANELLO, Priscila Liane Fett. Operações de Manutenção da Paz da ONU: de que forma os direitos humanos revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz. Brasília: FUNAG, 2013. Pág. 152-153.

36 NATHAN, Laurie. *The International Peacemaking Dilemma: Ousting or Including the Villains?* Oxford University Press. *Swiss Political Science Review* 26, no. 5, 2020.

37 FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. 2ª ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2005.pág. 179/180.

concorde com maior facilidade como os termos de paz propostos.

Tais apontamentos merecem ser levados em consideração. Que a mediação, assim como a negociação, a conciliação e a arbitragem, é um meio adequado para a resolução de conflitos dessa natureza, isso os documentos internacionais citados aqui demonstram com clareza, assim como os casos concretos nos quais o método foi empregado historicamente com resultados muito positivos. Mas, quais seriam os limites para o uso desses meios, quando o conflito reflete em uma violação flagrante e repugnante dos direitos humanos? De tudo visto até aqui, crê-se que a doutrina deva se debruçar sobre esse questionamento, a fim desenvolver estudos sobre uma mediação que não somente pacifique o conflito, mas que o faça de maneira justa, sempre a luz dos direitos humanos.

Referência

BARBOSA, Rui. **Discursos de Rui Barbosa em Haia**. Tradução Estela Abreu e Artur Bomílcar. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007.

BELLÉ, Richeli Eliza. **O papel do Brasil como mediador de conflitos no cenário internacional**. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação em Direito Internacional) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

BIATO, Marcel. **O Processo de Paz Peru-Ecuador**. Parcerias Estratégicas (Impresso), v. 6, Brasília, p. 241-247, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. PPGD PUCRS. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 2(3), 2008.

DIMITRIJKEVIC, Vojin. **Direitos humanos e paz**. In: *Direitos Humanos: novas dimensões e desafios*. Janusz Symonides. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

DUARTE, Barbara Sampaio Vieira. **O comportamento do mediador no conflito entre árabes e israelenses**. Dissertação, Instituto de Relações Internacionais, Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da PUC-Rio. Rio de Janeiro: Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2003.

ESPIELL, Héctor Gros. **El derecho humano a la paz**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005, Montevideo, 2005.

FAGANELLO, Priscila Liane Fett. **Operações de Manutenção da Paz da ONU: de que forma os direitos humanos revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz**. Brasília: FUNAG, 2013.

FISCHER, Roger, URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. 2ª ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2005.

GALASTRI, Leandro de Oliveira. **A participação brasileira na missão de observadores militares Equador-Peru - MOMEP (1995-1999): implicações para a cooperação regional**. Temáticas, Campinas, 13 (25/26): 127-137, 2005.

LAFER, Celso. **Conferências da Paz de Haia (1899 e 1907)**. São Paulo: CP-

DOC/. FGV, 2019.

MERRILLS, J.G. **International dispute settlement**. Third edition, Cambridge University Press - 2000.

NATHAN, Laurie. ***The International Peacemaking Dilemma: Ousting or Including the Villains?*** Oxford University Press. *Swiss Political Science Review* 26, no. 5, 2020.

NOVO, Benigno Núñez. **Mecanismos de soluções de conflitos internacionais**. Disponível em: <https://conima.org.br/mecanismos-de-solucoes-de-conflitos-internacionais/>. Acesso em: 29 de outubro de 2022.

OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de. **A teoria geracional dos direitos do homem**. Pouso Alegre: Theoria - Revista de Filosofia da Faculdade Católica de Pouso Alegre. Edição nº 3/2010, 10-26.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TARTUCE, Fernanda; BORTOLAI, Luís Henrique. ***Mediação de conflitos, inclusão social e linguagem jurídica: potencialidades e superações***. *Civil Procedure Review*, v. 6, n.2: 107-129, 2015.

O MEDIADOR JUDICIAL: VALIDADE EXTRATERRITORIAL DA ATUAÇÃO DO MEDIADOR DE CONFLITOS FORA DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL EM QUE O CERTIFICADO FOI EMITIDO PELA INSTITUIÇÃO FORMADORA RECONHECIDA

Ana Cristina Freire Lima

Sócia Fundadora da Mediato. Doutoranda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialização em Law and Economics na Unicamp. Advogada e Administradora de Empresas

Luciana Martins Loureiro

Sócia Fundadora da Mediato. Mestre em Soluções Alternativas de Conflitos Empresariais pela EPD - Escola Paulista de Direito, Especialista em Law and Economics pela UNICAMP. Advogada formada pela PUC/SP

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo elucidar a validade extraterritorial da atuação do mediador de conflitos fora da jurisdição do Tribunal em que o certificado da sua capacitação foi emitido pela Instituição Formadora reconhecida, independente do domicílio daquela Instituição. Embora saibamos da eficácia deste Certificado, conforme dispõe a Resolução 06/2016 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, em seu art.5º §4º, o profissional se submeteria a aprovação daquele Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos que deseje atuar, podendo ter o aproveitamento de matérias constantes do Anexo III, desde que curse os conteúdos complementares definidos pela instituição formadora da nova localidade onde se pretende atuar como mediador judicial, se submetendo também à abertura de Curso e concorrência de vagas. Ocorre que a referida Resolução que atribui essa limitação, se abstém de informar quais são esses conteúdos complementares, podem ser substituídos pelos conteúdos obrigatórios da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, após a crise mundial de 2020 COVID-19, quedou na possibilidade do Curso de Capacitação de Mediadores Judiciais ser realizado na modalidade online com aulas gravadas por conteudistas indicados pelos CNJ com a qualificação igual para todos os profissionais que a buscam. O local da capacita-

ção do profissional é indiferente, desde que cumpridos os requisitos exigidos pela Resolução 125 do CNJ, chancelando assim o princípio da *autonomia da vontade das partes*, estabelecido na Lei de Mediação.

Palavras-chave: Mediador; Territorialidade; Jurisdição; Tribunal; Conselho Nacional de Justiça.

Introdução

Muito se tem falado sobre mediação e conciliações judiciais no Brasil e em boa parte do mundo. É o tema da atualidade. Mas pouco se menciona acerca da capacitação e atuação dos operadores dessas Sessões de Mediação. Para que se proporcione às pessoas ou às entidades a possibilidade de se alcançar uma solução amigável para suas controvérsias através das formas não adversariais de resolução de conflitos faz-se necessária a colaboração de um profissional habilitado cuja área de atuação não deve ser limitada, à jurisdição do Tribunal em que o certificado da sua capacitação tenha sido emitido.

Estamos acostumados a ter alguém decidindo por nós. Tanto no âmbito familiar matriarcal quanto no patriarcal, encontramos a figura de quem decide, comanda nossas escolhas e dá as ordens. É presente na sociedade brasileira o sentimento de que a justiça é alcançada através de sentença judicial transitada em julgada, são inflamadas as demandas por justiça e pela cultura demandista.

No ideal das pessoas, o juiz de direito é o detentor do comando das melhores decisões. Entretanto, inúmeros são os casos de insatisfação dos litigantes com a sentença prolatada pelo juiz de direito, por não ser suficiente para satisfazer às vontades das partes litigantes, pois não têm o condão de tratar o interesse das partes em litígio, atacando a causa dos seus conflitos, dos sentimentos dos indivíduos, mas sim de aplicar a lei ao caso. A capacidade da solução adjudicada é limitada e ineficaz, pois, como regra, julga, colocando fim ao processo, mas não resolve eficazmente a lide, o conflito.

Com o advento da Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, o Brasil deu o importante passo para disponibilizar aos litigantes a oportunidade de resolverem seus conflitos através da mediação, desafogando, por consequência, o Poder Judiciário de causas que as próprias partes, com a colaboração de um terceiro imparcial devidamente capacitado cheguem a uma solução amigável e eficiente para por fim, definitivamente às controvérsias. Ao Poder Judiciário restarão questões em que as partes não alcançaram um acordo, questões complexas e questões que tratam de direitos indisponíveis não transacionáveis.

São consideradas situações complexas os casos em que o desfecho não depende de diálogo, pois tem como consequências danos irreparáveis. Entende-se por direitos indisponíveis aqueles que a pessoa não pode lançar mão,

como o direito à liberdade, à saúde, à vida e à dignidade.

Portanto, a mediação e os métodos adequados para resolução de conflitos poderão ser usados na esfera cível, consumerista, penal, empresarial e trabalhista, sendo este rol meramente exemplificativo.

Espera-se que com o presente artigo possamos dar um passo mais audacioso para que os Tribunais reconheçam a *validade extraterritorial da atuação do mediador judicial de conflitos fora da jurisdição do Tribunal em que o certificado foi emitido pela instituição formadora reconhecida*.

Contextualização

O cenário do judiciário brasileiro

No cenário processual brasileiro, conforme dados do CNJ obtidos por meio do levantamento anual Justiça em Números, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação, que aguardavam alguma solução definitiva. Desses, 15,3 milhões, ou seja, 19,8%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2021, existiam 62 milhões de ações judiciais.¹

Durante o ano de 2021, segundo dados do mesmo relatório, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 27,7 milhões de processos e foram baixados 26,9 milhões. Houve crescimento dos casos novos em 10,4%, com aumento dos casos solucionados em 11,1%. Tanto a demanda pelos serviços de justiça, como o volume de processos baixados tinha reduzido em 2020 em razão do ano pandêmico e, em seguida, em 2021, voltaram a subir. Os números de 2021, contudo, ainda não retornaram aos patamares pré-pandemia, referentes ao ano de 2019.

Quanto aos casos novos, se forem consideradas apenas as ações judiciais efetivamente ajuizadas pela primeira vez em 2021, sem computar os casos em grau de recurso e as execuções judiciais (que decorrem do término da fase de conhecimento ou do resultado do recurso), tem-se que ingressaram 19,1 milhões ações originárias em 2021, 10,3% a mais que o ano anterior.²

O aumento do estoque foi ainda maior do que a simples diferença entre o que foi baixado (26,9 milhões) e o que ingressou (27,7 milhões), devido aos processos que retornam à tramitação (casos pendentes) sem figurarem como casos novos. São situações em que o processo, após a baixa definitiva, recebe movimento de reativação e volta a ser contado como caso pendente. Nessas hipóteses, citam-se os casos de sentenças anuladas na instância superior; ou de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de questões relativas

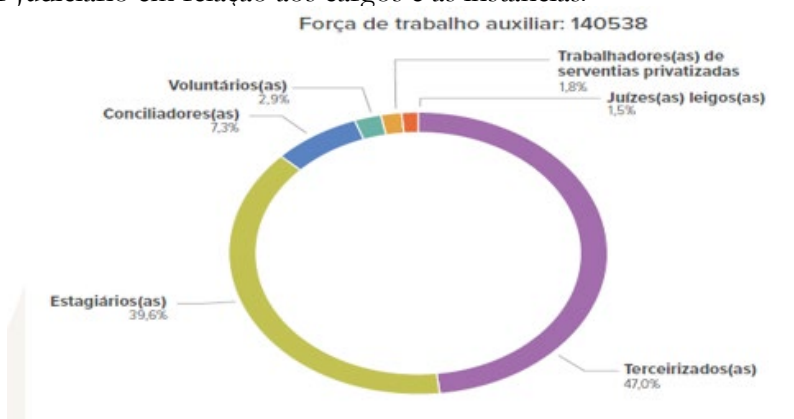
1 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2022. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmninnbpcjpcglclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. p. 307. Acesso em 29 set. 2022.

2 Idem, p. 105

à competência; ou de devolução dos processos à instância inferior para aguardar julgamento em matéria de recursos repetitivos ou de repercussão geral, entre outras causas. Somente em 2021 foram reativados 2,3 milhões de processos.

E para auxiliar na demanda desses casos, em 2021, o Poder Judiciário contava com um total de 424.911 pessoas em sua força de trabalho, dos quais 18.035 eram magistrados(as) (4,2%), 266.338 servidores(as) (62,7%), 66.052 terceirizados(as) (15,5%), 55.646 estagiários(as) (13,1%) e 18.840 conciliadores(as), juizes(as) leigos(as) e voluntários(as) (4,43%). Entre os(as) servidores(as), 78,6% estão lotados(as) na área judiciária e 21,4% atuam na área administrativa.

O diagrama da Figura abaixo, mostra a estrutura da força do trabalho do Poder Judiciário em relação aos cargos e às instâncias.³



Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Disponível em [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf). p. 307. Acesso em 29 set. 2022

Necessidade do aumento número de conciliadores e mediadores

Em uma concepção tradicional, o acesso à Justiça é compreendido como uma garantia de expansão do sistema jurisdicional a todos que queiram litigar. Subjacente a essa visão está a ideia de que quanto mais pessoas litigando em juízo, melhor, porquanto o Judiciário poderia distinguir entre as pretensões fundadas e as infundadas, tutelando o direito dos que precisam. O acesso ao Judiciário somente poderia ceder lugar aos métodos alternativos de solução de controvérsias, pois estes teriam preferência à solução estatal.

O Estado, por sua vez, utiliza o dinheiro do contribuinte para financiar o Judiciário, deslocando recursos que poderiam ser empregados em áreas como saúde, educação e segurança pública. É necessário justificar todo esse dispêndio com benefícios à sociedade que sejam superiores.

Em outras palavras, tais benefícios fazem-se necessários quando há uma

³ Idem, p. 307.

pretensão resistida e a autonomia de vontade das partes se sobrepõe ao respeito e à ordem jurídica justa.

Steven Shavell foi o primeiro a trazer essa discussão para a academia jurídica, destacando que há uma divergência fundamental entre o interesse público e o interesse privado na utilização do sistema de Justiça⁴.

Rule⁵ afirma que o conflito é pressuposto para a evolução do conhecimento; é a base para a mudança e o ponto de partida para a evolução. Ainda que não resolvido, pode gerar pontos de vistas diferentes sobre uma questão e uma reflexão acerca de conhecimento posto. Apesar desse viés positivo, também pode trazer emoções e atitudes menos nobres. A adoção de posições em vez de interesses e a existência de um inimigo do outro lado são fatores que dificultam a resolução de discordâncias.

O litígio surge a partir do momento em que nasce a discordância e dela sobrevêm inúmeras formas de resolução, desde a autocomposição à intervenção do Estado, devendo tender, prioritária e logicamente, aos métodos em que os gastos emocionais e os custos financeiros sejam os menores possíveis.

Há que se considerar que a busca unilateral por uma solução mais rápida e menos onerosa de conflitos observa, na maior parte das vezes, apenas os anseios particulares de uma das partes discordantes, em detrimento dos interesses convergentes de todas as partes envolvidas. Costuma-se agravar, outras tantas vezes, pela pretensão, não necessariamente instruída por má-fé - e muito menos por boa-fé - da vantagem.

E essa percepção de vantagem é resultado do conceito individual do que venha a ser justiça, mas também sofre uma influência social. A cultura da litigância instaura-se em meio ao cotidiano social de modo exponencial, tornando sempre mais difícil sua extração de maneira não traumática. É resultado do processo de burocratização da estrutura judicial brasileira e da não previsão do risco da consolidação da preconização da “superjudicialização”⁶.

Com o crescimento populacional nos centros urbanos, o desenvolvimento da complexidade social e os avanços tecnológicos de forma exponencial, o número de controvérsias tem aumentado sensivelmente no Brasil e no mundo. O Estado-Juiz tem encontrado inúmeras dificuldades para julgar os conflitos de interesses a ele trazidos com a velocidade da vida contemporânea e com a qualidade necessária para satisfazer os jurisdicionados. Os profissionais se reinventam, novas profissões são criadas e, com elas, emerge a necessidade de trazer um novo cenário para a pacificação dos conflitos.

Ao intermediar o conflito, o juiz não conhece inicialmente a situação que originou os fatos. Toma consciência do conflito de acordo com o apresentado pelos advogados, os quais também não conhecem a situação geradora

4 SHAVELL, Steven. The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system. *Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 22, 1982.

5 RULE, Colin. *Online dispute resolution for business: B2B, e-commerce, consumer, employment, insurance, and other commercial conflicts*. São Francisco: Jossey-Bass, 2002. p. 95.

6 MENGER, Carl. *Problems of economics and sociology*. [s.l.]: Urbana, 1963. p. 63.

da controvérsia. Dessa forma, o juiz toma conhecimento de uma situação derivada, que já passou por várias etapas anteriores de interpretação.⁷

Assim, encontramos na mediação, os processos de transformação, revisão, troca de posições e pontos de vistas são mais importantes que o acordo. Neste viés, o Mediador é aquele que, através de técnicas específicas, permite o restabelecimento do diálogo. Essa atuação é fundamental para que o método autocompositivo seja eficiente no seu propósito. É este profissional quem vai conduzir essa conversa de forma reflexiva e os próprios mediados chegarão as suas conclusões e soluções, por isso, não podemos continuar com a limitação geográfica de sua atuação.

O conteúdo obrigatório da Resolução n. 125 do CNJ

Com objetivo de aperfeiçoar e incentivar os mecanismos consensuais de solução de conflitos pelo território brasileiro, o CNJ através da resolução 125 de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, teve a preocupação de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para evitar disparidades de orientação prática, assegurando a boa execução da política pública.

Assim, mencionada Resolução 125 de 2010 do CNJ dedicou a Sessão III aos conciliadores e mediadores.⁸

Em relação à qualificação técnica do profissional, no artigo 12, a Resolução prevê a obrigatoriedade de capacitação prévia dos mediadores e conciliadores para atuar em centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), admitindo que cursos de capacitação sejam realizados por parceria. Salienta-se ainda que os mediadores, conciliadores e demais facilitadores de diálogo devem ainda submeter-se a aperfeiçoamento permanente e a avaliação do usuário.

Os cursos de capacitação devem observar diretrizes curriculares estabelecidas pelo anexo I da mencionada Resolução e deverão contemplar módulo teórica e módulo prático.⁹

O conteúdo programático do módulo teórico foi elencado detalhadamente no anexo I e o módulo prático constitui em um estágio supervisionado em casos reais, com acompanhamento de um supervisor.

Clara, portanto, a intenção do CNJ em padronizar a formação, qualificação e habilidades dos profissionais.

7 ODS 16, ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>. Acesso em 7 OUT. 2022.

8 Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/resolucao_125. Acesso em 18 de NOV 2022.

9 Idem.

Padronização regulamentada pela ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) é o órgão oficial de formação de magistrados brasileiros. A ela compete regulamentar, autorizar e fiscalizar os cursos para ingresso, vitaliciamento e promoção na carreira. - Competência para regulamentar os cursos de formação

O artigo 11 da Lei 13.140/2015, prevê que as escolas ou instituições de formação de mediadores devem ser reconhecidas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.¹⁰

Desta forma, o ponto fundamental do processo de reconhecimento é assegurar que a capacitação de mediadores seja oferecida por escolas e instituições idôneas com condições de cumprir as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pela Enfam e pelas escolas vinculadas a tribunais.

Foi publicada em 22/11/16, a Resolução Enfam n. 6, que estabelece os procedimentos de reconhecimento de escolas ou instituições para a realização de cursos de formação de mediadores judiciais.

Observamos uma preocupação do Enfam em tornar mais objetivo o processo de reconhecimento.

Para tanto, foram estabelecidos pela Resolução critérios como a comprovação de requisitos de habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e infraestrutura adequada para realização dos cursos por parte da escola ou instituição interessada.

Dessa forma, toda escola ou instituição, pessoa jurídica de direito público ou privado, integrante ou não do Poder Judiciário, ficará obrigada a submeter seu pedido de reconhecimento à Enfam ou às escolas judiciais, conforme estabelecido.

A relação das instituições formadoras reconhecidas é disponibilizada pela Enfam e pelas escolas judiciais em suas respectivas páginas na internet.

Assim, observa-se uma padronização do procedimento administrativo de reconhecimento da instituição formadora, do conteúdo mínimo do curso e divulgação nacional das instituições formadoras reconhecidas.

Em tempos pós pandêmicos, com a autorização normativa do ENFAM, especificamente o artigo 20 da Resolução n. 6/2016, (introduzido pela resolução Enfam também n. 6 de 5 de outubro de 2020) passou a ser prevista a possibilidade de serem ministrados cursos de formação de mediadores judiciais no formato à distância pelas instituições formadoras reconhecidas pelos Tribunais. Assim, importante trazer à discussão a questão do certificado

10 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em 7 de OUT 2022.

emitido por instituição formadora reconhecida pelos tribunais por meio das escolas judiciais ou pelo NUPEMEC ter validade restrita ao território correspondente à área de jurisdição do tribunal que procedeu ao seu reconhecimento, limitando assim a atuação do mediador judicial formado por curso EAD à área de jurisdição do tribunal que procedeu ao reconhecimento e certificação da instituição formadora.

Entendemos que não deve haver essa limitação geográfica de atuação do mediador judicial.

Em primeiro lugar porque a Resolução ENFAM n. 6 de 2016 prevê de forma expressa em seu artigo 13 o rol da documentação necessária e suficiente para instruir o processo administrativo de reconhecimento de instituição formadora pelos Tribunais e regulamenta por instrução normativa as regras concernentes ao procedimento de visita técnica de avaliação da instituição formadora pelos Tribunais, portanto trata-se de procedimentos totalmente padronizados. (sem poder discricionário, mas sim vinculado).

Em segundo lugar e não menos importante, os cursos de formação do mediador judicial ministrados à distância têm formato determinado e o conteúdo programático básico produzido pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, conforme previsto na resolução ENFAM n, 6 - artigo 22 - Moodle e ConciliaJud e no Regulamento Das Ações De Capacitação E Do Banco De Dados Da Política De Tratamento Adequado De Conflitos.¹¹

Ademais, os tribunais devem informar à ENFAM os dados das instituições formadoras reconhecidas e as entidades formadoras têm a responsabilidade legal de manter atualizados os dados no sistema próprio do CNJ, assim temos a existência de um cadastro nacional único, amplamente divulgado e transparente das instituições reconhecidas e aptas a ministrarem os cursos de formação de mediadores judiciais nacionalmente (artigos 18 e parágrafo único do artigo 20 da Resolução Enfam n. 6 na versão atualizada). Aliás, a relação de todas as instituições formadoras reconhecidas está disponível na página da Enfam.¹²

Não podemos esquecer que existe a possibilidade de serem exigidas pelos tribunais matérias complementares ao conteúdo programático constante do Anexo III da resolução n. 6 do ENFAM, como exigência para o reconhecimento da instituição formadora, conforme previsto no art parágrafo 2º do artigo 5 da resolução 6 da ENFAM (Redação dada pela Resolução Enfam n. 3 de 7 de junho de 2017), o que não impede que o mediador judicial com certificação proveniente de instituição reconhecida por outro tribunal de ter o aproveitamento de matérias constantes do Anexo III, desde que curse os conteúdos complementares definidos pela instituição formadora da nova lo-

11 REGULAMENTO-DAS-AÇÕES-DE-CAPACITAÇÃO-E-DO-BANCO-DE-DADOS-DA-POLÍTICA-DE-TRATAMENTO-ADEQUADO-DE-CONFLITOS.pdf (cnj.jus.br)

12 <https://www.enfam.jus.br/mediacao/Instituições Formadoras e dos respectivos tribunais>.

calidade onde se pretende atuar como mediador judicial., solução já prevista no parágrafo 4º do artigo 5º da resolução Enfam.

Extraterritorialidade da atuação do mediador de conflitos fora da jurisdição do Tribunal em que o certificado foi emitido pela instituição formadora reconhecida

A internet desafia os princípios da territorialidade¹³ e da não intervenção como fundamentos para a coordenação entre Estados. Ao princípio da territorialidade cabem exceções. Situações específicas existem em que o poder do Estado é exercido além do seu território. Em função da extraterritorialidade, a validade de normas jurídicas estatais pode alcançar cidadãos localizados fora do território do Estado soberano. Por exemplo, determinado Estado serão considerados extensões territoriais deste Estado, mesmo que estejam localizados geograficamente fora dele. Por exemplo, casal domiciliado em Minas Gerais, Sessão de Mediação com objeto de discussão de Divórcio com regulamentação de visitas de filhos menores, partilha de bens localizados no Estado do Rio de Janeiro e Pernambuco, escolheram a Mediato¹⁴ com sede em São Paulo, por meio de sessão telepresencial de mediação e eleição do foro de homologação na cidade de São Paulo.

A sentença homologatória deste acordo firmado entre as partes possui inequívoca natureza híbrida ou complexa, por se constituírem basicamente de 2 (dois) elementos. O primeiro deles seria a vontade das partes, que firmaram o ajuste, enquanto o segundo, a decisão, seria a mera chancela homologatória capaz de alçar o ajuste de vontades à condição de título executivo. A despeito de não refletirem perfeitamente as fronteiras entre Estados, as divisões resultantes formam uma geografia política recortada, permitindo assim que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da localização dos bens, por exemplo, funcionar como um “juiz deprecado”¹⁵, por analogia, limitando à atribuição de força ao título judicial ou à transação pactuada entre as partes, nos termos do art. 784, IV, do CPC, tratando-se de exceção à regra insculpida no art. 516, II, da codificação processual, tornando assim, a sentença homologatória efetiva.

No mesmo sentido, tratamos a extraterritorialidade na atuação dos profissionais presidem essas Sessões de Mediação. Embora saibamos da eficácia deste Certificado, conforme dispõe a Resolução 06/2016-ENFAM, em seu art.5º §4º (Redação dada pela Resolução ENFAM 3 de 7 de junho de 2017), o profissional se submeteria a aprovação daquele NUPEMEC que deseje atuar,

13 Princípio de Direito que permite estabelecer ou delimitar a área geográfica em que um Estado exercerá a sua soberania. Essa área geográfica é o território.

14 Câmara Privada de Mediação devidamente homologada junto ao Núcleo de Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMEC do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

15 Que recebe, de outro órgão ou tribunal, o documento para cumprimento de mandado ou realização de diligência.

podendo ter o aproveitamento de matérias constantes do Anexo III, desde que curse os conteúdos complementares definidos pela instituição formadora da nova localidade onde se pretende atuar como mediador judicial, se submetendo também à abertura de Curso e concorrência de vagas. Ocorre que a Resolução ENFAM que atribui essa limitação, conforme eminentemente debatido no presente artigo, não deve prosperar, pois os conteúdos complementares a que faz menção, deverão ser substituídos pelos conteúdos obrigatórios da Resolução 125 do CNJ que, após a crise mundial de 2020 COVID-19, quedou na possibilidade do Curso de Capacitação de Mediadores Judiciais ser realizado na modalidade online com aulas gravadas por conteudistas indicados pelos CNJ com a qualificação igual para todos os profissionais que a buscam. O *novo normal* do direito brasileiro frente ao isolamento social, é que os processos e as mediações judiciais e extrajudiciais continuem de forma eletrônica, fortalecendo ainda mais a *Online Dispute Resolution* (ODR), na qual os profissionais que ajudarão na solução dos conflitos poderão estar em qualquer parte do mundo e, mesmo assim, conseguirão colaborar para este fim. O que dá segurança jurídica para as partes, não é local de capacitação do Mediador, mas sim a sua qualificação técnica.

Concluimos que, o atendimento e respeito à vontade das partes, sobre o devido processo legal mínimo e proteção a hipossuficientes pode ser decisivo para o reconhecimento de acordos privados, e, possivelmente, envolvimento dos muitos atores interessados no progresso da resolução de controvérsias assistida por tecnologias de informação e comunicação. Conflitos e tecnologias não faltam; com cooperação e criatividade institucional suficientes, é possível imaginar paz e justiça afinadas.¹⁶

Assim, o ensino à distância democratizou o acesso aos cursos de formação de mediadores judiciais, dando a oportunidade para o aluno interessado em se tornar mediador judicial optar pelos cursos oferecidos pelas diversas instituições formadoras e tribunais de justiça do País, o que certamente colaborará para um maior intercâmbio de conhecimento e aprimoramento da qualidade do ensino e formação dos profissionais indispensáveis para se concretizar a política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios preconizado pela Resolução 125/10 do CNJ.

Referências

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

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2022. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjpcgclclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. p. 307. Acesso em

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

29 set. 2022.

MENGER, Carl. Problems of economics and sociology. [s.l.]: Urbana, 1963. p. 63.

ODS 16, ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>. Acesso em 7 OUT. 2022.

RULE, Colin. Online dispute resolution for business: B2B, e-commerce, consumer, employment, insurance, and other commercial conflicts. São Francisco: Jossey-Bass, 2002. p. 95.

SHAVELL, Steven. The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system. *Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 22, 1982.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de soluções de conflitos no NCPC**. Em o Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo, Atlas, 2015. p. 2-3

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5ª Edição revista, atualizada e compilada.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**; trad. Magda Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2 Ed. 1998, p.28

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo. Ed. Método. 2018.

MEDIAÇÃO: UMA DAS PORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Valéria da Silva Lima Ribeiro

Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis, mediadora judicial e servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, <http://lattes.cnpq.br/8723040852266346>, <https://orcid.org/0000-0002-6115-9969>

Vera Regina Cunha Cancio

Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis, mediadora judicial e servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, <http://lattes.cnpq.br/7483942939767778>, <https://orcid.org/0000-0002-7123-4408>

Resumo:

O presente artigo propõe reflexões acerca da mediação como mecanismo e garantia do acesso à justiça no contexto do Judiciário brasileiro, a partir da concepção formulada por Frank Sander a respeito do Tribunal Multiportas, em especial, a mediação. Para tanto, examina a trajetória da formulação do conceito do referido Tribunal, sua relação com a implementação do minissistema dos métodos consensuais de solução de conflitos no Brasil, a saber: a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, a Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação) e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Ao final, analisa a mediação como uma das portas do exercício do direito de acesso à justiça, a ser considerada como um elemento para a promoção da democratização da justiça e da auto-organização da sociedade.

Palavras-chave: Mediação; Tribunal multiportas; Acesso à justiça.

Introdução

O presente artigo propõe reflexões acerca da mediação como mecanismo e garantia do acesso à justiça no contexto do Judiciário brasileiro, a partir da concepção formulada por Frank Sander a respeito do Tribunal Multiportas, em especial, a mediação como uma das portas de exercício do direito de acesso à justiça, considerando-a como um elemento para a promoção da democratização da justiça.

Na sociedade brasileira bastante judicializada, pensar a mediação como proposta de autonomia e de emancipação do indivíduo para o fortalecimento do acesso à justiça e de efetiva transformação social, justifica o estudo do tema.

O direito de acesso à justiça é mais do que um direito, é uma garantia constitucional, prevista no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988, assegurado em sua vertente formal e material.

Rodolfo de Camargo Mancuso, em seu livro *Acesso à Justiça condicionantes legítimas e ilegítimas*, destaca que o sentido da expressão acesso à justiça, inicialmente atrelada à concepção de monopólio estatal, foi se renovando e cedendo espaço às propostas aderentes à desjudicialização dos conflitos, na busca por outros meios auto ou heterocompositivos.

Nessa esteira, convém destacar o movimento de renovação do processo, objeto da pesquisa internacional denominada Projeto Florença, sob a coordenação de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que identificou os entraves ao acesso à justiça e apresentou soluções práticas aos obstáculos identificados, chamadas de ondas. Considerando o presente estudo, vale destacar que a terceira onda renovatória buscou a efetividade do processo e promoveu uma reforma nos chamados Tribunais Regulares, seguida pela criação dos Tribunais de Pequenas Causas, e, posteriormente, culminou na implantação do novo enfoque de acesso à justiça, que buscava promover acessibilidade geral; equalizar as partes e estimular julgadores ativos em auxílio aqueles sem assistência profissional; alterar o estilo de tomada de decisão, adotando, em especial, a conciliação; e simplificar o direito aplicado.

Tendo em vista o novo enfoque de acesso à justiça, o professor Frank Sander criou o conceito de Tribunal Multiportas, em que os diversos métodos ou combinações de métodos adotados possam solucionar os conflitos, sendo o Judiciário mais uma porta entre as variadas formas de processamento dos conflitos.

No Brasil, foi implementado o minissistema dos métodos consensuais de solução de conflitos, composto pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, pela Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), passando a prever a mediação judicial e adotando o sistema multiportas.

À vista disso, como objetivo geral do presente estudo pretende-se analisar a mediação como instrumento ao acesso à justiça e como objetivos específicos, examinar a concepção formulada por Frank Sander a respeito do Tribunal Multiportas; e identificar a mediação como instrumento emancipatório que trabalha relações em conflitos, na busca de uma transformação social.

O método a ser utilizado será uma revisão de cunho bibliográfico e no que se refere à concepção será uma pesquisa qualitativa.

Assim, firma-se a seguinte hipótese: a mediação enquanto instrumento de restabelecimento da comunicação, com seu viés emancipatório, pode ser

considerada mais uma porta para o acesso à justiça.

De acordo com o Relatório Justiça em Números 2021 do CNJ (p. 192), mesmo com o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016, tornando obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em quatro anos o número de sentenças homologatórias de acordo diminuiu 18,8%, passando de 2.987.623 sentenças homologatórias de acordo no ano de 2015 para 2.426.027 em 2020.

Nesse sentido, percebe-se que o elevado grau de litigiosidade sinaliza que a implementação efetiva dos métodos autocompositivos em nível nacional ainda é um enorme desafio para o Judiciário brasileiro, no qual a prestação jurisdicional deva ser uma das diversas formas de resolução dos conflitos no sistema multiportas, mas não a única, a contribuir para a transformação social.

Tribunal multiportas: uma nova visão do acesso à justiça

Frank Sander, professor emérito da Faculdade Direito de Harvard, apresentou o conceito de Tribunal Multiportas, na palestra intitulada *Varieties of Dispute Processing* (Variedades do processamento de conflitos), realizada na *Pound Conference*, em St. Paul, Minnesota, nos Estados Unidos, em 1976, acerca de um modelo multifacetado de resolução de conflitos, em que os casos são encaminhados para o fórum mais adequado, de acordo com a especificidade de cada disputa (ALMEIDA et al, 2012).

Na *Pound Conference* de 1976, Frank Sander apresentou a ideia de um centro de solução de conflitos localizado na Corte, oferecendo várias portas de acesso a diferentes processos, como mediação, arbitragem, *fact finding*, *multpractice screening panel*, *Superior Court*, *ombudsman*, abrangendo, inclusive, questões ainda não ajuizadas. Assim, ao procurar o Judiciário, o interessado passaria por uma antessala e escolheria uma das portas para ingressar, considerando a natureza do conflito, a relação entre as partes, os custos da demanda e a celeridade da decisão. No processo de triagem do conflito haveria um funcionário auxiliando, o chamado *screening clerk*. Sander destacou que, embora não pudesse prever o resultado da medida no futuro, em havendo melhora na solução de conflitos, o número de disputas a serem processadas aumentaria, enfrentando uma litigiosidade antes contida (GABBAY, 2013).

Sander também reconheceu o papel de vários atores no processo de triagem do conflito: o Judiciário, decidindo os casos que precisavam ser apresentados a uma forma adequada de solução de conflitos; o Legislativo, criando processos adequados de solução de conflitos; além de outras instituições como presídios, escolas, hospitais estabelecendo internamente seus próprios processos de solução de conflitos (GABBAY, 2013).

Em 2008 Frank Sander concedeu uma reveladora entrevista à Mariana Hernandez Crespo, na Faculdade de Direito de Harvard, em que apresentou o histórico da ideia de criação do conceito de Tribunal Multiportas e seu desenvolvimento nos Estados Unidos, bem como a possibilidade de sua adoção

do sistema por outros países (ALMEIDA et al, 2012).

Na referida entrevista, Frank Sander revelou que a ideia do Tribunal Multiportas estava relacionada com seus estudos realizados em 1975 na Suécia acerca dos aspectos do direito de família, envolvendo questões legais e direitos de casais que viviam juntos, sem estarem casados. Sander ficou surpreso ao constatar que, apesar da Suécia ter grande experiência a respeito do tema, os tribunais desenvolviam um trabalho pouco satisfatório na resolução dos conflitos familiares, em contrapartida, questões trabalhistas eram resolvidas através da arbitragem (ALMEIDA et al, 2012).

Diante dessa situação, Sander escreveu suas impressões aos colegas da Faculdade de Direito de Harvard, solicitando comentários. Um desses colegas enviou o documento a um professor da Faculdade de Direito da Pensilvânia, que estava preparando junto com o presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Warren Burger, a próxima *Pound Conference* em St. Paul, Minnesota, abordando diversos assuntos ligados à insatisfação com o sistema jurídico, sendo um deles, a resolução de conflitos. Tal fato, ensejou o convite a Sander, por parte de Warren Burger, para participar da *Pound Conference* de 1976, apresentando a palestra intitulada *Varieties of Dispute Processing* (Variedades do processamento de conflitos), em que discorreu sobre a ideia do centro abrangente de justiça (ALMEIDA et al, 2012).

Após a referida conferência, uma das revistas da *American Bar Association* - *ABA* publicou um artigo sobre a palestra, em que na capa da revista apareceu uma grande quantidade de portas, representando o que chamaram de Tribunal Multiportas. Na entrevista, Sander destacou que o impacto da matéria foi tão grande, que prevaleceu o rótulo Tribunal Multiportas sobre o nome acadêmico, centro abrangente de justiça (ALMEIDA et al, 2012).

Para Frank Sander não importou o nome atribuído, mas o conceito. As diferentes formas de resolução de conflitos (mediação, arbitragem, negociação) deveriam ser examinadas, a fim de encontrar uma taxonomia para aplicar ao conflito, identificando a porta adequada ao conflito. O centro abrangente da justiça ou Tribunal Multiportas pode estar ligado ou separado dos tribunais, sendo o tribunal uma das portas do chamado Tribunal Multiportas (ALMEIDA et al, 2012).

Por fim, Sander asseverou que o conceito Tribunal Multiportas é bastante flexível, entretanto, para sua internacionalização é preciso adaptá-lo à realidade local (ALMEIDA et al, 2012).

Tribunal multiportas e o minissistema de métodos consensuais de solução de conflitos brasileiro

Acolhendo a proposta de Tribunal Multiportas formulada por Frank Sander, o nosso ordenamento jurídico avançou nesse sentido e começou a editar normativas, que mais tarde iriam culminar no chamado minissistema dos métodos consensuais de solução de conflitos, do qual fazem parte, a sa-

ber: a Resolução CNJ nº 125 de 29 de novembro de 2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, a Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação) e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Insta salientar que o ordenamento jurídico pátrio há muito prevê a adoção dos métodos consensuais de solução de conflitos, desde o Brasil Colônia. A conciliação foi instituída pelas Ordenações Filipinas de 1603, com previsão na Constituição do Império de 1824 e no Código de Processo Criminal de 1832. No entanto, a consagração constitucional feita inicialmente em 1824, só retornou com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegurando uma sociedade comprometida com a solução pacífica das controvérsias em seu preâmbulo, sendo a solução pacífica dos conflitos um dos princípios que regem as relações internacionais, nos termos do inciso VII, do artigo 4º, além de dar destaque a criação dos juizados especiais competentes para a conciliação, e, por fim, autorizando o juiz de paz a exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, na forma dos incisos I e II, do artigo 98.

Importante ainda destacar que inúmeros são os diplomas legais no ordenamento jurídico brasileiro com previsão ao estímulo da adoção de métodos consensuais de solução do conflito, em especial a conciliação. Podemos citar a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (Decreto-Lei nº 5.452/1943); o Código de Processo Penal de 1941 (Decreto-Lei nº 3.689/1941); o antigo Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973), e posteriores reformas trazidas pela Lei nº 8.952/1994 e pela Lei nº 10.444/2002; o antigo Juizado Especial de Pequenas Causas, criado pela Lei nº 7.244/1984; a Lei nº 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública; o Código de Defesa do Consumidor em 1990 (Lei nº 8.078/1990) e, em especial, a recente alteração introduzida pela Lei nº 14.181/2021, que trata do superendividamento; a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1990), que revogou o Juizado Especial de Pequenas Causas; a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), entre outros.

No que diz respeito ao Juizado Especial de Pequenas Causas, instituído pela Lei nº 7.244/84, é importante frisar que foi ao encontro do movimento de acesso à justiça efetivo, preconizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, oferecendo solução rápida, eficaz e sem muito custo aos conflitos cotidianos. Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988 os Juizados alçaram *status* constitucional, culminando na promulgação da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1990), que prevê tanto a conciliação como a arbitragem e revogou a Lei nº 7.244/84, e, posteriormente, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis Criminais no âmbito federal (Lei nº 10.259/2001), e a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (Lei nº 12.153/2009).

Até esse momento, havia previsão na legislação pátria de conciliação e

arbitragem, quando, então, passou-se por um processo de oxigenação normativa, e deu-se início a implantação do chamado minissistema brasileiro de normatização dos métodos de solução consensuais de conflitos, a saber, a Resolução do CNJ nº 125/2010, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e o CPC de 2015, passando a prever a mediação judicial e adotando o sistema multiportas. A expressão minissistema foi consagrada por Ada Pellegrini Grinover, mas podemos nos referir como microsistema ou subsistema.

Mediação como uma das portas de acesso à justiça

O acesso à justiça previsto no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição de 1988 deve ser um direito considerado em seu mais amplo aspecto, significando, portanto, o direito à ordem jurídica justa, conforme leciona Kazuo Watanabe. O prestigiado jurista esclarece, inclusive, que ao escrever a palavra justiça o faz com letra minúscula, para não significar que se trata de acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas a todo sistema disponível, oficial ou não, com vistas à promoção da ordem jurídica justa (CONJUR, 2019).

Convém destacar que o acesso à justiça comporta múltiplas interpretações, jurídica, econômica, política ou sociológica. No campo da vontade política a renovação ocorreu com o advento da Resolução CNJ nº 125/2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, a fim dos órgãos judiciários oferecerem outros meios consensuais de solução de controvérsias, como a mediação e conciliação, antes da solução adjudicada mediante sentença. Foi a primeira norma a inserir textualmente a mediação judicial.

A Resolução CNJ nº 125/2010 organizou um programa a ser implementado por uma rede constituída pelos órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino, com o objetivo em promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Nesse interregno, fomos contemplados com a Lei da Mediação, Lei nº 13140/2015, e o Código de Processo Civil de 2015, que aponta um renovado ambiente para a resolução dos conflitos, e passa a regular a mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário, adotando o sistema multiportas.

A propósito, cumpre trazer à colação o item 2 da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015:

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a *satisfação efetiva* das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

Por sua vez, a pesquisadora Maria Teresa Aina Sadek em seu texto *Acesso*

à justiça: um direito e seus obstáculos, traz um estudo interessante acerca do direito de acesso à justiça e os entraves na promoção do seu exercício, que reafirma o sistema multiportas (2014, p. 65):

O Poder Judiciário não possui o monopólio da efetivação dos direitos e da resolução de conflitos. **Não é a única porta de acesso à justiça.** Outros espaços têm se constituído para a garantia de direitos e para a solução de controvérsias. Dentre essas instituições, deve-se citar o Ministério Público, a Defensoria Pública, além das organizações erigidas a partir de princípios orientados pela pacificação, como a conciliação, **a mediação** e a arbitragem. **Os chamados meios alternativos de solução de litígios propiciam uma justiça mais rápida, mais barata, menos formalista.** (grifos nossos)

É certo que das relações sociais advém duas situações distintas, a harmonia ou o conflito. A regra é a harmonia, o conflito a exceção. O conflito é inerente à condição humana. Ocorrendo o conflito, busca-se a restauração da paz social através do meio ordinário, a jurisdição estatal, ou por meio da autocomposição. Em sendo resolvido o conflito a harmonia é restabelecida (CALMON, 2007).

Noutro giro, vale destacar que nem sempre a resposta judicial que encerra a lide jurídica, se mostra eficaz na solução da lide sociológica, razão pela qual a mediação se revela mais adequada para a restauração das relações interpessoais, por conta de seu viés dialógico. Isso se deve em razão da própria essência do instituto, que não pretende impor a solução dos conflitos entre os envolvidos, mas, fornece ferramentas aos interessados, a fim de que, através do restabelecimento do diálogo, possam encontrar, de per si, a solução mais adequada ao fim ao dissenso.

Nesse sentido, é a atuação do mediador, prevista no parágrafo 3º, do artigo 165 do Código de Processo Civil de 2015:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

De acordo com Luiz Alberto Warat a mediação proporciona às partes informações para que decidam com autodeterminação. No dizer de Tânia Almeida os mediandos experimentam sentimentos de protagonismo e de controle sobre o processo de diálogo, figurando ativamente no ritual de passagem de uma situação adversarial para uma situação colaborativa, por meio do diálogo. E assim, a mediação revela-se como uma das portas de acesso à justiça.

Considerações finais

A sociedade brasileira atravessa um momento de transformação, na bus-

ca por soluções auto e heterocompositivas, em que a prestação jurisdicional é uma das diversas formas de resolução dos conflitos no sistema multiportas.

O próprio Poder Judiciário almejando a ampliação do acesso à justiça deve oferecer uma prestação jurisdicional célere e eficiente, além de fomentar os métodos alternativos de resolução de conflitos, desenvolvendo políticas judiciárias que promovam a desjudicialização, sem que importe no desamparo dos menos favorecidos.

O sistema multiportas coopera no exercício do acesso à justiça, como ferramenta para a solução mais adequada dos conflitos que emergem do tecido social. Na prática, porém, o desafio do Judiciário brasileiro, talvez seja promover o fortalecimento efetivo em nível nacional da política judiciária de tratamento adequado dos conflitos, considerando as dimensões continentais de nosso país e as diferenças econômicas, sociais, culturais existentes entre as regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul.

Em verdade, são muitos “Brasis”, coexistindo em um mesmo território com realidades díspares que carecem de medidas distintas que atendam à realidade local, com vistas à promoção do protagonismo dos interessados, da democratização da justiça e da auto-organização social.

Referências

ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania, CRESPO, Mariana Hernandes. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 13 de mar. de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília. Senado, 2015.

BRASIL. **Resolução CNJ nº 125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaaaa2655.pdf>>. Acesso em 16 de nov. 2021.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CONJUR. Reforma do CPC perdeu oportunidade de melhorar sistema das ações coletivas. **Entrevista com Kazuo Watanabe**. In Consultor Jurídico.com.br. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado>. Acesso em 29 de nov. 2021.

FERNANDES, Waleiska. **Futuro da conciliação e mediação no Brasil é promissor, avalia especialista**. Agência CNJ de Notícias. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/futuro-da-conciliacao-e-mediacao-no-brasil-e-promissor-avalia-especialista>. Acesso em 21 de nov. 2022.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no judiciário.** *In:* Coleção MASC, coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Volume 1. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça.** 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça condicionantes legítimas e ilegítimas.** Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

SADEK, M. Tereza Aina. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos.** *In* Revista USP. São Paulo. n. 101, março/abril/maio 2014. p. 55/66.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, Psicanálise e Mediação. *In:* WARAT, Luis Alberto, (org.). **Em nome do acordo a mediação no direito.** Florianópolis: EModara, 2018.

O IMPACTO DO AMBIENTE NO CONFORTO PARA AS SOLUÇÕES DE CONFLITO

Gabriela Pereira Palmeira

Master em Neuroarquitetura. Instituto de Pós-Graduação - IPOG

Resumo:

O tempo todo estamos sujeitos a conflitos, sejam eles com outras pessoas ou conflitos internos, com os nossos pensamentos e sentimentos. Diversas vezes, ao longo da vida, precisamos de auxílio profissional para a solução dos nossos conflitos. Hoje, no sistema padrão de justiça nacional, existem mais de 90 milhões de casos pendentes de solução. A mediação judicial vem como estratégia para a solução de conflitos de maneira mais humana, empática, mais rápida e eficaz. Nesse artigo, baseado em referências e pesquisas bibliográficas, apresento estratégias e caminhos para que o ambiente da mediação seja o mais compatível com boas experiências emocionais, liberação de neurotransmissores de bem-estar e satisfação, visto que o usuário desse ambiente já vem com um conflito pré-estabelecido e a intenção é proporcionar ferramentas para a solução desses. De acordo com as pesquisas, alguns elementos são chaves para o sucesso de um ambiente confortável, como os princípios da biofilia, aplicação correta de cores e formas e o posicionamento dos mobiliários específicos para o uso de cada ambiente, gerando assim um ambiente propício e confortável para a solução de conflitos.

Palavras-chave: Neuroarquitetura; Mediação judicial; Conforto.

Introdução

Um indivíduo está o tempo todo conectado com suas emoções e sentimentos e o ambiente em que está inserido influencia diretamente nas suas ações e reações. Um ambiente específico para trabalho deve conter algumas particularidades de uso, como os mobiliários, iluminação e cores que proporcionem ao usuário um período de concentração e foco. Já um ambiente privado, como um projeto de arquitetura residencial, deve acompanhar as particularidades do usuário, se adequando ao uso pessoal, considerando as emoções e sentimentos e funções de cada um que irá habitar aquele ambiente construído.

Diante dessas ofertas ambientais a quais estamos sujeitos a todo o tem-

po, devemos levar em consideração a manipulação que cada ambiente é capaz de fazer nos seus usuários. As reações individuais não podem ser controladas, mas podem ser previstas e manuseadas para buscar tais resultados esperados, como por exemplo o projeto comercial de uma loja que busca como resultado maior a venda dos produtos. O usuário é condicionado a compra pelos sentidos, como os fatores visuais, olfativos e que de certa forma se tornam atrativos para o público-alvo. Da mesma forma é feito num projeto específico na escala micro de relacionamentos, como por exemplo um quarto. Nele deve conter os elementos que aquele usuário percebe como relaxantes e geram uma reação de calma, descanso e o uso esperado para aquele determinado ambiente.

O tempo todo estamos inseridos em um ambiente. A percepção de cada espaço é interpretativa pois cada ser humano carrega em si uma personalidade, histórias e experiências anteriores. Considerando uma tríade entre o indivíduo, a comunidade e o ambiente construído, temos sempre o macro e o micro envolvidos em qualquer relação que envolva uma ou mais pessoas. O ambiente influencia o “eu” emocionalmente e todas as emoções geradas influenciam nas relações interpessoais. Assim também estamos o tempo todo com algum conflito, seja interno com os nossos pensamentos e consciência ou externo com outra pessoa. Alguns desses conflitos tomam uma proporção maior e precisam de intervenção para serem solucionados. Nossos conflitos internos muitas vezes precisam de auxílio psiquiátrico para serem solucionados e os conflitos externos também precisam de ajuda profissional de advogados e do sistema de justiça para que tenham um fim.

De acordo com o relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça, a cada ano, para cada dez novas demandas propostas no Poder Judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são resolvidas. Atualmente são em média cerca de 93 milhões de feitos pendentes, retratando um grave problema operacional e gerando nas partes envolvidas nos conflitos e pendências um período ruim de espera e danos emocionais. A mediação judicial vai de encontro com esse problema operacional do sistema convencional de justiça brasileiro, apresentando soluções para a dissolução de problemas de forma mais eficiente e eficaz.

A solução de conflitos envolve duas ou mais partes, e pelo menos um profissional qualificado para a mediação, chegando a conclusões que enfrentam o conceito comum de uma parte sendo a vencedora e a outra, consequentemente, sendo a perdedora. Diante dessa estratégia humana e amigável, o ambiente precisa acompanhar os sentimentos e emoções que englobam, num geral, os motivos de conflito, fazendo com que os usuários do espaço estejam confortáveis e afastados dos sentimentos ruins, como por exemplo a raiva, o ódio e a vingança, buscando assim o fim do conflito que precisa ser enfrentado e solucionado.

Desenvolvimento

O corpo humano é formado de órgãos, tecidos, ossos, nervos e líquidos. O cérebro é o órgão considerado responsável pela aprendizagem, sentimentos, ações e reações do corpo humano. Ele é dividido em hemisférios e regiões e cada parte é responsável por uma função. Aqui nesse artigo vamos considerar a parte que envolve os sentimentos, sensações, ações e reações, que é o conhecido popularmente como “cérebro emocional” ou sistema límbico, responsável pelas respostas emocionais, o comportamento e a memória. O sistema límbico acaba sendo responsável por todas as atividades sociais dos seres humanos, gerando habilidades e estratégias para que a nossa espécie se organize de forma única e não vista em outra organização de seres vivos. As emoções e sentimentos só são possíveis através do funcionamento do sistema límbico e com o mau funcionamento desse, vemos o desenvolvimento de depressão, ansiedade, problemas psicológicos e de memória, entre outros.

Alguns componentes do sistema límbico são mais importantes para esse estudo, como o hipotálamo, responsável pelas funções vitais e biológicas como fome, sede e sono; o hipocampo, responsável pelas memórias e pensamentos e as amígdalas que regulam as emoções e iniciam o modo de “luta ou fuga”, necessário em diversas situações do dia a dia.

Além das funções físicas, o nosso cérebro é responsável pelas emoções, sentimentos e sensações, por armazenar as memórias e por consolidar as conexões neurais das nossas reações, fazendo com que a nossa personalidade seja traçada e levada em consideração em todas os nossos relacionamentos.

Segundo Leonard Mlodinow, autor do livro “Subliminar - Como o inconsciente influencia nossas vidas”, a distinção de consciente e inconsciente vem sendo feita por estudiosos desde a Grécia antiga. Nesse estudo ele revela que Immanuel Kant, no século 18, criou uma teoria de que nós estamos o tempo todo construindo uma imagem do mundo e não apenas vivendo e documentando mentalmente os eventos objetivos. Nossa percepção não é somente do que vivemos e existe, mas sim de como nós interpretamos isso na mente. O que difere os humanos dos animais é a evolução do pensamento somente inconsciente e instintivo para o pensamento coordenado e racional, consciente.

Há séculos os filósofos debatem sobre a natureza da “realidade”, se o mundo que percebemos é real ou uma ilusão. Mas a neurociência moderna nos ensina que, de certa forma, todas as nossas percepções devem ser consideradas ilusões. Isso porque só percebemos o mundo de forma indireta, processando e interpretando os dados brutos dos nossos sentidos. É isso que nosso inconsciente processa para nós - criando assim um modelo do mundo. Ou, como dizia Kant, há *Das Ding an sich*, as coisas como elas são, e *Das Ding für uns*, as coisas como as conhecemos. Nosso inconsciente não só interpreta os dados sensoriais, ele os realça. (MLODINOW, 2012:31)

Ou seja, cada pessoa que nos relacionamos, tem o seu próprio mundo interpretado, suas referências e o seu inconsciente trabalhando e isso é viver em comunidade. Lidar com os aspectos sociais e ao mesmo tempo com o nosso próprio mundo interno e inconsciente, gera em nós algumas batalhas reais, algumas interpretativas, e como reagimos a isso, gera e influencia os nossos ciclos sociais.

O nosso cérebro funciona através de conexões neurais, que são formadas a todo momento, mas somente se tornam relevantes de acordo com o uso e o comportamento útil e repetitivo. Os comportamentos automatizados tem resposta mais rápida por conta da conexão neural sólida e fortalecida. Os nossos circuitos neurais não são deletados, são somente enfraquecidos, então a qualquer memória desbloqueada um comportamento pode retornar ou uma reação pode aparecer, correspondendo ao estímulo. A base para as nossas escolhas e comportamentos, são as nossas emoções e as decisões tem ligação direta com as perdas e ganhos emocionais. Segundo a psicóloga Dra Lara Boyd, estudiosa da neurociência “Todas as vezes que você aprende um novo fato, uma nova habilidade, uma nova técnica, você muda o seu cérebro”. Estamos em constante evolução, assim como todos os nossos processos e rotinas do dia a dia.

O nosso cérebro é social e desde as ligações micro, até as ligações macro, nós temos respostas sociais para qualquer tipo de estímulo. De acordo com estudos da neurociência, nós temos um cérebro social que basicamente funciona com dois sistemas: os neurônios-espelho e a teoria da mente. Os neurônios-espelho são ativados quando ações ou expressões emocionais são observadas em outras pessoas. Ou seja, quando alguém contempla outra pessoa fazendo algo, é como se ele próprio o estivesse fazendo. De uma forma ou de outra, o ser humano se apropria dos sentimentos e emoções dos outros, causando um efeito de contágio das suas atitudes, influenciando as emoções alheias. Já a teoria da mente é capaz de atribuir a outras pessoas uma intenção ou atitude, refletindo nos sinais corporais e leitura das percepções. Normalmente, é uma leitura intuitiva sobre as reações esperadas do outro, mapeando uma situação e alinhando expectativas de um comportamento padrão e previamente conhecido.

Assim como o comportamento do outro é previamente calculado pelo nosso cérebro, assim também é o ambiente percebido. Cada usuário de um espaço tem uma percepção e interpretação sobre os elementos, mesmo que não sejam percebidos de forma consciente, no inconsciente, conexões neurais estão sendo o tempo todo estabelecidas e gerando estímulos neurais dos sentimentos e sensações, assim como as lembranças e valências emocionais já existentes na bagagem psicológica.

Cada conexão neural libera neurotransmissores para todo o corpo, gerando sensações excitatórias ou inibitórias. Diante disso, todos os elementos desempenham certa função e influência no nosso cérebro, como por exemplo: as cores.

Uma das mais importantes funções do nosso inconsciente é o processamento de dados enviados pelos nossos olhos. Todo esse trabalho difícil acontece fora de sua consciência, e só depois o resultado é apresentado à sua mente consciente num relatório minucioso, com os dados digeridos e interpretados.

Nosso sistema visual não é só um dos mais importantes sistemas no nosso cérebro, ele está também entre as áreas mais estudadas na neurociência. A compreensão de seu funcionamento pode esclarecer muito sobre como funcionam as características duplas da mente humana - juntas e separadas. (MLODINOW, 2012:31)

No infinito mundo do espectro de cores, cada uma tem o poder de gerar reações diferentes no cérebro. Um estudo feito com milhares de pessoas na Alemanha diagnosticou que azul é a cor mais apreciada por 45% do público da amostra estudada e marrom é a cor com menor aceitação de preferência. O motivo dessas escolhas? Podemos associar ao significado das cores e como os nossos neurotransmissores se comunicam com o nosso corpo após a visualização e interação com cores e coisas que gostamos e o mesmo para as que rejeitamos. A impressão causada por cada cor é determinada pelo contexto em que está inserida e também pelo significado que atribuímos a ela.

De acordo com o livro “A psicologia das cores - como as cores afetam a emoção e a razão”, de Eva Heller, são consideradas 13 cores psicológicas e cada uma tem o seu efeito padrão e generalizado em todas as pessoas.

Conhecemos muito mais sentimentos do que cores. Dessa forma, cada cor pode produzir muitos efeitos, frequentemente contraditórios. Cada cor atua de modo diferente, dependendo da ocasião. O mesmo vermelho pode ter efeito erótico ou brutal, nobre ou vulgar. O mesmo verde pode atuar de modo salutar ou venenoso, ou ainda calmante. O amarelo pode ter um efeito caloroso ou irritante. Em que consiste o efeito especial? Nenhuma cor está ali sozinha, está sempre cercada de outras cores. A cada efeito intervêm várias cores - um acorde cromático. Um acorde cromático é composto por cada uma das cores que esteja mais frequentemente associada a um determinado efeito. Os resultados da pesquisa demonstram: as mesmas cores estão sempre associadas a sentimentos e efeitos similares. As mesmas cores que se associam à atividade e à energia estão ligadas também ao barulhento e ao animado. Para a fidelidade, as mesmas cores da confiança. Um acorde cromático não é uma combinação aleatória de cores, mas um efeito conjunto imutável. Tão importantes quanto a cor mais frequentemente citada são as cores que a cada vez a ela se combinam. O vermelho com amarelo e laranja tem outro efeito do que o vermelho com preto ou violeta; o verde com preto age de modo diferente do que o verde com o azul. O acorde cromático determina o efeito da cor principal. (HELLER, 2013:24)

Algumas cores estão diretamente ligadas a alimentos e elementos da natureza e outras, nem tanto. Como por exemplo, o marrom, que é a cor menos apreciada de acordo com a pesquisa feita com o público na Alemanha. Mar-

rom é a cor dos materiais naturais, da madeira, do aconchego e do calor desse material, e quando associada ao verde, é a cor da natureza, mas ao mesmo tempo, é a cor dos dejetos, do apodrecimento e do envelhecimento. Não é uma cor artificial, e em diferentes contextos, gera efeitos psicológicos variados. Pela mitologia antiga, o marrom é uma cor feminina, que representa fertilidade, por ser a cor da terra.

Em contrapartida, o azul, que é a cor predileta da maioria do público da amostragem, é uma cor ligada diretamente ao positivo, ao leve, harmônico e calmo. Praticamente nenhum sentimento ruim é associado ao azul.

Azul é a cor do céu, do eterno, do divino e da distância. O azul não tem associação com alimentos e bebidas e psicologicamente está associado a distância. O céu azul é distante, é fiel. A água de perto é transparente, mas quando tomamos distância, se torna um elemento azul. O azul é universal, mas não é uma cor palpável.

O azul é a mais fria dentre as cores. O fato de o azul ser percebido como frio baseia-se na experiência: nossa pele fica azul no frio - até nossos lábios ficam azuis; o gelo e a neve têm uma cintilação azulada. O azul tem um efeito mais frio do que o branco, pois o branco significa luz - o azul é sempre o lado sombrio. (HELLER, 2013:54)

No marketing, azul é aplicado em embalagens de itens que precisem de refrigeração. O trio azul-branco-prata é o extremo da frieza. Mas psicologicamente, o efeito causado em nós é de calma, harmonia e fidelidade.

Cada cor ou estímulo está ligada a liberação de um neurotransmissor e no nosso corpo, temos o conhecido “quarteto da felicidade”, que são quatro substâncias químicas que geram sensações de felicidade, satisfação e bem-estar e são elas: endorfina, serotonina, dopamina e oxitocina. Cada um desses hormônios é liberado no nosso corpo por estímulos diferentes, mas todos ligados a valências emocionais de felicidade. Assim como, em contrapartida, a falta ou diminuição deles, pode causar tristeza, raiva, ansiedade, estresse e desequilíbrio emocional.

As cores são estímulos que estão ligados diretamente a visão e a liberação desses neurotransmissores. O tempo todo vemos cores e fazemos conexões neurais com a valência emocional de cada elemento. Como nós entendemos e processamos os sentimentos ruins diz muito mais sobre nosso comportamento do que em situações em que o sentimento bom é predominante. Uma pessoa em situação de “luta ou fuga”, onde é necessário tomar uma atitude por impulso, com pensamento rápido e decisivo, mostra muito mais a sua inclinação inconsciente do que uma pessoa em situação de extrema alegria, que não precisa se movimentar de forma a “se salvar” ou “deixar o outro ser salvo”. Nos processos judiciais, normalmente são encontrados dois lados de um conflito onde um ganhar e o outro perder, é o objetivo. A mediação judicial vem de encontro a esse modelo anterior de obrigatoriamente

um lado ganhador e o outro, perdedor e pra isso, são necessárias algumas estratégias de diálogo e posicionamento, incluindo o ambiente para que essa movimentação aconteça.

Em um projeto de arquitetura, atingir a satisfação e bem-estar dos clientes e usuários é fundamental e esse objetivo só é atingido com o melhor aproveitamento dos espaços e utilização das estratégias corretas.

Os estudos da neurociência aplicada a arquitetura, ou diretamente, neuroarquitetura, nos levam para um caminho de estratégias a serem aplicadas em cada projeto de forma única e personalizada. Um ambiente de relaxamento, como o quarto, deve ser tratado da mesma maneira num projeto de arquitetura, que um escritório? Não. Seja na iluminação, acústica e cores, cada ambiente tem uma necessidade e uma função de ser. As aplicações de estratégias corretas em cada ambiente podem gerar frutos de produtividade, criatividade, relaxamento e bem-estar, assim como podem estimular o consumo de objetos, de alimentos e bebidas.

Entendendo o funcionamento do nosso cérebro, dos nossos sistemas de percepção e do nosso inconsciente, chegamos a conclusão que o tempo todo estamos em conflitos internos, como uma tomada de decisões, e também em conflitos externos, interpessoais. De acordo com o relatório do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2020, existiam 75.353.939 processos judiciais pendentes e 25.803.671 novos processos protocolados na justiça. O tempo médio para a sentença de um processo judicial é de 8 anos e 7 meses na Justiça Federal. Com a aplicação da mediação judicial, de acordo com a Lei nº 13.140, de 26 junho de 2015, esse processo deve ser concluído em até 60 dias.

Art. 28. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

Parágrafo único. Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo.

Segundo Bacellar (2012), a mediação, além de um processo, é a arte e técnica de resolução de conflitos no qual o mediador busca solucionar pacificamente divergências entre pessoas a fim de fortalecer suas relações, minimizando ao máximo eventuais desgastes, primando pela preservação da confiança e dos compromissos recíprocos que os vinculam.

Considerando o cenário atual retratado acima, estimular e incentivar os acordos através de mediação impacta diretamente na qualidade de vida dos envolvidos. A morosidade dos processos que se encontram na justiça leva os envolvidos a situações cada vez mais embaraçosas e de difícil solução e retorno ao vínculo que os ligavam anterior a essa disputa.

Todos os espaços e pessoas influenciam diretamente nos nossos comportamentos, sentimentos e emoções. Nesse artigo, observando especifi-

camente o espaço para solução de conflitos, devemos considerar estratégias gerais, para que as soluções projetuais aplicadas englobem a maioria dos usuários transitórios. Espaços de mediação são temporários para os usuários. A permanência é de, no máximo, algumas horas, mas a experiência de bem-estar e calma, deve ser alcançada, visto que a motivação de estar e permanecer naquele ambiente, normalmente não é amigável e confortável. Se o conflito já foi gerado, como o espaço para a solução dele, pode contribuir para um efeito positivo?

Veremos a seguir, alguns passos, de acordo com o Manual Brasileiro de Mediação Judicial, sobre os pilares de qualidade necessários para esse processo.

De fato, existem quatro linhas de qualidade que devem ser atendidas: I) qualidade técnica: as habilidades e técnicas autocompositivas necessárias para satisfação do usuário; II) qualidade ambiental: a disposição de espaço físico apropriado para se conduzir um processo autocompositivo; III) qualidade social: o tratamento e relacionamento existente entre todos os envolvidos no atendimento ao jurisdicionado; e IV) qualidade ética: a adoção de preceitos mínimos de conduta que se esperam dos autocompositores e demais pessoas envolvidas no atendimento ao usuário. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016:107)

Nesse artigo trataremos, principalmente, sobre o segundo item de qualidade, a qualidade ambiental. A disposição e estratégias aplicadas no ambiente para que o usuário tenha as suas necessidades e expectativas atendidas e até superadas. E de acordo com o manual de mediação, “a qualidade de uma mediação é baseada na perspectiva das partes em relação ao próprio processo de resolução de disputas e das características de uma autocomposição.”

Como já trabalhamos acima, o nosso cérebro é social e o outro influencia diretamente nos nossos comportamentos, ações, reações, emoções e sentimentos. O fato de sermos capazes de provocar qualquer emoção em outra pessoa, deposita um peso de responsabilidade nas nossas ações e posturas em todas as situações. Na mediação, o ambiente e o mediador são os primeiros contatos do processo que deve ocorrer na sequência. Para o mediador, estar preparado emocionalmente e psicologicamente para reger o ambiente, influencia diretamente na postura dos usuários. Assim como o ambiente, que com as estratégias certas, pode encaminhar e influenciar os usuários para uma tranquilidade e harmonia.

Voltar o olhar para o fomento das soluções consensuais é olhar também para qualidade de vida, saúde física e mental daqueles envolvidos em um conflito e disputas, especialmente quando se trata de disputas que envolvam as relações continuadas entre pessoas, por vezes permeadas de emoções, sentimentos, interesses, necessidades, expectativas. (BARBOSA; BERTIPAGLIA, 2020:05)

A disposição dos lugares à mesa durante a sessão de mediação transmite sinais para o inconsciente e influencia nos resultados da negociação. Normalmente, estar posicionado de forma que todas as partes consigam se ver e ouvir é o que apresenta melhor linguagem não-verbal nessas situações de conflito e busca pela solução dele. Além do conforto térmico, e espacial, como por exemplo o mobiliário, os materiais e revestimentos da sala de mediação devem convergir para a intenção de colaborar com a solução do conflito.

O mediador, ou mediadores, devem ser imparciais e transmitir liderança e de preferência, estar na mesma distância de ambas as partes conflitantes. O espaço físico deve ser seguro, privativo, confortável e neutro, sem elementos que chamem atenção e distraiam os participantes da sessão. As cores, aromas e sons no ambiente são elementos que acrescentam para o bem-estar dos usuários.

Nos projetos de neuroarquitetura, estratégias são aplicadas para que um comportamento esperado seja atingido. De forma geral, podemos aplicar o conceito de biofilia, neuroiluminação e técnicas de leitura visual inconsciente como, por exemplo, formas orgânicas x pontiagudas, framing e wayfinding. São inúmeras estratégias e subáreas para obter uma resposta por meio da liberação de hormônios e neurotransmissores.

Princípios como o da biofilia, por exemplo, tem o objetivo de conectar os seres humanos com a natureza, instigando tranquilidade e conforto emocional. No design biofílico existem 3 formas de implantar as estratégias: de maneira direta, indireta e com experiências espaciais. As principais estratégias, diretas e indiretas, são para incorporar características da natureza aos espaços construídos, como água, vegetação, luz natural e materiais como madeira e pedra, além das cores presentes na natureza. O uso de formas e silhuetas orgânicas, ao invés de linhas retas e formas rígidas é uma das ferramentas para o design biofílico e a consequente transformação para ambientes que curam.

Durante um processo de estresse, alguns neurotransmissores são liberados, como a adrenalina e o cortisol, provocando sintomas físicos e psicológicos. Nos estudos de neuroarquitetura aplicada aos ambientes de mediação, devemos compreender e ter como princípio que a intenção é não somente não liberar os neurotransmissores ligados ao estresse e processos de raiva, mas sim liberar os neurotransmissores de bem-estar. Não é somente o fato de não ser submetido ao estresse, mas sim de ser submetido a um espaço confortável que gere uma boa experiência emocional.

Cada projeto é individual e personalizado, porém, de uma forma geral, cada ambiente conta com um “padrão” de necessidade de mobiliário, iluminação, cores e sons para que o comportamento esperado seja atingido. Nas salas de mediação, devemos considerar no mínimo 3 pessoas, sendo 2 partes conflitantes e 1 mediador, como os usuários padrão daquele espaço. O programa de necessidades desse ambiente conta com um espaço para que a reunião de fato aconteça, sendo em volta de uma mesa redonda ou retangular, ou até em poltronas organizadas em círculo, sem o elemento central, banheiro e toda

a estrutura para que bebidas como água, café e similares, sejam servidas de maneira confortável com a intenção de tornar aquele momento o mais sadio possível.

O objetivo é que o espaço contribua para a conclusão de conflitos, sendo um ambiente acolhedor, privativo, que transmita segurança e confiança através das cores, texturas, materiais, mobiliários e objetos. A liberação de neurotransmissores durante a experiência de estar em determinado ambiente deve ter um saldo positivo e um peso considerável na tomada de decisões para um acordo e solução. E assim como um projeto de arquitetura, que visa atender as necessidades específicas do usuário, é a mediação que tem como objetivo solucionar as pendências conflitantes para que todos os envolvidos sejam entendidos, atendidos e tenham as suas resoluções mais rápidas, mais humanas e com uma valência emocional mais positiva.

Conclusão

Portanto, entendemos que o impacto do ambiente de mediação não é somente o de solucionar conflitos judiciais, mas também sobre a percepção das partes envolvidas emocionalmente e psicologicamente. A mediação judicial é uma facilitadora da solução de problemas, assim como a neuroarquitetura é uma ferramenta agregadora para que os projetos arquitetônicos atinjam o seu público alvo, garantindo a melhor experiência e vivência do espaço, seja ele em escala micro, como um quarto sendo seu mundo particular e privado ou até mesmo em escala macro. No caso específico dos ambientes de mediação, ser um espaço que consiga influenciar reações e sentimentos bons na maioria dos seus usuários transitórios é o objetivo a ser atingido, que pode ser alcançado com estratégias de design biofílico, estratégias visuais e de posicionamento de mobiliários, assim como o uso de cores, texturas, aromas e sons.

Referências

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA, Amanda; Bertipaglia, Guilherme. **Tratamento adequado dos conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2015.

BROWNING, Bill. **Espaços Humanos: O Impacto Global do Design Biofílico no Ambiente de Trabalho**. <https://interfaceinc.scene7.com/is/content/InterfaceInc/Interface/Americas/WebsiteContentAssets/Documents/Reports/>

Human%20Spaces/Global_Human_Spaces_Report_pt_BR.pdf

CRIZEL, Lori. **Quais sensações as cores transmitem ao cérebro?**. <https://www.loricrizel.arq.br/quais-sensacoes-as-cores-transmitem-ao-cerebro/>, 2020.

HELLER, Eva. **A psicologia das cores - Como as cores afetam a emoção e a razão**. Barcelona: Garamond, 2000.

LAMEIRA, Allan Pablo, GAWRYSZEWSKI, Luiz de Gonzaga e PEREIRA JR., Antônio. **Neurônios espelho**. Psicologia USP [online], 2006.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar - Como o inconsciente influencia nossas vidas**. Nova York: Pantheon books, 2012.

NOGUEIRA, Ana Clara. **Neurociência das cores**. Lanc - Liga acadêmica de neurociências. Juiz de Fora, 2021.

PIMENTA, Tatiana. **Conheça todos os tipos de neurotransmissores e saiba porque eles são importantes para sua saúde**. Vittude, 2018.

SANTOS, Paulo Ramon; SOUTO, Hortência. **Mediação judicial: conceito, características, técnicas e aplicação jurídica**. <https://jus.com.br/artigos/89660/mediacao-judicial-conceito-caracteristicas-tecnicas-e-aplicacao-juridica>, 2021

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021.

OS DESAFIOS DE IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIÇÃO E DA CONCILIAÇÃO NOS CASOS CÍVEIS DA JUSTIÇA ESTADUAL BRASILEIRA: A CULTURA DA SENTENÇA É UMA BARREIRA AO ACESSO À JUSTIÇA?

Thais de Menezes Viana

Bacharel em direito pela Universidade Federal do Espírito Santo e pós-graduada em direito empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Mediadora, negociadora e sócia na Faleck & Associados

Resumo:

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 os métodos adequados de tratamento de conflito ganharam grande destaque em nosso ordenamento jurídico graças aos esforços legislativos e ao apoio de grande parte da doutrina brasileira. Apesar deste movimento, tem-se observado que a adoção dos referidos métodos pelos brasileiros, passados mais de seis anos da entrada em vigor do Código de Processo Civil, ainda não é expressiva. Os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, no relatório Justiça em Números dos últimos seis anos, apontam que o crescimento do índice de conciliação nos tribunais caminha em passos lentos, ao passo que a judicialização dos conflitos cresce consideravelmente a cada ano. Neste cenário, identifica-se a necessidade de compreender os motivos que ainda levam os brasileiros a buscarem a adjudicação para resolução de todo o tipo de conflito, principalmente os cíveis de competência da justiça estadual e os impactos que tal comportamento tem no princípio de acesso à justiça. A pesquisa realizada tem como referencial teórico os estudos, dentre outros, de Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover, com o intuito principal de confirmar se a Cultura da Sentença é o grande desafio à implementação dos métodos adequados de resolução de disputas no Brasil e se esta cultura tem, de fato, impactado no direito fundamental de acesso à justiça, que está previsto no inciso XXXV, art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Mediação; Conciliação; Acesso à justiça; Cultura da sentença.

Introdução

Há muito tempo o Estado avocou para si, através do poder Judiciário, a “solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela.

Ocorre que em nossa sociedade contemporânea conflitos têm surgido a todo tempo e por todos os lados, o que tem acarretado em uma incontida litigiosidade que assola o poder Judiciário, deixando-o sobrecarregado e culminando, dentre outros problemas, na morosidade da justiça e na insatisfação dos jurisdicionados e dos operadores de direito. Em virtude disso e, principalmente, da ressignificação do acesso à justiça, se iniciaram diversas iniciativas e estudos no Brasil em busca de saídas para uma prestação jurisdicional mais efetiva.

Como parte da resposta para este problema, o Código de Processo Civil de 2016 consolidou o que já vinha sendo incorporado no ordenamento jurídico brasileiro - através da resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação), Lei nº 9307/96 (Lei de Arbitragem), dentre outros - passando a incentivar com mais veemência a utilização de métodos variados para o tratamento dos diferentes tipos de conflitos.

Ocorre que passados seis anos da entrada em vigor do Código de Processo Civil, os resultados apontados pela pesquisa judiciária realizada pelo CNJ (Justiça em Números) não são muito animadores. No que tange à mediação e à conciliação, institutos sobre os quais este artigo se limitará, verifica-se que ainda há pouca utilização na prática forense.

Assim, o que se pretende com este artigo é, a partir de uma análise teórica, entender como a mediação e a conciliação têm se desenvolvido no âmbito do poder judiciário nacional e verificar se a escolha dos métodos, nos casos em que seriam adequados, tem sido impactada pela cultura da sentença e gerado empecilho ao acesso à justiça. Sendo conscientes de que o desafio que precisamos enfrentar não é a eliminação dos conflitos, mas a transformação destes, para que ao invés de conflitos antagônicos e destrutivos, tenhamos solução de problemas de forma conjunta e pragmática.¹

A evolução do conceito de acesso à justiça e o planejamento para implementação da mediação e da conciliação como ferramentas para garantia deste direito fundamental

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, é o que preconiza o art. 5º, XXXV da Constituição Federal Brasileira, assegurando a todos brasileiros o direito fundamental de acesso à justiça.

Quando surgiu nos estados burgueses entre os séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça era uma garantia individualista e significava “o direito for-

1 FISHER, Roger; URY, William. *Como Chegar ao Sim*. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Solomon, 2014, p. 13.

mal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”². Entendia-se como direito formal porque, em que pese a previsão, apenas quem possuía condições financeiras conseguia pô-lo em prática.

Com o surgimento das Constituições modernas os direitos humanos começaram a ganhar uma nova roupagem e em uma sociedade que se tornava cada vez mais coletiva, os direitos coletivos e sociais passaram a ser reconhecidos como direitos civis básicos e com isso o acesso à justiça foi direcionado de direito individual para social, com a pretensão de ser garantido e efetivo, não apenas proclamado.³

De acordo com Humberto Theodoro Jr. o acesso à justiça no moderno estado democrático de direito é o direito a uma tutela *efetiva e justa* para todos os interesses daqueles que se encontram sob o manto do ordenamento jurídico.⁴ Acrescenta Ada Pellegrini Grinover que a tutela dos interesses e direitos não deve ser apenas justa e efetiva, mas também adequada, isso “porque a efetividade da justa tutela só pode ser alcançada por intermédio de uma via processual idônea a solucionar o conflito”.⁵

No mesmo sentido, Cappelletti aduz que apesar das primeiras reformas do direito processual terem aperfeiçoado o acesso à justiça como direito social, buscando dar efetividade para interesses que antes não gozavam de representação ou eram mal representados, é preciso ir além e concentrar a atenção no “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir as disputas nas sociedades modernas”⁶, dando, o autor, especial atenção à adequabilidade dos métodos de resolução de conflitos.

Assim, a partir da última reforma passou-se a entender que a justiça consensual integra o conceito de jurisdição, esta compreendida como atividade, função e garantia de acesso à justiça e pacificação dos conflitos⁷ e este avanço foi finalmente codificado no art. 3º do Código de Processo Civil, com a implementação da justiça multiportas⁸, ficando consagrada a importância de métodos variados para os variados tipos de conflitos.

O referido art. 3º do CPC⁹ trouxe como opções de resolução de confi-

2 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant - “Acesso à Justiça”, trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, 1988, p. 8.

3 *Ibid*, p 11.

4 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. 1, 57 ed. rev. atual. Rio de Janeiro, Forense, 2016. p.74

5 GRINOVER. Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, Gazeta jurídica, 2016. p. 34.

6 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *op. cit.* p. 12.

7 GRINOVER. Ada Pellegrini. *op. cit.* p. 62.

8 A expressão justiça multiportas (*multidoor courthouse*) tem origem nos estudos apresentados pelo professor Frank Sander na *Pound Conference*, em 1976. SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing*. In.: LEVIN, Leo A.; WHEELER, Russel R. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1979.

9 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

tos, para além do sistema judiciário adjudicatório, a mediação, a conciliação, a arbitragem e outros métodos “consensuais”. Além do estímulo à utilização dos métodos adequados por parte de todos os operadores do direito, o Código Processual Civilista prevê a criação de “centros judiciários de solução consensual de conflitos” que serão regidos por seus respectivos tribunais, de acordo com as normas do Conselho Nacional de Justiça, tendo o papel de realizar as conciliações e mediações, bem como de auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165 do CPC).

O intuito do legislador, ao confirmar os métodos adequados como parte da jurisdição, foi de garantir adequabilidade ao acesso à justiça, favorecendo uma política pública de pacificação da sociedade. Conforme Kazuo Watanabe:

O objetivo primordial que se busca com a instituição de semelhante política pública, é a solução mais adequada dos conflitos de interesses, pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial.¹⁰

Entre os resultados que se esperavam com as novas previsões legislativas de incentivo e implementação dos métodos adequados de tratamento de conflitos, nestes incluídos a mediação e a conciliação, estavam a troca da cultura da sentença pela cultura da pacificação, a participação das partes na resolução do conflito (justiça participativa) e a diminuição das demandas no judiciário¹¹.

Resultados da implementação da mediação e da conciliação nos casos cíveis da justiça estadual brasileira

Apesar dos avanços teóricos e das medidas legislativas, os resultados esperados pela teoria, ao menos no que se refere à mediação e conciliação judiciais, ainda estão tímidos na prática.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realiza desde 2003 - com a primeira divulgação em 2004 - pesquisa judiciária sobre a realidade de estrutura e litigiosidade, com indicadores e análises para auxiliar a gestão do poder judiciário brasileiro (o Relatório Justiça em Números), sendo esta a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário.¹² Na pesquisa divulgada em

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

10 *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/Parecer-DesKazuoWatanabe.pdf>>, acesso em 02 de setembro de 2021.

11 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, Gazeta jurídica, 2016. p. 66.

12 JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Justiça em Números*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 17 de setem-

2016, com ano base 2015, foram inseridos pela primeira vez os dados sobre as conciliações e mediações judiciais realizadas no país.

Na pesquisa divulgada em 2016 identificou-se que 11,1% das sentenças e decisões terminativas proferidas no judiciário brasileiro eram homologatórias de acordo e 9,4% foram proferidas pela justiça estadual.¹³ Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2016, que prevê a realização de audiências de conciliação ou mediação prévia à contestação na forma do art. 334, cogitava-se que o índice de conciliação fosse cada vez mais expressivo¹⁴, entretanto, os números mostraram que a utilização dos métodos consensuais ainda caminha em passos lentos. De lá para cá, a série histórica identificada na pesquisa realizada pelo CNJ demonstrou que o crescimento foi de apenas cerca de 0,8 pontos percentuais, chegando em 2021 a 11,9% de sentenças e decisões homologatórias de acordo na justiça brasileira, valor inferior ao registrado em 2019, antes da pandemia do COVID-19¹⁵.

Registra-se que, apesar da obrigatoriedade da realização de audiência prévia de conciliação e mediação com a entrada em vigor do CPC em 2016, em cinco anos o número de sentenças homologatórias de acordo não teve crescimento considerável.

Na justiça estadual, o índice segue em crescimento lento, após altos e baixos, chegando em 2021 com 11,5% de sentenças e decisões homologatórias de acordos proferidas. Importante ressaltar que os percentuais aqui referenciados não levam em consideração as fases pré processuais e algumas classes processuais (como inquéritos, reclamação pré-processual, termos circunstanciados, cartas precatórias, precatórios, requisições de pequeno valor, entre outros).¹⁶

Os números divulgados pelo CNJ demonstram que os métodos adequados de tratamento conflitos, especificamente a mediação e conciliação, ainda têm poucos efeitos práticos no tratamento dos conflitos civis de competência da justiça estadual, em que pese os esforços legislativos e doutrinários para mudar este cenário.

Em contrapartida temos números sempre altos de judicialização, apesar da tímida queda verificada antes da pandemia. Em todo o Poder Judiciário no ano de 2021 ingressaram mais de 19 milhões de demandas e a justiça estadual foi responsável por mais de 70% dos novos casos.¹⁷

bro de 2021.

13 JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Justiça em Números 2016* (ano-base 2015). Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be3dbbf-f344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 17 de setembro de 2021.

14 *Ibid*, p. 224.

15 _____. *Justiça em Números 2022* (ano-base 2021). Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>. Acesso em 17 de setembro de 2022.

16 *Ibid*.

17 JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Justiça em Números 2022* (ano-base 2021). Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>. Acesso em 17 de setembro de 2022.

Neste cenário, é de grande importância entender os motivos que ainda levam os brasileiros a buscarem a adjudicação para resolução de todo o tipo de conflito, não com o intuito de incentivar o uso indiscriminado da mediação e da conciliação nos tribunais de justiça brasileiros, já que a institucionalização dos referidos métodos precisa ser tratada com cautela.¹⁸ Todavia, é imperioso destacar que os institutos precisam ter o seu espaço garantido para escolha e utilização quando estes forem adequados.

A cultura da sentença como barreira ao acesso à justiça

A partir da criação do minissistema brasileiro de justiça consensual¹⁹ e, principalmente, com a promulgação do Código de Processo Civil de 2016, começou um movimento mais contundente de apelo à utilização da mediação e da conciliação²⁰ (além de outros métodos adequados) por parte da doutrina e dos legisladores.

Surgiu a necessidade, diante do contexto brasileiro, da troca da cultura da sentença pela cultura da pacificação, sustentada pela última reforma do direito processual que clamava pelo cuidado na efetividade do método utilizado para garantia de acesso à justiça²¹.

O assunto passou a ser amplamente discutido na teoria, mas de acordo com as pesquisas divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça²², o resultado prático ainda parece tímido.

São vários os empecilhos que a doutrina aponta na implementação dos métodos consensuais de resolução de conflitos²³, todos eles contribuindo para

18 PINHO, Humberto Dalla Bernandina. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação* Revista eletrônica de direito processual, ano 7, vol. 11. Janeiro a junho de 2013. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/599>>.

19 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 65

20 Sobre o conceito de mediação e conciliação, nos filiamos à doutrina de Diego Faleck para o qual a diferença entre conciliação e mediação adotada pelo Código de Processo Civil se distancia da prática e dos institutos. Segundo o mencionado autor os institutos se aproximam a cada dia e se diferenciam apenas no aspecto histórico, “um deles remete a uma prática forense histórica nacional - conciliação - e, o outro, - mediação - a uma releitura mais técnica e moderna de uma atividade que tem o mesmo fim e natureza da conciliação. FALECK, Diego. *Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. pp. 113-115.

21 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 9.

22 A pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, denominada Relatório Justiça em Números, será melhor detalhada na justificativa do presente pré-projeto. Mas importa ressaltar, desde já, que o índice de conciliação da justiça estadual no ano de 2019 foi de 11,3% e que houve um aumento de 30,2 milhões de novas demandas no mesmo ano, sendo a justiça estadual responsável por 60% destas.

23 Humberto Dalla, por exemplo, aponta a existência de barreiras institucionais - como a falta de normatização e sistematização, e barreiras pessoais - como as estratégicas e cognitivas. Acreditamos que, em que pese as barreiras mencionadas pelo autor sejam direcionadas à mediação, também são enfrentadas na conciliação. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*.

dificultar o acesso adequado, justo e efetivo à tutela de direitos e interesses.

Desafios como a parca estrutura de câmaras privadas de mediação e conciliação, ausência de profissionais capacitados para atuarem como mediadores e conciliadores e o escasso tratamento sobre o assunto na formação dos operadores do direito precisam ser estrategicamente ultrapassados.

Mas ainda que se verifique a dificuldade que estes empecilhos trazem à implementação da mediação e da conciliação, é imperioso destacar um problema ainda maior sobre o qual trata Kazuo Watanabe. A nossa cultura, a cultura da sentença, tem uma grande influência sobre a forma que escolhemos tratar nossos conflitos.

Segundo o mencionado autor, a mentalidade forjada nas academias e fortalecida na prática forense de necessidade de solução adjudicada pelo juiz - agravada pela sobrecarga de trabalho destes, o preconceito com os métodos alternativos²⁴, a falsa sensação de que conciliar é uma atividade menos nobre e a desconsideração das atividades conciliatórias na promoção dos juízes, são todos aspectos que moldaram a cultura da sentença.²⁵

A cultura da sentença está enraizada em nossa sociedade. Ainda que se incentive o uso da mediação e da conciliação, basta analisar os números para perceber que o litígio tem sido utilizado pelo cidadão brasileiro de forma preponderante²⁶, isso porque “por mais que seja frustrante a inoperância dos serviços judiciais, é difícil quebrar um sistema que apesar de opressivo, é confortável porque é conhecido, familiar.”²⁷

Para a realização das transformações que se espera, pontua Aloísio Mendes, a necessidade de uma mudança cultural e estrutural.²⁸ Neste sentido, Alfred H. Fried, ressalta que “se quisermos eliminar um efeito, é preciso primeiro remover sua causa. E se quisermos definir um novo e desejável efeito, no seu lugar, devemos substituir a causa por outro que seja capaz de criar o

Revista eletrônica de direito processual, ano 4, vol. V, janeiro a junho de 2010, Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/592>>.

24 Neste ponto vale mencionar que compactuamos com o termo cunhado pela resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), qual seja: “tratamento adequado dos conflitos de interesse”. In. Art. 1º - Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

25 WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*. In.: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* / coordenação: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp.684-690.

26 FALECK, Diego. *Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 10.

27 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação*. Revista eletrônica de direito processual, N. 3, vol. 22, setembro a dezembro de 2021 Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18068/13322>>.

28 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Desafios e perspectivas da justiça no mundo contemporâneo*. Revista eletrônica de direito processual, n.3, vol. 22, setembro a dezembro de 2021. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/45018/30550>>.

efeito desejado.”²⁹

Mudanças culturais em sociedades complexas, por certo, não são simples. A introdução da cultura de pacificação de conflitos já começou, mas se quisermos, de fato, um acesso à justiça adequado, ainda é preciso focar na difusão e implementação dos métodos adequados de tratamento de conflitos de forma organizada e estratégica.

Conclusão

A partir da análise dos números disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ em Números), verifica-se que mediação e conciliação ainda respondem timidamente aos impulsos da doutrina e da legislação brasileira.

A escassa utilização destes mecanismos de resolução de conflitos tem algumas origens, mas a principal e, talvez, mais difícil barreira a ser ultrapassada é a que Kazuo Watanabe define como cultura da sentença. A cultura da sentença tem dificultado o acesso amplo à conciliação e mediação e com isso alguns conflitos que poderiam ser resolvidos de forma mais adequada e efetiva pelas próprias partes, com foco em seus reais interesses, acabam se tornando mais uma demanda adjudicada, com resultado que, muitas vezes, não é satisfatório para os envolvidos³⁰.

E como podemos falar de um pleno acesso à justiça sem que este direito seja alcançado de forma adequada? A dificuldade em garantir que cada conflito seja tratado da forma mais apropriada impacta diretamente na possibilidade de o jurisdicionado usufruir deste direito fundamental de forma plena, razão pela qual a cultura da sentença implica na dificuldade de materialização do acesso à justiça de forma justa, adequada e efetiva.

Referências

BRASIL, **Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988***. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, **Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil de 2015***. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>, acesso em 21 de setembro de 2021.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>, acesso em 28 de março de 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. ***Acesso à Justiça***. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FALECK, Diego. ***Manual de design de sistemas de disputas: criação de estraté-***

29 FRIED, Alfred H. *Probleme der Friedentechnik*, Leipzig: Verlag Naturwissenschaften, 1918, p. 32, citado por Senghaas, 2004, p. 2.

30 TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103.

- gias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- FISHER, Roger; URY, William. *Como Chegar ao Sim*. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Solomon, 2014.
- FRIED, Alfred H. *Probleme der Friedenstechnik*, Leipzig: Verlag Naturwissenschaften, 1918, Senghaas, 2004.
- FUX, Luiz. *Tutela jurisdicional: finalidade e espécie*. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 14, n.2, p. 153-168, jul./dez. 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Justiça em Números 2016 (ano-base 2015)*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be-3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 17 de setembro de 2021.
- _____. *Justiça em Números 2022 (ano-base 2021)*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>. Acesso em 17 de setembro de 2022.
- _____. *Justiça em Números*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 17 de setembro de 2021.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Desafios e perspectivas da justiça no mundo contemporâneo*. Revista eletrônica de direito processual, n.3, vol. 22, setembro a dezembro de 2021. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/45018/30550>>
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação*. Revista eletrônica de direito processual, ano 7, vol. 11. Janeiro a junho de 2013. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/599>>.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*. Revista eletrônica de direito processual, ano 4, vol. V, janeiro a junho de 2010, Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/592>>.
- SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing*. In.: LEVIN, Leo A.; WHEELER, Russel R. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1979.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. 1, 57 ed. rev. atual. Rio de Janeiro, Forense, 2016.
- WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*. In.: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. Coordenação: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1ª Ed. São Paulo: DPJ, 2005.
- _____. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

A ADOÇÃO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS PARA CONSTRUÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO NO CONFLITO ESTRUTURAL: ANÁLISE DO NOVO MODELO DE TRANSPORTE PÚBLICO NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

Ana Lucia Pazos Moraes

Mestranda em Direito - Linha de Pesquisa: Acesso à justiça e efetividade do processo da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pesquisadora do Observatório de Cultura Jurídica e Democratização do Processo cadastrado no CNPq, vinculado ao PPGD da UNESA. Bolsista da CAPES, Advogada Consensual

Resumo:

O sistema de transporte público no município do Rio de Janeiro apresentava insatisfação em relação a qualidade do serviço oferecido, compreendendo concessionários do serviço público, usuários e poder concedente. Com o advento da pandemia COVID-19 a situação se agravou com a falência e descumprimento contratual de empresas, desemprego e outros inúmeros problemas sociais. E neste cenário estavam envolvidos diferentes personagens: empresas de ônibus (concessionárias do serviço público), poder público (poder concedente), empregados e sociedade civil, com interesses próprios, alguns convergentes e outros divergentes. Um conflito de alta complexidade caracterizando um conflito estrutural. Uma decisão adjudicada dificilmente seria efetiva para todos os polos da relação. Em razão da complexidade a solução clamou por uma decisão construída com a participação de todos envolvidos, estruturada em fases que serão construídas a partir de resultados parciais, com adaptações ao cenário apresentado. E a mediação de conflitos, com a utilização de ferramentas que promovem a reflexão e o diálogo para construção de opções satisfatórias a todos envolvidos promovendo o consensualismo e preservando a relação, se mostrou como método adequado para uma solução efetiva. Assim foi possível a criação de um modelo flexível que possibilita a revisão e construção contínua. Adota o método de revisão bibliográfica de artigos e livros científicos sobre o tema.

Palavras-chave: Conflito estrutural; Mediação de conflitos; Modelo dialógico; Métodos consensuais; Solução coletiva.

Introdução

Em face dos inúmeros conflitos estruturais que são recebidos pelo Poder Judiciário e a necessidade de proferir decisões efetivas como garantia do acesso à justiça, direito fundamental protegido pela Constituição de 1988 e pelas Declarações Internacionais de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica e a Convenção Europeia de Direitos Humanos), acrescida a dificuldade do Estado em aplicar o Direito de forma pragmática, o trabalho tem como objeto a abordagem da mediação como modelo dialógico de construção de solução que gera benefícios mútuos, com resultado efetivo para os envolvidos nos conflitos estruturais.

Hoje enfrentamos a inefetividade das decisões, seja pela morosidade, por não alcançar as necessidades dos envolvidos, ou por impossibilidade de cumprimento da sentença, visto que problemas complexos não são resolvidos tão somente com a adjudicação.

A crise do transporte público no município do Rio de Janeiro atinge a população que o utiliza como meio prioritário de deslocamento, correspondendo a 64% dos cidadãos do Município. Afeta o usuário que recebe um serviço precário, com linhas extintas e/ou alteradas, empresas que enfrentam processo de recuperação judicial ou falência e colaboradores desempregados ou com atraso no pagamento de seus salários.

Nesse contexto, se faz urgente decisões que tenham efetividade e promovam a alteração da realidade material dos envolvidos no conflito estrutural. O trabalho apresenta a efetividade dos meios consensuais, sobretudo da mediação de conflitos, na construção coletiva da decisão.

A mediação de conflitos implementada pelo Código de Processo Civil de 2015

Tendo como referência Cappelletti (1988¹) que nos anos 60/70 desenvolveu o Projeto Florença estabelecendo um importante parâmetro de reforma do judiciário, acesso à justiça é o sistema pelo qual o cidadão pode resolver seus conflitos sob a proteção do Estado. Deve ser acessível a todos e produzir resultados justos no sentido individual e social como garantia dos direitos do indivíduo no Estado Democrático de Direito.

No referido Projeto, Cappelletti cria “três ondas” de acesso como mecanismo para superar os empecilhos identificados pelas desigualdades dos indivíduos. O estudo da obra, que revolucionou o tradicional aspecto de acesso à justiça como exclusivamente acesso ao judiciário, é um marco para o estudo do tema. A primeira onda oportunizou o acesso à justiça daqueles que não tinham condições econômicas, tornando-os conscientes de seus direitos. A segunda, promoveu a defesa de interesses difusos dos consumidores e os novos direitos sociais. No entanto o acesso à justiça era tratado sob o aspecto

1 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**, Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris, 1988.

formal, como acesso ao judiciário. Por fim, a terceira onda abordou o acesso à justiça sob o aspecto material, com viés liberal, vislumbrando o acesso além do judiciário.

A obra de Cappelletti, publicada na década de 70 na Europa, só foi traduzida para o português após a promulgação da Constituição de 1988, ocasião que o Brasil passa a adotar constitucionalmente o Estado Democrático de Direito com a previsão do acesso à justiça como direito fundamental do cidadão. Desde então a ordem jurídica nacional vem desenvolvendo formas consensuais de acesso à justiça e vislumbrando não somente a solução do litígio, mas a satisfação do jurisdicionado.

Defensor do acesso à justiça numa visão ampla e não restrita ao judiciário, o prof. Watanabe (2019²) entende que a resolução dos conflitos não pode ser pensada somente pela autoridade estatal, por meio da sentença, sobretudo daqueles que envolvem relações contínuas, como por exemplo os casos de família e vizinhança. Nestas situações, a mediação e a conciliação são indicadas, pois além de resolver o conflito, pacificam os conflitantes.

Os métodos consensuais de acesso à justiça constituem uma quebra de paradigma do judiciário como único meio para solução do conflito. Contribuem para o processo de desjudicialização, transformando a cultura do litígio na cultura do diálogo, e facilitando o acesso à ordem jurídica justa. As soluções construídas com base no consenso tendem a apresentar maior índice de cumprimento e satisfação, evitando o retorno ao Judiciário, em comparação com aquelas que resultam de submissão a decisão judicial.

A tríade legislativa, Resolução 125/2010, Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) fomentou o uso dos meios consensuais com o objetivo de afastar o cidadão da excessiva judicialização de demandas que contribui para a lentidão das soluções que não raro, se tornam inúteis em razão do lapso temporal decorrido entre a propositura e a resposta final. O incentivo visa soluções céleres e eficazes, atrelada a satisfação dos envolvidos.

A mediação de conflitos proporciona resultados positivos, seja com a realização de acordo ou fomento do diálogo entre os envolvidos, preparando-os para tratativas futuras.

Dedicamos o estudo à aplicação da mediação nos conflitos estruturais como o grande desafio da cultura jurídica e do processo democrático. Conforme exposto por Catharina³ não faz parte da cultura jurídica brasileira o modelo participativo e democrático do processo, apesar de termos o Estado Democrático de Direito instituído, e o Código de Processo Civil inovar ao

2 WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processo coletivo e outros estudos. Belo Horizonte. Del Rey. 2019. Capt. 1 e 17.

3 CATHARINA, Alexandre de Castro. As dimensões democratizantes do CPC/2015 e seus impactos na cultura jurídica processual estabelecida. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e32849, maio./ago. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369432849>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32849>.

propor a consolidação de um processo civil democrático em diversos artigos.

Em relação aos litígios estruturais (em geral) consideramos o cabimento da aplicação extensiva do art. 565 do Código de Processo Civil. O citado art. prevê a necessidade de realização de audiência de mediação quando a ocupação for superior a 1 ano nas ações possessórias, não sendo admitida qualquer movimentação processual sem antes viabilizar a mediação, pois a decisão atingirá um universo de pessoas que não raro, possuem interesses distintos, e nessas situações, a decisão deverá contemplar todos os interesses envolvidos. A mediação é o método indicado visto que o mediador, imparcial, é o profissional capacitado para conduzir o diálogo entre os envolvidos a fim de identificar os interesses e as necessidades de cada um e desenvolver a capacidade de entendimento de que estão reunidos para construir o melhor para ambos, que alguém vai ceder algo que quer, e o outro não vai ter tudo o que deseja, no entanto terão suas necessidades atendidas, tratando o assunto com transparência em um ambiente seguro e confidencial⁴.

O mesmo artigo⁵ prevê o comparecimento do juízo ao local da contenda possibilitando conhecer a realidade dos fatos para melhor conduzir o processo, proferindo decisão que tenha efetividade. Tal conduta se adequa com precisão aos conflitos estruturais como o caso em estudo do sistema de transporte público no município do Rio de Janeiro, sendo primordial que o julgador conheça a realidade dos fatos, os atores envolvidos e o lugar que cada um ocupa no conflito, seja como protagonista, vítima direta ou indireta e o impacto causado na realidade de cada indivíduo.

O mesmo ocorre em relação a participação dos órgãos estatais responsáveis pela política pública, que deverão manifestar seu interesse e a possibilidade de trazerem soluções para o conflito. Os órgãos estatais que desempenham função estratégica em relação a políticas públicas que tratam de conflitos estruturais poderão facilitar a análise do caso, bem como buscar uma solução mais justa para todos envolvidos de modo a terem seus direitos e garantias fundamentais resguardados.

Diante do crescente número de conflitos estruturais e muitos de dimensões incalculáveis que refletirão nas gerações futuras, a adoção da mediação de conflitos como prevista no art 565 CPC contribuirá para um processo mais célere, em atenção às necessidades individuais, coletivas, públicas e sociais, a fim de garantir a efetividade da decisão e os direitos de todos envolvidos.

E no conflito decorrente do sistema de transporte no município do Rio de Janeiro, com pluralidade de interesses e personagens envolvidos a aplicação extensiva do citado artigo se aplica integralmente a *mens legis*.

Cabe a análise das vantagens do instituto da mediação para a construção de soluções negociadas para garantia de uma decisão efetiva e que atenda o maior número de interesses de todos.

4 ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash. 2014.

5 Art. 565, § 3º Código de Processo Civil

A mediação, apresenta caráter voluntário, flexível e confidencial, permitindo que sua adoção nos conflitos estruturais promova segurança às discussões firmadas. Autoriza que os envolvidos permaneçam nas sessões enquanto for de sua livre vontade, não possuindo caráter obrigatório a permanência no procedimento. Confidencial, visto que as informações trazidas enquanto não forem objeto do acordo, deverão permanecer somente entre os presentes e por fim, a flexibilidade, que permite o envolvimento de terceiros na construção dos resultados, o agendamento de prazos para avaliação e reavaliação dos resultados, a divisão da execução em fases, bem como reorganizar a instituição pública ou privada, enfim, é consensualmente adaptado ao caso concreto promovendo uma decisão justa, equilibrada e exequível.

A mediação propõe uma relação dialógica entre o juiz, as partes, os representantes dos demais poderes e a sociedade, e facilita o diálogo institucional entre os poderes construindo soluções consensuais, que resultem em ganha - ganha - ganha que é um dos princípios da negociação baseada na Escola de Harvard⁶. A Escola propõe a criação de opções até então não vislumbradas, baseadas em critérios objetivos que atendam os interesses de todos, bem como analisa as alternativas para o caso de não construírem uma solução, sempre buscando manter uma relação de confiança entre os envolvidos.

O conflito estrutural

O conflito estrutural para Vitorelli⁷ tem origem nos litígios coletivos, vejamos:

os litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.

Para o autor⁸, o conflito coletivo é o “conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais”. E segue, classificando em: a) globais: quando afetam a sociedade como um todo, não desperta interesse nos atingidos em buscar reparação, b) locais: quando atinge pessoas determinadas influenciando diretamente em suas vidas, que, unidas por vínculo de solidariedade tem objetivo comum em buscar

6 FISHER, Roger. URY, William & PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1ªed. Rio de Janeiro: Salomon, 2014.

7 VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. v. 284. 2018.

8 Idem 4

reparação, e por fim c) irradiados: aqui as lesões também são relevantes para as vítimas, no entanto não há vínculo que as una. São atingidas sob aspectos e interesses distintos e pertencem a grupos e subgrupos distintos, sem interligação, exigindo inúmeras espécies de indenização que não são facilmente identificadas e não raro sem prévia previsão legal, acarretando dificuldades ao julgador para prolatar decisão útil às partes e eficaz. Podem ainda ser simples, quando a reparação é facilmente identificada e satisfaz os envolvidos, ou complexa quando as variáveis de indenização são inúmeras em relação ao custo x benefício.

No mesmo sentido entende William Fletcher⁹ que os litígios estruturais são policêntricos, é “característica de problemas complexos, com inúmeros ‘centros’ problemáticos subsidiários, cada um dos quais se relacionando com os demais, de modo que a solução de cada um depende da solução de todos os outros”.

Apesar do litígio estrutural geralmente envolver órgão público, cabe alertar que o setor privado também pode ser parte, quando a função exercida tem estreita ligação com a função estatal ou exerce atividade indispensável à dinâmica da sociedade.

Diante de características peculiares e distantes do formalismo legal, o conflito estrutural clama por tratamento distinto, alterando a estrutura formal de julgamento com a figura do juiz centralizador da decisão e protagonista da relação e ressalta a importância de ouvir as partes aguçando o perfil democrático do processo judicial. Ao juiz cabe esclarecer, fomentar o diálogo, prevenir o conflito e auxiliar as partes a construir consensualmente a solução.

Para o tratamento dos conflitos estruturais foi reservado o processo estrutural, que pretende resultado que atinja a causa do problema. Para tanto é importante a conscientização que não devem ser tratados individual ou coletivamente, pois a solução será somente um paliativo, beneficiando somente o indivíduo e não modificando toda dinâmica que gera o conflito e aumentando a desigualdade entre os atingidos.

Apesar de demandar maior lapso temporal para construção da decisão e o envolvimento de diversos atores, diretos e indiretos, o processo estrutural se apresenta como o melhor caminho para a reestruturação do cenário causador do litígio. Nesse sentido, expõe Vitorelli¹⁰:

“O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente, o processo estrutural tem como desafios: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses

9 FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982. Citação p. 645.

10 Idem 4

sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura.”

Assim, os métodos consensuais de solução do litígio, sobretudo da mediação de conflitos oferece as ferramentas necessárias para a apreciação dos fatos sob o olhar dos envolvidos, suas necessidades e interesses, e permite a construção de solução que produza resultado significativo e promova a extinção da causa do conflito, afastando-se das decisões impositivas e adotando decisões dialéticas.

O novo modelo de transporte público no município do Rio de Janeiro

A política pública de deslocamento é responsável pela mobilidade urbana, e tem como função social o deve promover o transporte mais sustentável e inclusivo, visto que é um meio de acessar diversos direitos fundamentais como saúde, educação e trabalho.

Na cidade do Rio de Janeiro, os custos de operação do sistema de ônibus são cobertos exclusivamente pela tarifa paga pelos usuários. Desde 2011, a Prefeitura adotava um sistema de cálculo por meio de uma fórmula paramétrica para ajustar anualmente o valor da tarifa do transporte de passageiros por ônibus. O reajuste reequilibra os valores cobrados de acordo com a variação temporal dos custos envolvidos na operação do sistema. Cada um dos insumos necessários possui um peso de acordo com sua relevância nos custos gerais do transporte à época em que o contrato foi estabelecido¹¹.

Em 2020., com a pandemia coronavírus, o lockdown, a redução de circulação de pessoas e consequente diminuição na utilização dos meios de transporte públicos, o aumento dos combustíveis e a falta de apoio do Poder Público, o sistema sofreu abalo financeiro que refletiu na prestação do serviço, com a redução das linhas e dos empregados bem como na manutenção da frota. Era o início de uma crise que alcançou grandes proporções, causando prejuízo a população sendo necessária a intervenção municipal.

O município do Rio contava em 2010 com 45 empresas de ônibus que comandavam os veículos que rodavam pela cidade. Atualmente, são 29. Des-

11 Disponível em www.rioonibus.com/servicos/tarifa/. Consulta em 17 jun 2022.

tas, 11 estão em recuperação judicial¹².

A Prefeitura do Rio de Janeiro, como medida paliativa, em dezembro/2021 anunciou a criação de uma nova empresa pública para gerir o transporte público, batizada de Mobi Rio. A companhia é responsável pela operação de todo o transporte coletivo da cidade, incluindo o sistema BRT, gerenciamento e manutenção da frota, das estações e dos terminais, além de todo o planejamento da mobilidade da cidade. A Mobi Rio, é vinculada à Secretaria Municipal de Transportes, e recebeu um investimento inicial de R\$ 89 milhões para começar a trabalhar. Sua sede será anexa ao Terminal Alvorada do BRT, na Barra da Tijuca.

A triste realidade do transporte público do município do Rio de Janeiro é uma grave crise estrutural e financeira. A Sociedade BRT Rio S/A, empresa que opera o BRT, está sob intervenção legal da Prefeitura desde março deste ano. O objetivo é “assegurar e recuperar a continuidade dos serviços do BRT”. Em suas averiguações, o poder público encontrou ônibus degradados, falta de peças para reparos e estações vandalizadas e fechadas.

Em outubro/2021, a Prefeitura lançou o edital para a criação de um novo sistema de bilhetagem eletrônica que permitirá maior controle do poder público sobre o valor arrecadado com as tarifas. Segundo esse novo modelo, as empresas que operarem a bilhetagem e as empresas que operarem os ônibus não poderão ser as mesmas. Além disso, os dados serão repassados diretamente à Prefeitura, acabando com o problema da falta de transparência. No entanto o edital não recebeu proposta de nenhuma empresa¹³.

Finalmente, em maio/2022 foi estabelecido um novo modelo de transporte público para o município do Rio de Janeiro. Tal acordo só foi possível com a adoção da consensualidade. O diálogo entre os interessados tornou possível a construção de uma solução que acolhesse os interesses de todos.

Cabe ressaltar a importância do diálogo e da escuta para identificação dos envolvidos, da dinâmica do evento e da complexa dimensão do conflito.

Inicialmente foi acordado: 1) manutenção do valor da passagem: não haverá aumento do valor da passagem para os passageiros. Para que o valor atual de R\$ 4,05 seja mantido, o município vai subsidiar o sistema. Além da receita da tarifa paga pelos passageiros, os consórcios irão receber um valor adicional pelo serviço efetivamente prestado com base no quilometro rodado, 2) sistema de pagamento do subsídio: O município vai atestar a quilometragem rodada por meio de GPS de

forma transparente e disponível ao público. As linhas que não cumprirem a quilometragem mínima exigida pela Prefeitura não receberão o pagamento do subsídio; 3) BRT e bilhetagem digital: Os consórcios renunciam

12 Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/05/21/entenda-o-acordo-entre-prefeitura-do-rio-e-empresas-de-onibus-que-pretende-recuperar...> Consulta em 17 jun 2022.

13 Disponível em <https://www.automotivebusiness.com.br/pt/posts/mobility-now/apos-fracasso-de-edital-rio-cria-empresa-publica-para-operar-o-brt> . Consulta em 20 jun 2022

a qualquer pretensão de retomada da operação do BRT e a participação na licitação da nova bilhetagem digital. Caso a Riocard, atual gestora, participe da licitação, o acordo é imediatamente encerrado, 4) redução do contrato de concessão: O prazo de validade do contrato de concessão do sistema de ônibus, que se estendia até 2030, foi reduzido em dois anos e permanecerá vigente até 2028, quando ocorrerá nova licitação.

O conflito apresentado configura-se como um típico conflito estrutural conforme conceituações expostas. O cenário de caos do sistema de transporte e a incapacidade de decisão efetiva levou os envolvidos a optarem pela adoção da consensualidade, que resultou em 3 encontros entre o Ministério Público, o Município do Rio de Janeiro e o Setor Privado para criarem um modelo flexível e sujeito a adaptações no decorrer do tempo, se ajustando às alterações do cenário da execução, tornando a execução satisfativa para todos, exequível e equilibrada.

Assim, restam claros os benefícios da implementação do novo modelo de transporte no município do Rio de Janeiro como resultado da construção democrática do processo decisório com a adoção da mediação, que se mostrou fundamental para a resolução do litígio estrutural.

Conclusão

A adoção da mediação nos conflitos e processos estruturais como método primário se faz urgente como medida para evitar a involução do avanço e benefício trazido pelo meio consensual.

É um cenário complexo e de difícil resolução, clamando por providências eficazes tramadas pelos diversos atores e que possibilite a revisão e construção contínua. De modo frequente, o conflito estrutural é resolvido em contexto individual, em que uns são beneficiados e outros preteridos, afrontando a isonomia e refletindo na estrutura o que por vezes acarreta o aumento substancial do problema visto que a implementação da medida decorrente do processo individual repercute no desenvolvimento das políticas públicas.

A mediação permite que a decisão seja construída pelos atingidos diretamente e por terceiros envolvidos, sem os quais a sua efetividade é prejudicada, demonstrando que a utilização da mediação nos conflitos estruturais corrobora para a construção democrática do processo decisório, um modelo participativo e democrático de processo alcançando maior efetividade da decisão e satisfação da sociedade civil envolvida, em contraposição ao modelo do protagonismo do julgador e papel secundário das partes.

Como exposto por Catharina¹⁴, na prática observamos que vem ocorrendo uma mudança social que reflete na estabilização do modelo cooperativo e democrático do processo, construindo novas possibilidades de construção do consenso, tendo o modelo dialógico importante e fundamental papel.

14 Idem 3

E Vitorelli ¹⁵ complementa que aliar a técnica processual a idealismo produz resultados que levariam décadas para ocorrer pelos caminhos tradicionais. A reforma estrutural não precisa ser sempre bem-sucedida para legitimar a tentativa. Assim como a mediação de conflitos, nem sempre o final resultará com acordo, mas sempre com o desenvolvimento do diálogo e o fortalecimento da relação. É difícil prever as condições que estarão presentes nos litígios, então é melhor que os atores processuais busquem desenvolver o processo no sentido de criá-las ao longo do tempo.

Referências

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020. (Capítulo 4 - O juiz e as convenções processuais). Danielle Moreira

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**, Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris, 1988.

CATHARINA, Alexandre de Castro. As dimensões democratizantes do CPC/2015 e seus impactos na cultura jurídica processual estabelecida. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e32849, maio./ago. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369432849>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32849>.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982. Citação p. 645.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. v. 284. 2018.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcus Félix (Orgs) In **Processos Estruturais**. Salvador: Podivm, 2019.

WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processo coletivo e outros estudos. Belo Horizonte. Del Rey. 2019. Capt. 1 e 17.

Disponível em www.rioonibus.com/servicos/tarifa/. Consulta em 17 jun 2022.

Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/05/21/entenda-o-acordo-entre-prefeitura-do-rio-e-empresas-de-onibus-que-pretende-recuperar...> Consulta em 17 jun 2022.

Disponível em <https://www.automotivebusiness.com.br/pt/posts/mobility-now/apos-fracasso-de-edital-rio-cria-empresa-publica-para-operar-o-brt>. Consulta em 20 jun 2022.

15 VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcus Félix (Orgs) In **Processos Estruturais**. Salvador: Podivm, 2019.

A EFETIVAÇÃO DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Thais Stefano Malvezzi

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Procuradora da República

Mariana Dias Mariano

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Promotora de Justiça no Estado do Paraná

Resumo:

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversos direitos fundamentais sociais, mas nem sempre há esforço do Estado no cumprimento do projeto constitucional. A pesquisa tem por objeto relacionar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os processos estruturais. O objetivo geral da pesquisa é o de avaliar o processo estrutural como instrumento de enfrentamento aos arranjos institucionais violadores de direitos fundamentais sociais em razão do descumprimento da dimensão objetiva. São objetivos específicos: (i) conceituar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os correlatos deveres de proteção e de promoção pelo Estado; (ii) demonstrar o processo estrutural como instrumento processual adequado para as situações em que a intervenção do Poder Judiciário é necessária para garantir eficácia aos direitos fundamentais sociais. O método adotado neste artigo é o dedutivo e, quanto ao procedimento, apresenta pesquisa bibliográfica e documental. A conclusão é a de que o processo estrutural - como instrumento de significação de valores constitucionais por meio da re(adequação) das burocracias estatais - pode ser uma resposta adequada para o enfrentamento das omissões e deficiências estatais no cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais; Dimensão objetiva; Poder Judiciário; Tutela coletiva. Processos estruturais.

Além do mínimo existencial: o dever de maximização dos direitos fundamentais sociais

O modelo de Estado Liberal, predominante no século XIX, partia da premissa de abstenção do Poder Público, pois pressupunha um equilíbrio das forças sociais que atuariam livremente no exercício da autonomia privada. Ocorre que esse equilíbrio, proposto pelo modelo liberal, era hipotético e os problemas sociais advindos da inércia do Estado e do desequilíbrio do jogo de forças logo ganhou destaque, especialmente a partir do início do século XX. A busca por igualdade de fato passou a exigir uma ação corretiva do Estado, por meio de uma Administração Pública ativa, responsável pelo fornecimento de bens e pela prestação de serviços que assegurassem condições materiais mínimas a todos.¹

Nesse sentido, após a Primeira Guerra Mundial, alguns países aprovaram constituições que contemplavam diversos direitos fundamentais sociais, abrangendo matérias que até então não eram consideradas como constitucionais, como se verificou na Constituição mexicana, de 1917, e na Constituição de Weimar, de 1919.² No Brasil, a mudança se manifestou já na Constituição de 1934, mas é a partir da Constituição de 1988 que passou a existir previsão reforçada de uma nova ordem de direitos sociais.

A previsão da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República, previsto no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, além da consagração expressa de um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) demonstra a opção constituinte pela instituição de um modelo de *Estado Social e Democrático de Direito*.³

De um lado, não há dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 adotou um modelo de Estado Social, impondo ao Estado diversos deveres de caráter social e atribuindo expressamente ao cidadão uma série de posições jurídico-subjetivas da mesma natureza. Por outro lado, os novos objetivos constitucionais traçados pela afirmação de múltiplos direitos sociais passaram a gerar debates doutrinários e jurisprudenciais em relação ao papel institucional e respectivos limites do Poder Executivo e do Poder Judiciário. No caso de inércia do Poder Público quanto à realização dos direitos sociais, pode o cidadão exigir diretamente da Administração Pública a realização das pretensões ligadas a esses direitos? Até onde pode o Poder Judiciário interferir nas escolhas do Poder Executivo na efetivação dos direitos sociais?⁴

1 BITTENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017. p. 291.

2 SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021. p. 774.

3 BITTENCOURT NETO, Eurico. Op. cit. p. 293-294.

4 HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fun-**

Os direitos sociais, dentre diversas classificações, podem ser classificados entre direitos originários a prestações e direitos derivados a prestações. Para Ingo Wolfgang SARLET, os *direitos originários a prestações* são aqueles que podem ser exigidos com base na constituição, independentemente, portanto, de um sistema prévio de oferta desses bens e/ou serviços por parte do Estado. Já os *direitos derivados a prestações* são posições jurídico-subjetivas a prestações que dependem da concretização dos direitos fundamentais pelo legislador ordinário.⁵

A Constituição Federal de 1988 traz muitos direitos sociais que podem ser definidos como derivados à prestação. Nesses casos, quando ausentes as políticas públicas que os implementem, tanto no âmbito normativo como no âmbito administrativo, seria inviável a tutela jurisdicional individual. É o caso do direito à moradia, previsto no art. 6º, *caput*, por exemplo. Nesses casos, sem a prévia formulação e execução de políticas públicas pelos canais políticos legitimados, os direitos sociais se esvaziam diante da baixa densidade normativa que pode ser extraída do texto.⁶

O risco da inefetividade foi reconhecido pela própria Constituição Federal de 1988, que trouxe remédios específicos para enfrentar a omissão do Poder Público, tais como o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF (art. 102, §1º).

O fato é que muitos direitos fundamentais sociais são negligenciados pelo Estado mesmo em seu *mínimo existencial* sob a desculpa das limitações orçamentárias (*cláusula da reserva do possível*). Mas na verdade o que falta mesmo ao Estado não é propriamente a falta dos recursos, mas o planejamento adequado e direcionado às prioridades que foram previamente eleitas pelo poder constituinte.

A noção de mínimo existencial foi desenvolvida pelo publicista alemão Otto BACHOF, após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de possibilitar o reconhecimento de um direito subjetivo à garantia de recursos mínimos para uma existência digna com base no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a constituição alemã não previa direitos sociais típicos, especialmente os de cunho prestacional.⁷

No Brasil não há disposição expressa acerca do direito à garantia do mí-

damentais & Democracia (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 345.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 194-195.

6 VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021. p. 259-260.

7 SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 119-120.

nimo existencial, porém os próprios direitos sociais específicos abarcam algumas de suas dimensões, tais como a assistência social, a saúde e a moradia. A doutrina e a jurisprudência brasileiras sustentam a tese de que o mínimo existencial representa o núcleo essencial dos direitos sociais, o qual estaria protegido de toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.⁸

Quanto aos direitos originários a prestação, tanto o Supremo Tribunal Federal (STF) como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já definiu que a cláusula da reserva do possível não é oponível pelo Estado quando se está diante do mínimo existencial de um direito fundamental social, cuja concretização depende da implementação de políticas públicas definidas na própria constituição (por exemplo a educação básica, prevista como direito público subjetivo no art. 208, §1º, da Constituição Federal). Esse entendimento não assegura, porém, a progressiva transformação social pretendida pela Constituição de 1988, uma vez que deixa fora da proteção judicial os direitos derivados à prestação de baixa densidade normativa (por exemplo o direito à moradia), os quais dependem de atuação política para a sua concretização.⁹

É por essa razão que a noção de mínimo existencial não pode se confundir com o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, pois do contrário a própria fundamentalidade dos direitos sociais estaria reduzida ao mínimo existencial.¹⁰ Nesse sentido, Daniel Wunder HACHEM adverte que a noção de mínimo existencial “*é um minus em relação aos direitos sociais, os quais são providos de um conteúdo mais amplo, que engloba outros deveres (...) que ultrapassam a circunscrição do mínimo existencial*”.¹¹

Segundo Luciano Pereira VIEIRA e Vinícius Pacheco FLUMINHAN, nestes casos deveria ser reconhecido pelos tribunais superiores ao menos “*a existência de um progressivo dever constitucional de policy-making. Afinal, à medida que o tempo passa para a Constituição mais juridicamente robustas ficam as exigências de satisfação dos direitos fundamentais sociais*”. A inefetividade estatal na realização dos direitos fundamentais sociais assegurados pela constitucional esvazia o conteúdo social do *Welfare State*, aproximando-o, em termo de fracasso na área social, dos resultados vividos pelos Estados liberais. Os resultados experimentados nos dois modelos têm sido os mesmos - a mera expectativa constitucional de progressão social sem prazo para se realizar.¹²

Uma Administração Pública inclusiva, tal como exigida pela Constituição Federal de 1988, não deve se ater ao mínimo existencial, mas assegurar a realização integral do conteúdo dos direitos fundamentais sociais. Trata-se de

8 SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Op. cit. p. 126-127.

9 VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Op. cit. p. 262.

10 SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Op. cit. p. 127.

11 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. p. 221.

12 VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Op. cit. p. 262.

um imperativo constitucional o cumprimento da dimensão objetiva desses direitos, ou seja, a criação das condições necessárias à fruição real e efetiva dos direitos fundamentais sociais.¹³

É nesse contexto que Luciano VIEIRA e Vinícius FLUMINHAN defendem que - diante desse cenário de expectativas constitucionais não realizadas - é necessário resgatar, pela via inversa, a ideia de *vinculação objetiva dos direitos fundamentais sociais* como forma de enfrentamento à inefetividade das disposições constitucionais¹⁴, tema que será desenvolvido no próximo tópico.

Considerando que não se reconhece o direito público subjetivo individual à concretização de direitos sociais de baixa densidade normativa, como seria possível exigir a formulação e a implementação de políticas públicas para a sua fruição? Já se adianta que, a partir da perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, são os instrumentos processuais de tutela coletiva, especialmente por meio dos processos estruturais, que se mostram viáveis para o enfrentamento da omissão estatal.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais

A norma de direito fundamental pode ser compreendida a partir de duas perspectivas: a subjetiva e a objetiva. Sob a *perspectiva subjetiva*, ou seja, do titular do bem jurídico protegido, a norma prevê posições jurídicas autônomas que conferem situações de vantagem ao seu titular. Já pela *ótica objetiva* - do objeto que pretende proteger - a norma faz surgir diversos deveres jurídicos ao Estado. A partir do ponto de vista do objeto, portanto, a norma de direito fundamental impõe ao Poder Público a obrigação de criar condições de fruição daquele bem jurídico pelos cidadãos. Para tanto, o Poder Público se vê obrigado a instituir estruturas organizacionais e mecanismos procedimentais que garantam a realização e a proteção desses direitos.¹⁵

A identificação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais advém da compreensão de que o conjunto de direitos fundamentais garantidos na constituição representa uma ordem axiológica que legitima o sistema constitucional. Nesse contexto, os valores emanados desses direitos embasam as normas constitucionais e infraconstitucionais, orientando a compreensão e a interpretação das normas jurídicas. Conforme destaca HACHEM, por representarem os valores básicos da sociedade, “*mais do que simples restrições ao exercício do poder político pelo Estado, os direitos fundamentais se transformam ao longo do século XX, tornando-se um conjunto valorativo que passa a dirigir a atuação positiva dos poderes constituídos*”.¹⁶

13 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 619-656. p. 655.

14 VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Op. cit. p. 263.

15 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade..., p. 627.

16 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade..., p. 634.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi inicialmente reconhecida, conforme aponta a doutrina, no caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1958. A corte alemã reconheceu que os direitos fundamentais emanam um conteúdo axiológico juridicamente vinculante, cujos efeitos repercutem em todo o ordenamento jurídico e condicionam a interpretação das normas infraconstitucionais. Tratou-se, portanto, do reconhecimento de uma ordem objetiva de valores que se impõe tanto em relação à atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como nas relações entre os particulares.¹⁷

A compreensão dos direitos fundamentais sob a ótica objetiva traz diversos desdobramentos jurídicos, dentre os quais, para o presente trabalho, importa destacar: (i) a *eficácia irradiante*, que reflete o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas jurídicas; e (ii) a *teoria dos deveres autônomos de respeito, proteção e promoção*.¹⁸

A escolha pelo poder constituinte de determinados direitos sociais a serem consagrados no texto constitucional representa o estabelecimento de uma pauta de fins e valores constitucionais (princípio da dignidade da pessoa humana, superação das desigualdades sociais e regionais, construção de uma sociedade livre, justa e solidária) que devem ser observados e concretizados não só pelos poderes constituídos, mas por toda a sociedade. Trata-se do que a doutrina denominou de *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais.¹⁹

Por conta da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, Daniel SARMENTO destaca que os direitos fundamentais deixam de constituir meros limites à atuação do Estado para se transformarem em um objetivo da atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para o autor, a principal consequência jurídica da eficácia irradiante é a imposição, ao Poder Público, de que toda a norma seja reexaminada com novas lentes, sob a perspectiva da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, todas previstas na Constituição Federal de 1988.²⁰

Com relação ao efeito jurídico da *imposição de deveres autônomos de respeito, proteção e promoção*, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado não só a obrigação de se abster de violar tais direitos, mas a tarefa de assegurar as condições materiais mínimas para o efetivo exercício das liberdades constitucionais. A dimensão objetiva parte da relação jurídica entre

17 HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 167-168.

18 HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa..., p. 169.

19 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITTIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

20 SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314. p. 254 e 279.

o cidadão e o Estado para, então, identificar o dever jurídico constitucionalmente imposto ao Estado, a partir do qual se reconhece a permanência de uma obrigação transindividual, superior aos vínculos observados sob a ótica subjetiva.²¹

Nesse sentido se assenta a relevância do efeito jurídico da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que o Estado é compelido não só a atuar preventivamente para evitar a violação dos direitos por outros particulares, mas - principalmente - para tornar viável o seu exercício pelos seus titulares.²² Para SARLET, “*a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível extrair consequências (...) para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução do seu significado e conteúdo material*”.²³

Justamente a partir da perspectiva da dimensão objetiva do direito que é possível compreender a questão da dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais sociais. Isso porque conceber os direitos fundamentais apenas como direitos subjetivos individuais implicaria na ineficácia dos deveres objetivos de ação estatal para a proteção de um direito, as quais não poderiam ser reconhecidas como pretensões jurídicas individuais.²⁴

O controle judicial de políticas públicas pelo viés da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Partindo da compreensão da estrutura normativa bidimensional dos direitos fundamentais, é possível demandar judicialmente a realização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais? Em caso positivo, essa tutela pode se dar pela via individual ou deve ser coletiva?

Como visto no tópico anterior, a dimensão objetiva da norma de direito fundamental cria sobre o Poder Público a obrigação de criar estruturas organizacionais e instrumentos procedimentais para a realização plena dos direitos fundamentais. Em princípio, essa é uma obrigação direcionada ao Estado em relação à qual não há uma pretensão jurídica subjetiva dela decorrente. Todavia, dependendo do grau de desrespeito às imposições constitucionais objetivas, essas obrigações podem ser conduzidas a uma visão subjetiva, geradora de uma pretensão jurídica de natureza transindividual exigível pelos mecanismos da tutela coletiva.²⁵

Vanice Regina Lírio do VALLE adverte que o controle de políticas públicas é justamente a atividade que remete à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, por esse motivo, deve ser enfrentado sempre a partir de uma perspectiva coletiva.²⁶ Isso porque o interesse de que o Estado cumpra a pers-

21 HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa ..., p. 172-173.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. ..., p. 148-157.

23 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit.

24 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade..., p. 630.

25 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade..., p. 179.

26 VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Con-**

pectiva objetiva dos direitos fundamentais é titularizado por toda a coletividade ou, em certos casos, por grupos determinados ou determináveis. De qualquer forma, a sua titularidade é sempre transindividual (difusa ou coletiva). Em razão de sua natureza transindividual, a pretensão jurídica ao cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais deve ser acionada pela via da tutela processual coletiva.²⁷

Desde os anos 1990 há intenso debate acerca do controle judicial de políticas públicas. Inicialmente indiferentes ao tema das políticas públicas, há 30 anos o conceito e os ciclos de formulação e implementação de políticas públicas passaram a constar dos estudos acerca da concretização de direitos sociais e sua respectiva justiciabilidade. De um modo geral, percebe-se que a formulação de políticas públicas significa não só a programação de estratégias, ações e serviços estatais, mas fundamentalmente a eleição de prioridades e o empenho, de modo eficaz, de recursos públicos finitos.²⁸

A partir da Constituição Federal de 1988, há uma expressiva ampliação da intervenção judicial visando à concessão de prestações estatais positivas dirigidas à efetivação de direitos fundamentais sociais. De um cenário em que havia ampla rejeição à possibilidade de investir o cidadão em posições jurídico-subjetivas capazes de serem demandadas judicialmente, a Administração Pública passou a ser condenada, de forma não criteriosa, a conceder os pedidos postulados judicialmente, especialmente em matéria de saúde.²⁹

O fato é que, apesar da intervenção judicial em políticas públicas ter se iniciado de forma tímida, caminhou-se de um cenário da falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais à judicialização excessiva. Conforme adverte Luís Roberto BARROSO nos casos de ações judiciais envolvendo o direito à saúde, os excessos e as inconsistências das decisões judiciais esparsas concedendo os mais diversos tipos de pleitos individuais colocam em risco a continuidade das políticas públicas de saúde, pois desorganizam a atividade administrativa e impedem a alocação racional dos recursos públicos escassos.³⁰

Por essa razão, é preciso abordar os direitos fundamentais sociais não só pelo aspecto da efetividade, mas pela perspectiva da igualdade. Como não são todos que têm acesso à via judicial, é preciso que a Administração Pública se esforce para implementar os direitos sociais por meio de políticas públicas universais e igualitárias.³¹

Caso a Administração Pública seja omissa, é preciso que a intervenção

trole Judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 160-161.

27 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade..., p. 654.

28 VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Op. cit. p. 257-258.

29 HACHEM, Daniel Wunder. A maximização..., p. 350.

30 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). **Direitos Sociais:** Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903. p. 875-876.

31 HACHEM, Daniel Wunder. A maximização..., p. 352.

judicial também seja igualitária, por meio de ações cuja pretensão seja a implementação/melhoria de políticas públicas em si, não apenas o atendimento específico a um caso isolado. É nesse quadro que o processo estrutural se mostra como alternativa para racionalização e legitimação das intervenções judiciais em políticas públicas, uma vez que tais litígios envolvem amplos valores da sociedade e afetam diversas pessoas de diferentes formas.

O processo estrutural como mecanismo de tutela processual da dimensão objetiva dos direitos sociais

O surgimento dos processos estruturais está ligado ao avanço dos DESCs no constitucionalismo contemporâneo. Nesse sentido, após a Primeira Guerra Mundial, alguns países aprovaram constituições que contemplavam diversos direitos fundamentais sociais, abrangendo matérias que até então não eram consideradas como constitucionais, como se verificou na Constituição mexicana, de 1917, e na Constituição de Weimar, de 1919.³²

Porém, é somente a partir do desenvolvimento da ideia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, após a Segunda Guerra Mundial, que se passa a exigir dos Estados uma atuação para a efetivação desses direitos. Isso porque, apesar de normalmente positivados nas constituições, os direitos sociais foram (e são) muito pouco concretizados.³³ Para Marcelo NEVES, a positivação dos DESCs teve um carácter predominantemente simbólico, com a finalidade de influenciar o imaginário social.³⁴

As omissões políticas inconstitucionais - entendidas como a falta de políticas públicas necessárias à proteção de direitos fundamentais garantidos na constituição - estão no centro dos processos estruturais. Os litígios estruturais surgem quando os grupos afetados pela inércia estatal buscam a proteção jurisdicional para alcançar as políticas públicas necessárias à proteção dos seus direitos.³⁵

O ativismo judicial nos Estados Unidos surgente a partir de meados da década de 1950, com a pretensão de reformular a estrutura de diversas instituições sociais, como escolas, presídios e hospitais psiquiátricos. O fenômeno foi analisado por Owen FISS, que percebeu que a alteração não estava apenas da função desempenhada pelo processo, mas na maneira como esse passou a se organizar.³⁶

32 SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Op. cit. p. 774.

33 SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Op. cit. p. 774.

34 Marcelo NEVES entende que a constitucionalização simbólica implica em uma mudança do texto constitucional sem a correspondente alteração das estruturas reais de poder, de forma a servir como "*mecanismo construtivo de ilusões*". NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

35 SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; P, George Marmelstein. Op. cit. p. 775.

36 FISS, Owen. **Direito como razão pública**: processo, jurisdição e sociedade. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2017. p. 10-11.

O conceito de processo estrutural foi então definido pela doutrina dos Estados Unidos a partir da década de 1960, especialmente por FISS. Para este autor, são estruturais as decisões que transcendem o interesse individual e pretendem reestruturar determinada organização social ou instituição pública com o objetivo de proteger direitos fundamentais.³⁷

Owen FISS conceituou a decisão estruturante a partir do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*³⁸, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou o fim da segregação racial nas escolas. Em 1951 Oliver Brown tentou matricular a sua filha, Linda Brown, em uma escola próxima à sua residência, mas teve o pedido rejeitado por ela ser negra, uma vez que a escola só matriculava crianças brancas. No mesmo ano, Oliver ajuizou ação contra a Secretaria da Educação da cidade de Topeka pleiteando a admissão da sua filha na escola que recusara a sua matrícula.

O caso chegou até a Suprema Corte para julgamento da questão de direito sob o viés do direito à igualdade garantido pela 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos. No ano de 1954 - superando o decidido no caso *Plessy vs. Ferguson*³⁹ que, em 1896, estabelecera a doutrina *separate but equal* - a Suprema Corte reconheceu que a divisão de escolas a partir do critério racial era inconstitucional.

Diante da dificuldade de cumprimento da decisão, o caso retornou à Suprema Corte, sob a alcunha de Brown II, para discussão da forma de implementação da decisão. É nesse contexto que FISS identificou o nascimento de uma nova forma de *adjudicação*, o que foi denominado de *reformas estruturais*.⁴⁰

Conforme define FISS, o caso Brown permitiu a percepção de uma outra maneira de verificar a relação entre um direito e os provimentos judiciais, visto que a implementação da decisão transcendeu o caso individual e seu cumprimento implicaria na reforma estrutural de instituições de grande porte.⁴¹ Assim, para a execução da proclamada igualdade racial no caso Brown, foi preciso ajustar as formas processuais tradicionais para atender às necessidades existentes da aspiração organizacional, o que provocou um conceito novo de adjudicação.

A evolução do conceito de processo estrutural não ocorreu de forma pacífica, visto que havia resistência de um bloco de juízes. Essa resistência implicou em movimento de avanços e retrocessos. De toda forma, conforme destaca FISS, o contra-ataque da Era Burger, embora tenha enfraquecido posições anteriores, não acabou com o processo estrutural, mas provocou reflexões e mudanças sobre o instituto.⁴²

37 FISS, Owen M. **The forms of justice**. Harvard Law Review, vol. 93, n. 1, 1979.

38 US SUPREME COURT. *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

39 US SUPREME COURT. *Plessy vs. Ferguson*, 167 U.S. 537 (1896).

40 FACHIN, Melina Girardi; SHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 4, p. 211-246, 2018. p. 221.

41 FISS, Owen M. *The forms...*

42 FISS, Owen. *Direito...*, p. 28.

Apesar de nos Estados Unidos os processos estruturais terem sido concebidos com foco em direitos liberais, como a igualdade e a integridade física, nos países emergentes, cujas constituições apresentam forte caráter emancipatório sob o viés econômico e social, tais processos passaram a ser utilizados para enfrentar a reiterada omissão estatal na promoção dos direitos fundamentais prestacionais.

É fundamental perceber que pelos processos estruturais se pretende não apenas eliminar uma conduta ilícita por meio de uma obrigação de fazer ou não fazer, mas impor uma reestruturação da relação burocrática causadora do dano. Essa modificação tem efeitos essencialmente prospectivos, uma vez que objetiva alterar substancialmente a forma das interações sociais no longo prazo.⁴³

Para FISS, existem dois modelos de adjudicação diferentes em suas perspectivas e objetivos. De um lado, há o modelo tradicional de solução de controvérsias, vinculado a fins privados, de visão individualista e direcionado à manutenção do *status quo*. De outro lado, há o modelo de *reforma estrutural*, por meio do qual o Judiciário assume a função de (re)estruturar instituições sociais na tarefa de concretizar valores constitucionais.

Uma Constituição, como destaca FISS, além de definir a estrutura do Estado, uma vez que cria órgãos e determina suas respectivas funções, também identifica os valores que informarão e limitarão essa estrutura. Esses valores são ambíguos e dão margem a interpretações diferentes e até mesmo conflitantes, o que faz surgir uma necessidade constitucional de dar aos valores constitucionais um significado específico pela definição dos seus respectivos conteúdos operacionais.⁴⁴

A quem cabe esse papel de interpretação? Para Owen FISS, todos - quer como indivíduos quer com atores institucionais - têm um papel no processo de concretização dos valores constitucionais: “o número de vozes que lhes confere significado é tão vasto quanto o próprio público”.⁴⁵ Esta missão, portanto, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, às instituições privadas, assim como às cortes. Embora o Poder Judiciário não possua o monopólio da tarefa de significar os valores constitucionais, não há por que silenciá-lo diante de condutas que afrontem tais valores. Ademais, o Judiciário pode - a partir de uma nova perspectiva de processo - contribuir para as discussões e debates públicos acerca da significação dos valores.

A proposta aqui defendida é a possibilidade de demandar - por meio de um processo estrutural - o atendimento dos parâmetros necessários ao cumprimento dos deveres que emergem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, especialmente quanto ao efeito jurídico decorrente dos deveres autônomos, sobre o qual se discorreu acima. A pretensão de acesso ao Judiciário

43 ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

44 FISS, Owen. Direito..., p. 24-25.

45 FISS, Owen. Direito..., p. 23.

não existe *prima facie*, mas exsurgirá nos casos em que o Estado não empreender as prestações fáticas e normativas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente para fins de organização, procedimento e proteção em níveis que sejam aceitáveis à fruição desses direitos.⁴⁶

Desse modo, os processos estruturais têm como ponto de partida a violação sistemática de direitos fundamentais. Seu objetivo não é apenas reparar danos já ocasionados (objetivo retrospectivo), mas de promover uma adequação das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos violados (objetivo prospectivo), o que inclui a reorganização estrutural das instituições responsáveis pela realização dessas políticas. As demandas dos processos estruturais normalmente estão vinculadas a violações dos DESCs, uma vez que a realização desses direitos envolve estruturas complexas de prestações sociais que exigem orçamento público e organização de serviços públicos.⁴⁷

Conclusão

A noção de mínimo existencial, bastante recorrente na doutrina e na jurisprudência como forma de limitar a atuação do Poder Judiciário na realização de direitos fundamentais sociais, não pode ter a pretensão de justificar o persistente descumprimento do projeto estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Sob a perspectiva da dimensão objetiva, é certo que, do amplo rol de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, extrai-se uma ordem axiológica de valores que não apenas legitima o sistema constitucional, mas também impõe ao Poder Público a obrigação de criar condições para que os bens jurídicos sejam usufruídos pelos cidadãos. Há, portanto, uma obrigação de maximização dos direitos sociais para o Poder Público, o qual deve instituir estruturas organizacionais e mecanismos procedimentais (políticas públicas) que garantam a realização dos valores constitucionais.

Aceitar a compreensão de que a atuação do Judiciário seja restrita ao mínimo existencial, é admitir que não haveria nenhuma forma de controle de constitucionalidade para enfrentar o reiterado descumprimento do projeto constitucional. A intervenção judicial é, portanto, inevitável e necessária. Desse modo, considerando a inevitabilidade da judicialização de políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais, especialmente os sociais, uma boa forma de fazê-la é pelo processo estrutural, pois permite unir a problemática da constitucionalização do processo e a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Embora o processo estrutural já seja tema de debate nos Estados Unidos desde meados do século passado, apenas nos últimos anos esse tema aportou no Brasil. Isso não quer dizer que os litígios estruturais (e respectivos

46 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade..., p. 655-656.

47 SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Op. cit. p. 773 e 776.

processos estruturais) não existiam, mas que não se apresentavam ao Judiciário sob esse rótulo. O processo estrutural permite um novo olhar sobre velhos problemas. Ainda que possa parecer apenas uma nova roupagem para o tratamento processual de questões antigas, é inegável que a abordagem da questão sob essa perspectiva em muito contribui para o enfrentamento adequado de conflitos relacionados à violação de direitos fundamentais causados por estruturas burocráticas. Para garantir a efetividade de direitos fundamentais pelo Estado é preciso enfrentar as causas do problema. A pretensão de reforma estrutural por meio de um processo judicial permite ampliar a visualização de uma situação violadora de direitos fundamentais e avaliar as políticas públicas de uma forma mais abrangente.

É fato que as novas práticas propostas pela adoção de um processo estrutural recaem sobre velhas estruturas institucionais que acabam limitando a sua eficácia. Porém, os litígios estruturais são uma realidade e é preciso se pensar em formas de permitir, racionalizar e legitimar a intervenção do Poder Judiciário na correção de políticas públicas deficitárias ou inexistentes. A capacidade institucional do Judiciário para lidar com a complexidade dos processos estruturais é questionável, mas assim o é para todas as demais questões. Talvez seja melhor lidar com um único processo estrutural complexo e difícil (mas igualitário) do que com as milhares de ações individuais que a manutenção do *status quo* poderia gerar.

A conclusão, portanto, é a de que o processo estrutural - como instrumento de significação de valores constitucionais por meio da re(adequação) das burocracias estatais - pode ser uma resposta adequada para o enfrentamento das omissões e deficiências estatais no cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

BITTENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017.

FISS, Owen. **Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade**. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2017.

FISS, Owen M. **The forms of justice**. Harvard Law Review, vol. 93, n. 1, 1979.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos**

Fundamentais & Democracia (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 619-656.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

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.

HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021.

ATIVISMO DIALÓGICO: ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO TRATAMENTO DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA NO CASO DO AUXÍLIO-EMERGENCIAL

Priscilla Pereira da Costa Corrêa

Doutoranda em Ciências Sociais e Jurídicas na Universidade Federal Fluminense. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense. Juíza federal. Docente no Programa de Mestrado Profissional da Escola Nacional de Formação de Magistrados

Resumo:

O presente trabalho explora a atuação do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, durante o ano de 2020, no tratamento da litigiosidade repetitiva decorrente do benefício assistencial que foi implantado no mesmo ano pelo Poder Executivo Federal brasileiro, denominado de auxílio emergencial. O trabalho descreve as iniciativas e as interações do referido Conselho empreendidas junto a outros órgãos do Judiciário Federal e junto a atores externos ao Poder Judiciário, bem como os resultados desta mobilização na trajetória dos conflitos envolvendo o auxílio. O trabalho parte da disfuncionalidade do sistema processual brasileiro no tratamento da litigiosidade repetitiva de direitos socioeconômicos com prejuízos tanto à eficiência e economicidade do Poder Judiciário como à celeridade e isonomia entre os destinatários destes direitos vocacionados à redução de desigualdades, para explicitar um possível novo modelo de mediação de conflitos empregado na judicialização do auxílio emergencial, consubstanciado na interação com a trajetória do conflito e a mobilização de redes de diálogos.

Palavras-chave: Judiciário brasileiro; Litigiosidade repetitiva; Ativismo dialógico; Redes de diálogo; Auxílio-emergencial.

Introdução

O presente trabalho explora a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no como novo modelo de política de mediação de conflitos repetitivos de direitos assistenciais com base na experiência do caso do auxílio emergencial, programa de transferência de renda criado para proteção social de hipossuficientes diante da crise econômica agudizada pela pandemia de Covid-19.

O fenômeno da judicialização da política e das relações sociais e econômicas, embora mundial, assume contornos particulares nos países do Sul Global, marcados por histórias de colonialismo, modernidade tardia e *Welfare State* não consolidado. O déficit de implementação de direitos sociais fundamentais é, portanto, uma chave relevante para compreender a busca por direitos socioeconômicos nos Judiciários latino-americanos e a relação entre práticas judiciárias e transformações sociais.

Os direitos sociais criados pela Constituição de 1988, sobretudo benefícios assistenciais atuam como redutores da extrema pobreza e constituem fatores causais relevantes na redução da desigualdade econômica no país (ARRETICHE, 2018). Desse fundamento, emerge a relevância de estudar como o Judiciário se articula em busca de tratamento para a litigiosidade repetitiva desses direitos vocacionados à redução de desigualdades e se evidenciar nuances da interação entre Judiciário e transformações sociais.

O auxílio-emergencial foi instituído pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020 e regulamentado pelo Decreto nº 10.316/2020, como benefício assistencial temporário.

Diante da crise econômica agudizada pela pandemia de Covid-19, este programa de transferência de renda criado para proteção social de hipossuficientes, despertou expressiva demanda. De acordo com o Ministério da Cidadania, foram formulados 150 (cento e cinquenta) milhões de pedidos, dos quais 80 (oitenta) milhões de foram considerados inelegíveis¹.

As principais causas de indeferimento administrativo decorreram de falhas no desenho da política pública² e erros nas bases de dados³, o que ensejou significativa e simultânea judicialização da verba emergencial⁴, além de uma massa de conflitos potencialmente judicializáveis.

Com efeito, a atuação do CNJ, ao levantar dados, mobilizar redes de diálogo entre órgãos do Judiciário e atores externos, cruzar de bases de dados e categorizar causas, moldou um fluxo de trabalho específico sob a justificativa de garantir celeridade aos destinatários da política pública e evitar o risco da judicialização individual massiva destes conflitos. Esta atuação mobilizou órgãos do Poder Judiciário numa interação direta destas estruturas com o conflito/política pública, razão pela qual os materiais e resultados produzidos nesta articulação constituem fontes interessantes para identificar e compreender práticas adotadas neste novo possível modelo de mediação de conflitos

1 <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/07/auxilio-emergencial-tem-99-8-dos-pedidos-processados>.

2 O desenho da política pública desconsiderou o contexto socioeconômico dos destinatários do benefício, notadamente a exclusão digital, ao condicionar o pedido à via digital mediante cadastro de linha de celular.

3 Houve graves problemas nas bases de dados dos cadastros públicos, sobretudo decorrente de falhas de atualização do CadÚnico e RAIS, bem como barreiras para cruzamento dos dados oficiais.

4 De início, um total de 182 (cento e oitenta e dois) mil processos, segundo dados do Caderno Auxílio-Emergencial do CNJ.

repetitivos.

Tratamento da litigiosidade repetitiva de direitos socioeconômicos no Judiciário brasileiro: Déficit de instrumentos processuais e políticas judiciárias

Superadas as discussões sobre justiciabilidade dos direitos sociais que permearam a distinção entre direitos autoaplicáveis e programáticos, emerge, da consagração da efetividade e da exigibilidade, o problema da implementação judicial destes direitos de segunda geração.

No modelo brasileiro, a reiteração de demandas individuais de direitos socioeconômicos acaba por revelar inépcia do sistema processual, que, embora não exclua a possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas no nascedouro dos conflitos, não oportuniza a extensão de seu resultado a todos que se encontrem na mesma situação fático-jurídica na postulação destes direitos individuais homogêneos.

A propensão ao efeito multiplicador das lides de direito socioeconômicos (direitos individuais homogêneos) deve fomentar medidas capazes de prevenir o ajuizamento de demandas repetitivas mediante a identificação da gênese do conflito e promoção de medidas que reflitam soluções efetivas e uniformes para os jurisdicionados e titulares dos direitos reconhecidos pelo Judiciário.

O processo civil brasileiro tem origem no direito privado e-, após inúmeras reformas manteve feição privatista e individualista. Os chamados litígios de interesse público não encontram no sistema processual um modelo de tratamento molecularizado capaz de concretizar promessas constitucionais em direitos sociais com efetividade e isonomia, resvalando na postulação individual com bases idênticas e respostas nem sempre isonômicas, tampouco céleres. A racionalidade liberal centrada em relações bilaterais é acionada também no trato de direitos individuais fundados em políticas públicas.

O déficit de instrumentos processuais (PIMENTEL, 2019, 66-71) e a transposição da racionalidade liberal subjacente reverberam uma carência de políticas judiciárias ajustadas às peculiaridades de demandas de direitos socioeconômicos (DSE), restando negligenciadas as causas e a trajetória desses conflitos, cujo resultado é a aplicação (inapropriada) de políticas dirigidas a conflitos estritamente privados e bilaterais, à míngua de diagnósticos e bases empiricamente situadas.

Criado pela Emenda Constitucional 45 de 2004 (EC 45/2004) e instalado há dezessete anos, ao CNJ foi incumbido o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário brasileiro⁵. Dessa diretriz tem-se extraído o papel de formulador de políticas para toda a Instituição.

5 Artigo 103-B, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

Trajetória do conflito e ativismo dialógico: interações necessárias ao tratamento da litigiosidade repetitiva de direitos socioeconômicos?

Ao revisitar a chamada perspectiva da disputa (GALANTER, 2015), Rebecca Sandefur revigora a importância de se compreender como os conflitos se formam e se desenvolvem até chegarem aos tribunais sob a forma de litígios, no percurso das fases do *naming, blaming and claiming*⁶; aponta que as pesquisas assumiam os conflitos como objetos encontrados no mundo e enfocavam meios justos e eficientes para resolver as disputas civis que chegavam aos tribunais, e defende uma “virada de chave” na qual se privilegie o olhar a partir trajetória do conflito, ou seja, o itinerário que segue as fases do nomear, imputar e reivindicar. Defende a socióloga que se olhe para os entraves ao acesso à Justiça e efetividade de direitos sociais, isto é, perceba-se o conflito enquanto fenômeno sociológico e pré-processual, identificando-se quais grupos de pessoas são afetados, isto é, quais grupos conseguem perceber e acessar o sistema de justiça atingindo a fase de reivindicação e quais permanecem “à porta do sistema” como litigantes potenciais (SANDEFUR, 2008) vistas a formulações isonômicas. Sob essa perspectiva, na temática dos DSE, os aspectos anteriores à judicialização de conflitos, isto é, interações com a política pública subjacente, mostram-se necessárias (SANTOS, 2008, p. 14; SILVA, 2008, p. 587).

A metáfora da pirâmide ilustra a trajetória do conflito até a judicialização e auxilia no esforço de compreensão sobre porque importantes lesões permanecem excluídas do Judiciário. Traz como ideia central uma evolução de patamares da percepção de lesões por membros da sociedade, fases estas caracterizadas pela capacidade do indivíduo em nomear, imputar e reivindicar direitos em juízo. Esta formulação explica que a maior parte das lesões permanecerão não-percebidas pelos indivíduos (*unperceived injurious*) e esgotarão seu ciclo de vida na primeira etapa da pirâmide. Já as lesões percebidas (*perceived injurious experience*) subirão de patamar quando auto identificadas como direito próprio (nomear). A transformação do conflito para responsabilização de outrem, por sua vez, passa pela capacidade do cidadão se enxergar como parte de uma relação-jurídica e caracteriza a fase do “imputar”. E finalmente, a disposição/capacidade de exigir o direito do qual se vê como titular, configura a fase do “reivindicar”. Os níveis superiores da pirâmide guardam relação com as formas de tratamento do conflito dentro e fora do sistema judicial.

O percurso da trajetória do conflito sustenta a ideia de que o mapeamento do seu itinerário pode possibilitar soluções que beneficiem também aqueles que não ajuizaram demandas judiciais, isto é, alcançar jurisdicionados potenciais, que, ao formularem pleitos na via administrativa, transitam entre a fase da imputação à reivindicação, interações promovidas pelo CNJ no caso

6 FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*. *Law & Society Review*, v. 15, n. 3/4, p. 631-654, 1980.

auxílio emergencial.

A perspectiva da disputa, vale dizer, assume maior relevância na judicialização de direitos socioeconômicos eis que originados de políticas públicas. Logo, neste âmbito, as lesões experimentadas têm propensão natural ao efeito multiplicador, e assumem feição típica de litígios de interesse público a reclamar abordagens que procedimentalizem a isonomia. Ao tratar de litígios de interesse público, Chayes (1976) destaca a necessidade de respostas que transcendam a resolução de um conflito pretérito e bilateral, e defende uma mudança de paradigma, na qual o processo guie-se para busca de soluções prospectivas capazes de regular e modificar arranjos sociais e econômicos também para o futuro.

No esforço de diferenciar processo coletivo, processo estrutural e processo de interesse público, Vitorelli destaca que este último se caracteriza por constituírem demandas que buscam assegurar direitos não efetivados pelo Estado não apenas às partes de um processo, mas a todos os potenciais destinatários daquela prestação, o que se alinha à experiência do caso do auxílio emergencial aplicada pelo Judiciário brasileiro, porém, fora do campo jurisdicional.

Cezar Garavito (2009, 2013, 2015) destaca o problema da implementação judicial de DSE. O sociólogo colombiano argumenta que a atenção centrada nas decisões judiciais, criou um ponto cego nos estudos e práticas do campo que negligencia a fase de implementação desses direitos, razão porque defende a importância de se investigar a “caixa preta” das implementações de DSE não apenas pelo viés da exigibilidade à luz da teoria democrática, mas também pela perspectiva dos direitos humanos, impulsionando-os por mecanismos de supervisão (2013, p. 7-10).

O diálogo democrático como procedimento por meio do qual, sob formas plurívocas, a razão comunicada se instala no médium linguístico - em que interações se conectam e formas de vida se estruturam, ganha centralidade a partir das teorias comunicativas de finais do século 20, sobretudo, a partir da concepção habermasiana do agir comunicativo (HABERMAS, 2003, 2013; GARGARELLA, 2016). A prática dialógica, inclusiva, horizontalizada, como forma de interação interinstitucional, recebe como virtudes o esvaziamento das críticas à “última palavra” judicial e ao chamado “ativismo judicial despreparado” (SILVA, 2008, p. 596), bem como o favorecimento à retomada da política a um lugar preponderante no processo de tomada de decisões. Entre as críticas, situam-se tensões e obstáculos no sistema de freios e contrapesos e a transposição de um desequilíbrio de forças preexistentes (GARGARELLA, 2016).

A tipologia de efeitos e de consequências de decisões judiciais em direitos socioeconômicos formulados por Garavito a partir da investigação do modelo de acompanhamento da implementação de direitos adotado pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) no emblemático caso do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, no qual a *Sentencia* T025, de 2004, da

CCC serve de base à compreensão da experiência brasileira cuja análise se propõe neste ensaio.

No paradigma colombiano, a rede dialógica teve início na Corte Constitucional, mas passou a ser sediada em entidade externa ao Judiciário, com a participação deste como um dos atores interinstitucionais. O modelo definido como ativismo dialógico é caracterizado, em síntese, pelo acompanhamento da implementação de direitos (no caso colombiano, reconhecidos pela CCC) por meio da interação dialética de diversos atores para discussão de alternativas políticas para resolver a falha estrutural detectada. O conceito de ativismo dialógico é posto em contraposição ao ativismo monológico, prática tradicionalmente aplicada nos processos judiciais na qual o Judiciário se limita a afirmar a exigibilidade de DSE e promover deferimentos sem, contudo, acompanhar as etapas de implementação destes direitos, que ficam exclusivamente a cargo do executor da política pública. Ocorre que, como apontam os mencionados autores, é exatamente na etapa da implementação que os detalhes que obstaculizam a decisão relativa a políticas públicas se tornam visíveis e precisarão ser enfrentados para que a formulação teorizada na sentença se concretize como realidade na vida das pessoas envolvidas no conflito (2015, p. 211-226). Garavito e Diana promovem uma defesa empírica do ativismo dialógico e endossam que funções deliberativas devem ser desempenhadas pelo Judiciário nas sociedades contemporâneas (2015, p. 236-242).

Trajatória do conflito e ativismo dialógico: interações promovidas pelo CNJ no caso auxílio-emergencial

O auxílio emergencial, instituído pela Lei Federal nº 13.982, de 2 de abril de 2020, e regulamentado pelo Decreto nº 10.316, de 2020, como benefício assistencial temporário, despertou demanda expressiva em curto lapso temporal de sua vigência. Esse programa de transferência de renda criado para proteção social de hipossuficientes diante da crise econômica agudizada pela pandemia de Covid-19 atingiu, de acordo com o Ministério da Cidadania, mais de 150 (cento e cinquenta) milhões de requerimentos, dos quais 80 (oitenta) milhões de pedidos foram considerados inelegíveis. O desenho da política pública desconsiderou o contexto socioeconômico dos destinatários do benefício, notadamente a exclusão digital, e fez uso de bases de dados desatualizadas, o que deu ensejo à judicialização simultânea e expressiva da verba emergencial (CNJ, 2020), além de uma massa de conflitos potencialmente judicializáveis.

Essa judicialização num curto lapso temporal: i) evidenciou as falhas na política pública; ii) mobilizou o CNJ a liderar iniciativas para o tratamento coordenado dos focos de litigiosidade a partir do cruzamento de dados judiciais (CPFs e causas do indeferimento) com dados da DataPrev; iii) o cruzamento de dados viabilizou o agrupamento de causas, numa categorização nacional de demandas sob a governança do CNJ, que propiciou encaminhamentos regionais aglutinados conforme o tipo de negativa detectada, identifi-

cando-se, inclusive, negativas indevidas não-ajuizadas.

A atuação do CNJ no caso do auxílio emergencial promoveu a aplicação de novos dispositivos como modelo de tratamento de litigiosidade repetitiva de direito socioeconômico (DSE). Dessa atuação, destaca-se duas linhas de interações: a interação com as causas da litigiosidade, abordagem caracterizada pelo olhar para a origem dos conflitos e enfoque à sua trajetória, mediante a identificação dos pontos da política pública que mais ensejaram litigância repetitiva, entendida com base na trajetória do conflito; e a interação dialógica entre agentes internos ao Judiciário e interinstitucionais, caracterizada pela mobilização de redes de diálogo, compreendida à luz do ativismo dialógico.

Com efeito, ao promover interações com as causas da litigiosidade e mobilizar agentes em redes de diálogo, o CNJ acionou dispositivos específicos sob a justificativa de garantir celeridade e isonomia aos destinatários da política pública e de evitar o risco da judicialização individual massiva destes conflitos. Essa atuação promoveu uma mediação dialógica de âmbito nacional.

No âmbito do CNJ, a partir da incorporação da Agenda 2030 e seus 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, foi criada a Comissão de acompanhamento de ODS14, e dentro dela, o Laboratório de inovação, inteligência e objetivos de desenvolvimento sustentável - LIODS⁷ - definido como um espaço administrativo e horizontal de diálogo e articulação de políticas públicas entre o Poder Judiciário, entes federativos e sociedade civil.

Para monitoramento da judicialização do assunto em âmbito nacional, o auxílio emergencial foi inserido como campo próprio na Tabela Processual Unificada (TPU) tratada pela Resolução CNJ nº 65/2008.

A metodologia de trabalho empregada pelo CNJ, ao estabelecer uma rede de diálogo entre órgãos do Poder Judiciário e atores externos, isto é, articulação intrainstitucional e interinstitucional, propiciou a construção coletiva de medidas de procedimentalização da isonomia nestes conflitos. Esta rede mobilizada pela Comissão de ODS do CNJ envolveu representantes dos Tribunais, AGU, DPU, MPF, OAB, Cartórios extrajudiciais e do Poder Executivo (Ministério da Cidadania) e as empresas responsáveis pela implantação do benefício (DataPrev e CEF). Nas reuniões foram identificadas e agrupadas as principais causas de indeferimentos, e engendradas tratativas para sanar as falhas de nível macro. Essa atuação se alicerçou numa dinâmica de circularidade do fluxo de informações: causas (errôneas) e quantitativos dos indeferimentos emergiam dos elementos trazidos nos processos que chegavam à Justiça Federal e eram informadas ao CNJ, e as correções nas bases de dados usadas pela DataPrev que provocavam deferimentos administrativos dos pedidos naquele grupo de casos eram comunicadas aos Centros de Conciliação juntamente com listagens dos números de CPFs dos beneficiados para encerramentos dos litígios em curso por perda de objeto diante da implantação administrativa do

7 Resolução nº 296, 2019.

benefício (medida de desjudicialização). Ao longo das etapas deste diálogo interinstitucional mediado pela Comissão de ODS do CNJ, foram realizados alinhamentos materializados nos Termos de Cooperação Técnica n° 001/2020 firmado entre CNJ, Ministério da Cidadania e Dataprev, e n° 41/2020, firmado entre Ministério da Cidadania e Defensoria Pública da União.

Os chamados Centros de Inteligência⁸ foram criados na Justiça Federal para enfrentar o problema das demandas repetitivas - lides fundadas nas mesmas bases fáticas e jurídicas. Estes órgãos administrativos formados por juizes e servidores foram instalados a partir de 2017. Sua estrutura é composta por um órgão central - o Centro Nacional de Inteligência (CIn), em funcionamento junto ao Conselho da Justiça Federal (CJF); e pelos Centros Locais, estabelecidos em cada um dos estados da federação. Sua estratégia de atuação se alicerça em três pilares: monitoramento, prevenção e gestão de precedentes em demandas repetitivas.

Concomitante ao trabalho interinstitucional no CNJ, a rede dos Centros de Inteligência da Justiça Federal promoveu coleta de dados, reuniões, audiências públicas com a produção de Notas Técnicas sobre o tema. Algumas dessas Notas pautaram compromissos interinstitucionais para remoção de óbices, como, por exemplo, falta de documentos por pessoas em situação de rua.⁹ Os Centros de Conciliação concentraram o recebimento de todas as ações judiciais e atuaram na organização de mutirões para homologação de acordos após o recebimento dos números de CPFs dos elegíveis ao benefício, fruto do prévio cruzamento de dados promovido pelo CNJ.

Considerações finais

À luz das políticas judiciárias legisladas, tem-se que as origens dos focos de litigância de DSE em matéria previdenciária e assistencial (e suas políticas públicas subjacentes) são usualmente negligenciadas pelas políticas judiciárias, assim como as relações entre os agentes interinstitucionais correlatos, o que explicaria a transposição do modelo de solução de conflitos privados para o trato destes conflitos decorrentes de políticas públicas, bem como o fomento a soluções individuais e abordagem estritamente quantitativa.

A compreensão da litigiosidade repetitiva enquanto fenômeno multifacetado e interdisciplinar tal como realizada no caso do auxílio emergencial propiciou visão mais abrangente e contextualizada aos operadores do direito, e neste sentido, a conexão entre unidades de gestão e jurisdição mediante a articulação de redes de diálogo teve o potencial de fomentar abordagens mais qualificadas e céleres.

8 Regidos inicialmente na Portaria n° 369/2017, do CJF, convertida na Resolução 499/2018, do CJF que atualmente regula o funcionamento dos Centros de Inteligência na Justiça Federal.

9 Nota Técnica n° 03/2020. Disponível em: https://clip.jfrj.jus.br/sites/default/files/publicacoes/2020/nota-tecnica-conjunta-no-3/2020-dos-centroslocais-de-inteligencia-de-sao-paulo-rio-de-janeiro-e-alagoas/nota_tecnica_3_2020.pdf.

A categorização de ações lastreada nos dados extrajudiciais, empreendida pelo CNJ, constituiu importante inovação para adoção de soluções coletivizáveis de forma policêntrica. A preexistência de uma rede de diálogos horizontal entre juízes promovida pelos Centros de Inteligência favoreceu a articulação liderada pelo Conselho Nacional de Justiça na busca de soluções nacionalmente coordenadas em simetria à dimensão nacional da política pública desenhada para enfrentamento da crise econômica agudizada pela crise sanitária.

Nessa ordem de ideias, conclui-se que a atuação do CNJ, ao coordenar a gestão da litigiosidade do auxílio emergencial, provocou efeitos diretos e indiretos ao chamado ciclo da judicialização, e contribuiu para o tratamento mais acertado deste foco de litigância, numa dinâmica circular, na qual: i) falhas na política pública foram evidenciadas a partir da judicialização; ii) a correção de parte das falhas da política pública foi viabilizada por meio do diálogo interinstitucional, abreviando o tempo das implantações de benefícios e minorando a litigiosidade; iii) a interação de redes de diálogo internas propiciou agrupamento de causas, sob a forma de uma categorização nacional de perfis de demandas sob a governança do CNJ, da qual decorreram encaminhamentos regionais (à Justiça Federal de cada Estado) aglutinados conforme o perfil de demanda detectado; iv) tanto a política pública desenhada pelo Executivo Federal, como a prestação jurisdicional foram beneficiadas e aperfeiçoadas pelo diálogo interinstitucional

Referências

AMB. **O uso da Justiça e o litígio no Brasil**. <http://s.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>. Acesso em: 05.nov.2021.

ARRETCHE, Marta. **Trajetórias da desigualdade**: como o Brasil mudou nos últimos 50 anos. São Paulo: Ed. da Unesp, 2015.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez. 2019.

BELLO, ENZO. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito, SÃO LEOPOLDO**, VOL. 7, ED. 1, jan-apr 2015, 49-61.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. CAPPELLETTI. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Reimpresso em 2002.

CHAYES, Abram. The role of the Judge in Public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, maio de 1976, p. 1281-1316. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340256?seq=1>. Acesso em: 13 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Brasil. Caderno Auxílio Emergencial.

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030/>. Acesso em: 28 jun. 2021.

_____. Brasil, **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019, Brasília: CNJ, 2020.

_____. Brasil, **Justiça em Números 2021**: ano-base 2020, Brasília: CNJ, 2021.

_____. Brasil, **A Judicialização de benefícios previdenciários e assistencial**. 10/09/2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/10/Relatorio-Final-INSPEP_2020-10-09.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

CORREA, PRISCILLA P. COSTA; CLEMENTINO, M. B. M. ; MORAES, VÂNILA CARDOSO ANDRÉ ; ZANONI, L. O. T. C. . Atuação em rede dos Centros de Inteligência da Justiça Federal durante a pandemia: uma forma de institucionalização do sistema multiportas no direito brasileiro. 1. ed. Brasília/DF: CEJ, 2020. v. 1. 591p.

CORRÊA, Priscilla. Meios consensuais de solução de conflitos e demandas repetitivas de direito público: um desafio a ser enfrentado. *In*: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016. p.21-31.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *In*: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Ed.). **Política pública como campo disciplinar**. São Paulo: Ed. Unesp, 2013. p. 181-200.

CUNHA, Luciana Gross; GABAY, Daniela Monteiro (Org.). **Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming. **Law & Society Review**, v. 15, n. 3/4, p. 631-654, 1980.

FERRAZ, Leslie S.; GABBAY, Daniela M et al. Repensando o acesso à Justiça: velhos problemas, novos desafios. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 3, p. 174-212, out. 2017.

FISS, Owen. **Estudos Norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coordenação da tradução SALLES, Carlos Alberto; tradução Daniel. Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 121-145.

FRAGALE FILHO, Roberto. Conselho Nacional de Justiça: desenho institucional, construção de agenda e processo decisório. **Dados**, v. 56, n. 4, 2013.

GABBAY, Daniela Monteiro. Litigância repetitiva e acesso à justiça no brasil: uma nova agenda de pesquisa. *In*: FERRAZ, Leslie Shérida (Coord.). **Repensando o acesso à Justiça no Brasil**: estudos internacionais. Aracaju: Evocati, 2016, v. 1 (As ondas de Cappelletti no século XXI), p. 86-107.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jul. 2015.

_____. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GARAVITO, C. R. ; FRANCO, Diana R. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GARAVITO, C. R.; FRANCO, Diana. **Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. 268 p.

GARAVITO, C. Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Vol. 14, diciembre, 2013, pp. 1-27.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALLE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, PILAR. **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** London: Routledge, 2016 xiv, 312 p.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013.

_____. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Vol. I, 2^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos sociais como justiça distributiva. In: _____. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 141-162.

MATTEI, UGO. Access to Justice. A Renewed Global Issue?, vol. 11.3 **Electronic Journal Of Comparative Law**, dec. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2Sqz1h8>. Acesso em: 20 dez. 2021.

MIRANDA, Andréa Pimentel. **Quem tem medo do processo coletivo?** As disputas e as escolhas políticas no CPC/2015 para o tratamento da litigiosidade repetitiva no Brasil. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2019.

MIRANDA NETTO, Fernando G. de; LEAL, Stela Tannure. Tribunal Multiportas e crises de identidade: o Judiciário como alternativa a si mesmo? **Formas Consensuais de Solução de Conflitos**. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI-U-FMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. 2015. p. 5-33.

MIRANDA NETTO, Fernando G. de; PELAJO, Samantha. Mediação Judicial em risco na Justiça Multiportas? In: CALAINHO, Márcia (Org.). **Mediação: medo e esperança**. Porto: Editora Cravo, 2020.

MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1948.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org.). **Judicialização de Políticas Públicas no Brasil**, São Paulo: FIOCRUZ, 2018.

RODRIGUES, Mariana; SILVA, Karen, e outras. Auxílio Emergencial em tempos de pandemia, **Revista Sociedade e Estado** - Volume 36, Número 2, Maio/Agosto 2021.

SADEK, Maria Teresa. A organização do Poder Judiciário no Brasil. In: _____. (Org.). **Uma introdução ao estudo da Justiça**. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1995.

_____. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.

SANDEFUR, Rebecca L. *Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality*. **Annual Review of Sociology**, v. 34, p. 339-358, Aug. 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Acesso à Justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro**. Tese (Livre docência). Ribeirão Preto: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, 290p.

SILVA, V. Afonso. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Neto & Daniel Sarmento. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. vol. 284. ano 43. p. 333-369.

MODELO COOPERATIVO COMO MÉTODO DE TRATAMENTO ADEQUADO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Priscila Felix Tenório da Silva Gomes Gonçalves

Advogada, Graduada pela Universidade Estácio de Sá, onde conquistou ainda os títulos de Pós-Graduada e Mestre. Orientadora de Trabalho de Conclusão de Curso. Membro do Observatório de Cultura Jurídica e Democratização do Processo do PPGD da Universidade Estácio de Sá

Resumo:

O objetivo geral deste trabalho é analisar o gerenciamento processual como ferramenta capaz de trazer dinamismo e eficácia ao procedimento civil no Direito de Família, com o objetivo final de entregar efetividade ao resultado da demanda, seja ela finalizada através de um acordo entre as partes ou de uma sentença judicial. O trabalho se propõe a estudar o método de solução de conflitos sob a ótica do modelo cooperativo, enquadrado de forma ainda mais específica nas demandas de cunho familiar. Especificamente a prática colaborativa é tratada como o mecanismo gerencial que pode trazer efetividade, dentro de uma duração razoável de processo, mas acima disso, que ao fim da demanda judicial esta tenha de fato alcançado um resultado eficaz. O alcance se torna possível com a observância de princípios basilares da Constituição da República do Brasil, tal como a dignidade da pessoa humana, igualdade, direito ao contraditório e à ampla defesa. A aplicação principiológica conduz a marcha processual a um gerenciamento de cooperação e, por fim, de eficácia.

Palavras-chave: Direito de família; Gerenciamento processual; Modelo cooperativo; Procedimento.

Introdução

Por mais similares que possam aparentar ser as demandas judiciais, fato é que cada conflito que chega ao Judiciário traz consigo uma singularidade, gerando a necessidade de pensar um gerenciamento processual por blocos de conflitos. Dentro da ideia de gerenciamento, O conjunto normativo de leis, inclusive processuais, e seus métodos de aplicação precisam ser voltados para o alcance de uma Justiça satisfativa.

Pautado nesta premissa, sobrevém o questionamento: em que medida

a contribuição das partes e a postura colaborativa do juiz podem influir para um resultado eficaz? Para responder a esta pergunta o estudo apresenta como metodologia de pesquisa a qualitativa quanto à sua abordagem, isso porque o estudo da dinâmica de um processo em litígio emocional abarca um vínculo indissociável com o meio social, cultura e costumes.

Para tanto seu objetivo geral é analisar em que maneira o gerenciamento leva as partes conflitantes a encontrar no dissenso, um consenso mínimo que as leve o a efetividade. E como objetivos específicos: 1. Compreender a dinâmica do Direito de Família considerando seu vínculo principal, o afeto. 2. Como o modelo cooperativo pode se mostrar o mecanismo hábil para solução do conflito em si e não somente daquela causa em específico.

Não é incomum as partes findarem um processo e apresentarem futuramente uma nova demanda, isso porque na ação anterior foi tratado o sintoma e não a causa daquele conflito. Por esta razão a pesquisa desenvolvida e em breves linhas colocada se debruça sobre o questionamento acerca da necessidade de um tratamento processual diferenciado e, sobre a reflexão se o modelo assimétrico de julgamento ainda serve para atender o anseio das partes em litígios familiares.

Esta peculiaridade é notada na origem. A formação da entidade familiar, diferente da formação de outras sociedades, não se dá somente por um acordo de vontades. Além e diferente disso, a formação da família origina-se do afeto, e, por esta razão, este é o elemento que nos faz olhar para as demandas judiciais familiares e tratá-las de forma diferenciada.

Não se trata de um olhar discriminatório sobre o Direito de Família, e sobre os litigantes destas demandas, pelo contrário, a ideia dessa análise gerencial direcionada não pretende trazer afetação à autonomia de vontade das partes, mas apresentando-lhes um gerenciamento processual apto a dirimir aquele conflito, dentro dos limites de atuação do Poder Judiciário.

O gerenciamento de processos já se mostrou eficaz no resultado de pesquisas pregressas como será demonstrado, mas, especificamente para este recorte de matéria, a ideia do gerenciamento nos permite pensar em como ações colaborativas podem fazer com que demandas eivadas de sentimento, e que por esta razão carregam em si de forma muito intensa a cultura do litígio, se tornem uma comunidade de trabalho eficaz e dinâmica.

Num primeiro momento pode parecer uma ideia trabalhosa que implique em uma marcha processual naturalmente mais cautelosa, e, portanto, não tão célere. Contudo, a reflexão e análise do resultado de aplicação do método incentiva minimamente a curiosidade e pretensiosamente a sua aplicação, dada a eficácia que se pode extrair do preceito.

Isto porque, o conjunto de normas (materiais e processuais) e seus métodos de aplicação na verdade servem para um único objetivo: alcance de Justiça. Neste sentido, até mesmo por ser abstrato e subjetivo a conceituação de justiça, no campo processual podemos de alguma forma traduzi-la e como a entrega da efetividade daquela demanda processual, que precisa ser encarada

não somente como a entrega de um resultado definitivo, mas, também como a solução satisfativa capaz de impedir que aquelas partes retornem com novos processos em razão de um conflito (social) não resolvido.

Dinâmica do direito de família

Antes de abordar o conjunto de normas processuais e de que forma é possível utilizá-las em favor da solução de conflitos familiares, é necessário voltar atenção ao vínculo que mantém (de forma positiva ou negativa) as relações familiares. Fala-se do afeto, que por encontrar definição em campo do saber alheio ao direito, pode soar como de difícil adequação na sistemática legal. Por isso, demonstrar a sua influência nas ações humanas se revela como essencial, antes de avançar na sua aplicação prática dentro do cotidiano forense.

O afeto, dentro desta teoria, não é visto somente como um sentimento, ainda que o sentir possa ser entendido como uma das manifestações plausíveis de afeto.¹ A teoria do afeto desenvolvida por Spinoza² defende que o afeto faz parte do poder comum da natureza humana. Os afetos são as afecções (alterações) do corpo, por meio das quais se acrescenta ou diminui, é deslocado ou reduzido o poder de agir do corpo.

Afetos podem ser interações que impactam no cotidiano humano, capazes de aumentar ou diminuir a potencialidade. Contudo, apesar de não ser possível classificar o afeto somente no campo dos sentimentos, fato é que a paixão e o amor (tão presentes nas relações familiares) guardam íntima relação com o afeto, não só pelo sentido da palavra, mas por se tratar de uma das diversas manifestações afetivas.

E o amor, ao mesmo tempo que enquanto existente fornece o ânimo de querer fazer o bem, quando se acaba (seja de forma unilateral ou bilateral), não raras vezes traz consigo em seu fim resistência a qualquer manifestação de solidariedade em relação ao outro. Eis aqui, a barreira que o direito processual precisa considerar e enfrentar nos litígios familiares.³

Rodrigo da Cunha defende a ideia da família como uma organização

1 Para Spinoza, os afetos se classificam em causas adequadas, cujo efeito pode ser percebido clara e distintamente por si mesmo e causas inadequadas, que ao contrário, seu efeito não pode ser definido por si mesmo. Partindo desta classificação, Spinoza explica o afeto em uma modalidade ativa quando dentro de nós ou fora de nós se realiza algo que decorre de nossa própria natureza. O afeto ativo influencia na natureza humana no sentido de que o nosso corpo sempre busca aumentar a potência de agir buscando esforços que o façam crescer. Lado outro, os afetos passivos ocorrem sem que necessariamente o evento decorra de nossa natureza, como um acidente, uma paixão, uma traição. É neste sentido que Spinoza classifica o afeto como sendo algo capaz de aumentar ou diminuir nossa capacidade de agir ou potência.

2 SPINOZA, Baruch. *Ética III. Tratado teológico-político*. México. Editorial Porrúa. 2007. P. 89 e 90

3 GONÇALVES, Priscila Felix da Silva Gomes. **Novas perspectivas em gerenciamento de processos nas ações que envolvem litígios emocionais**. Rio de Janeiro, 2022. 142 f.

psíquica⁴. assim, justifica que um dos marcos essenciais no Direito de Família foi a introdução do estudo da Psicanálise no discurso jurídico. “Desde que Freud revelou ao mundo a ‘descoberta’ do inconsciente, fundando a Psicanálise, o pensamento contemporâneo ocidental tomou outro rumo. A consideração do inconsciente revelou um outro sujeito, um ‘sujeito de desejo’.”⁵

Pautado nessa premissa, é possível compreender que as atitudes humanas não são tomadas apenas no campo da objetividade, existe uma subjetividade defendida por Rodrigo da Cunha que influencia, como uma ação determinante, os negócios jurídicos. A objetividade dos atos que envolvam as partes litigantes em Direito de Família, traz também consigo uma subjetividade que não pode ser ignorada.⁶

Toda esta carga emocional tende a desaguar em uma postura litigiosa. Não é incomum a dificuldade do consenso quando estamos diante de demandas eivadas de grande contexto emotivo entre as partes envolvidas. Há ali presente a necessidade de sair vencedor e ver o outro como vencido, uma necessidade que extrapola o campo das ciências jurídicas, mas que, apesar disso afeta o trajeto processual.

A proposta do gerenciamento é então apresentar uma forma de ultrapassar esta questão emocional e através de mecanismos processuais buscar dentro do dissenso (material) um ponto mínimo de consenso sobre o qual seja possível trabalhar e encontrar a saída para um procedimento que ao final seja ao máximo aproximado de um resultado eficaz.

Vencer essa barreira da litigiosidade reincidente é um desafio possível de ser vencido através de um gerenciamento que permita aos litigantes fazer parte de uma comunidade de trabalho, melhor chamada de processo colaborativo.

Modelo cooperativo como método adequado de tratamento

O conceito brasileiro de isonomia entende que se deve trazer igualdade de tratamento abordando situações diversas de acordo com a sua real necessidade, de modo que, ao final, por mais plurais que sejam as demandas e situações, todos, em igualdade, alcancem direitos. É o que se extrai da lição de Rui Barbosa quando menciona que isonomia compreende “tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade”⁷.

O gerenciamento processual através do método cooperativo é o instrumento por meio do qual é possível reger o procedimento civil, e trazer dinamismo na marcha processual cuja relevância central está em entregar eficácia

4 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2022. P. 20

5 *Ibidem* P. 80

6 Opere citato

7 BARBOSA, Rui, **Oração aos moços/ O dever do advogado**. São Paulo: Editora Rus- sel, 2009. p.29

do método e efetividade no resultado de uma ação judicial, seja este resultado obtido por meio de acordo (através de participação concreta das partes na construção do resultado) ou sentença (através da participação abstrata das partes na construção do resultado).

Este é o extrato do gerenciamento processual, em que, por mais similares que possam parecer as demandas judiciais, fato é que cada grupo de conflitos traz a sua peculiaridade, gerando assim a necessidade de pensar um novo método, uma releitura do arcabouço normativo de forma a alcançar efetividade.

Por isso, dentro de um modelo cooperativo, a visão do magistrado, das partes e de seus patronos precisa deixar de ser tão objetiva (visando somente a celeridade) para debruçar-se sobre o esforço de entregar uma decisão de mérito satisfativa, sem que isso importe em afronta aos princípios da constituição brasileira⁸, como por exemplo o princípio da razoável duração do processo, entendendo que, nas palavras de Antônio do Passo Cabral⁹ o processo foi feito para demorar, isso porque, antes de haver um julgamento devem ser analisadas com cautela todas as questões.

O método colaborativo como um procedimento que faz parte de um gerenciamento processual adequado, também tem o condão de proteger princípios constitucionais brasileiros como devido processo legal, contraditório e a ampla defesa.

O princípio do contraditório inclusive ganha uma releitura e uma ampliação conceitual. Processualmente o seu conhecimento se aplica no direito de responder às alegações que a parte adversa venha a apresentar. Dentro de um gerenciamento cooperativo, a ideia não é diversa, mas que lhe seja complementar. Ou seja, no Direito de Família a garantia ao contraditório é mais que uma garantia processual de apresentar uma versão dos fatos e, portanto, uma defesa. É a oportunidade de ouvir e ser ouvido, visando a solução do conflito.

Essa oportunização pela oitiva traz a democracia entre as partes mas é importante que o direito de fala e defesa, seja exercido não somente em peças processuais, pois o litigante com melhores condições financeiras sairia em clara vantagem. Mas é importante trazer essa oportunidade para o campo dos métodos alternativos de solução de conflito, como a conciliação e mediação, oportunizando o diálogo que possa trazer solução ao litígio.

Essa garantia de meios adequados para celeridade de tramitação pode ser lida como uma garantia gerencial do processo, e estes meios devem se prestar a garantir não só a celeridade, mas segurança jurídica em um procedimento que seja razoável e efetivo.

8 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de Outubro de 1988.

9 CABRAL, Antônio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Novo Código de Processo Civil.** in: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Normas Fundamentais.** Salvador: JusPodium. 2016

Para tanto, é necessário investigar de que modo o gerenciamento processual, através do modelo cooperativo de processo, pode se mostrar um instrumento eficaz capaz de trazer maior segurança jurídica e efetividade.

Em sua obra Daniel Mitidiero¹⁰ explica de maneira muito didática a dinâmica de colaboração como um modelo, um modelo de equilíbrio em que se divide de maneira equânime as posições tomadas tanto pelo juiz como pelas partes no processo.

Por isso, se torna relevante analisar os 3 pressupostos centrais de um processo colaborativo:

O primeiro deles é a ótica de pressupostos sociais, onde o Direito tal como uma ciência, sofre a todo instante com influência social o que atrai uma necessidade de adequação a cada vez que essa organização social é modificada. Dentro do Direito de família isso não é diferente, muito pelo contrário. Pois bem, como o juiz lida diretamente com as partes, seja no papel mais dominante, seja no papel, ainda dominante, só que mais colaborativo a sua função acaba sofrendo modificação.

A própria natureza da demanda em si, não o permite mais adotar uma postura inquisitória de apenas tomar os fatos para dar o Direito. É preciso um movimento maior no sentido de gerenciar processos de maneira mais colaborativa.

Analisar o processo sob a ótica social se torna muito fundamental pois o magistrado está lidando com pessoas que sofrem a todo tempo algum tipo de influência, são influenciadas através do local em que vivem, da maneira com a qual foram educadas, entre outros aspectos.

Por isso que dentro de um processo colaborativo faz-se o destaque para o modelo cooperativo, uma vez que este modelo organiza as relações entre Estado, Sociedade e Indivíduo. Todo esse formato de construção converge para que o Estado em si esteja pautado em um princípio: da dignidade da pessoa humana. Sob a ótica de aplicação deste princípio em todas as esferas, a sociedade contemporânea, nas palavras do autor pode ser considerada ela mesma como um empreendimento de cooperação mútua entre seus membros de modo a obter um proveito de todos.

O objetivo central é que se alcance um ponto de equilíbrio em relação a organização do processo, de forma que ele se torne uma comunidade de trabalho, tendo a cooperação como prioridade dentro do processo.

Dos pontos de entrave um que precisa ser tratado com maior rigor é litígio, já tratado. No entanto, vale destacar que a cultura do litígio precisa ser revista sob o aspecto jurídico e processual, sendo importante validar que posições antagônicas não impedem a estrutura de um processo cooperativo por algumas questões bem simples:

Em primeiro lugar porque ter uma postura cooperativa não significa que uma das partes facilitará o alcance do objetivo da adversa.

10 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

Em segundo lugar, importante destacar que trazer a cooperação implica em ganho para ambas as partes quando se realiza por exemplo um negócio processual que possa trazer celeridade.

E em terceiro lugar, em que pese haja posições antagônicas, a depender da natureza da ação, o objetivo final é o mesmo.

Por conta disso, é importante deixar claro que a cooperação ao mesmo tempo que se mostra mútua ela é também uma cooperação para alcance dos objetivos individuais, já que, o objetivo é que ao final da demanda ambas as partes consigam o resultado que se aproxime ao máximo possível daquilo que lhes seja satisfativo. A ideia de aplicar o gerenciamento através da cooperação, é trazer efetividade para as partes através da busca de um resultado satisfatório mínimo.¹¹

Conclusão

A ideia de aplicar o gerenciamento processual através do método cooperativo de condução processual, é trazer efetividade para as partes de forma a garantir a solução da demanda que se apresentou não somente sob o viés jurídico, mas também pelo viés social na medida que se oportuniza para as partes a possibilidade de cooperarem para a construção de uma solução dentro daquela demanda.

Esta perspectiva humanista traz uma análise processual que observa as relações familiares para além de interesses meramente legais ou patrimoniais, através deste novo olhar as relações familiares ganham outra compreensão, considerando seu vínculo pautado na autonomia de vontade oriunda de um afeto.

A proteção da família não pode se esgotar apenas no campo do direito material, uma vez que, neste campo encontramos o abrigo de leis que tratam de regulação acerca da concepção, existência e conduta familiar durante a existência das relações. No entanto, findo os relacionamentos, é no campo processual que haverá o exercício de tudo aquilo que o direito material tratou de tutelar.

É claro que há ainda outros aspectos que podem ser considerados quando falamos de gerenciamento de processos, apesar disso, buscou-se na obra destacar como a colaboração se mostra positiva e isso já traz uma reflexão sobre a forma de manejar o Direito.

A cooperação é uma vantajosa solução à efetividade das demandas judiciais familiares. Salta aos olhos a dinâmica ímpar de processos que envolvam litígios emocionais e a aplicação fria da lei não trará a eficácia jurídica suficiente para tratar as mazelas que se apresentam ao Judiciário.

Por isso, a cooperação se apresenta como uma solução à efetividade das demandas judiciais familiares. E a efetividade se reflete no alcance mais próximo possível de satisfação às partes envolvidas. Isso somente pode ser possível

11 Opere citato

através de uma escuta dos anseios dos envolvidos como partes e da participação de ambos dentro de um processo colaborativo, obedecidos os parâmetros legais.¹²

Admite-se, em conclusão até este momento, que existe uma necessidade de revisão do método processual que seja adequado à esta esfera do Direito que guarda tanta relação com o íntimo do ser humano ao tocar seus sentimentos e expectativas, a fim de que, seja possível a entrega de uma tutela jurisdicional que lhes sejam satisfativas.

Referências

BARBOSA, Rui, **Oração aos moços/ O dever do advogado**. São Paulo: Editora Russel, 2009. p.29

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 de Outubro de 1988

CABRAL, Antônio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Novo Código de Processo Civil**. in: *DIDIER JUNIOR, Fredie. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Normas Fundamentais*. Salvador: JusPodium. 2016

GONÇALVES, Priscila Felix da Silva Gomes. **Novas perspectivas em gerenciamento de processos nas ações que envolvem litígios emocionais**. Rio de Janeiro, 2022. 142 f.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2022. P. 20

SPINOZA, Baruch. *Ética III*. **Tratado teológico-político**. México. Editorial Porrúa. 2007. P. 89 e 90.

12 GONÇALVES, Priscila Felix da Silva Gomes. **Novas perspectivas em gerenciamento de processos nas ações que envolvem litígios emocionais**. Rio de Janeiro, 2022.

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NOS MODELOS PROCESSUAIS CONTEMPORÂNEOS E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Lilia Nunes Silva¹

Mestra em Direito (Universidade Católica de Petrópolis), Especialista em Direito Processual (Universidade Federal de Juiz de Fora) e Direito Material e Processual do Trabalho (Faculdade Damásio de Jesus). Graduada em Direito (DOCTUM/JF).
Pesquisadora. Advogada

Resumo:

O Código de Processo Civil de 2015 e a Constituição Federal de 1988 definem o modelo processual brasileiro atual, tendo como pilares, dentre outros, os princípios do contraditório e cooperação, sendo ambos expressamente normas fundamentais procedimentais. Tal constatação exige atenção no que concerne aos poderes instrutórios do juiz e o direito ao Devido Processo Legal como sistema constitucional de garantias à serviço do jurisdicionado. A importância da imparcialidade do julgador no modelo processual em vigor abarca a temática do direito fundamental à prova como garantia das partes no processo, atraindo a reflexão sobre os limites dos poderes instrutórios do juiz e o legítimo direito a um julgamento neutro e equidistante. Desse modo, a pesquisa objetiva realizar análise crítica da atuação do órgão jurisdicional quanto à iniciativa probatória, no sentido de argumentar que a atividade judicial tem o poder-dever de preservar não apenas o direito de acesso ao julgamento justo, mas o respeito ao sistema de garantias processuais que são inafastáveis à real obtenção da solução do conflito de forma imparcial. A metodologia adotada consiste na revisão bibliográfica e análise da legislação sobre o tema no Brasil.

Palavras-chave: Direito à prova; Iniciativa; Limites; Imparcialidade judicial; Garantismo processual.

1 O artigo teve a orientação do Professor Marcelo Pereira de Almeida, no âmbito projeto interinstitucional “Mecanismos Processuais destinados a proporcionar eficiência na prestação jurisdicional em causas seriais”, que conta com a participação de pesquisadores do Unilasalle/RJ, Universidade Católica de Petrópolis e Universidade Federal Fluminense.

Introdução

O direito à prova, direito fundamental de proteção e de resistência, é um dos corolários do Devido Processo Legal, podendo considerar-se ainda uma variação do contraditório e ampla defesa. É o meio pelo qual o jurisdicionado pode demonstrar o direito pretendido, no sentido exercício da pretensão ou noutro, de resistência à pretensão.

Os modelos processuais contemporâneos têm como um dos pilares fundamentais o princípio do contraditório e, no Brasil, agregou-se a cooperação, e ambos constam expressamente como normas fundamentais do processo no Código de Processo Civil de 2015.

Neste contexto, ao compreender o direito à prova como garantia de natureza fundamental, entra em debate se, ao juiz, é permitido atuar nesta seara. O questionamento exige atenção quando se cotejam os poderes instrutórios do juiz e o Devido Processo Legal como sistema de garantias à serviço do jurisdicionado e não do Estado-juiz. Assim, o estudo disserta acerca dos poderes instrutórios do juiz à luz do garantismo processual, corrente de pensamento que compreende o processo como uma instituição de garantias dos jurisdicionados face ao poder estatal, cunhada pela própria Constituição.

As normas processuais que disciplinam os poderes instrutórios do juiz são infraconstitucionais e, portanto, devem guardar simetria ao processo, que tem matriz constitucional, e o estudo parte desta perspectiva na análise de como os modelos processuais delimitam o tema.

O objetivo do texto é fazer inserções críticas sobre a atuação do órgão jurisdicional quanto à iniciativa probatória, no sentido de argumentar que a atividade judicial tem o poder-dever de preservar não apenas o direito de acesso ao julgamento justo, mas o respeito ao sistema de garantias processuais que são inafastáveis à real obtenção da solução do conflito de forma imparcial.

A metodologia adotada consiste na revisão bibliográfica e análise histórica da legislação sobre o tema no Brasil.

O estudo foi dividido em três seções, sendo a primeira dedicada a apresentação dos modelos processuais na contemporaneidade e o direito à prova neste contexto; a segunda seção apresenta uma contextualização histórico-normativa sobre o direito à prova no Brasil, desde a proclamação da independência em 1822 até os dias atuais e; a terceira seção trata das diversas interpretações quanto aos poderes instrutórios do juiz.

Modelos processuais na contemporaneidade e o direito à prova

O contexto histórico de passagem de um modelo liberal de Estado, inaugurado com a Revolução Francesa no século XVIII, o qual cuidou de garantir liberdades individuais e igualdade de todos perante a lei - prestações estatais negativas -, para um modelo social de Estado, que enxergou a insuficiência de tais garantias frente às flagrantes desigualdades entre as pessoas -

prestações estatais positivas -, naturalmente refletiu nos sistemas processuais.

Assim emergiu a chamada socialização processual, que adquiriu força a partir dos contornos do Estado de Bem-Estar social no final do século XIX e início do século XX, em contraposição ao modelo liberal e privatista de processo decorrente da quadra histórica anterior, em que o juiz era quase um expectador, apto tão somente a garantir a boa ordem processual e proferir decisões baseadas no que foi delimitado pelas partes².

A doutrina socializante, capitaneada por Anton Menger e Franz Klein, teorizou a necessidade do fortalecimento dos poderes do juiz e diminuição do papel das partes, materializada na lei processual civil do Império Austro-húngaro em 1895 - mais conhecida como Código Klein, dotado de características extremamente autoritárias por retirar das partes a condução do processo e transferi-la aos juízes³.

A partir do Código Klein, pode-se considerar iniciada a *era* publicista do direito processual, dominante na doutrina do século XX e que delineou o processo civil como instrumento da concretização de escopos sociais. A oralidade e a concentração, o impulso oficial do processo e o ativismo judicial em matéria de prova, isto é, a concessão de amplos poderes instrutórios ao juiz deixou em segundo plano a iniciativa das partes e a responsabilidade dos advogados, tudo isto em nome da busca da verdade material e justiça, ainda que o preço a ser pago seja a imparcialidade do julgador⁴.

Nesta ambiência se situam os modelos processuais que passa a comentar e, em que pesem as críticas à contraposição clássica entre o modelo processual *adversarial* e o inquisitorial⁵, a referida classificação tem utilidade para visualização de importantes características e que irão subsidiar os tópicos seguintes do estudo. As expressões tradicionalmente designam, de forma respectiva, o sistema de países anglo-saxônicos - chamados de *common law* - e o sistema de países da Europa continental e ordenamentos dela afluentes como a América Latina - chamados de *civil law*⁶. O modelo processual denominado *adversarial*, regido pelo princípio dispositivo e ligado à maior oralidade, carrega a ideia de processo como coisa das partes, no qual a atuação do juiz assemelha-se a figura de um “árbitro passivo”⁷, limitado a garantir a correção/legalidade do procedimento e analisar os elementos fáticos e jurídicos levados pelas partes aos autos (e que assim serão objeto de cognição). Por conseguinte, a regra da iniciativa probatória é que seja faculdade exercida exclusivamente pe-

2 ALMEIDA, Marcelo Pereira. Precedentes Judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa. Curitiba: Juruá, 2014, p. 53-54.

3 Ibidem, p. 54.

4 GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo do processo civil. Revista de Processo, RePro n. 164, v. 33, out/2008, p. 31.

5 Neste sentido, apontando ser de cunho ideológico a forma de abordagem do tema, o texto de Michele Taruffo “Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law”, Revista de Processo (RT), Ano 28, abril-junho 2003, p. 144-145.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo, Rev. Minist. Público, Rio de Janeiro, RJ, (21), 2005, p. 166.

7 TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais..., p. 146.

las partes.

O modelo processual denominado inquisitorial, regido pelo princípio inquisitivo e ligado à lei escrita, carrega a ideia de processo como instrumento da jurisdição para realização do ideal de justiça, no qual a atuação do juiz é ampliada para a consecução dos escopos (sociais, jurídicos e políticos) da jurisdição. Aqui, a regra da iniciativa probatória não é mais que seja faculdade exclusiva das partes, pois ao juiz é permitido, caso entenda pela deficiência dos elementos trazidos pelas partes, em nome da busca da verdade e justiça no caso concreto, que atue na instrução - a exemplo da alteração do ônus da prova ou a determinação de diligências probatórias.

No panorama atual, é crescente a circulação entre os modelos tradicionalmente chamados de *common law* e *civil law*, com a adoção de procedimentos e incorporação de institutos típicos de matizes distintas, em complexo intercâmbio de modelos⁸. A título de ilustração, o modelo de precedentes judiciais implantado no Brasil no código procedimental (2015) e o *Code Of Civil Procedure* (1999) na Inglaterra, o que acaba influenciando na atividade probatória dos sistemas jurídicos diversos.

O modelo processual cooperativo, instituído no Brasil pelo Código de Processo Civil de 2015, investe na distribuição de funções entre os sujeitos do processo como forma de concretizar os mandamentos constitucionais de ordem processual. Tomando como base de caracterização do modelo a norma brasileira, a cooperação implica no dever dos sujeitos processuais em cooperar entre si para obter, *em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*⁹. Alguns exemplos são a possibilidade de calendarização procedimental¹⁰, saneamento compartilhado do feito¹¹, a possibilidade de produção de prova pelas partes/juiz¹² e distribuição dinâmica do ônus probatório¹³, o que demonstra a elevação como norma fundamental a lealdade e a boa-fé processual.

A apresentação dos modelos processuais contemporâneos indica o caráter publicista ainda presente na legislação procedimental. Se a agenda atual é a busca da efetivação das garantias fundamentais previstas nos mandamentos constitucionais, e que decorre do desenvolvimento das sociedades, o abandono da visão paternalista de Estado é uma das consequências, o que, por conseguinte, também há de refletir no campo do Direito.

Autores como Juan Montero Aroca; Luís Correia de Mendonça; Franco Cipriani; Adolfo Alvarado Velloso; Nuria Belloso Martín e Eduardo da Fonseca Costa apontam que a cláusula do Devido Processo Legal traz consigo a compreensão do processo como garantia fundamental do cidadão, uma instituição de garantias forjada pela própria Constituição¹⁴ e composta de outras

8 Ibidem, p. 153.

9 Artigo 6º, CPC/15.

10 Artigo 191, CPC/15.

11 Artigo 357, §§2º e 3º, CPC/15.

12 Artigo 370, CPC/15.

13 Artigo 373, §1º, CPC/15.

14 COSTA, E. J. F. Notas para uma garantística. *Empório do Direito*, 4 jul. 2018.

como a igualdade, a legalidade, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade e a fundamentação das decisões judiciais. E, nestes termos, como garantia contrajudicial, a atividade judicial deve respeitar as regras do jogo, o que é incompatível com o pensamento de processo como instrumento da jurisdição.

O direito à prova no processo, portanto, é garantia fundamental consecutiva do contraditório e da ampla defesa, do que se conclui do artigo 5º, inciso LV, parte final da CF/88 que garante os últimos *com os meios e recursos a ela inerentes*. Como tal, assegura aos jurisdicionados participantes da relação jurídica processual proteger ou resistir à pretensão, por todas as formas permitidas pelo ordenamento e no objetivo de convencer o Estado-juiz, em plena contradição, a quem cabe o direito objeto da cognição.

Direito probatório no Brasil: contextualização histórica e os poderes instrutórios do juiz no CPC de 2015 (Lei n. 13.105/2015)

Com a declaração de independência em 1822, a primeira legislação a tratar do tema - Decreto n. 737/1850 -, deixa evidente a prevalência do princípio dispositivo em relação à produção da prova, em que cabia as partes a sua indicação e produção no procedimento ordinário. Na Consolidação das leis do Processo Civil por Antônio Joaquim Ribas em 1876, o formato se manteve (artigo 334), à exceção da possibilidade de reforço nas perguntas por parte do juiz (artigo 421) e de requisitar diligências de ofício na fase recursal (artigos 1566 e 1567).

No período da chamada “República velha” (1889 a 1930), a legislação processual não foi estabelecida nacionalmente e sim a nível estadual, cumprindo destacar algumas para visualização do modelo dominante. O Código de Processo Civil do Estado do Pará - Decreto n. 1380/1905 - basicamente estabeleceu as provas por iniciativa das partes (artigos 179/282); no do Estado do Rio Grande do Norte - Lei n. 551/1922 - ainda prevalecia o princípio dispositivo, mas já haviam sinais para permitir iniciativas oficiosas (artigo 143) e; no de São Paulo - Lei n. 2421/1930 - as provas, em regra, eram por iniciativa das partes (artigo 262), porém, também já apresentava tendência para atuação oficiosa do juiz (artigo 310 - requisição de perícia).

Nessa época se percebe um movimento mais claro de publicização do processo, com indicativos de ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, inclusive, na produção da prova. O jurista Eduardo Espínola, idealizador do Código de Processo do Estado da Bahia, influenciado pelas legislações Austríaca, Húngara e Alemã, explicava que o princípio geral é que as partes ofereçam as provas dos fatos alegados, mas se não o fizer - por conveniência, oportunidade ou impossibilidade - caberia ao magistrado produzi-la de ofício¹⁵.

15 QUEIROZ, Pedro Gomes. O Poder do juiz de produzir prova de Ofício. Revista de Processo, vol. 304/2020, Jun/2020, p. 3 (versão online).

Desde a Constituição Federal de 1934 unificou-se a legislação processual brasileira, prevendo a competência privativa da União para tratar do tema. As primeiras legislações decorrentes foram: o Decreto Lei n. 1608/1939, que instituiu o Código de Processo Civil (CPC) e, no artigo 117, concedeu amplos poderes instrutórios aos magistrados, inclusive a atuação oficiosa na produção de provas; o Decreto Lei n. 3689/1941, que instituiu o Código de Processo Penal (CPP) e, no artigo 156, também autoriza a atuação oficiosa na produção de provas e; o Decreto Lei n. 5452/43, que instituiu a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e concedeu amplos poderes instrutórios aos magistrados, inclusive a atuação oficiosa na produção de provas, o que se vê no artigo 765, ao permitir que o juiz determine qualquer diligência que entender necessária e, no artigo 848, faculte o interrogatório dos litigantes de ofício.

A legislação processual penal e trabalhista, mesmo com algumas reformas, ainda estão em vigor, o que não ocorreu na seara civil, pois a Lei n. 5869/1973 instituiu um novo Código de Processo Civil, que surge no regime ditatorial brasileiro (1964-1985) e mantém o perfil publicista, a exemplo do artigo 130 que permite a produção de provas *ex officio* pelo juiz.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, início do Estado Democrático de Direito no Brasil, a efetivação da justiça e dos direitos fundamentais se torna o centro da organização estatal, com a inserção do Devido Processo Legal no núcleo de garantias fundamentais, e outros direitos de natureza processual.

Entretanto, apenas com a Lei n. 13.105/2015 houve adequação da legislação processual civil aos ditames constitucionais e, logo no primeiro artigo do código, fora estabelecido o dever de ordenação, disciplina e interpretação das normas procedimentais aos valores e normas da Constituição.

A atual legislação do procedimento civil deu maior ênfase e poder às partes, mostrando ter sido gestada para atender demandas privadas, mas, apesar da mudança de norte, o mapeamento do código permite afirmar a manutenção do modelo de amplo poder instrutório ao juiz. Logo no artigo 6º, é previsto que todos os sujeitos processuais - e aqui se inclui o juiz - *devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva* e no artigo 139, inciso VI, é dada como incumbência do juiz *dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito*.

No capítulo dedicado às provas, a constatação é mais evidente. Veja-se o artigo 370, que permite ao juiz a determinação de provas que entenda necessárias ao julgamento de mérito; o artigo 373, § 1º, que prevê o poder do juiz em alterar a regra no ônus processual das partes - chamada pela doutrina de distribuição dinâmica do ônus da prova - e; o artigo 379, que comina a parte obrigação de cooperação no processo em relação às provas.

Quando se trata das provas em espécie, os julgadores possuem poderes para: colheita oficiosa do depoimento pessoal (artigo 385); ordenar a exibição de documento ou coisa (artigo 396); impor medidas coercitivas para que

haja a exibição do documento ou coisa (artigo 400, parágrafo único); na prova documental, ordenar a exibição de livros e documentos (artigo 421) e requisitar certidões/autos de procedimentos administrativos em repartições públicas (artigo 438); na prova pericial, determinar a substituição da perícia por produção de prova técnica simplificada (artigo 464, §2º), formular quesitos (artigo 470) e determinar nova perícia de ofício (artigo 480) e; determinar inspeção judicial (artigo 481).

Interpretações sobre os poderes instrutórios do juiz

A legislação brasileira, quanto aos poderes instrutórios do juiz, a despeito do novo código procedimental civil ter dado maior protagonismo às partes, revela que o Estado mantém a compreensão do processo como um instrumento da jurisdição, sendo relevante, portanto, analisar as correntes doutrinárias que envolvem a temática.

No sentido de que o juiz detém amplos poderes na instrução probatória, Alexandre Câmara¹⁶ ampara o entendimento no fato do juiz também ser o destinatário da prova e, no modelo processual cooperativo como o adotado pelo CPC/15, onde todos os sujeitos processuais atuam juntos, de forma participativa, ao juiz igualmente incumbe atuar na direção da construção de um resultado justo, constitucionalmente legítimo, para o processo. De maneira similar, José Roberto dos Santos Bedaque¹⁷ e William Santos Ferreira¹⁸.

Outra vertente acredita que os poderes instrutórios do juiz possuem caráter complementar ou supletivo, encontrando-se variados entendimentos nesta lógica.

Arruda Alvim defendia que a iniciativa do juiz quanto à prova tem natureza apenas complementar, pertinente quando verificada a falta de elementos probatórios no processo¹⁹.

Em dimensão supletiva, indicando o caráter complementar com ressalvas, Flávio Luiz Yarshell²⁰ entende que a amplitude desses poderes depende da relação jurídica controvertida, sendo mais ampla a iniciativa probatória do juiz em casos de direitos indisponíveis e menor ou nenhuma para direitos disponíveis. De forma parecida, Celso Barbi²¹ ressalta o cabimento em caso de

16 CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 203.

17 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do Juiz. 3. Ed. São Paulo: RT. 2001, p. 74.

18 FERREIRA, William Santos. Princípios fundamentais da prova cível. São Paulo: RT. 2014, p. 237.

19 Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Juspodivm: Salvador, 2013, p. 97-110.

20 Breves considerações em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no projeto de código comercial). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Juspodivm: Salvador, 2013, p. 199-206.

21 Os poderes do juiz e a reforma do Código do Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito, UFMG*, n. 5, 1965, p. 176.

vulnerabilidade de uma das partes - por questões econômicas e/ou deficiência da representação dos advogados -, atuando o juiz como um mantenedor da verdadeira igualdade processual.

Para Diego Crevelin, com a decisão de saneamento e organização do processo prevista no artigo 357, §2º CPC/15, determina-se a vinculação das partes e do juiz sobre os pontos controvertidos e provas e, consequentemente, cessa o direito supletivo/complementar do juiz em ordenar produção probatória após o ato de estabilização da demanda. Segundo o autor, *afirmar a constitucionalidade dos poderes instrutórios apenas em caráter supletivo/complementar é ter como premissa que a decisão de saneamento e organização, no que concerne à definição das provas, não se estabiliza em relação ao juiz*²². Isto é, os poderes supletivos padeceriam de inconstitucionalidade com a estabilização do saneamento se exercitados pelo juiz, pois não há como compatibilizá-lo à previsão do CPC/15.

E poderia cogitar-se a criação de competências escalonadas para preservar a imparcialidade diante dos poderes instrutórios do juiz no direito probatório, mediante técnica de procedimento escalonado, que foi desenvolvida pelo professor Glauco Gumerato Ramos²³. Como forma de equilibrar o poder (jurisdição) e a garantia (devido processo legal), além de assegurar às partes um julgamento imparcial, seria estabelecida a repartição de competências, designando-se um juiz para apreciação de tutela de urgência/evidência, outro para dirigir a instrução e, eventualmente, ordenar provas, e um terceiro que irá proferir julgamento de mérito.

Os dois últimos autores citados, em verdade, sequer consideram legítima/constitucional a concessão de poderes instrutórios ao juiz, amparados na ideia de processo como instituição de garantias dos jurisdicionados face ao poder estatal, especialmente a produção de provas de maneira oficiosa. Todavia, trouxeram apontamentos intermediários relevantes, demonstrando a discrepância em que se encontra o permissivo legal frente ao ordenamento jurídico como um todo.

A terceira acepção defende que o artigo 370 do CPC/15 seria inconstitucional, posicionamento assentado pela doutrina garantista logo acima descrita, sendo defeso ao juiz participar da produção de provas em qualquer circunstância. Às partes - e somente a elas -, é assegurada a liberdade para ponderar suas iniciativas probatórias e, assim, a outorga de poderes instrutórios ao juiz fere o espírito democrático do processo e a garantia do devido processo legal²⁴.

A prova, como *forma de ratificação da afirmação fática apresentada por uma das partes que se tornou controvertida pela resistência específica da outra*, é uma investigação sobre as alegações e não a busca da verdade real, constituindo *um juízo de con-*

22 SOUSA, Diego Crevelin. Ainda e sempre a prova de ofício: o silencioso sepultamento dos poderes instrutórios supletivos no CPC/15. *Empório do Direito*, 9 mar.2020, p. 2.

23 Repensando a prova de ofício. *Revista de Direito Processual Civil, UNIANCHIETA*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019, p. 45.

24 ROSSI, Júlio Cesar. Garantismo processual versus “neoprocessualismo”: as iniciativas probatórias oficiosas são constitucionais? *Empório do Direito*, 11 nov.2019, p. 7.

*firmação sobre a probabilidade do acontecimento dos fatos conforme afirmado por uma das partes*²⁵.

A atuação oficiosa do magistrado rompe a lógica do ônus probatório, pois, ao entender pela necessidade de produção de outras provas além das determinadas pelas partes, inevitavelmente age como interessado direto; as debilita na suposição de serem incapazes de prover os próprios interesses e tem potencial de ferir a razoável duração do processo²⁶.

O argumento de ser o juiz também um destinatário da prova e que isto está acima do interesse particular das partes, arrimado ainda no desconhecimento de quem será beneficiado com o resultado do pedido oficioso, não se sustenta ante a inevitável quebra da imparcialidade/neutralidade que advirá com a vantagem que um dos litigantes terá unicamente pela atuação judicial.

A imparcialidade ou neutralidade é o *dever jurídico de não tomar parte na realidade do processo, de não participar dela, de não lhe ser proprietário, respeitando-lhe a externalidade*²⁷, e como tal, deve ser buscada pelo julgador ao longo de toda sua atuação procedimental, razão máxima da violação constitucional a manutenção dos poderes instrutórios de acordo com o previsto na legislação infraconstitucional. O julgamento neutro e imparcial também é uma garantia fundamental dos cidadãos de nível constitucional, de vez que consecutiva do Devido Processo Legal.

O direito à produção de provas é um direito assegurado pela legislação para as partes, e isso é assente por toda a doutrina, de modo que consigam demonstrar ao julgador a razão de suas pretensões/resistências. O modelo processual que ampara a garantia fundamental de status constitucional deve obediência ao Devido Processo Legal e os direitos que dele exsurgem, devendo ser interpretado e aplicado sob este horizonte. Em consequência, é defeso ao juiz, mesmo se por razões louváveis, interferir na esfera de atuação das partes e a produção de prova faz parte deste núcleo, pois, do contrário, obsta o controle da sua atuação e afasta a imparcialidade essencial ao julgamento adequado.

Considerações finais

A importância da imparcialidade do julgador no modelo processual em vigor abarca a temática do direito fundamental à prova como garantia das partes no processo, atraindo a reflexão sobre os limites dos poderes instrutórios do juiz e o legítimo direito a um julgamento neutro e equidistante.

A estrutura metodológica instaurada pelo Código de Processo Civil de 2015 propõe um modelo cooperativo de processo pautado no amplo direito

25 CARVALHO FILHO, Antônio. A PANDEMIA DO VÍRUS AUTORITÁRIO: um exame sobre os poderes instrutórios. *Empório do Direito*, 6 abr. 2020, p. 4.

26 ARAÚJO, André Luiz Maluf. Pensando sobre os limites da prova de ofício no processo civil. *Empório do Direito*, 20 jul. 2020, p. 4-5.

27 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Imparcialidade como esforço. *Empório do Direito*, 9 dez. 2019. p. 2.

ao contraditório (direito de ciência, manifestação e influência no resultado), em que as partes são mais valorizadas e detêm maior autonomia na sua condução, ainda que parte expressiva da doutrina indique incoerências sistêmicas no modelo.

As partes têm o direito de arguir suas pretensões sob a estratégia que melhor lhes convenha, inexistindo dever de cooperação para além dos argumentos e provas levados à cognição judicial. Se eventual conduta ou omissão tiver o poder de gerar prejuízo à determinada parte, que o causador sofra as consequências da sua inércia ou atuação maliciosa, não podendo o juiz atuar no intuito de equilibrar a demanda discricionariamente ou pautado em regras abstratas que não permitem o controle da sua atividade.

Os modelos processuais devem seguir os preceitos constitucionais que visam à isonomia dos indivíduos e sociedade por seus próprios mecanismos, o que acarreta o abandono de práticas paternalistas não jurídicas que, ao invés de concretizar direitos, permite condutas abusivas de quem detém o poder e, em vista disso, é necessário o controle pela via do processo para administração adequada de conflitos.

É incongruente a permanência da possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz e a manutenção de amplos poderes instrutórios (medidas atípicas, inversão de ônus probatório) ao se pensar o processo como uma instituição de garantias dos jurisdicionados, ou seja, na qual o direito ao Devido Processo Legal e todas as garantias dele decorrentes - dentre elas o direito à prova - tem natureza contrajurisdicional.

O processo tem a missão de buscar o estabelecimento de uma ordem justa por meio das decisões emanadas, contudo, também é seu dever atuar respeitando as garantias fundamentais das partes asseguradas pela legislação processual e Constituição e, a possibilidade de medidas oficiosas fere a necessária imparcialidade do órgão julgador e estimula o voluntarismo judicial.

Referências

ALMEIDA, Marcelo Pereira. **Precedentes Judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa**. Curitiba: Juruá, 2014.

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coordenadores). Juspodivm: Salvador, 2013, p. 97-110.

ARAÚJO. André Luiz Maluf. Pensando sobre os limites da prova de ofício no processo civil. **Empório do Direito**, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://emporiოდireito.com.br/leitura/71-pensando-sobre-os-limites-da-prova-de-oficio-no-processo-civil>. Acesso em: 02 jul.2022.

ARAÚJO, José Henrique Mouta; HOLANDA, Marcelo. **Código de Processo Civil e Commercial do Estado do Pará** (Decreto n. 1.380 de 22 de junho de 1905):

- texto legal e breves apontamentos históricos. Londrina, PR: Thoth, 2021.
- BARBI, Celso Agrícola. Os poderes do juiz e a reforma do Código do Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito**, UFMG, n. 5, 1965, p. 162-179.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz**. 3. Ed. São Paulo: RT. 2001.
- BRASIL. **Consolidação das Leis do Processo Civil**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220533>. Acesso em: 13 nov. 2022.
- BRASIL. **Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 2.421, de 14 de janeiro de 1930**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1930/lei-2421-14.01.1930.html>. Acesso em: 13 nov. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017 (versão online).
- CARVALHO FILHO, Antônio. A PANDEMIA DO VÍRUS AUTORITÁRIO: um exame sobre os poderes instrutórios. **Empório do Direito**, 6 abr. 2020. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/56-a-pandemia-do-virus-autoritario-um-exame-sobre-os-poderes-instrutorios>. Acesso em: 02 jul.2022.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas para uma garantística. **Empório do Direito**, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/ab-pro-40-notas-para-uma-garantistica>. Acesso em: 13 nov. 2022.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Imparcialidade como esforço. **Empório do Direito**, 9 dez. 2019. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/42-imparcialidade-como-esforco>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT. 2014.
- GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo do processo civil. **Revista de Pro-**

cesso, RePro n. 164, v. 33, out/2008, p. 29-56.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. **Rev. Minist. Público**, Rio de Janeiro, RJ, (21), 2005, p. 165-174.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Norte** (Lei n. 551 de 11 de dezembro de 1922): texto legal e breves apontamentos históricos. Londrina, PR: Thoth, 2022.

QUEIROZ, Pedro Gomes. O Poder do juiz de produzir prova de Ofício. **Revista de Processo**, vol. 304/2020, Jun/2020, p. 179 - 200 (versão online).

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. **Revista de Direito Processual Civil**, UNIANCHIETA, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019, p. 38-57.

ROSSI, Júlio Cesar. Garantismo processual versus “neoprocessualismo”: as iniciativas probatórias oficiosas são constitucionais? **Empório do Direito**, 11 nov.2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/38-garantismo-processual-versus-neoprocessualismo-as-iniciativas-probatorias-oficiosas-sao-constitucionais>. Acesso em: 20 nov.2022.

SOUSA, Diego Crevelin. Ainda e sempre a prova de ofício: o silencioso sepultamento dos poderes instrutórios supletivos no CPC/15. **Empório do Direito**, 9 mar.2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/52-ainda-e-sempre-a-prova-de-oficio-o-silencioso-sepultamento-dos-poderes-instrutorios-supletivos-no-cpc-15>. Acesso em: 02 jul.2022.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e *common law*. **Revista de Processo** (RT), Ano 28, abril-junho 2003, p. 141- 158.

YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no projeto de código comercial). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coordenadores). Juspodivm: Salvador, 2013, p. 199-206.

OS PROCESSOS ESTRUTURAIS E A DINAMICIDADE DO PROCESSO CIVIL: EM BUSCA DE ALTERNATIVAS PARA A JUSTIÇA EM TEMPOS DE CRISE

Micaela Porto Filchtiner Linke

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada

Resumo:

A presente pesquisa centraliza-se nos processos estruturais e na dinamicidade do processo civil. O objetivo desta pesquisa foi analisar a necessidade de dinamicidade do processo civil brasileiro e de flexibilização procedimental, especialmente à luz da pandemia da *Coronavirus Disease 2019*. O trabalho de pesquisa teve cunho exploratório, utilizando-se de método dedutivo tradicional, tendo como base material de estudo a doutrina e a legislação brasileira. Como resultado da pesquisa, observou-se que os processos estruturais são uma concretização da possibilidade reconfigurada de resposta da jurisdição baseada no dinamismo do processo civil contemporâneo, a qual é indispensável para a obtenção do escopo essencial do processo civil: a prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Desse modo, viu-se que esses não são uma inovação jurídica recente e podem ser resumidos em procedimentos judiciais cujo objetivo é a implementação efetiva de reformas sistêmicas, institucionais ou organizacionais, desprendendo-se da aplicação automática de institutos tradicionais do processo civil que impeçam a resolução da lide e não forneçam a maleabilidade necessária ao procedimento, a fim de consolidar uma realidade conforme a Constituição brasileira, a qual deve ser dada ainda maior atenção em meio a períodos de crise como a pandemia da *Coronavirus Disease 2019*.

Palavras-chave: Litígios complexos; Flexibilidade procedimental; Pandemia da *Coronavirus Disease 2019*.

Introdução

O presente artigo aborda a temática dos processos estruturais, delimitada à necessidade de dinamicidade e de flexibilidade procedimental no pro-

cesso civil brasileiro, especialmente na consolidação dos processos estruturais como instrumento para a adequada e efetiva prestação de tutela jurisdicional. O tema é relevante jurídica e socialmente diante da busca por alternativas e soluções para a tragédia da justiça amplificada pelo cenário pandêmico.

Tais necessárias transformações sociais implicam na necessidade de adaptação do sistema de justiça, de maneira que este caminhe em direção à obtenção de soluções efetivas aos litígios configurados, em especial enfoque neste trabalho, promovendo a eficiente solução dos problemas estruturais por meio do estabelecimento de diálogo entre os setores envolvidos do Executivo, do Legislativo, da sociedade civil e do Judiciário. Desse modo, o objetivo central da pesquisa foi analisar a necessidade de dinamicidade do processo civil brasileiro e de flexibilização procedimental, especialmente com a consolidação da utilização de processos estruturais, à luz da pandemia da *Coronavirus Disease 2019* (COVID-19).

O presente trabalho de pesquisa utilizou de método de abordagem dedutivo, partindo de conceitos gerais a fim de deduzir conclusões acerca da problemática posta com a leitura crítica do material coletado. Ainda, a pesquisa teve cunho exploratório, tendo como base material de estudo a doutrina e alguns casos da jurisprudência nacional, dentre os quais as Ações Cíveis Públicas nº 9890800-40.2002.5.09.0001/PR, nº 0000533-73.1993.4.04.7204/SC, nº 1005310-84.2019.4.01.3800/MG e nº 5012843-56.2021.4.04.7200/SC, em que se percebe diferentes medidas tomadas a fim de adequar o procedimento ao caso.

Com o escopo de alcançar o objetivo posto, inicialmente perpassou-se pelo estado atual do sistema de justiça e do Judiciário brasileiro brevemente. Em sequência, revisou-se conceitos basilares acerca dos processos estruturais. Finalmente, abordou-se a flexibilização procedimental visualizada em exemplos de casos estruturais a fim de discutir a necessidade de dinamicidade do processo civil brasileiro.

Discussão

O Judiciário nacional encontra-se em franco congestionamento, o qual pode ser visualizado nos 75,4 milhões de processos em tramitação ao final de 2020 com um tempo médio de 2 anos e 2 meses para a publicação de sentença e de 3 anos e 6 meses para a baixa dos autos de acordo com o relatório Justiça em números 2021 do Conselho Nacional de Justiça.¹ A situação é frequentemente denominada tragédia da justiça, fazendo alusão à tragédia dos comuns.²

Este contexto é permeado uma revolução tecnológica que vem alterando o rumo de relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas, além de trans-

1 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

2 HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science**, New Series of the American Association for the Advancement of Science, v. 162, n. 3859, pp. 1243-1248. 1968.

formar a percepção espacial e temporal das pessoas.³ Com isso, observa-se uma verdadeira aceleração da realidade, a qual foi ainda impulsionada pela pandemia da COVID-19, que atingiu todos os setores.

O processo jurisdicional, por exemplo, tornou-se frequentemente ubíquo, omnipresente, e atemporal, onitemporal⁴, com a necessidade de virtualização ou digitalização da tramitação das ações devido às dificuldades impostas pelo contexto pandêmico, que acelerou exponencialmente a inclusão de tecnologias no Judiciário e em outros locais. Ocorre que, apesar de tais mudanças e das preocupações inerentes a elas, a imensa quantidade de processos em trâmite e de situações sociais que urgem por tutela não reduziram, de modo que é necessário buscar alternativas para lidar de maneira mais adequada e eficiente com as falhas sistêmicas que permeiam o país.

Exatamente com este escopo - promover precisas reformas estruturais em instituições, organizações, entes ou estruturas no geral - que os processos estruturais se consolidam, estando suas soluções vinculadas à função política do poder judiciário, de não apenas resolver conflitos, mas de promover a concretização dos direitos fundamentais dando significado para as disposições constitucionais.⁵ Tal objetivo é especialmente relevante frente aos litígios complexos⁶ que chegam às portas do Judiciário, comumente envolvendo questões de política pública, de alocação de recursos públicos e de interesse público no geral, muitas vezes vinculados a tutela coletiva que gera interferência nos mais diversos âmbitos: econômico, político, social e cultural.⁷

A origem dos processos estruturais remonta aos Estados Unidos da América na década de 1950 com o caso *Brown v. Board of Education of To-*

3 Para um relato amplo sobre o assunto, confira: HARARI, Yuval Noah. **21 Lessons for the 21st Century**. Londres: Ed. Jonathan Cape, 2018.

4 PEGORARO JÚNIOR, Paulo Roberto. A Ubiquidade do Processo Eletrônico e a Superação da Competência Territorial Relativa. **Revista de Processo**. vol. 263, pp. 453-477, 2017.

5 *“As a type of adjudication, structural reform is distinguished by the effort to give meaning to constitutional values in the operation of large-scale organizations. This organizational aspiration has important consequences for the form of adjudication, raising new and distinct problems of legitimacy. But much of the criticism of structural reform, and what I begin with, focuses on that characteristic common to all forms of injunctive litigation: the fact that so much power is vested in judges.”* Em tradução livre: “Como modalidade de adjudicação, a reforma estrutural se distingue pelo esforço de dar sentido aos valores constitucionais no funcionamento das organizações de grande porte. Esta aspiração organizacional tem consequências importantes para a forma de adjudicação, levantando novos e distintos problemas de legitimidade. Mas grande parte da crítica à reforma estrutural, e com a qual começo, concentra-se naquela característica comum a todas as formas de litígio injuntivo: o fato de que tanto poder é atribuído aos juízes.” (FISS, Owen. **The Law as It Could Be**. Nova Iorque: Ed. New York University Press, 2003. p. 5)

6 Sobre a aplicação dos processos estruturais aos conflitos complexos advindos da pandemia da COVID-19 no Brasil, vide: JOBIM, Marco Félix; LINKE, Micaela Porto Filchtiner. A Pandemia da COVID-19 no Brasil e os Processos Estruturais: uma abordagem para litígios complexos. **Revista eletrônica de direito processual**, vol. 21, pp. 377-426, 2020.

7 ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 225, pp. 389-410, nov. 2013.

peka I⁸ e II⁹, pelo qual o Judiciário impulsionou a dessegregação judicial das escolas públicas do país, ou seja, trabalhou na direção da erradicação de violações de abrangência coletiva a direitos constitucionais, o que Owen Fiss denominou *structural reforms*. A leitura da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América aponta no sentido da dificuldade de alterar ou transformar um estado de coisas instituído por mais desconforme ou inconstitucional que este seja. Nesse sentido, Marco Félix Jobim¹⁰, aponta que o traumático rompimento de precedente ou de paradigma - ou, conforme David O'Brien¹¹, a não aplicação à lide de uma doutrina instituída historicamente -, impede a satisfação imediata do direito postulado por meio de decisão de natureza meramente declaratória, sendo necessário um plano de execução continuado para a efetivação do direito tutelado e a transformação do estado de desconformidade identificado.

Essa percepção acerca da necessidade de impulsão judicial para a transformação no estado de desconformidade identificado coloca em xeque diversos institutos rígidos do processo civil tradicional que não permitem a efetivação de medidas nesse sentido. Em consonância a isso, Abram Chayes¹² - paralelamente ao desenvolvimento da teoria dos processos estruturais por Owen Fiss¹³ - identificou características depreendidas do conceito morfológico das ações de interesse público, dentre as quais: a delimitação do litígio moldável pelas partes e pelo juízo, a expansão dos polos processuais de maneira amórfica, o viés legislativo e previsível do conflito, a solução necessária sendo prospectiva e negociada, com a participação do juízo na execução da decisão, o qual tem ao longo do processo função ativa com responsabilidade sobre a organização e adequação da lide para a obtenção de uma solução viável à política pública discutida. Pode-se dizer, então, que há uma cisão com diversos conceitos clássicos do processo civil entendido como triangular e de solução binária, visto que este não é capaz de lidar com um litígio estrutural, promovendo a reforma sistêmica necessária para a resolução do conflito de maneira a cessar a insurgência de litígios recorrentes voltados a mesma questão.

Dessa forma, vê-se que conceitos de regidos por ideias gerais de bipolarização, de uma lógica binária de ganhador-perdedor e de uma relação triangulada entre juízo, autor e réu, não abarcam diversos conflitos que cada vez

8 **ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**. Brown I, 347 U.S. 483. Washington: Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 1954.

9 **ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**. Brown II, 349 U.S. 294. Washington: Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 1955.

10 JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 2ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2021.

11 O'BRIEN, David. Precedent and Courts. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes Judiciais: Diálogos Transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. pp. 27-38.

12 CHAYES, Abram. The role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, vol. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976.

13 FISS, Owen. Forward: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, vol. 93, n. 1, pp. 1-59, 1979.

mais chegam ao Judiciário, buscando soluções eficientes¹⁴ e adequadas. Pensando nisso, o Código de Processo Civil de 2015 pôs em seu texto dispositivos e ferramentas a fim de atender a necessidade de flexibilização das técnicas processuais, partindo de normas fundamentais, sobrepondo o mérito à forma¹⁵, permitindo maior intervenção de terceiros e autorizando a utilização de medidas executivas atípicas¹⁶ exemplificativamente.

Com isso, abriu-se necessário espaço para o crescimento e o desenvolvimento dos processos estruturais na doutrina e no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo uma tendência internacional. Destaca-se, em muitos casos considerados estruturais, uma organização bifásica¹⁷ com uma decisão núcleo, de caráter principiológico, seguida de uma ampla cadeia de decisões - provimentos em cascata¹⁸ - que viabilizem a execução mediada, negociada.

Todavia, conquanto apontem-se características comumente encontradas em processos estruturais, cada litígio estrutural é único em suas peculiaridades e, logo, em suas necessidades para adequada e eficiente resolução, de modo que não há uma lista taxativa.¹⁹ Logo, necessária a leitura individualizada de cada litígio estrutural para a compreensão de sua complexidade e adaptação do procedimento para a resolução adequada do caso com a elaboração de um plano de transformação do sistema, revisitado repetidamente, visando a concretização de um estado desejado de coisas.²⁰

Tal maleabilidade e plasticidade procedimental é percebida em diversos casos considerados estruturais nacional e internacionalmente.²¹ Focando-se nos litígios brasileiros, destacam-se: a Ação Civil Pública do Carvão em Santa

14 Sobre a função da eficiência no processo civil, ver: JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

15 Vide artigo 6º do Código de Processo Civil: "Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva." (BRASIL. **Lei nº 13.105**. Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015.)

16 Vide artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil: "Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; [...]" (BRASIL. **Lei nº 13.105**. Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015.)

17 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

18 ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 225, pp. 389-410, nov. 2013.

19 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2021.

20 Sobre o assunto, recomenda-se: VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020; VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284, pp. 333-369, 2018.

21 JOBIM, Marco Félix; LINKE, Micaela Porto Filchtiner. A Indispensabilidade da Flexibilização Procedimental nos Processos Estruturais: uma análise do recurso especial nº 1.854.847/CE. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 103, pp. 7-26, 2021.

Catarina, a Ação Civil Pública do Hospital de Clínicas do Paraná, a Ação Civil Pública das Mineradoras em Minas Gerais e a Ação Civil Pública da Lagoa da Conceição em Santa Catarina.

A Ação Civil Pública do Carvão em Santa Catarina nº 0000533-73.1993.4.04.7204²² foi ajuizada em 1993 pelo Ministério Público Federal em Santa Catarina em face das empresas carboníferas da região de Criciúma especialmente, com o objetivo de recuperar os danos ambientais causados pela exploração de carvão mineral no sul do estado. Em 2000, proferiu-se sentença determinando a elaboração e execução de planos pelos réus para recuperação de áreas de depósitos de rejeitos, de áreas mineradas a céu aberto e de minas abandonadas, para desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água, dentre outras medidas. Em 2007, criou-se um Grupo Técnico de Assessoramento à Execução da Sentença a fim de mediar e liderar as discussões técnicas sobre a execução da sentença, o qual é responsável pela elaboração de relatórios para acompanhamento da recuperação ambiental, haja vista a complexidade inerente ao tema e ao processo longo e contínuo realizado pelas mineradoras da região, as quais - com isso - se mantêm em atividade, movendo a economia local e auxiliando na preservação de um meio ambiente equilibrado para presentes e futuras gerações.

Na mesma época, decorreu a Ação Civil Pública nº 9890800-40.2002.5.09.0001²³, caso do Paraná em que o Ministério Público do Trabalho ajuizou demanda perante a Universidade Federal do Paraná (UFPR), haja vista a ilegalidade na contratação de funcionários para o seu Hospital de Clínicas. Ocorria, no caso, que muitos funcionários do hospital eram terceirizados, sem aprovação e contratação por meio de concurso público como ordena a lei.

O juízo da 1ª Vara do Trabalho de Curitiba percebeu o conflito entre o respeito à legalidade da contratação de funcionários públicos e o funcionamento adequado do hospital responsável por muitos atendimentos do Sistema Único de Saúde na região, de maneira que não poderia ver a lide de maneira bipolar sob pena de ceifar o direito fundamental à saúde da população ou desconsiderar às normas que tratam de concursos públicos. Com isso, determinou-se a execução de um plano de substituição progressiva dos funcionários terceirizados por pessoas aprovadas e contratadas por meio de concurso público, permitindo a continuidade dos serviços prestados à saúde pública e promovendo a transformação da situação para um estado de conformidade e respeito com a legislação de contratação pública.

Percebe-se que anos antes da chegada dos conceitos de medidas estruturantes²⁴ e dos processos estruturais ao ordenamento jurídico brasileiro

22 BRASIL. **Ação Civil Pública nº 0000533-73.1993.4.04.7204**. Criciúma: Justiça Federal de Santa Catarina, 1993.

23 BRASIL. **Ação Civil Pública nº 9890800-40.2002.5.09.0001**. Curitiba: Justiça do Trabalho de Curitiba, 2002.

24 JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 2ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2021.

conflitos desta natureza eram uma realidade para o Poder Judiciário, exigindo adaptação do processo civil tradicional com o intuito de acompanhar as necessidades dinâmicas de tais conflitos. Nos últimos anos, o desenvolvimento da teoria dos processos estruturais pela doutrina brasileira trouxe luz a estes casos de forma que seu uso se tornou explícito.

A Ação Civil Pública das Mineradoras em Minas Gerais nº 1005310-84.2019.4.01.3800²⁵ foi ajuizada em 2019 pelo Ministério Público Federal em desfavor da União e da Agência Nacional de Mineração em decorrência dos rompimentos das barragens de mineração da Barra do Fundão em 2015 e do Córrego do Feijão em 2019 no estado de Minas Gerais.²⁶ Pontua-se que, após desastres de grandes proporções com danos ambientais e humanos que ainda vêm sendo mensurados, não havia interesses conflitantes, era desejo de todos a melhoria do sistema de fiscalização das barragens de mineração brasileiras, porém a realização das necessárias mudanças estruturais a fim de evitar novos desastres e rompimentos não é simples. Desse modo, realizou-se um acordo entre as partes em consideração a todas as questões envolvidas no caso, o qual se encontra em execução e dá suporte para a efetivação da necessária transformação social pela qual se urgia.

Ainda, em 2021, foi ajuizada a Ação Civil Pública nº 5012843-56.2021.4.04.7200²⁷ da Lagoa da Conceição, em Santa Catarina, pela União Florianopolitana das Entidades Comunitárias (UFECO), pela ONG Costa Legal e pela Associação Pachamama, em face do Município de Florianópolis, do Instituto do Meio Ambiente De Santa Catarina (IMA), da Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis, do Estado de Santa Catarina, da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (CASAN) e da Agência de Regulação de Serviços Públicos de Santa Catarina. A ação visa proteger conhecido cenário de fragilidade ecossistêmica e sociocultural da Lagoa da Conceição, fornecendo soluções eficientes e integradas diante da complexidade inerente ao conflito e das diversas entidades envolvidas.

Em decisão de cognição sumária, reconheceu-se um problema estrutural de massiva e iterativa violação de direitos fundamentais ambientais e ecológicos e determinou-se a instituição da Câmara Judicial de Proteção da Lagoa da Conceição para assessorar a resolução do litígio estrutural, mediando e organizando as discussões de todos os envolvidos. A decisão liminar centrou-se em ideias do processo estrutural, abrindo portas para a adequação da ação de

25 BRASIL. **Ação Civil Pública nº 1005310-84.2019.4.01.3800**. Belo Horizonte: Justiça Federal de Minas Gerais, 2019.

26 LINKE, Micaela Porto Filchtiner. Processos estruturais como alternativa na proteção de Direitos Socioambientais: uma análise da Ação Civil Pública Estrutural do Córrego do Feijão/MG. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira; LEAL, Augusto Antônio Fontanive; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt (org). **Direitos fundamentais: os desafios da igualdade e da tecnologia num mundo em transformação**. Porto Alegre: Ed. Fundação Fênix, 2020, pp. 267-286.

27 BRASIL. **Ação Civil Pública nº 5012843-56.2021.4.04.7200**. Florianópolis: Justiça Federal de Santa Catarina, 2021.

modo que se atinja eficientemente um estado de conformidade na realidade fática.

Nesses quatro casos destacados, é possível visualizar que é prescindível a qualificação de um litígio como estrutural para a sua solução adequada e prospectiva. A Ação Civil Pública do Carvão em Santa Catarina nº 0000533-73.1993.4.04.7204 e a Ação Civil Pública do Paraná nº 9890800-40.2002.5.09.0001 ocorreram anteriormente às discussões sobre o tema, porém claramente utilizaram de uma visão ampla do problema posto e - sem se aterem a procedimentos tradicionais - forneceram condições para a transformação institucional e social necessária.

Por sua vez, a Ação Civil Pública das Mineradoras em Minas Gerais nº 1005310-84.2019.4.01.3800 e a Ação Civil Pública da Lagoa da Conceição de Santa Catarina nº 5012843-56.2021.4.04.7200 reconhecem a existência de litígios estruturais que urge por tutela, tornando consciente a utilização de medidas estruturantes bem como a instituição de processos explicitamente estruturais, de modo a ampliar exponencialmente o ferramental disponível para a solução do problema. Com isso, percebe-se que, em todos os casos, a percepção de necessária reestruturação da realidade - inerentemente dinâmica e acelerada - implica na necessidade de um processo que a acompanhe em suas mudanças para efetiva e eficientemente trazê-la a um estado de conformidade, descongestionando o Judiciário pelo eficiente exercício de suas funções.

Considerações

Considerando a discussão acima exposta, resta perceptível que os processos estruturais são uma tendência nacional frente às falhas sistêmicas levadas ao Judiciário no Brasil. Isso porque sua função é exatamente voltada à promoção de reformas estruturais a fim de estabelecer um estado de conformidade no lugar de uma instituição, organização ou ente desconforme e colapsado.

Para tanto, identificado um problema estrutural, quebram-se ideias tradicionais de processo civil bipolarizado, regido pela lógica ganhador-perdedor, e amplia-se a visão da lide de maneira a apreender sua complexidade e suas necessidades a fim de solucioná-la da maneira mais adequada e eficiente possível. Ainda, com essa mudança de perspectiva e com o ferramental disposto, comumente, são propostas soluções adaptadas à dinamicidade da realidade do problema em questão.

Por conseguinte, os processos estruturais não atuam diretamente no descongestionamento do Judiciário, não obstante são alternativas para a resolução de problemas estruturais, evitando judicialização em massa quanto a estes quando da solução efetiva da lide. Por fim, o olhar amplo para um problema estrutural compreende sua constante alteração, ou seja, a sua inerente dinamicidade, exigindo de sua solução maleabilidade e plasticidade de modo a acompanhá-lo e efetivamente resolvê-lo, tornando conforme a realidade fá-

tica.

Logo, os processos estruturais aproximam o processo civil judicial da realidade social, desamarrando-o de ficções jurídicas que o prendem a institutos por vezes inaplicáveis aos casos postos e que o impedem de prestar tutela jurisdicional adequada e eficiente, prejudicando a realização de seu objetivo precípua. Portanto, o processo civil brasileiro necessita de dinamicidade e de flexibilização procedimental para a solução dos inúmeros problemas estruturais nacionais, cujo estado de desconformidade em que se inserem invariavelmente foi amplificado pela pandemia da COVID-19, urgindo por transformações efetivas para a concretização dos princípios fundamentais ao ordenamento jurídico pátrio.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 225, pp. 389-410, nov. 2013.

BRASIL. **Ação Civil Pública nº 5012843-56.2021.4.04.7200**. Florianópolis: Justiça Federal de Santa Catarina, 2021.

BRASIL. **Ação Civil Pública nº 1005310-84.2019.4.01.3800**. Belo Horizonte: Justiça Federal de Minas Gerais, 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105**. Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Ação Civil Pública nº 9890800-40.2002.5.09.0001**. Curitiba: Justiça do Trabalho de Curitiba, 2002.

BRASIL. **Ação Civil Pública nº 0000533-73.1993.4.04.7204**. Criciúma: Justiça Federal de Santa Catarina, 1993.

CHAYES, Abram. The role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, vol. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Brown I, 347 U.S. 483. Washington: Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 1954.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Brown II, 349 U.S. 294. Washington: Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 1955.

FISS, Owen. Forward: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, vol. 93, n. 1, pp. 1-59, 1979.

FISS, Owen. **The Law as It Could Be**. Nova Iorque: Ed. New York University Press, 2003.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lessons for the 21st Century**. Londres: Ed. Jonathan Cape, 2018.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science**, New Series of the American Association for the Advancement of Science, v. 162, n. 3859, pp. 1243-1248. 1968.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 2ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2021.

JOBIM, Marco Félix; LINKE, Micaela Porto Filchtiner. A Indispensabilidade da Flexibilização Procedimental nos Processos Estruturais: uma análise do recurso especial nº 1.854.847/CE. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 103, pp. 7-26, 2021.

JOBIM, Marco Félix; LINKE, Micaela Porto Filchtiner. A Pandemia da COVID-19 no Brasil e os Processos Estruturais: uma abordagem para litígios complexos. **Revista eletrônica de direito processual**, vol. 21, pp. 377-426, 2020.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LINKE, Micaela Porto Filchtiner. Processos estruturais como alternativa na proteção de Direitos Socioambientais: uma análise da Ação Civil Pública Estrutural do Córrego do Feijão/MG. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira; LEAL, Augusto Antônio Fontanive; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt (org.). **Direitos fundamentais: os desafios da igualdade e da tecnologia num mundo em transformação**. Porto Alegre: Ed. Fundação Fênix, 2020, pp. 267-286.

O'BRIEN, David M. Precedent and Courts. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes Judiciais: Diálogos Transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. pp. 27-38.

PEGORARO JÚNIOR, Paulo Roberto. A Ubiquidade do Processo Eletrônico e a Superação da Competência Territorial Relativa. **Revista de Processo**. vol. 263, pp. 453-477, 2017.

VITTORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

VITTORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284, pp. 333-369, 2018.

PROCESSO ESTRUTURAL E PROCESSO DEMOCRÁTICO: DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Arthur Oliveira Lima Procópio

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrando na linha “O Processo na construção do Estado Democrático de Direito” pela mesma instituição. Integrante do grupo de pesquisa “Epistemologia das instituições jurídicas na democracia”

Vinícius Diniz Monteiro de Barros

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutorando em Filosofia pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica da Minas Gerais

Resumo:

O artigo desenvolve considerações a respeito do chamado “processo estrutural”, instituto originário do direito norte-americano. São registradas cogitações a respeito de sua relação com o pragmatismo, bem como com seus antecedentes teóricos mais remotos. Busca-se, no início do texto, realizar um resgate descritivo do tema com base na visão de autores brasileiros que observam a implementação de “medidas estruturantes” como caminho adequado para a cessação de ilicitudes ou desconformidades renitentes. Nas seções seguintes serão trabalhadas três hipóteses correlatas a três indagações, seguidas das considerações finais. Pergunta-se, no curso do texto, se o processo estrutural pode ser considerado como proposta dotada de singularidade em comparação a teses concorrentes, se pode ser tomado como ambiente institucional democrático e se imprime racionalidade na decisão judicial. A análise direciona-se a aferir, portanto, se o instituto examinado no artigo está finalisticamente encaminhado ao atingimento de propósitos democráticos, ou se tem sido usado como conceito tópico-retórico cujo efeito principal é a garantia da exclusão permanente dos destinatários normativos da tomada de decisões construtivas de seus próprios destinos jurídicos.

Palavras-chave: Processo estrutural; Processo democrático, Racionalismo crítico, Epistemologia, Direitos fundamentais.

Introdução

A fruição dos direitos fundamentais pela integralidade dos brasileiros persiste como promessa inadimplida da Constituição de 1988. De acordo com o “Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil”, no ano de 2022, 125,2 milhões de pessoas convivem com a insegurança alimentar, o que corresponde a 58,7% da população do país.

Diante dessa realidade, que não é exclusiva do período pandêmico e não se limita ao direito à alimentação, universidades e tribunais brasileiros têm estimulado o desenvolvimento de estudos naquilo que a literatura processual norte-americana do século XX e brasileira da atualidade têm chamado de “processo estrutural”.

A “estruturalidade” dessa forma de resolução de controvérsias consistiria no enfrentamento de um “estado de desconformidade” caracterizado pela resistência obstinada da realidade hostil imposta a milhões de brasileiros, que se veem afastados do gozo de direitos previstos na própria lei fundamental.

Observa-se a formação de um consenso entre processualistas das regiões nordeste, sul e de parte do sudeste do país, segundo o qual as decisões emitidas nos processos estruturais imprimiriam racionalidade na gestão dos recursos públicos e tenderiam a maximizar a efetividade dos direitos fundamentais, já que a flexibilidade procedimental e a inexistência de adstrição entre pedidos das partes e decisão do juiz, tipologias do processo estrutural, seriam facilitadoras da tutela dos direitos pelas autoridades.

Neste artigo desenvolvem-se três hipóteses, cada qual tratada em uma seção própria do texto, sendo que as frações conclusivas de cada item constam das considerações finais. Cogita-se que o processo estrutural **não** pode ser tomado como

- proposta dotada de singularidade
- instância de construção da racionalidade decisória
- ambiente institucional democrático

Registra-se no curso do texto que o chamado “processo estrutural” produz um ambiente institucional completamente infenso à fiscalização da atuação das autoridades, bem como que, por constituir uma desmetodologização ostensiva do direito, não se reveste de originalidade nem promove ganhos sistêmicos na fruição dos Direitos Fundamentais.

Pergunta-se ainda, se o processo estrutural alcança seus objetivos ou se produz efeitos colaterais que militam em desfavor de seus propósitos anunciados. A pretensão do artigo, portanto, é a de estabelecer fronteiras entre o processo estrutural e o processo inserido na lógica democrática.

Considerações sobre as tipologias e pressupostos do processo estrutural

A locução “processo estrutural” tem sido intensa e dogmaticamente es-

tudada no Brasil. São vários os programas de pós-graduação bem avaliados que se dedicam ao tema em tom de exortação e que creditam a este rótulo traços de originalidade em comparação ao modo como as controvérsias de ampla repercussão são resolvidas no país. Observa-se, tanto em textos monográficos (VIOLIN, 2019) quanto em manuais, a articulação de um consenso segundo o qual o processo estrutural seria um empreendimento cognitivo que difere do que se entende por processo em perspectiva ortodoxa.

Nesta seção busca-se enunciar características do instituto de acordo com a visão dos autores que o consideram como instrumento de resolução de conflitos tendente a imprimir racionalidade na gestão dos recursos públicos e a maximizar a efetividade dos direitos fundamentais. Serão identificadas algumas inconsistências aparentes, posteriormente.

Advertindo que o processo estrutural deriva de uma abordagem pragmática¹ egressa do direito norte americano, Fredie Didier, Hermes Zaneti e Rafael Alexandria de Oliveira buscam esclarecê-lo através da elucidação de institutos contíguos (DIDIER, OLIVEIRA e ZANETI, 2020, P. 102). Isto é, para indicar o que designa a expressão processo estrutural os autores se apoiam semanticamente nas noções de problema estrutural (causa) e decisão estrutural (efeito).

Em texto especificamente destinado à temática fica registrado que “O processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal” (DIDIER; OLIVEIRA e ZANETI; 2020, p. 107). Nessa perspectiva:

O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas¹⁸ (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a

1 Antonio Cota Marçal registra que os termos “pragmático” ou “pragmatismo” são utilizados para designar a conduta daquele que age e decide impelido pela obtenção de fins práticos imediatos ou para “indicar posturas e comportamentos assumidos ao sabor das circunstâncias e sem considerações principiológicas ou de longo prazo acerca das condições e conseqüências do que se faz” (MARÇAL, 2011, P. 68). Menciona, entretanto, que “O Pragmatismo, enquanto método de pensar e de fazer Ciência e Filosofia, objetiva explicitar princípios, regras, práticas, crenças, intenções e procedimentos, que, ainda que não hajam sido formulados linguisticamente e de modo explícito, estruturam a comunicação e a convivência intersubjetiva daqueles que pensam e desenvolvem ações voltadas para a realização de fins. Tais princípios, regras, intenções, crenças e práticas são, na condição de normas explícitas ou implícitas, elementos constitutivos dos sentidos e significados das ações e manifestações humanas”. (MARÇAL, 2011, P. 68)

possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e, pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC). (DIDIER; OLIVEIRA e ZANETI, 2020, P. 107-108)

Do ponto de vista lógico é possível identificar na literatura nacional a falta de indicação do elemento específico caracterizador do processo estrutural. A despeito de se colocar como proposta ostensivamente despreocupada com coerências sistemático-explicativas (DIDIER; OLIVEIRA e ZANETI, 2020, P. 102), parece elementar que seus defensores ao menos sinalizem supostas singularidades desse modelo de resolução de controvérsias, o que não ocorre.

Isso porque as expressões “processo” e “estrutura” arrastam pré-compreensões heterogêneas que, quando não recortadas, impedem a aferição de equiparações, dessemelhanças, avanços ou retrocessos de proposições supostamente concorrentes. Embora argumente-se (COSTA, 2012, P. 46) que a eficiência de resultados alcançados pela proposta é que deve funcionar como guia avaliativo de sua aceitabilidade, a falta de esclarecimentos epistemológicos relativos aos marcos teóricos aos quais se reportam as teses em análise torna especialmente difícil a tarefa de detectar seus êxitos e fraquezas explicativas. Em outras palavras, imuniza a proposta contra a crítica.

É frágil o pressuposto subjacente ao discurso em favor do processo estrutural, porquanto, ao estabelecer relação de antagonismo entre teoria e prática, recai em um sociologismo metodológico que torna cognitivamente indistinguíveis proposições pretensamente científicas das mais militantes ideologias. (OLIVA, 2022)

Edilson Vitorelli Diniz Lima (VITORELLI, 2018, P.8) reconhecendo a importância dos conceitos assinala que “*O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.*”

Não se pode afirmar que os conceitos de Didier e Vitorelli dizem o mesmo, porque este (VITORELLI, 2015) considera o processo estrutural como espécie de processo coletivo enquanto aquele diz não existir esse perencimento. Não obstante, na perspectiva da lógica formal clássica, aparentemente a mais singela em termos de exigências, as críticas anteriormente feitas também recaem sobre as formalizações registradas pelo autor mineiro.

Considerações sobre as singularidades do processo estrutural

A posição marcadamente pragmática dos estudiosos do processo estrutural ao tratarem do tema suscita dificuldades na identificação da originalidade do instituto. Isso porque para concluir pelo ineditismo ou pela ordinariedade de uma proposição é necessário identificar a quais matrizes teóricas ela se

encontra vinculada, além de apontar suas diferenças específicas em relação a teses concorrentes.

Contra a afirmativa de que o processo estrutural seria algo original poderia ser levantada objeção no sentido de que o pragmatismo não é legatário de “metateorias”, justamente porque está ressentido da ausência de diálogo entre teoria e técnica. Posições como essa ignoram que a linguagem, como traço mais notório da cultura, (ARAÚJO, 2004, P.9) faz com que ecoemos matrizes de pensamento a respeito das quais não estamos cientes. O pragmático, portanto, ao exercer a linguagem nos limites de objetos linguísticos, acredita estar fora do alcance de propostas ideológicas, o que só seria possível pelo desenvolvimento de teorias (POPPER, 1982, P 137).

Como tende a resistir a articulações que escapam ao senso comum e ao senso comum do conhecimento, acaba apenas replicando modelos ortodoxos nomeados com novos rótulos. O pragmatismo, portanto, se entusiasma com a prática de atos cujos fundamentos foram esquecidos e, ao fazê-lo, cria uma teia conceitual que polui o debate crítico e caminha na contramão da psicanálise do conhecimento defendida por Gaston Bachelard (BACHELARD, 2006).

Rosemiro Pereira Leal (LEAL, 2018, P 133-146) registra a existência de, ao menos, sete teorias do processo, cronologicamente anteriores à sua Teoria Neoinstitucionalista e que, do ponto de vista lógico-conceitual, apresentam dessemelhanças. Epistemologicamente, entretanto, as sete propostas caminham para a convergência, porque estruturam o direito processual ao redor da pergunta “quem deve decidir por último?”(BARROS, 2021, P.159) assim como a ciência política foi construída ao redor da indagação sobre “quem deve governar?”(BARROS, 2021, P.159) e o direito constitucional gravita ao redor de “quem deve exercer o poder?”(BARROS, 2021, P.159).

No estudo da literatura processual brasileira constata-se a existência de argumentos que defendem a utilização do chamado “processo estrutural” devido ao deslocamento que o instituto promove no exercício do poder. Marco Félix Jobim exemplifica:

“quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar esse ambiente ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar, é o Poder Judiciário que deverá intervir, em ambos os casos, por meio de processos individuais ou coletivos. A esse fenômeno dá-se o nome de ativismo judicial, em contraposição à autocontenção judicial, o que, em alguns casos, pode trazer benefícios e em outros prejuízos, sendo que o que ora se defende é que num ativismo judicial equilibrado a tendência do acerto é maior que a do erro.” [...] “o ativismo judicial utilizado de uma forma correta pode trazer benefícios extremos ao cumprimento das decisões emanadas das Cortes superiores”⁴⁵. Bem vistas as coisas, o ativismo não é do juiz, mas da lei e da Constituição (e até mesmo, muitas vezes, dos estatutos normativos das instituições a serem reestruturadas) ao estabelecerem qual a finalidade a ser alcançada. O reconhecimento

do problema estrutural direciona todos os esforços para a promoção deste estado ideal de coisas que é um comando jurídico para ajustar a situação constatada ao ordenamento jurídico. (JOBIM, 2013, P. 96-104)

A transcrição anterior sinaliza que o processo estrutural, inserido na tradição do direito dogmático, não se preocupa com a colocação do integrante da estrutura do estado em carne-e-osso nas aporias da lei (LEAL, 2019) para que as encruzilhadas de sentido sejam administradas ou resolvidas por intermédio de juízos sincréticos, o que, repita-se, não constitui novidade do ponto de vista epistemológico.

Considerando a epistemologia como “estudo crítico proposicional do conhecimento humano a partir das relações sujeito-objeto, consciência-existência e linguagem-mundo” (LEAL, 2012, P. 32), torna-se seguro dizer que o direito do século XXI ainda não alcançou os estudos filosóficos contemporâneos, porque continua relegado à relação sujeito cognoscente-objeto cognoscível, ora com prevalência deste sobre aquele, ora com primazia daquele sobre este.

Logicamente, o chamado processo estrutural se encontra hasteado em conteúdos processuais dogmáticos, na medida em que, a despeito de seu nome, continua arregimentado pelos princípios da contradição, da não contradição e do terceiro excluído e, portanto, não promove alteração alguma na **estrutura** de produção e aplicação do direito. Como a normatividade dogmática se caracteriza por uma disrupção entre o código linguístico utilizado para criar a norma e o usado para aplicá-la, faz-se necessária uma mediação psíquica do intérprete que, inexoravelmente, não faz coincidir texto e discurso e que, por não deixar transparecer a estrutura objetiva de sua construção, acaba inviabilizando a fundamentação jurídico-decisória (LEAL, 2019), o que não é característica exclusiva do instituto em análise, mas é nele replicada.

Processo estrutural e racionalidade decisória

A abordagem da racionalidade como atributo decisório a situa como algo inteiramente contido no provimento judicial. Isto é, na dogmática processual, seria possível aferir uma decisão como racional apesar de desconhecida a atividade que a precedeu, do procedimento que a orientou e da metodologia que seguiu. Logo, a noção que se tem do que é racional focaliza os resultados e efeitos do discurso dando-lhes especial relevância.

É ilustrativo dessa visão o relato de Edilson Vitorelli, que bem sintetiza preocupações com a forma como «problemas estruturais» são resolvidos:

Em realidade, lamentavelmente, é raro que litígios estruturais sejam resolvidos por processos estruturais. Processos estruturais são longos, difíceis, demandam uma estrutura representativa intrincada e, por esse motivo, são evitados por juízes e legitimados coletivos. Há notícia, por exemplo, de que a Defensoria Pública de São Paulo, em-

bora detenha legitimidade para o processo coletivo, propôs, de 2014 a maio de 2017, aproximadamente 61 mil ações individuais pleiteando vagas para crianças em creches (média de quase 20 mil por ano). [35] O motivo dessa proliferação de ações individuais é simples e foi explicado por um defensor público: “Nós sempre conseguimos. Nunca perdemos uma ação”. [36] O equívoco desse tratamento não estrutural do litígio é que ele acarreta apenas uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, uma vez que as causas do problema permanecem. Enfocam-se as suas consequências presentes mais evidentes, “a conta-gotas”, em processos individuais, ou mesmo em processos coletivos, mas que abordam parte do problema público. (VITORELLI, 2018, P. 8-9)

Não se contesta que a inadimplência estatal na efetivação de direitos fundamentais tem permanecido em níveis elevados, ou que o ajuizamento de ações individuais, do modo como se faz, favorece aqueles que possuem assessoria jurídica qualificada em detrimento dos que não a tem, sobretudo quando a lei orçamentária não é fiscalizável e alterável diretamente pelos destinatários normativos e não é vinculante em relação ao poder público. O que se problematiza no presente artigo é o avanço analítico sobre a noção de decisão estrutural como se ela, por si só, indicasse o que é processo estrutural, abordagem que traduz clara primazia do provimento sobre o procedimento, isto é, da jurisdição sobre o processo.

Em sendo a razão tarefa humana (POPPER, 2004, p. 16 e 32-33) cuja construção depende de uma metodologia controladora, e não de atributos inatos que vêm à tona por sinapses que se operam livremente no sujeito, o processo construtivo da decisão assume importância, não apenas por razões de legitimidade, mas por motivos de racionalidade, noções convergentes, mas não superpostas.

A partir do racionalismo crítico de Popper e Miller tem se entendido que a racionalidade não é atributo contido decisão, qualquer que seja ela, mas do processo que a enseja:

Rationality, according to critical rationalism, is wholly a matter of method; and this rationality in no way rubs off on, or has any effect on, the outcomes of our intellectual activity. It is not our beliefs, or our theories, that are rational, but the manner in which we handle these beliefs and these theories. To be sure, this emphasis on methodological issues is not all that there is to critical rationalism, since the word ‘critical’ too is critical. What critical rationalism claims is that the only way in which our theories are to be investigated is critically, negatively. (MILLER, 2006 P.50)²

2 Em tradução livre “Racionalidade, de acordo com o racionalismo crítico, é inteiramente uma questão de método; e essa racionalidade de forma alguma afeta os resultados de nossa atividade intelectual. Não são nossas crenças, ou nossas teorias, que são racionais, mas a maneira pela qual lidamos com essas crenças e teorias. Certamente, essa ênfase em questões metodológicas não é tudo o que existe para o racionalismo crítico, uma vez que a palavra “crítico” também é crítica. O que o racionalismo crítico afirma é que a única

Nessa perspectiva, portanto, estabelece-se uma fronteira entre processo democrático e estrutural, porquanto este não estabelece **necessário** vínculo³ entre as manifestações aventadas pela comunidade jurídica em que vão produzir efeitos decisórios e a própria decisão, ao passo que naquela proposta o processo é que encaminha necessariamente a racionalidade.

Processo estrutural e processo democrático

Mencionou-se anteriormente que o direito processual se estrutura há séculos ao redor da pergunta “quem deve decidir por último?”. Apesar disso, há registros no sentido de que a presente quadra histórica é vocacionada à jurisdição (PICARDI, 2008), como se a atividade jurisdicional estivesse especialmente inclinada a alcançar um horizonte alvissareiro no século XXI. Essa afirmativa, embora dotada de pouco conteúdo informativo, tende a reforçar a pergunta anteriormente enunciada.

Entretanto, na linha do racionalismo crítico (não dogmático), não existem fontes irrefutáveis ou ideais de conhecimento, pois todas podem levar ao erro. Logo, não se intenciona a seleção de governantes perfeitos e decisores justos ou predestinados ao exercício do poder (BARROS, 2021, P. 130). Por esse motivo:

as perguntas à estruturação de um sistema crítico-científico e de uma democracia jurídico-política devem ser reformuladas. No âmbito do conhecimento: “como podemos ter esperança de identificar e eliminar o erro?” No exercício do poder político: “como podemos organizar nossas instituições políticas para que governantes ruins ou incompetentes (que deveríamos procurar não ter, mas que, mesmo assim, provavelmente teremos) não possam causar estragos demais?” (POPPER [1960], 2010 50-51). No Direito: como organizar as instituições jurídicas para que decisores ruins ou incompetentes (que também deveríamos procurar não ter, mas invariavelmente teremos), nas mais diversas funções delegadas temporariamente pelo povo (administrativa, legislativa, jurisdicional), não possam causar estragos demais? É a essa pergunta que a Teoria Neoinstitucionalista do Processo oferta uma proposta autocrítica de resposta. (BARROS, 2021, P. 160)

A Teoria Neoinstitucionalista do Processo, ao estabelecer uma linguagem demarcada teoricamente como referencial de controle do debate crítico, abre ao conjunto de legitimados ao processo (povo) (LEAL, 2018, P. 149) a

maneira pela qual nossas teorias devem ser investigadas é criticamente, negativamente.”

3 Conforme registrou Edilson Vitorelli “Também é possível, embora com potencial para maus resultados, que uma execução seja estrutural e não seja negociada, nem dialogada, nem dividida em fases. Empiricamente, ainda que não seja recomendável, isso ocorre com frequência. O juiz determina que a instituição se reorganize para cumprir a decisão, estabelece apenas um prazo final e aguarda o relatório de cumprimento, sob pena de multa cominatória. Essa execução, embora longe de ser ideal, objetiva reorganizar a instituição e, portanto, pode ser chamada de estrutural, mesmo que não seja dialogada, dividida em fases etc. (VITORELLI, 2018)

possibilidade de criticar, propor, fiscalizar, modificar e extinguir os conteúdos dos discursos normativos nos níveis instituinte, constituinte e constituído.

A elaboração de um código processual de fiscalidade institucional (LEAL, 2018, P.143) permitiria a auto inclusão do destinatário normativo na fruição dos direitos fundamentais e sua auto ilustração sobre os fundamentos do sistema jurídico, na medida em que tornaria desnecessária a mediação da autoridade, seja ela postulante ou decisora, para a concessão do direito pretendido. O mencionado código não funcionaria de maneira análoga aos remédios constitucionais existentes, porquanto, a partir dele, seria possível que a amplitude semântica das prerrogativas elementares fosse estabilizada na gestação da norma considerando, de antemão, os recursos disponíveis, o que elidiria privilégios e viabilizaria reformas sociais fragmentárias alinhadas às exigências de equilíbrio fiscal.

Considerações finais

O artigo desenvolveu-se orientado por três hipóteses. Concluiu-se com relação à primeira delas que, em perspectiva lógica e epistemológica, o processo estrutural não é dotado de singularidade. Registrou-se também que a racionalidade não é atributo da decisão, muito menos do sujeito que decide, mas sim do processo que a proporciona. Sendo assim, não se reconhece que a decisão estrutural seja racional em si mesma; o que pode ocorrer é a tomada racional de decisão, que depende de uma metodologia (procedimento processualizado) aberta à fiscalização e à manifestação vinculante daqueles que vão sofrer os efeitos do provimento. Considerou-se ainda que a ausência do aludido caminho metodológico abre espaço para a jurisdição desprocessualizada, que dificulta, quando não impede, a participação dos destinatários normativos na construção de seus próprios destinos jurídicos e afasta a atividade decisória de qualquer possibilidade de democraticidade.

Referências

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Do signo ao discurso**: introdução à filosofia da linguagem - São Paulo: Parábola Editorial, 2004

BACHELARD, Gaston. **A Formação do Espírito Científico**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 8ª. reimp. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro De. **O conteúdo lógico do princípio da inocência: uma proposição crítica elementar aos procedimentos penais na democracia**. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2020

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A “execução negociada” de políticas públicas em juízo**. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 37, vol. 212, outubro/2012, p. 46

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR; Hermes; OLIVEIRA, Raphael Alexandria. **Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural Aplicada ao Processo Civil**

Brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 75 p.107-108, jan-mar 2020

JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

LEAL, Rosemiro Pereira. **A falácia da fundamentação das decisões no estado dogmático e a hermenêutica do garantismo, ativismo e protagonismo jurisdicionais** In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos... [et ai.] Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. P. 787-801 Londrina, PR: Thoth, 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo** - primeiros estudos. 11ª. edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2012

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos.** 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante.** São Paulo: Cultrix, 1978.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional.** Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2015.

MARÇAL, Antônio Costa. **Pragmatismo e Direito: qual Pragmatismo e o quê interessa no Pragmatismo.** Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas, campus Serro. N. 3. 2011 Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1998/2181>

MILLER, David. **Out of Error** - Further Essays on Critical Rationalism. Aldershot (UK): Ashgate, 2006.

OLIVA, Alberto. **A questão do método: entre a regulação epistemológica e a reconstrução metacientífica.** In. Perspectiva Filosófica, vol. 49, n. 2, p 52. a 106. Rio de Janeiro Ano 2022

PICARDI, Nicola. **A vocação do nosso tempo para a Jurisdição.** In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 01-02.

POPPER, Karl Raimund. **Conjecturas e refutações.** Tradução de Sérgio Bath. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

POPPER, Karl Raimund. **Lógica das Ciências Sociais.** 3ª. ed. Tradução de Estêvão de Rezende Martins e outros. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2004.

POPPER, Karl Raimund. **Verdade e aproximação da verdade [1960].** In MILLER, David (Organização e Introdução). Popper - Textos Escolhidos. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010

THIBAU, Vinícius Lott. **Garantismo e Processualidade Democrática.** 4 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**- Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) Curitiba, 2019

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. In: Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, vol. 284, p. 333-369.

II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da COVID-19 no Brasil [livro eletrônico]: II VIGISAN : relatório final/Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar - PENSSAN. -- São Paulo, SP : Fundação Friedrich Ebert : Rede PENSSAN, 2022. -- (Análise ; 1) PDF.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 7 VII CIDHCoimbra 2022

Organizadores:

Vital Moreira

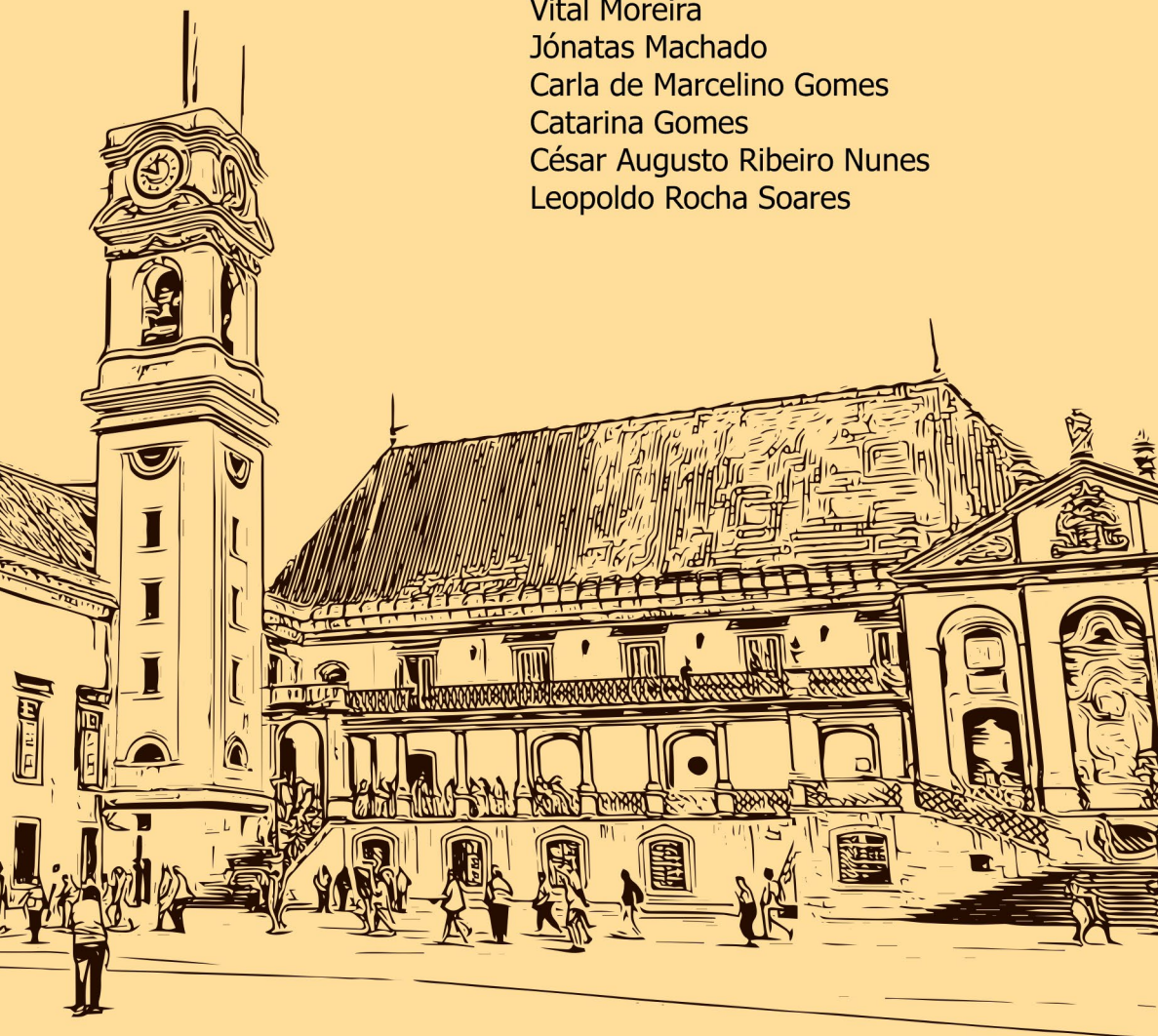
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-5104-029-0



9 786551 040290

