

REVISTA DE  
DIREITO DA  
UNIVERSIDADE  
FUMEC

# Meritum

Volume 19 | 2024  
Número 2

## **REITORIA**

### **Reitor:**

Prof. Fernando de Melo Nogueira

### **Pró-Reitor de Graduação:**

Prof. João Batista de Mendonça Filho

### **Pró-Reitor de Planejamento e Administração:**

Prof. Márcio Dario da Silva

### **Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão:**

Prof. Henrique Cordeiro Martins

## **FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA**

### **Presidente do Conselho de Curadores:**

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

### **Vice-Presidente do Conselho de Curadores:**

Prof. João Carlos de Castro Silva

### **Presidente do Conselho Executivo**

Prof. Air Rabelo

## **FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE**

### **Diretor Geral:**

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

### **Coordenação do Curso de Direito:**

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

### **Coordenador do Programa de Mestrado na área de concentração Instituições Sociais, Direito e Democracia:**

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

## **FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FUMEC**

Rua Cobre, 200, Cruzeiro Belo Horizonte/MG – CEP 30310-190

Tel (31) 3228-3090 – Site: [www.fumec.br](http://www.fumec.br)

## **REVISTA MERITUM COORDENAÇÃO EDITORIAL**

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

## **RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM**

Prof. Adriano da Silva Ribeiro (Editor Adjunto e Responsável Técnico)

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

## **NÚCLEO DE APOIO À REVISTA MERITUM**

Luisa Monteiro de Paula (PPGD/FUMEC)

## **REVISOR E TRADUTOR DE INGLÊS**

Site: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/>

E-mail: [revistameritum@fumec.br](mailto:revistameritum@fumec.br)

## **BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC**

Fernanda Paloma Faria Lima

## **PROJETO GRÁFICO**

Therus Santana

## **EDITORAÇÃO**

Tecnologia da Informação

## **Creative Commons License**

Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC / Universidade FUMEC,  
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. - v. 19, no. 2  
(maio/ago. 2024)- . - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2006- .

v.

Quadrimestral  
ISSN 2238-6939 (Online)

1. Direito. I. Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas,  
Sociais e da Saúde.

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta  
e exclusiva responsabilidade de seus autores

## Conselho Editorial

---

Adolfo Ingácio Calderón, Pontificia Universidade Católica de Campinas (PUC Campinas)

Arno Dal Ri Jr, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

César Augusto Baldi, Universidad Pablo Olavide (UPO), Sevilha, Espanha

Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC

David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha

Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Erica Palmerini, Scuola Superiore Sant'Anna (SSSUP), Pisa, Itália

Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS

Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC

Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)

Jan Peter Schmid, Instituto Max Planck (MPI), Alemanha

Jean-Christophe Merle, Faculdade de Filosofia da Universidade de Saarbrücken, Alemanha

José Filomeno de Moraes Filho, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Joaquim Carlos Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Jorge Renato dos Reis, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Kennedy Kihangi Bindu, Université Libre des Pays des Grands Lacs (ULPGL) – República Democrática do Congo

Manuel David Masseno, Instituto Politécnico de Beja (IPBeja), Universidade de Porto (UP), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nattan Nisimbat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

Otavio Luiz Rodrigues Junior, Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB)

Paula Nunes Correia, Universidade de Macau (UM), Macau, China

Raymundo Juliano Rego Feitosa, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)



# SUMÁRIO/SUMMARY

## Artigos

A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL NAS COMPRAS PÚBLICAS COM O ADVENTO DA LEI DE LICITAÇÕES BRASILEIRA.....	8
<i>DIGITAL TRANSFORMATION IN PUBLIC PROCUREMENT WITH THE ADVENT OF THE BRAZILIAN'S PUBLIC BIDDING LAW</i>	
Rogerio Borba Franciele Lippel Laubenstein Gustavo Felipe Anami Segundo	
OPORTUNIDADES TRAZIDAS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, APLICADAS NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES E AQUISIÇÕES DA SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO - SEJUS.....	25
<i>OPPORTUNITIES BROUGHT BY THE NEW BIDDING AND CONTRACTS LAW, APPLIED IN THE CONTEXT OF CONTRACTS AND ACQUISITIONS OF THE STATE SECRETARIAT OF JUSTICE OF ESPÍRITO SANTO - SEJUS</i>	
Carolline Ribas Alvaro Viana Brandão	
FILOSOFIA NO PROCESSO CIVIL: DESCONSTRUINDO A REVERSIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA .....	44
<i>PHILOSOPHY IN CIVIL PROCEDURE: DECONSTRUCTING THE REVERSIBILITY OF URGENT DECISIONS</i>	
Hilbert Maximiliano Akihito Obara Gregório Fogaça Carvalho dos Santos	
UMA ANÁLISE DOS ALGORITMOS E DOS VIESES ESCONDIDOS NA IA: OS DESAFIOS ÉTICOS E JURÍDICOS INERENTES.....	60
<i>AN ANALYSIS OF ALGORITHMS AND HIDDEN BIAS IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE: THE INHERENT ETHICAL AND LEGAL CHALLENGES</i>	
Antonio Felipe de Sousa Renata Albuquerque Lima	
O VALOR SOCIAL DO TRABALHO E A DISPENSA IMOTIVADA À LUZ DA CONVENÇÃO 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.....	75
<i>CONVENTIONALITY CONTROL AND THE SOCIAL VALUE OF WORK IN THE LIGHT OF CONVENTION 158 OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION</i>	
José Roberto Amaral Cardoso Marcelo Barroso Lima Brito de Campos	
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE ATRAVÉS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA .....	100
<i>CUSTODY HEARING AND THE JUDICIARY FUNCTION: ANALYSIS THROUGH CRITICAL CRIMINOLOGY</i>	
Thaís Dalmolin Cervo Yamakawa Jorge David Galeano Rosendo Andrea Flores	
QUANDO O PRÍNCIPE VIRA SAPO: ESTELIONATO SENTIMENTAL VIRTUAL E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS .....	114
<i>WHEN THE PRINCE BECOMES FROG: VIRTUAL SENTIMENTAL FRAUD AND ITS LEGAL REPERCUSSION</i>	
Marli Marlene Moraes da Costa Letícia da Fontoura Tomazzetti	

MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO MULTIFORME DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS .....	126
<i>MEDIATION: AN ANALYSIS OF THE MULTIFORM ACTION OF PUBLIC ADMINISTRATION IN THE CONSENSUAL RESOLUTION OF CONFLICTS</i>	

Jaquelinne Mickaelly Galindo  
 Marcus Brener Gualberto de Aragão  
 Paulo Márcio Reis Santos

OS <b>NUDGES</b> DA SUBSTITUTIVIDADE: A UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO INCENTIVO ESTATAL AO GRADUAL RETORNO AOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS .....	141
<i>THE NUDGES OF SUBSTITUTIVITY: THE UNIVERSALIZATION OF ACCESS TO JUSTICE AS A STATE INCENTIVE FOR THE GRADUAL RETURN OF TO SELF-COMPOSITION METHODS</i>	

Sandoval Alves da Silva  
 João Renato Rodrigues Siqueira  
 Camille de Azevedo Alves Siqueira

## Comentários Jurisprudenciais

A LEI DA FICHA LIMPA E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL .....	160
<i>THE CLEAN RECORD LAW AND THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS</i>	

Ana Lúcia Alves Bahia  
 Adriano da Silva Ribeiro

# EDITORIAL

Nesta edição 2 de 2024, constam artigos submetidos à Revista *Meritum* volume 19, que foram avaliados pela Coordenação Editorial, quanto à adequação à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares e avançados, dentre outros. Na sequência, cada texto foi remetido a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer.

De maneira crítica, autônoma e plural, a Revista *Meritum* divulga o conhecimento gerado de investigações jurídicas que contribuam para a formação de profissionais com consciência jurídica crítica, habilitados não somente para o exercício da técnica-jurídica, como para pensar o Direito em seus aspectos científico, filosófico, histórico, sociológico e político.

Na oportunidade, os Editores prestam homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa da Universidade FUMEC e, em especial, a todos os autores que participaram da presente publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Boa leitura a todos!

*Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas*

*Prof. Dr. Adriano da Silva Ribeiro*

Coordenação Editorial

# A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL NAS COMPRAS PÚBLICAS COM O ADVENTO DA LEI DE LICITAÇÕES BRASILEIRA

DIGITAL TRANSFORMATION IN PUBLIC PROCUREMENT WITH THE ADVENT OF THE BRAZILIAN'S PUBLIC BIDDING LAW

ROGERIO BORBA<sup>1</sup>

FRANCIELE LIPPEL LAUBENSTEIN<sup>2</sup>

GUSTAVO FELIPE ANAMI SEGUNDO<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar as aplicabilidades e as consequências da transformação digital nas compras públicas com o advento da Lei Federal nº 14.133/2021. Utilizando como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental e usando uma abordagem qualitativa, e ainda considerando a atuação prática na área das licitações municipais por cerca de 6 anos (2017-2023), parte-se da premissa de que uma compra pública vantajosa, isonômica e transparente é essencial para uma boa governança. E, para alcançar estes pressupostos, a lei de licitações brasileira (Lei Federal nº 14.133/2021) revela-se muito mais voltada para o planejamento das aquisições e contratações, com base na concepção de que uma compra planejada tende a ser uma compra eficaz. Ademais, as novas tecnologias, as quais, além de facilitar os trabalhos dos agentes envolvidos na compra pública, visam a mitigar a corrupção, pois as etapas das licitações, na forma eletrônica, ficam mais estruturadas, não sendo passíveis de contornos e, com certeza, muito mais transparentes. Neste contexto, em um breve histórico é possível vislumbrar que a corrupção está impregnada nas licitações, e a nova lei traz esperança e ferramentas que buscam a mitigação dessa mazela. Outrossim, a vigente lei de licitações traz benefícios não só para o Estado, mas também para as empresas que viram as oportunidades proporcionadas por esta nova realidade, permeada por inovadoras funcionalidades e facilidades digitais, a todos os envolvidos no processo licitatório. Desta forma, validando a hipótese levantada, conclui-se que a transformação digital no âmbito da compra pública tem mostrado impacto positivo na governança digital administrativa, com foco no planejamento e na fiscalização, ampliando a isonomia e a transparência.

**Palavras-chave:** compras públicas; licitação; governança; transformação digital; transparência.

1 Doutor em Sociologia (IUPERJ). Mestre em Direito (UNIFLU). Professor Permanente do PPGD da UNIFACVEST. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1748-473X>.

2 Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável (PPGD/UNIFACVEST). Bacharela em Direito (UNIDAVI/SC). Auditora (Instituto Federal Catarinense – IFC).

3 Mestre em Direito Público (PPGD/UNISINOS). Especialista em Direito Público com ênfase em Gestão Pública (Damásio Educacional S/A). Pós-graduando em Direito Digital e Proteção de Dados (Gran Tecnologia e Educação S/A). Pós-graduando em Segurança da Informação (Gran Tecnologia e Educação S/A). Técnico em Informática (IFC). Bacharel em Direito (UNIDAVI/SC). Advogado. Secretário Legislativo e Diretor da Escola do Legislativo (Câmara de Vereadores de Curitiba).

## Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BORBA, Rogerio; LAUBENSTEIN, Franciele Lippel; SEGUNDO, Gustavo Felipe Anami. A transformação digital nas compras públicas com o advento da Lei de Licitações Brasileira. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 8-24, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i2.10059>.



## ABSTRACT

*The present study aims to analyze the applicabilities and consequences of digital transformation in public procurement with the advent of the Brazilian Federal Law No. 14,133/2021. Employing a bibliographic and documentary research methodology and utilizing a qualitative approach, the premise is that advantageous, egalitarian, and transparent public procurement is essential for good governance. To achieve these assumptions, the Brazilian public procurement law (Federal Law No. 14,133/2021) is revealed to be more focused on the planning of acquisitions and contracts, based on the conception that well-planned procurement tends to be effective. Furthermore, the new technologies, which not only facilitate the work of those involved in public procurement but also aim to mitigate corruption, as the electronic bidding processes become more structured and less susceptible to circumvention, certainly ensuring greater transparency. In this context, a brief historical overview reveals that corruption is ingrained in procurement, and the new law brings hope and tools that seek to mitigate this scourge. Moreover, the current procurement law brings benefits not only to the State but also to companies that see opportunities provided by this new reality, permeated by innovative functionalities and digital conveniences, for all parties involved in the bidding process. Thus, validating the raised hypothesis, it is concluded that digital transformation in the realm of public procurement has shown a positive impact on administrative digital governance, with a focus on planning and oversight, expanding equality and transparency.*

**Keywords:** public procurement; bidding; governance; digital transformation; transparency.

## 1. INTRODUÇÃO

A constituição do Estado Democrático de Direito implica a necessidade de adquirir diversos tipos de materiais e serviços para fazer a máquina estatal funcionar. E, como o Brasil está inserido em um sistema presidencialista de organização política, onde o povo é representado por cidadão legitimado por meio de eleição, o Estado, além destas indispensáveis aquisições, deve fazê-las de forma a respeitar os princípios constitucionais, em especial o da isonomia no tratamento e na escolha do fornecedor, bem como o da transparência dessas ações à população, sempre almejando o melhor destino do dinheiro público, de forma isenta e responsável.

Desta forma, a lei de licitações é ferramenta importantíssima tanto para os gestores do Estado quanto para os geridos por ele, porquanto estes são receptores e fiscais dos serviços prestados por aquele. Assim, imperioso se faz analisar e entender este universo das compras públicas, para compreender qual o papel do Estado e qual deve ser o seu desempenho mínimo, e o papel do cidadão, seja ele participante direto da compra pública – fornecedor, transportador, empresas de intermediação etc. –, ou simples destinatário dos serviços prestados pelo Estado.

O objetivo central do presente estudo – cuja abordagem trespassa pelas inovações tecnológicas que tomaram corpo no decorrer dos tempos no cenário governamental e, avança, ponderando as mudanças vindouras decorrentes da lei licitatória (Lei Federal nº 14.133/2021) – é analisar as aplicabilidades e as consequências desta legislação para a compra pública nacional. Justifica-se a escolha da discussão considerando a relevância de termos uma sociedade consciente acerca da motivação e do funcionamento da compra pública brasileira, bem como o intuito de contribuir academicamente com a temática, tendo em vista que a vigência da legislação desencadeará modificações significativas e obrigatórias de caráter jurídico e administrativo.

Assim, para o presente estudo, além de considerar a atuação prática na área das licitações municipais por cerca de 6 anos (2017-2023), utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa, no intuito de entender em qual contexto a antiga lei

de licitações (Lei Federal nº 8.666/1993) nasceu e o atual contexto que desabrocha a nova lei de licitações, e, desta sobreposição de leis, analisar a quebra de paradigmas.

Desta retrospectiva histórica será possível ainda conhecer brevemente marcos e nuances da compra pública no país, recapitulação esta que pode explicar a relutância para a aplicação da lei de licitações, a festejada e, simultaneamente, temida Lei Federal nº 14.133/2021. E, partindo desta contextualização, também será examinada a governança administrativa surgida das inovações tecnológicas, notadamente em razão dos seus efeitos sobre a transparência, o planejamento e a fiscalização nas etapas do processo licitatório como esforços à mitigação da corrupção, uma das grandes mazelas que assolam a compra pública.

No capítulo 2 discutir-se-á a quebra de paradigma entre a lei federal nº 8.666/1993 e a lei federal nº 14.133/2021, bem como a relutância da aplicação da lei de licitações no capítulo 3. Em seguida, no capítulo 4, será debatido o surgimento das plataformas no âmbito da compra pública, em especial as plataformas para formação de preços, plataformas para condução dos certames, plataformas que auxiliam os licitantes e as plataformas que funcionam como um google das licitações.

Complementa-se o estudo com a discussão acerca dos benefícios trazidos pela lei federal nº 14.133/2021 à governança digital administrativa no capítulo 5. E se conclui entendendo ser a lei de licitações ferramenta indispensável para a compra pública e para a sociedade como um todo, com grande possibilidade de que o resultado seja uma compra pública vantajosa, havendo pouquíssimo espaço para a corrupção.

## 2. A QUEBRA DE PARADIGMA ENTRE A LEI FEDERAL Nº 8.666/1993 E A LEI FEDERAL Nº 14.133/2021

A Lei Federal nº 8.666/1993 e a Lei Federal nº 14.133/2021 são voltadas para a administração pública, provenientes do direito administrativo, a segunda em substituição à primeira, e ambas as legislações tratam sobre as licitações e os contratos administrativos. E, para iniciar esta análise de quebra paradigmática, é imperioso definir antes o conceito de licitação. Celso Antônio Bandeira de Mello traz a seguinte aceção:

Certame que as entidades governamentais devem realizar e no qual possibilitam a disputa entre os administrados interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para promover a escolha da proposta mais vantajosa às conveniências públicas. O Instituto da licitação finca-se na ideia de competição, a ser travada de forma isonômica entre os que preencham os requisitos necessários ao bom cumprimento das obrigações que se comprometem (Mello, 2011).

Edcarlos Alves Lima a confere a seguinte definição:

[...] é válido pontuar que, na literatura brasileira, a licitação pública é reconhecida como um processo administrativo formal, por meio do qual os órgãos e entidades de todas as esferas e entes da federação, no exercício da função administrativa, possibilitam, por meio de regras pré-fixadas em edital, que potenciais interessados, em igualdade de condições, travem disputa em torno do objeto de que necessita para a satisfação do interesse público. A

disputa em torno do objeto licitado é feita de forma transparente e em sessão pública aberta. Como regra geral, se sagrará vencedor aquele que ofertar a proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso à Administração Pública (Lima, 2023).

Vale ressaltar que o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, escrito há cerca de dez anos, não sofreu alteração com o advento da lei licitatória de 2021, porquanto ainda predomina a premissa que o objetivo de uma licitação é garantir a escolha da oferta mais vantajosa. No entanto, a Lei Federal nº 14.133/2021 trouxe uma nova essência para as contratações, um novo olhar e uma nova dinâmica para a contratação de soluções aos órgãos públicos.

Considerando o interregno de 30 anos para vigorar nova lei acerca do tema licitações e contratos administrativos, para melhor compreensão das fases temporais destas legislações e, portanto, da grandiosidade do paradigma entre elas, é preciso que seja feita uma breve retrospectiva histórica a seu respeito. Antes da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 (CRFB/1988), as compras públicas estavam submersas em corrupção. Havia carência de isonomia na escolha do fornecedor, e deficiência na fiscalização durante a execução dos contratos firmados (Brasil, 2017).

Frente a esta situação, surgiu a Lei Federal nº 8.666/1993, logo após a saída do ex-presidente Fernando Collor de Mello, por meio de processo de *impeachment* – o primeiro a ocorrer no Brasil. Outrossim, a referida lei continha termos muito rígidos, com várias etapas, princípios e critérios a serem seguidos, objetivando conter essa corrupção (Pereira; Silva, 2015).

Todavia, no decorrer dos anos, mesmo com uma aplicação rigorosa da lei, a realidade que se evidenciava era uma na qual os fornecedores estavam fielmente cumprindo as regras do edital e, mesmo assim, infelizmente, não foi suficiente para acabar com a corrupção. Neste sentido, Fortes Junior aduz que:

A princípio acreditou-se que a Lei 8666/93 inibiu a prática de corrupção, assim como inibiu a participação de empresas idôneas e que não estavam adaptadas às novas exigências. Como acontece em qualquer ramo de atividade, os profissionais vão se especializando na matéria e o que era antes algo indecifrável e impossível de ser burlado, passa a ser respaldo para novas formas de corrupção (Fortes Junior, 2017)

E, de acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto, o controle excessivo não necessariamente torna a administração pública mais eficiente:

A busca de eficiência da Administração Pública, no entanto, e ao contrário do que consta do senso comum, não implica necessariamente aumentar o controle. Ao menos por três motivos nem sempre é verdadeira a correlação de quanto mais controle mais eficiente será a Administração: (i) a multiplicidade de controles pode levar à ineficiência do próprio controle; (ii) os procedimentos de controle têm custos; e (iii) o controle pelo controle pode levar ao déficit de responsabilidade acima enunciado. Quando uma mesma ação administrativa se submete a uma miríade de múltiplas instâncias de controle, para além da inócua multiplicação de procedimentos, corre-se o risco de controlar várias vezes um aspecto e de se deixar de ter em conta outro, criando a falsa impressão de rigor quando na verdade há ociosidade e omissão em controlar o efetivamente relevante. A atividade de controle é em si uma atividade administrativa. Ela também deve se submeter ao cânone da economicidade e eficiência. Estruturas duplicadas ou superdimensionadas ou o desperdício de recursos com procedimentos de controle inócuos é em si um desvio a ser também ele coibido e controlado (Marques Neto, 2010).

Desta forma, além dessa falsa sensação de controle e de não conter a corrupção efetivamente – pois o enfoque estava no procedimento formal da licitação, enquanto deveria estar no planejamento e na fiscalização –, com o passar dos anos, e com as mudanças tecnológicas, foi possível perceber uma lei engessada e distante da realidade, em especial se for levado em consideração o alastramento do uso da internet. Nesse sentindo, Edcarlos Alves Lima conclui que:

Trata-se de um cenário desafiador para a Administração Pública que, no âmbito de uma sociedade mais globalizada e informatizada, deve voltar o seu olhar para o implemento da inovação tecnológica tanto em suas rotinas internas (por exemplo, adotando meios mais eficazes, eficientes, transparentes e econômicos para suas contratações), quanto em sua atuação externa, disponibilizando serviços públicos acessíveis em plataformas digitais (Lima, 2023).

Assim, em relação a esta nova era digital no Brasil, muitas das formalidades da antiga lei não se encaixavam mais como, por exemplo, nos termos do art. 21, a publicação dos resumos dos editais e dos contratos em jornal físico ou em mural da instituição contratante:

Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais; II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal; III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição (Brasil, 1993, Art. 21, incisos I ao III).

Quantias altas sendo gastas pelos cofres públicos para manter cada aviso de licitação, alteração de editais, resumos de contratos, entre outros instrumentos, expostos em papéis que grande parte da sociedade não procura mais ler. Todavia, incansavelmente, para aquelas questões possíveis, a jurisprudência, tanto judiciária quanto legislativa (tribunais de contas dos estados e da união), foi trazendo a antiga lei mais para perto do cotidiano das compras públicas.

Um dos princípios que merece destaque, já muito bem sedimentado pela jurisprudência<sup>4</sup> nos últimos anos, viabilizando, diante de meros erros formais, contratações mais vantajosas aos órgãos públicos, trata-se do princípio do formalismo moderado (Silva, 2023). A somatória destes e outros fatores levou à necessidade da criação de uma nova legislação: a Lei Federal nº 14.133/2021 que, entrelaçada pela tecnologia, embalada pela recursividade moderna, encontrou uma multiplicidade de possibilidades no mundo digital.

4 **Acórdãos:** (1) 357/2015-TCU-Plenário, Relator Ministro Bruno Dantas: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/357%252F2015/%2520score%2520desc/0>; (2) 825/2019-TCU-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/formalismo/%2520%2520score%2520desc/10>; (3) 3148/2020-TCU-Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/formalismo/%2520%2520score%2520desc/8>; (4) 01097/2021-1-TCEES-Plenário, Relator Ministro Sérgio Manoel Nader Borges: <https://diario.tcees.tc.br/edicao/2021/10/14/atos-plenario/acordao-pareceres-plenario/noticia/16643>; (5) 988/2022-TCU-Plenário, Relator Ministro Antonio Anastasia: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/988%252F2022/%2520score%2520desc/0>; (6) 1184/2022-TCE/PR-Tribunal Pleno, Relator Ministro Ivens Zschoerper Linhares: <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/acordao-1184-2022-do-tribunal-pleno/343223/area/10>.

A referida lei veio reforçar e zelar pela aplicação da essência de uma boa contratação pública, da busca pela proposta mais vantajosa, planejada, sustentável e eficiente. Ela vem no sentido de se descolar do cumprimento rígido das regras e tem um olhar para o que é mais relevante: o planejamento e a fiscalização de uma compra pública.

### 3. A RELUTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA LEI DE LICITAÇÕES

A Lei Federal nº 14.133/2021 não teve *vacatio legis*<sup>5</sup>, entrando em vigor na data de sua publicação, o que gerou discussões nos círculos jurídicos, já que se trata de uma lei de grande repercussão. O fato de ela não ter este período entre a data de sua publicação e o início de sua vigência entrou em conflito com a Lei Complementar nº 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da CRFB/1988, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Outrossim, vejam-se, respectivamente, os arts. 194 da Lei Federal nº 14.1333/2021 e o art. 8º *caput*, da Lei Complementar nº 95/1998:

Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação (Brasil, 2021, Art. 194);  
[...]

A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão (Brasil, 1998, Art. 8º, *Caput*).

Por não restar dúvida que a Lei Federal nº 14.133/2021 é lei de grande repercussão, a falta de *vacatio legis*, numa análise superficial, feriu a norma estabelecida pela lei complementar. Muito embora a lei não tenha trazido grande inovação para os órgãos federais, que por meio de instruções normativas federais já vinham fixando e aplicando entendimentos estabelecidos pela lei, para os municípios e para os estados as mudanças causaram grande impacto, mormente no quesito ‘eletrônico’, uma vez que boa parcela das licitações municipais e estaduais ainda ocorriam na forma presencial.

Outra novidade foi o art. 193, inciso I, da lei de licitações:

Revogam-se: II – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei. (Brasil, 2021, Art. 193, Inciso I).

O art. 193 combinado com o art. 194 da Lei Federal nº 14.133/2021 permitem a aplicação da lei atual e da anterior durante este período de dois anos, com exceção à regra o art. 176 do mesmo diploma legal:

Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento: I – dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no *caput* do art. 8º desta Lei; II – da obri-

5 *Vacatio legis*: expressão latina que significa vacância da lei, correspondendo ao período entre a data da publicação de uma lei e o início de sua vigência.



gatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei; III – das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial. (Brasil, 2021, Art. 176).

Ficou estabelecido que a aplicação das duas leis não pode ser conjunta e aplicada simultaneamente no mesmo edital de licitação, devendo cada edital definir por qual lei ele será regido. Este período veio a servir como tempo de transição entre as legislações, sem permitir combinações para um mesmo edital, mas sem inviabilizar o processo licitatório para os órgãos que não estivessem ainda adaptados às novas exigências procedimentais.

O prazo transitório, inicialmente previsto de dois anos, foi prorrogado pela Lei Complementar nº 198/2023, e o art. 193, inciso I, passou a constar com a seguinte redação: “Revogam-se: II em 30 de dezembro de 2023: a) a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; b) a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002; e c) os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.” (Brasil, 2021, Art. 193, inciso I). Em decorrência desta regra de transição peculiar, nos primeiros dois anos foi possível perceber que os órgãos públicos, predominantemente, aplicaram a Lei Federal nº 8.666/1993. Inclusive os órgãos federais, que na prática foram menos atingidos pelas mudanças relacionadas às compras públicas. Portanto, para evitar possíveis colapsos das compras públicas nacionais, a aplicação da lei anterior foi prorrogada.

Com essa prorrogação, suposições podem ser levantadas para entender as causas que levaram à referida medida, como por exemplo, a necessidade de regulamentação de mais de 70 matérias antes da sua efetiva aplicação ou, simplesmente, porque havia a hipótese de continuar utilizando a legislação antiga.

Outro forte argumento que também pode ser conjecturado é que a nova lei passou a estimular e priorizar a metodologia virtual para a realização dos trabalhos. Da formação de preços à sessão do certame, o método priorizado passou a ser o eletrônico. Por exemplo, para obtenção do valor de mercado, o arcaico diploma licitatório exigia a obtenção de três orçamentos diretamente com os fornecedores, por meio de papel assinado e com timbre da empresa.

Já na lei em vigor, classificam-se as formas para obter uma formação de preços, sendo agora, o antigo método mencionado no parágrafo anterior, umas das últimas opções e, caso seja utilizado, ainda deverá ser mediante justificativa, conforme art. 23 da legislação:

O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto. §1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não: I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP); II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente; III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso; IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante

solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital; V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento (Brasil, 2021, Art. 23, §1º, incisos I ao V).

A Lei Federal nº 14.133/2021 prevê ainda que plataformas sejam reaproveitadas para formação de preços, o que traz mais segurança para mitigar casos de conluio<sup>6</sup> (Gonçalves, 2018) e de sobrepreço<sup>7</sup> (Cardoso, 2020) praticado pelas empresas. Este método é antigo e os órgãos federais já o vêm aplicando por meio de instruções normativas, a exemplo das formas mais modernas de pesquisa de preços. A lei de licitações e contratos administrativos acabou por ratificar esta metodologia e a padronizar para todos os órgãos públicos compradores do Brasil.

Contudo, esta nova obrigação pode gerar desconforto para alguns servidores públicos, em especial àqueles que lidam com o rigor dos procedimentos licitatórios há muito tempo, afinal de contas, esse era o perfil esperado do comprador público de outrora. E com a publicação da lei licitatória, as mudanças procedimentais e a carga inovadora trazidas consigo podem causar um choque aos seus operadores e envolvidos. O regramento jurídico não pode se apegar a estas mazelas, pois a administração pública precisa adaptar-se às novas demandas e realidades sociais sob pena de obsolescência.

Neste sentido pondera Justen Filho, quando dispôs sobre o assunto no XI Fórum Jurídico de Lisboa, o qual ocorreu final do mês de junho de 2023, na mesa de discussões “Governança Digital”:

A nova Lei de Licitações significa, na visão de 99% das pessoas, um novo regime para contratação pública no sentido de trazer regras para procedimentos. Na verdade, ela é o primeiro passo de uma enorme reforma administrativa do Estado brasileiro. Talvez isso justifique a dificuldade para o início da sua aplicação [...]

Como decorrência disso, tem sido aplicada apenas a lei antiga. A nova Lei de Licitações continua como uma espécie de imagem a desafiar todos nós, quando, por outro lado, a quantidade de inovações trazidas por essa lei, especialmente no tocante à governança digital, é muito significativa (Justen Filho, 2023, XI Fórum Jurídico de Lisboa/Portugal).

Não é de se espantar, com tantas alterações e inovações, que certa relutância por parte dos compradores públicos viesse a acontecer. Além disso, o distinto método de transição entre as leis corroborou para diversas entidades preferirem o regramento que lhes era conhecido, ou seja, optando pela Lei Federal nº 8.666/1993, apesar dos evidentes benefícios contidos na Lei Federal nº 14.133/2021 no processo de compra pública e governança.

6 **Conluio:** participação combinada de empresas em um procedimento licitatório; um ajuste maléfico; uma encenação que caracteriza fraude à licitação.

7 **Sobrepreço:** consiste na divergência entre o valor global ou unitário do contrato e os praticados pelo mercado.

## 4. O SURGIMENTO DAS PLATAFORMAS NO ÂMBITO DA COMPRA PÚBLICA

Com o advento do pregão eletrônico, por intermédio da Lei Federal nº 10.520/2002, regulamentado pelo Decreto nº 4.450/2005, um novo campo de mercado surgiu para as empresas de tecnologia, consoante disposto no art. 2º, §1º, da referida lei: “Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.”.

Não somente por cogência legal, mas também influxos da globalização do digital exerceram forte influência e pressão sobre os entes públicos e privados para que soluções modernas melhores adequadas às demandas sociais fossem adotadas. E, nos dizeres de Edcarlos, é necessário ressignificar os serviços públicos:

Os serviços públicos estão em constante evolução, sendo que um dos principais impactos em sua configuração é, sem dúvida, o rápido avanço tecnológico. Neste contexto evolutivo, surge a necessidade de o Estado disponibilizar serviços públicos a partir de plataformas digitais ou, simplesmente, e-serviços públicos, a fim de atender aos anseios de uma sociedade cada vez mais conectada (Lima, 2023, p. 45).

Em complemento, aduz ainda o autor que “à medida que o Poder Público fomenta a inovação por meio das contratações públicas eletrônicas e digitais, o mercado é levado a implementar práticas igualmente inovadoras para não ser escanteado [...]” (Lima, 2023, p. 95). Nessa toada, em relação à licitação, o poder público criou sua própria plataforma, e muitas empresas começaram a mercantilizar suas plataformas. Todos com o intuito de suprir as demandas criadas pela sociedade e institucionalizadas legalmente.

Acerca da plataforma criada pelo poder público federal, impende esclarecer que se trata de sistema obrigatório para o poder federal, mas também é disponibilizada gratuitamente para utilização a qualquer outro órgão público interessado. O sistema em questão é chamado de Comprasnet, uma solução desenvolvida pelo Serpro para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e está em funcionamento desde o ano de 2001. De acordo com o sítio institucional do Serpro:

O Portal de Compras do Governo Federal (Comprasnet) é um sistema web destinado à realização de licitações, contratações e aquisições promovidas pelas instituições do governo federal. A tecnologia disponibiliza uma série de facilidades voltadas para o controle e execução dos processos de contratação, além de disponibilizar a legislação que regulamenta o processo de serviços gerais e de contratação com informações gerais que torna desburocratizada a participação em processos licitatórios. O Comprasnet veio mudar a imagem de eficiência do governo frente aos seus fornecedores e cidadãos, a partir da utilização do que existe de melhor em tecnologia (Brasil. Serpro. Comprasnet).

Embora disponível de forma gratuita, algumas esferas públicas preferem não utilizar o sistema. Um dos motivos que se leva a crer a falta de uso pelos órgãos públicos estaduais e municipais é a falta de suporte ao usuário, ou seja, caso haja alguma instabilidade no perfil do licitante, este precisará tentar contato com o sistema por um canal 0800, e a licitação, caso o perfil do agente de contratação esteja estável, não será suspensa.

Portanto, neste exemplo prático, até que o problema do usuário licitante seja resolvido, é possível que o tempo limite para lances se esgote e o licitante venha a perder aquele item, mesmo com possibilidade de ofertar um preço mais vantajoso. Este fato traz inseguranças aos municípios que têm contato direto com o fornecedor local e regional. De certa forma, comunicar ao comércio local sobre uma licitação municipal, esperando que o fornecedor local participe e eventualmente seja vencedor de algum item – o que tende a ser a preferência dos prefeitos, já que aquilo que será consumido e pago pelo ente público terá tributação daquele município em que a empresa está localizada – se torna mais fácil.

Além disso, a informação será mais bem recebida pelas empresas, quando o comunicado já vem com a indicação dos contatos que darão treinamento e suporte aos novos usuários, mesmo que este serviço seja mediante pagamento pelos interessados em participar da licitação, demonstrando haver preferência pela segurança, agilidade e conforto do que pela gratuidade. Assim, após a publicação da Lei Federal nº 14.133/2021, registrando a preferência do meio de contratação na forma eletrônica e a preferência que a formação de preços também se dê por meios virtuais, as mais variadas plataformas começaram a despontar no mercado. Na sequência são comentadas alguns dos principais tipos.

#### 4.1 PLATAFORMAS PARA FORMAÇÃO DE PREÇOS

Antes mesmo da criação do Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP), criado após a publicação da nova lei licitatória, outras plataformas<sup>8</sup> já funcionavam como um banco de dados, com descritivos de produtos e serviços, bem como os seus valores, que poderiam variar de região para região, a depender de onde se realizou a compra.

Os valores consultados nessas plataformas são usados para formação de preços e tem como base legal o art. 23, §1º, inciso I, da Lei Federal nº 14.133/2021 e, anteriormente à lei, a base legal consistia em instrução normativa federal, que se atualizava conforme a necessidade. A última Instrução Normativa foi registrada sob o nº 065/2021, a qual já fazia referência à nova lei de licitações e contratos administrativos.

#### 4.2 PLATAFORMAS PARA CONDUÇÃO DOS CERTAMES

Com o advento do pregão eletrônico, colocado em prática após o seu regulamento em 2005, surgiu um novo nicho para as empresas de tecnologia, as quais criaram e se adequaram às regras de uma sessão eletrônica, nos termos da lei, garantido um certame com isonomia e imparcialidade.

Agora, com a lei vigente e exigível, trazendo todas as modalidades de licitação para o eletrônico, e não apenas o pregão, a quebra desse paradigma, em específico, não parece ser tão complexa, haja vista a usualidade desta metodologia há aproximadamente 20 anos. Ao menos é o que se almeja.

8 Por exemplo, a Comprasnet, já mencionada.

### 4.3 PLATAFORMAS QUE AUXILIAM OS LICITANTES

Este tipo de plataforma, totalmente a par do serviço público, auxilia os licitantes antes, durante e após a sessão de licitação, a depender por óbvio do tipo de contratação entre o provedor da plataforma e a empresa licitante. Alguns notáveis serviços digitais envolvem a comunicação ao licitante acerca dos avisos de licitação que correspondem ao seu interesse, ou seja, aquilo que ele comercializa; outro serviço interessante se trata do aviso à empresa licitante, durante uma sessão eletrônica, quando o pregoeiro está se comunicando exclusivamente com ela; e há até mesmo novidade no sentido de que os lances são efetuados por um robô, o qual pode atuar em diversas licitações concomitantemente.

Este último serviço disposto já foi alvo de incertezas sobre sua legalidade. Em 2021, o Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, no uso de suas atribuições, aprovou o parecer da consultoria geral/assessoria jurídica e legislativa, de autoria da Procuradora do Estado Karina Rosa Brack, que entendeu que a utilização de robôs não viola, por si só, a isonomia. Eis a ementa do mencionado parecer:

**SECRETARIA DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. SUBSECRETARIA CENTRAL DE LICITAÇÕES. CELIC. UTILIZAÇÃO DE SOFTWARES ROBÔS. LEGALIDADE. ORIENTAÇÕES JURÍDICAS.** 1. A utilização de robôs não viola, por si só, a isonomia. 2. A segurança jurídica a respeito da aceitação ou proibição da utilização de robôs somente será atingida por previsão legal. Devem ser envidados esforços para o avanço e conclusão do Projeto de Lei à Assembleia, atualmente tramitando, no âmbito do Comitê do COE, no PROA 19/1300-0007386-7. 3. Até que haja lei regulamentando a matéria, poderá a administração prever nos editais medidas que mitiguem a possibilidade de vantagem competitiva indevida. Ainda que não haja previsão legal expressa, é possível a inclusão no edital de medidas como tempo mínimo entre os lances, intervalo mínimo de valores, previsão de tempo antes do encerramento em caso de novo lance, etc. 4. Aquilo que não contrariar a previsão legal – lei estadual n. 13.191/2009 – poderá ser estabelecido pelo edital. Assim, poderá a administração, até a regulamentação legal, prever nos editais um tempo mínimo entre os lances, um valor mínimo entre os lances e prorrogação automática de dois minutos sempre que houver um novo lance. 5. Não havendo proibição em lei e no edital a respeito da utilização de robôs, não é possível a exclusão imediata do licitante baseado unicamente nesse critério de uso de softwares de lances automáticos (Rio Grande do Sul. Procuradoria-Geral do Estado. Processo Administrativo Eletrônico nº 20/1300-0007381-1. Assessoria Jurídica e Legislativa. Ementa do Parecer nº 18.620, 2021).

Em resumo, não parece se tratar de ato não isonômico aquelas empresas que podem pagar por essa tecnologia, pois o Estado, nesse condão, não tem o papel de controlar o mercado.

### 4.4 PLATAFORMAS QUE FUNCIONAM COMO UM GOOGLE DAS LICITAÇÕES

Para facilitar ainda mais os trabalhos, esta plataforma atua de forma que tudo aquilo que os entes estatais publicam na internet – diários oficiais, sites oficiais, PNCP, entre outros sítios eletrônicos – encontra-se agregado em sua plataforma, podendo ser consultado por meio de filtros específicos e facilitadores ao cotidiano do comprador público.



Isto faz com que as buscas por informações, seja para formar o descritivo de um produto ou serviço, seja para compor a formação de preços, ou até mesmo para verificar termos de referências e respostas a impugnações que outros órgãos já estudaram e tomaram suas decisões, acabem por se tornar mais eficientes e céleres. Ter o acesso a várias informações de várias localidades simultaneamente, pode ser muito bem aproveitado pelo comprador público, em especial para os serviços e produtos padronizados que todas as entidades públicas precisam adquirir.

## 5. OS BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 À GOVERNANÇA DIGITAL ADMINISTRATIVA

Segundo a diretriz básica de governança desenvolvida pelo Tribunal de Contas da União, não há uma delimitação exata e única para o termo governança, mas para uma análise acerca da governança dos órgãos e entidades da administração pública, adota-se a seguinte definição:

Governança no setor público compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade. (Brasil. Tribunal de Contas da União. Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública, 2014).

Preocupada com a governança nas compras públicas, a Lei Federal nº 14.133/2021 trouxe no parágrafo único do seu art. 11 de quem é a responsabilidade e para que serve a governança das contratações:

[...] A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações (Brasil, 2021, Art. 11, parágrafo único).

Uma forma de chegar à almejada governança é por meio do planejamento. Não é o único dos fatores que contribuem para o aumento da governança, mas, sem dúvida, é um dos grandes pilares. E, na leitura integral da lei, percebe-se o enfoque à figura do planejamento. Acredita-se que uma compra planejada previamente, com estudo técnico preliminar, termo de referência, histórico de quantidade de materiais ou serviços adquiridos anteriormente, padronização dos produtos entre as unidades do mesmo órgão licitatório, trarão segurança tanto ao órgão contratante como também às empresas licitantes.

E este é mais um dos diferenciais, e por consequência também um marco da Lei nº 14.133/2021, pois além de poder contar com aportes tecnológicos, trata em seu art. 12, inciso VII e §1º, sobre o plano de contratações anual:

[...] VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias. § 1º O plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput deste artigo deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos (Brasil, 2021, Art. 12, inciso VII e §1º).

Esta forma de encarar a compra pública tende a assegurar uma contratação mais segura, com potencial para efetivamente mitigar problemas de corrupção e outras mazelas que sempre assolaram as licitações. Na visão de Justen Filho, dois dos principais problemas do Brasil são a ineficiência e a corrupção na contratação administrativa.

Isso é algo que todos nós como cidadãos esperamos que seja superado. Como superar isto? Não basta punir. Não basta, obviamente, a nossa pura e simples vontade. Nós precisamos de uma reforma legislativa. Nós temos de aplicar essa nova lei, que lamentavelmente continua tendo a sua aplicação retardada em parcela significativa das unidades federativas. A nova Lei de Licitações traz a incorporação de soluções de governança no âmbito público e privado com a ampla utilização dos recursos digitais (Justen Filho, 2023, XI Fórum Jurídico de Lisboa/Portugal).

Como muito bem pontuado pelo advogado, o direito administrativo necessita de uma reforma, e a lei de licitações foi um dos primeiros passos, pois se trata de uma lei do futuro, que traz como pilares o planejamento, a tecnologia, a solução conjunta entre entes públicos e privados.

Outro ponto levantado pelo célebre doutrinador diz respeito à corrupção, que por vezes está entrelaçada à compra pública, já que algumas das suas etapas são realmente muito sensíveis e podem mais facilmente serem corrompidas. É possível elencar como exemplo o momento da formação de preços, onde, na legislação anterior, o usual seria realizar três orçamentos, ficando o órgão comprador à deriva dos preços passados pelas empresas, estas muitas vezes pertencentes ao mesmo grupo econômico, o que poderia levar a ocorrer a figura do sobrepreço. Reforça-se, como já ficou evidenciado nos tópicos passados, que a atual forma de estimar os preços traz mais transparência, agilidade e segurança ao ente contratante.

Ato contínuo, outra etapa sensível é o momento da seleção da proposta mais vantajosa. Uma prática muito conhecida e combatida pelos órgãos de controle é a formação de conluio entre as empresas, que facilmente podem ocorrer numa licitação na modalidade presencial. O que se percebe é que nas licitações presenciais, para apenas uma gama de fornecedores há logística de locomoção até o local da sessão pública, o que acaba por resultar na participação de um número reduzido de fornecedores.

E, ainda pior, quando apenas – ano após ano – as mesmas empresas participam das licitações presenciais, e acabam por se tornar parceiras no mercado de trabalho, há grandes chances de se formar a figura do conluio. Para exemplificar, essa prática do conluio pode acontecer da seguinte forma: numa licitação de 30 itens, 3 empresas parceiras, únicas participantes da licitação presencial, dividem 10 itens para cada uma, não havendo lances, apenas a proposta inicial de cada licitante.

Quando há a combinação desses dois métodos prejudiciais às compras públicas: sobrepreço e conluio, o dano ao erário pode ser devastador, pois se não há lances em itens que tiveram uma formação de preços inadequada, e uma licitação sem disputa, com formação de conluio, poderá haver facilmente a figura do superfaturamento<sup>9</sup> (Portugal, 2017) na execução do contrato, o que é extremamente prejudicial à administração pública, podendo causar danos irreversíveis.

Já por outro lado, quando se fala de um processo licitatório eletrônico, no momento da sessão, que ocorre através de uma plataforma eletrônica, há oportunidade para as empresas do país inteiro participarem, e é aplicado sigilo sobre quais empresas estão participando, tanto para os concorrentes como para o agente de contratação, e isso é uma forte barreira para a prevenção do conluio e para a preservação da isonomia no tratamento entre os licitantes.

Outrossim, a lei traz muitos mecanismos digitais para mitigar a corrupção. A verdade é que, com a aplicação do pregão eletrônico em 2005, foi perceptível um considerável avanço nas compras públicas, e grandes esforços foram despendidos para propagar a mesma essência para todo um regramento. Conforme explica Edcarlos, a forma eletrônica foi privilegiada na lei:

No campo das compras governamentais, com a instituição do pregão e a possibilidade de sua operacionalização a partir do uso da tecnologia da informação, houve um ganho de eficiência e economicidade que foi sendo ampliado ao longo dos últimos anos. A experiência positiva, advinda do uso da tecnologia, levou o legislador, no escopo da Lei nº 14.133/2021, a privilegiar a forma eletrônica para o processamento das compras governamentais, tendo possibilitado a prática de atos preferencialmente digitais (produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico), assim como a realização das licitações sob a forma exclusivamente eletrônica (Lima, 2023).

Segundo os dados informados pelo mesmo autor, o fator digital nos serviços públicos se tornou necessário para uma sociedade cada vez mais conectada:

A vida digital já é parte do cotidiano da maioria dos cidadãos brasileiros. Estudos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizados no ano de 2019, indicam que pouco mais de 78,3% das pessoas com mais de 10 anos de idade se utilizam da internet (Lima, 2023).

O legislador tem o dever de fazer a lei acompanhar os rumos que a sociedade se orienta para que a legislação não se torne obsoleta. E, entrelaçar o digital a uma lei tão peculiar e necessária, foi um grandioso salto para a administração pública.

Outro impulsionador da governança das contratações é a fiscalização realizada pela sociedade, cada vez mais em tempo real. Com esse basilar, a criação do PNCP se torna outra quebra de paradigma. Segundo Edcarlos Alves Lima:

A Lei nº 14.133/2021, além de traçar questões inerentes à governança das contratações públicas, criou o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) como proposta de unificação de atos e procedimentos, a fim de ampliar a transparência no contexto das licitações públicas (art. 174) (Lima, 2023).

A transparência que o meio digital oferece é eficaz, além de propiciar uma sociedade mais participativa, que exerce seu papel de fiscalizadora do serviço público, ampliando as formas de combate à corrupção, com auxílio aos órgãos de controle por meio de denúncias ou

9 **Superfaturamento:** ocorre na fase de execução do contrato, quando há pagamento de produtos ou serviços, cujo preço está acima do verdadeiro valor de mercado.

solicitações de esclarecimento nos canais de ouvidoria. Nesse sentido, Edcarlos Alves Lima preceitua que:

A realização da licitação sob a forma eletrônica representa ganhos que ultrapassam a ampliação do universo de competidores, o que, por si só, já seria positivo, potencializando a economicidade, gerando rapidez ao processo de contratação e garantindo a transparência (Lima, 2023).

Desta forma, aceitar a lei de licitações e colocá-la em prática é medida que pede urgência. Embora toda mudança tenha sua parcela de exaustão, os benefícios que virão são incontáveis e necessários para uma governança digital.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo é possível concluir que a lei de licitações é ferramenta indispensável para a compra pública e para a sociedade como um todo, pois quando cada um sabe o seu papel a ser desempenhado, e o faz com excelência e com objetivo no coletivo, há grandes chances de que o resultado seja uma compra pública vantajosa, havendo pouquíssimo espaço para a corrupção.

Como foi possível observar nos tópicos abordados, a corrupção assolou por muito tempo esta área de atuação da administração pública, e como um fôlego de esperança para mitigar essa prática deplorável, nasceu a lei de licitações, voltada para a inovação, planejamento, fiscalização e transparência.

Pode-se concluir também que as inovações, que já vinham ganhando progressivo espaço nas licitações, mesmo quando da aplicação exclusiva da lei anterior, passam a ter muito mais enfoque com a lei de licitações atual e isso, além dos vários benefícios para o Estado, também faz crescer oportunidades às empresas inovadoras nessa área, que foram se adequando à nova realidade e conseguiram oferecer e dispor de serviços novos no mercado.

Desta forma, os recursos e serviços digitais na compra pública oferecem maior vantagem aos agentes envolvidos, tornando a participação de qualquer empresa interessada muito mais fácil e alcançável. Assim, estes pontos positivos não afetam apenas o Estado, mas também as empresas intermediadoras desses serviços, bem como as empresas que fornecem diretamente o material ou o serviço aos órgãos públicos, gerando alavancas de crescimento para as áreas pública e privada, desencadeando ganho de economicidade para o país.

Com o presente cenário, mesmo que ainda seja estimado, já que a aplicação única e exclusiva da lei de licitações é recente, tem-se previsão de uma governança administrativa mais transparente e isonômica, norteadas pelo planejamento das compras e pela fiscalização dos serviços. E, considerando que a lei seja devidamente aplicada, ela pode alcançar níveis altos de excelência nas compras da administração pública.

## REFERÊNCIAS

- BORBA, Rogerio; RIBEIRO, Raisa; JULIO, Matheus Henrique da Fé. A delegabilidade do poder de polícia à luz do direito administrativo brasileiro moderno. *THEMIS: Revista da Esmec.*, n. 19, 2021. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/view/832/pdf>. Acesso em: 4 mar. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 4 mar. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm). Acesso em: 4 mar. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 4 mar. 2024.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm). Acesso em: 4 mar. 2024.
- BRASIL. Serpro. *Comprasnet*. Disponível em: <http://intra.serpro.gov.br/linhas-negocio/catalogo-de-solucoes/solucoes/principais-solucoes/comprasnet>. Acesso em: 4 mar. 2024.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Auditoria Operacional sobre Contratações Públicas*. Brasília: TCU, 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/relatorio-de-auditoria-operacional-sobre-contratacoes-publicas-2017.htm>. Acesso em: 4 mar. 2024.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública / Tribunal de Contas da União*. Versão 2 – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/FA/B6/EA/85/1CD4671023455957E18818A8/Referencial\\_basico\\_governanca\\_2\\_edicao.PDF](https://portal.tcu.gov.br/data/files/FA/B6/EA/85/1CD4671023455957E18818A8/Referencial_basico_governanca_2_edicao.PDF). Acesso em: 4 mar. 2024.
- CARDOSO, Natasha Reis de Carvalho. Colusão nos negócios jurídicos processuais e a aplicação de uma nova teoria das invalidades processuais. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, n. 115, p. 829-847, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v115p829-847>. Acesso em: 4 mar. 2024.
- FORTES JUNIOR, Cléo Oliveira. *Breve história das licitações no Brasil*. 2017. Disponível em: <http://www.fortesjr.com.br/breve-historia-das-licitacoes-nobrasil/>. Acesso em: 4 mar. 2024.
- GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. O sobrepreço nos contratos administrativos. *Revista Síntese licitações, contratos e convênios*, v. 8, n. 45, p. 72–81, jun./jul., 2018. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2018;1001128671>. Acesso em: 4 mar. 2024.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Governança Digital*. Apresentação no XI Fórum Jurídico de Lisboa, Portugal, 26, 27 e 28 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.forumjuridicodelisboa.com/2023>. Acesso em: 4 mar. 2024.
- LIMA, Edcarlos Alves. *Inovação e contratações públicas inteligentes*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/10/desafios-controle.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2024.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- PEREIRA, G. A.; SILVA, R. M. A Evolução das Normas de Licitações e Contratos no Brasil: Da Lei 8.666/1993 ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Revista de Administração Pública*, v. 49, n. 5, p. 1213-1235, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/51757>. Acesso em: 4 mar. 2024.



PORTUGAL, M. A. *Corrupção em obras públicas: uma análise dos procedimentos licitatórios no papel de combate à corrupção*. 2017. 234 p. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) - Centro Universitário FEI, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.31414/ADM.2017.D.129535>. Acesso em: 4 mar. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado. Ementa: Secretaria do Planejamento, Orçamento e Gestão. Subsecretaria Central de Licitações. Celic. Utilização de softwares robôs. Legalidade. Orientações jurídicas. Processo administrativo eletrônico nº 20/1300-0007381-1. *Parecer nº 18.620, de 22 de fevereiro de 2021*. Autora: Karina Rosa Brack. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/12/PA18620-2021-PGE-RS.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2024.

SILVA, Jôber Junio Queiroz da. Princípios nas licitações: como aplicar o formalismo moderado sem ferir os demais princípios licitatórios? *Revista do TCU*, nº 151, 2023. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1943/1933>. Acesso em: 4 mar. 2024.

SILVA, Rogerio Borba da. Argumentos principiológicos da inexigibilidade de licitação para contratação de advogados pela Administração Pública. *Revista Interdisciplinar Do Direito - Faculdade De Direito De Valença*, v. 20, n. 1, p. 137–146, 2022. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/1324>. Acesso em: 4 mar. 2024.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 17/07/2024
- Controle preliminar e verificação de plágio: 18/07/2024
- Avaliação 1: 24/07/2024
- Avaliação 2: 31/07/2024
- Decisão editorial preliminar: 31/07/2024
- Retorno rodada de correções: 06/08/2024
- Decisão editorial/aprovado: 15/08/2024

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# OPORTUNIDADES TRAZIDAS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, APLICADAS NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES E AQUISIÇÕES DA SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO - SEJUS

OPPORTUNITIES BROUGHT BY THE NEW BIDDING  
AND CONTRACTS LAW, APPLIED IN THE CONTEXT  
OF CONTRACTS AND ACQUISITIONS OF THE STATE  
SECRETARIAT OF JUSTICE OF ESPÍRITO SANTO - SEJUS

CAROLLINE RIBAS<sup>1</sup>  
ALVARO VIANA BRANDÃO<sup>2</sup>

## RESUMO

Com a edição da Lei nº 14.133/2021, a qual substituiu as antigas normas de licitações e contratos, o legislador teve como foco a melhoria do planejamento das contratações públicas, a fim de estabelecer novos instrumentos visando a melhoria da governança das aquisições e contratações públicas, no intuito de atender com eficiência as necessidades e as demandas sociais e coletiva. A Secretária de Estado de Justiça do Espírito Santo - SEJUS tem como obrigação legal a assistência material ao preso e ao internado, de modo que a nova lei de Licitações e Contratos Administrativos um instrumento necessário para que o órgão atinja seus objetivos e promova a dignidade daqueles que estão privados de liberdade. O objetivo do artigo é estabelecer um cotejamento entre as práticas de aquisições e contratações da SEJUS e as inovações estabelecidas pela Lei especialmente no que tange à dispensa de licitação. Algumas dessas mudanças têm aplicação prática nas contratações e aquisições da secretaria, como a ampliação do prazo de vigência das atas de registro de preços e contratos, bem como o aumento limite da dispensa de licitação por valor, podendo reduzir o número de procedimentos realizados atualmente, o que pode gerar economia ao Estado. Como é próprio da pesquisa acadêmica, será adotada uma metodologia de revisão bibliográfica, por meio de uma revisão da literatura de obras já existentes, e da análise de legislações federais e do Estado do Espírito Santo.

- 1 Doutoranda em Humanidades, Culturas e Artes pela Universidade Unigranrio. Mestre em Estudos Culturais contemporâneos pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Público e em Gestão Pública. Assessora Jurídica no Governo de Minas Gerais. Professora de Direito de Graduação e Pós-Graduação.
- 2 Servidor Público no Estado do Espírito Santo, ocupando cargo de especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG).

## Como citar esse artigo:/How to cite this article:

RIBAS, Caroline; BRANDÃO, Alvaro Viana. Oportunidades trazidas pela nova Lei de Licitações e contratos, aplicadas no âmbito das contratações e aquisições da Secretaria de Estado de Justiça do Espírito Santo - SEJUS. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 25-43, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i2.10062>.

**Palavras-chave:** Nova Lei de Licitações e Contratos Admirativos; SEJUS; planejamento; sistema de registro de preços; dispensa de licitação.

## ABSTRACT

*With the edition of Law No. 14.133/2021, which replaced the old bids and contracts, the legislator focused on improving public hiring planning, in order to establish new instruments aimed at improving the governance of public acquisitions and hiring, in order to efficiently meet the need and social and collective demands. The Secretary of State of Justice of Espírito Santo - Sejus has the legal obligation of material assistance to the prisoner and the hospital, so that the new law of bidding and administrative contracts is an instrument necessary for the agency to achieve its objectives and promote the dignity of those who are deprived of liberty. The purpose of the article is to establish a comprehensiveness between Sejus acquisition and hiring practices and the innovations established by law especially with regard to the waiver of bidding. Some of these changes have practical application in the hiring and acquisitions of the Secretariat, such as the expansion of the term of price registration and contract registration, as well as the limit of bidding for value bidding, and may reduce the number of procedures performed currently, which can generate economy to the state. As it is proper to academic research, a bibliographic review methodology will be adopted, through a review of the existing works literature, and the analysis of federal and state legislation and the State of Espírito Santo.*

**Keywords:** New Bidding and Admiral Contracts Law; SEJUS; planning; price registration system; bidding exemption.

## 1. INTRODUÇÃO

A lei nº 14.133 de 1ª de abril de 2021 institui a nova lei de licitações e contratos. O art. 194 da nova lei revogou as seguintes leis, antes aplicadas às contratações públicas: a lei nº 8.666/1993, antiga lei de licitações e contratos; a lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade pregão; a lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

Tanto a lei nº 8.666/1993 como a lei nº 10.520/2002 são normas editadas há mais de vinte anos e neste período, tanto a doutrina, como a jurisprudência dedicam-se a preencher lacunas que as antigas leis não previam expressamente. Assim, a lei nº 14.133/2021 não só unificou três leis em um único ordenamento jurídico, como também passou a contemplar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário sobre licitações e contratos, que já era aplicado pelo operador do direito administrativo.

Para Reis (2022) a busca da proposta economicamente mais vantajosa é a finalidade da licitação na definição ora defendida, visto que todo o procedimento administrativo e o respeito aos princípios jurídicos norteadores ambicionam, ao final, que se encontre qual a proposta que melhor atenderá ao interesse público com máxima segurança jurídica. Para o autor, a vantagem não se resume a preço, e, sim, no melhor para o atendimento do interesse público, relembrando o binômio custo-benefício.

Para Di Pietro *et al.* (2023) a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública, decorrente do princípio da indisponibilidade do interesse público, constituindo numa restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante. Assim a Administração terá que escolher a proposta que melhor atenda ao interesse público.

Em síntese, a nova lei não traz grandes mudanças significativas em relação ao que já era praticado em termos de licitações e contratos públicos, entretanto, traz algumas inovações que geram oportunidades para os órgãos públicos, tornando os procedimentos de aquisição e contratação mais eficientes e eficazes. Essa opinião é partilhada por Fortini, Oliveira e Camarão (2022) que entende que embora a legislação não tenta trazido nenhuma novidade impactante, pôde abrir janelas de oportunidades para novas, modernas e disruptivas interpretações e regulamentações. A autora explica que a Nova Lei surge com a nobre intenção de promover uma transformação significativa no processo de contratação pública, almejando, não apenas, incrementar a eficiência deste processo, mas também abordar e solucionar diversas “pendências” que, ao longo dos anos, permaneceram sem uma resolução adequada ou que emergiram como desafios recentes. É importante destacar que a NLLCA não se propõe a perpetuar o estado atual das coisas, pois esse não é, de modo algum, o seu propósito final. Pelo contrário, a lei se estabelece com a missão clara de alterar o status quo vigente, impulsionando mudanças substanciais e necessárias

O presente artigo teve como objetivo geral analisar algumas mudanças trazidas pela nova lei de licitações estabelecendo um cotejamento com oportunidades que estas mudanças trazem para as aquisições e contratações da Secretaria de Estado de Justiça do Espírito Santo. O artigo analisou especificamente: 1 - A possibilidade de celebração de contratos de fornecimento contínuos; 2 - As mudanças trazidas pela nova lei de licitações e contratos, quanto a possibilidade de maior prazo de vigência das atas de registro e contratos; e 3 - Os impactos que o aumento do valor para realização das compras diretas terão sobre as contratações do órgão.

Essa análise visa não apenas avaliar a melhoria da qualidade dos processos administrativos, como também possíveis economias proporcionadas pela nova lei com a redução do número de processos licitatórios.

Para atingir os objetivos pretendidos, foi utilizado como metodologia a pesquisa exploratória, que “têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições” (Gil, 2002, p. 41). A pesquisa é de natureza qualitativa e quantitativa. Como é próprio da pesquisa acadêmica, as informações necessárias à elaboração do artigo foram coletadas por meio de revisão das legislações relacionadas às licitações e contratos, dos livros e artigos científicos mais recentes. As informações necessárias aos processos licitatórios da SEJUS estão disponíveis na base de dados do Sistema Integrado de Gestão Administrativa do Governo do Estado do Espírito Santo <https://portalsiga.es.gov.br/> e no sistema de processos eletrônicos do Estado - <https://e-docs.es.gov.br/Internal>.

O trabalho iniciou com o estudo da nova lei de licitações e contratos, bem como dos decretos que regulamentam a respectiva lei no Estado do Espírito Santo, procedendo uma análise evolutiva dessas normativas em comparação com as legislações anteriores, revogadas pela nova lei.

Em seguida, foram revisados os artigos científicos, trabalhos acadêmicos e literatura, além da jurisprudência disponível sobre o tema.

Por fim, foi realizado no Portal SIGA o levantamento de todas as licitações realizadas recentemente pela Secretaria no período de 2021 a 2023. No sistema E-DOCS foi possível analisar cada um desses processos e retirar as informações necessárias para a realização da pesquisa.

Parte da pesquisa realizada, consiste no levantamento do número de processos licitatórios que utilizaram o sistema de registro de preços e quais desses processos podem caracterizar-se como fornecimento contínuo. Também foi possível identificar quantos processos estão sendo hoje licitados pela modalidade pregão, que poderão ser processados por dispensa de licitação, considerando o aumento do valor para essa forma de contratação.

Portanto, todas as informações necessárias a respeito da Secretaria de Estado da Justiça para realização do artigo estão disponíveis nestes sistemas.

## 2. SOBRE A SEJUS

A Secretaria de Estado da Justiça (SEJUS) é o órgão do Governo Estadual responsável pela coordenação, articulação, planejamento, implantação e controle da Política Penitenciária Estadual, em conformidade com a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), compreendendo a administração dos estabelecimentos penais que compõem o sistema penitenciário capixaba.

Sua missão é aplicar a Lei de Execução Penal de forma humanizada, garantindo a segurança do Estado e de todos os envolvidos no ambiente prisional, proporcionando condições dignas de reintegração social à pessoa privada de liberdade, sob a visão de ser referência nacional na adoção destas políticas, primando sempre pelo controle absoluto do ambiente prisional por parte do Estado.

Atualmente a SEJUS administra cerca de 37 (trinta e sete) estabelecimentos penais e algumas unidades administrativas. Nesse contexto, cabe à Secretaria atuar para o perfeito funcionamento desses estabelecimentos e possibilitar a reintegração social do indivíduo privado da sua liberdade. A legislação tratou de especificar quais assistências mínimas fornecidas pelo Estado seriam necessárias para proporcionar condições humanizadas e dignas dentro do ambiente prisional, dentre elas, a assistência material preconizada no artigo 12 da Lei n.º 7.210/1984.

Proporcionar condições humanizadas aos cidadãos privados de sua liberdade é a principal atividade desenvolvida pelos setores da Secretaria e o principal objeto licitado pela SEJUS. Só no ano 2023 foram publicados cerca de 120 (cento e vinte) editais de pregões eletrônicos e uma parte considerável dessas licitações visa atender ao insculpido no art. 12 da Lei n.º 7.210/1984, acima disposto.

A SEJUS todo ano fornece aos apenados, seja mensalmente, trimestralmente, semestralmente ou anualmente os seguintes itens: absorvente íntimo, aparelho de barbear, condicionador, creme dental, desodorante, papel higiênico, sabão de coco, sabonete, shampoo, escova de dente, chinelo de borracha, cortador de unha, laminado de espuma, toalha de banho, cobertor, além de outros itens de necessidade básica.

Essas aquisições são processadas em sua maioria pelo Sistema de Registro de Preços, regulamentado no Estado do Espírito Santo pelo Decreto nº 1.790-R, de 24 de janeiro de 2007. Conforme o art. 15, § 3º, inciso III da Lei nº 8.666/93, a validade desse registro não será superior a 1 (um) ano.



Juntamente aos itens de higiene básica fornecidos aos apenados, a SEJUS realiza anualmente aquisições de tecidos, linhas, fios, elásticos, aviamentos em geral e materiais de serigrafia, visando a produção de uniformes pelos próprios detentos, bem como itens que atendem a diversas outras oficinas que buscam a ressocialização do indivíduo.

Além das aquisições mencionadas, anualmente são realizados vários processos de fornecimento de alimentação e nutrição para atender aos detentos. Só neste ano foram publicados cerca de 21 (vinte e um) editais para a contratação desses objetos, além de outros. Em 2021 e 2022 foram realizados 13 (treze) editais.

Também é necessário garantir a manutenção das unidades prisionais e administrativas da SEJUS, por isso todos os anos são realizados procedimentos licitatórios para aquisição de materiais de limpeza, materiais de construção, materiais elétricos, lâmpadas, cadeados, açúcar, café, aquisição de mobiliários diversos, bem como serviços de dedetização, manutenção de equipamentos de ar condicionado, manutenção de geradores, de bombas hidráulicas, manutenções prediais e outros serviços de engenharia. Tudo isso é necessário para que as instituições prisionais se mantenham funcionando.

A Secretária de Estado e Justiça – SEJUS, considerando o objeto de sua atividade, está constantemente sendo fiscalizada pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público, pelo Tribunal de Contas do Estado, pela imprensa, bem como pelas organizações não governamentais que atuam em favor dos direitos humanos e pela sociedade em geral.

A falta de um único item básico, não só pode levar a uma grande repercussão legal para gestores, pelo descumprimento dos direitos dos detentos, como também pode resultar em rebeliões dentro das instituições penais, o que por sua vez pode redundar por vezes em tragédia. Por exemplo, o Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Estado do Maranhão ficou em evidência nacional no ano de 2013, com cenas de barbárie, envolvendo a decapitação e esquartejamento de presos.

Segundo notícia vinculada no site Conectas Direitos Humanos (<https://www.conectas.org/noticias/higiene-alimentacao-e-saude/>), a partir de entrevistas feitas com dezenas de presos durante as inspeções realizadas em dois anos, as organizações humanitárias concluíram que os motivos que revoltam e geram rebeliões entre os internos extrapolam a violência da disputa entre as facções.

Conforme Silva (2022), os problemas carcerários nos presídios brasileiros tais como superlotação, falta de itens básicos para higiene, maus tratos, insalubridade, falta de infraestrutura, opressão, criaram um terreno fértil para a formação e surgimento de grupos para lutar por melhorias, que se transformaram com o tempo nas facções criminosas que ao longo dos anos ocuparam todo o território brasileiro e que nos dias atuais são o maior desafio das autoridades na área da segurança pública.

Por isso, os procedimentos de aquisições e contratações dentro da SEJUS revestem-se de caráter sensível, com desdobramentos imprevisíveis para toda a sociedade.

Ao iniciar um novo processo de aquisição ou contratação existe uma relativa incerteza de que o processo será concluído em tempo de atender a necessidade da organização. Por diversas vezes, procedimentos licitatórios são revistos por falhas nas especificações, falhas nas pesquisas de preços, além da possibilidade de impugnações, recursos ou até mesmo da

judicialização do processo, o que resulta em atrasos não estimados anteriormente. Esta incerteza não se restringe ao âmbito da SEJUS, mas é inerente a qualquer procedimento licitatório.

Assim, buscamos identificar as oportunidades que a Lei nº 14.133/2021 traz para o aperfeiçoamento dos processos de aquisição e contratação da SEJUS, reduzindo as incertezas próprias desses processos, podendo representar em ganhos qualitativos para que a organização cumpra a sua missão.

### 3. SOBRE A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A Constituição de 1988 estabeleceu a competência privativa à União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle. Segundo Di Pietro *et al.* (2023) a constituição pôs fim a controvérsia sobre a competência para legislar sobre o tema que havia no ordenamento anterior, estabelecendo a competência para a União e destinando aos Estados e Municípios exercer a competência legislativa suplementar. Segundo a autora o art. 1º da Lei 8.666/93 nada deixa para que o Estado e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo.

A Lei nº 14.133/2021 também seguiu a mesma tendência centralizadora, estabelecendo a obrigatoriedade da sua utilização a partir de 1º de Abril de 2023.

Muito se tem falado sobre a nova lei de licitações e contratos, gerando grandes expectativas nos operadores do direito sobre como a nova lei será implementada. Essas expectativas resultaram em uma articulação política para que fosse prorrogado os efeitos do art. 193 da nova lei, resultando na edição da Lei Complementar nº 198/2023, que adiou a data para o dia 30 de dezembro de 2023.

Sobre o adiamento do prazo, em entrevista ao site Jota, a Ministra de Gestão e Inovação Esther Dweck fez o seguinte comentário: “a nova lei é melhor que a Lei 8.666”, mas, “para que ela, de fato, possa ser a única lei vigente no Brasil, a gente precisa que todos os municípios se sintam confortáveis com a utilização da nova lei, se sintam aptos para utilizar a nova lei”.

O Decreto 2.458-R/2010 que estabeleceu normas e procedimentos para realização de licitações na modalidade pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no § 1º do art. 2º da Lei n.º 10.520/2002 já deixava expresso em seu art. 2º que os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo Estadual deverão obrigatoriamente realizar licitações na modalidade pregão para aquisições de bens e serviços comuns.

Sendo o pregão a regra, podemos assegurar que grande parte dos procedimentos licitatórios realizados pelo Estado do Espírito Santo são na modalidade pregão eletrônico, excluído claro, as licitações de obras e serviços de engenharia, contempladas nas modalidades de tomada preços e concorrência.

Essa informação é importante, considerando que o rito procedimental estabelecido no art. 17 da Lei 14.133/2021 em pouco difere do rito atualmente adotado no Pregão Eletrônico.

Porém, mesmo que o procedimento adotado do pregão seja o mesmo, a nova lei traz grandes oportunidades para a melhoria qualitativa dos processos de aquisições e contratações, bem como possibilita a redução significativa dos números de processos licitatórios atualmente em andamento nos órgãos, como por exemplo, o aumento dos prazos de vigências das atas de registro de preços e contratos administrativos, bem como a ampliação do limite do valor para dispensa de licitação.

A Lei 14.133/2021 tem um grande impacto principalmente na fase preparatória do procedimento licitatório, com grande foco na melhoria do planejamento das licitações públicas. Tanto é verdade, que o planejamento passa a condição de princípio, que será observado na aplicação da nova lei, conforme disposto no art. 5º:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, **do planejamento**, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (grifo nosso) (Brasil, 2021)

Para Fortini, Oliveira e Camarão (2022), o fato da nova lei trazer explicitamente o princípio do planejamento demonstra a preocupação com fase prévia, inicial da contratação, sendo que a sua adoção evita-se desperdícios de tempo e de recursos, contribuindo para obtenção da melhor proposta.

Observando esse princípio, o art. 11 da lei estabelece dentre outras responsabilidades, que a alta administração deve assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Segundo Fortini, Oliveira e Camarão (2022) o exercício da boa administração pública conduz a uma governança e complementa:

*A governança pública* deve ser considerada como uma alternativa ao modelo tradicional e burocrático de Administração Pública e compreendida como sendo a capacidade e a habilidade de o governo avaliar, direcionar e monitorar a gestão das coisas públicas (políticas e serviços públicos), objetivando atender com eficiência as necessidade e as demandas sócias, coletiva e individualmente.

Ainda, para Fortini, Oliveira e Camarão (2022), a governança é mecanismo para que a Administração alcance os objetivos da licitação. Na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), a governança é destacada de maneira explícita e contundente, conforme se observa no artigo 11, parágrafo único, como “o” mecanismo primordial para que a administração pública possa efetivamente alcançar os objetivos estabelecidos para as licitações. Essa disposição legal impõe à alta administração do órgão ou entidade a responsabilidade direta pela governança das contratações, determinando que devem ser implementados processos e estruturas robustas, inclusive no que tange à gestão de riscos e aos controles internos. Essas medidas visam a assegurar que os processos de contratação e a execução dos contratos administrativos sejam avaliados, direcionados e monitorados de maneira sistemática e planejada. O objetivo é não apenas atingir os propósitos da licitação, mas também promover

um ambiente íntegro e confiável, onde a eficiência, a eficácia e a efetividade das contratações sejam garantidas em toda a sua extensão.

No art. 12, inciso VII, a lei traz expressamente a possibilidade de o órgão elaborar o Plano de Contratações Anual. No governo estadual, foi editado o Decreto Estadual nº 5307-R/2023 que dispõe sobre a governança das contratações públicas e institui o Planejamento de Contratações Anual no âmbito da Administração Pública Estadual direta, autárquica e fundacional. O decreto estabelece no seu art. 5º que dentre as diretrizes da governança nas contratações públicas está o alinhamento das contratações públicas aos planejamentos estratégicos dos órgãos e entidades, bem como às leis orçamentárias. O art. 8º do referido decreto estabelece que o Plano de Contratação Anual - PCA é o instrumento de governança elaborado anualmente pelos órgãos e entidades que contém todas as contratações que se pretende realizar ou prorrogar no exercício subsequente ao de sua elaboração.

A nova lei em seu art. 18, que trata da instrução do processo licitatório, também contempla o planejamento, estabelecendo que a fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos, dentre outros itens, a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido.

O estudo técnico preliminar é outro instrumento trazido pela nova lei e já utilizado no governo federal, porém é uma novidade nos procedimentos licitatórios de nosso Estado. O estudo, conforme §1º do mesmo artigo, deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação.

É possível vislumbrar que os instrumentos já citados possuem grande potencial de melhorar qualitativamente os procedimentos licitatórios e melhorar a alocação dos recursos públicos, evitando desperdícios. Entretanto, a nova lei não só possibilita ganhos qualitativos aos procedimentos licitatórios da Secretaria de Estado da Justiça, como também possibilita uma redução significativa do número de processos atualmente em andamento na Secretaria.

Porém, conforme Barros (2021), cabe destacar que a alteração da legislação é apenas uma melhoria incremental, que pode gerar resultados positivos para as compras públicas desde que seja regulamentada de maneira adequada e bem aplicada pelos gestores públicos. Assim, reconhece-se a importância da qualificação dos servidores ou demais empregados que atuam na área de compras para a eficiência dos processos de compra, visto que, sem isso, não haverá um bom planejamento das contratações, nem uma boa governança das aquisições.

Um estudo realizado pelo Instituto Negócios Públicos em fevereiro de 2015, disponível no portal Sollicita<sup>3</sup>, possibilitou analisar o custo médio de uma licitação através dos gastos em cada fase do processo. Segundo o Instituto, a identificação da necessidade de bens ou serviços tem um custo de R\$ 1.051,51; a análise e aprovação de aquisição somam um custo de R\$ 726,99; o custo da realização de pesquisa de mercado de valores e quantidade é de R\$ 2.561,07; a determinação da modalidade e projeto básico ou termo de referência custam R\$ 2.095,44; a elaboração de minuta do edital, contrato e publicação custam R\$ 3.954,17; o custo

3 OLIVEIRA, Aline. *Você sabe quanto custa uma licitação?* Custos das licitações e os efeitos para a Administração Pública. 2018. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/11895>. Acesso em: 5 nov. 2023.

da abertura de propostas e habilitação dos interessados em ato público é de R\$ 1.475,27 e, por fim, a verificação das conformidades do edital, adjudicação e homologação, bem como a publicação do resultado custam R\$ 2.487,35. Todo esse processo licitatório gera um custo médio de R\$ 14.351,50, isso em 2015. Atualizando esse valor pelo INPC - Índice Nacional de Preços ao Consumidor até novembro de 2023, índice comumente utilizado nos contratos de prestação de serviços, chegamos ao custo médio atual de R\$ 26.078,65 por licitação em 2023.

Motta (2020), em trabalho apresentado na ENAP, estimou o custo médio administrativo dos processos de compras da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH em cerca de R\$ 27.448,31 (vinte e sete mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e trinta e um centavos). Esse custo estimado pelo autor contempla as fases de Estudo Técnico Preliminar, Termo de Referência, Minuta de Edital de Licitação, Parecer Jurídico e Sessão Pública. Obviamente, esse valores variam conforme o objeto a ser licitado e o órgão que conduz a licitação. Porém, é possível aferir que existe um custo inerente à realização de cada processo. Novamente, atualizando esse valor pelo INPC até novembro de 2023, chegamos ao custo médio atual de R\$ 39.677,31 por licitação em 2023.

Assim, além da melhoria da qualidade do planejamento das contratações públicas que a nova lei proporciona, também possibilita a racionalização dos processos e a redução do número de procedimentos em andamento, trazendo benefícios diretos a Administração Pública e a sociedade capixaba.

No caso da SEJUS, como já citado, no intuito de proporcionar condições humanizadas e dignas dentro do ambiente prisional, dentre elas, a assistência material conforme preconiza a Lei n.º 7.210/1984, a Secretaria processa boa parte dessas aquisições pelo Sistema de Registro de Preços – SRP.

Segundo Oliveira (2021), os mecanismos estabelecidos no âmbito das modalidades de licitação, tipos de contratação, natureza do objeto, durações de contrato, entre outros, trazidas pela nova lei de licitações, oferecem subsídios necessários à modernização das contratações por parte do ente público.

### **3.1 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS**

O sistema de registro de preços é procedimento auxiliar das licitações, conforme art. 78 da lei nº 14.133/21, porém esse instrumento já era previsto expressamente no revogado art. 15, §§ 1º a 8º, da Lei nº 8.666/93. O sistema registro de preços é amplamente utilizado na Administração Pública Estadual.

A nova lei, no inciso XLV do art. 6º, conceitua o sistema de Registro de Preços como conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras. Assim, o fornecedor vencedor do certame poderá registrar o preço do objeto e a Administração poderá no período de até 1 (um) ano solicitar quantas unidades forem necessárias do objeto até o limite estipulado na ata.

Atualmente as Atas de Registro de Preços possuem vigência máxima de 12 (doze) meses. Porém, a nova lei, em seu art. 84, estabeleceu que esse prazo poderá ser prorrogado por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

Assim, durante o período de vigência da ata de Registro de Preços, respeitados os quantitativos máximos estabelecidos, a Administração poderá realizar várias aquisições ou contratações, sem que seja necessário realizar novos procedimentos licitatórios.

Conforme Fortini, Oliveira e Camarão (2022), a possibilidade de prorrogação da Ata de Registro de Preços vai ao encontro dos princípios da economicidade e eficiência, previsto no art. 5º.

O art. 3º do Decreto nº 5354-R/2023, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços - SRP previsto na Lei nº 14.133/2021, estabelece que o procedimento poderá ser utilizado em contratações diretas ou no procedimento licitatório, quando pertinente, para aquisição de bens, locação de bens, contratação de serviços, inclusive de engenharia e contratação de obras, sendo essa última previsão, Registro de Preços para contratação de obras, uma novidade em relação ao decreto nº 1.790-R/2007.

Segundo Oliveira (2021), a previsão legislativa ora indicada visa materializar uma necessidade das entidades contratantes que, por vezes, deparam-se com demandas de pequenas obras ou serviços padronizados, de baixa complexidade técnica e operacional, que precisam de contratações frequentes e que por isso se encaixam na sistemática do sistema de Registro de Preços.

Considerando que a SEJUS gerencia cerca de 37 (trinta e sete) estabelecimentos penais, além de vários outros prédios administrativos, a possibilidade de incluir itens de obras nas atas poderá ter repercussões positivas para gestão patrimonial da Secretaria e manutenção das unidades. Porém, conforme o art. 85 da Lei nº 14.133/2021, a execução de obras e serviços de engenharia pelo sistema de Registro de Preços deverá atender os seguintes requisitos: I - existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional e II - necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

O art. 3º do Decreto nº 5354-R/2023, em seu parágrafo único, estabelece que a utilização do sistema de Registro de Preços é pertinente nas seguintes situações, combinadas ou não:

- I - quando, pelas características do objeto, houver necessidade de contratações frequentes;
- II - quando for conveniente a previsão de entregas parceladas ou a remuneração por unidade de medida ou em regime de tarefa;
- III - para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e
- IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo exato a ser demandado pela Administração. (Espírito Santo, 5354-R/2023) (Espírito Santo, 2023)

Segundo Ximenes (2011), existem inúmeras vantagens na utilização do Sistema de Registro de Preços:

O Sistema de Registro de Preços é um instrumento de considerável avanço na gestão dos recursos públicos. Entre as inúmeras vantagens na utilização do SRP, a doutrina destaca as seguintes: a) redução do número de licitações durante o exercício financeiro, com diminuição dos custos operacionais; b) economia processual, mediante concentração em único processo licitatório para atender às necessidades comuns de vários órgãos independentes; c) velocidade nas contratações; d) redução dos custos, em função do ganho com a economia de escala; e) impossibilidade de caracterização de fracionamento



de despesas; f) desnecessidade de reserva orçamentária; g) possibilidade de a ata ultrapassar o exercício financeiro; h) redução das contratações diretas, especialmente as decorrentes da falta de planejamento; i) contratações somente das quantidades necessárias, evitando-se o desperdício; j) redução do volume de estoque, com diminuição do problema de espaço físico para estocagem, e k) maior aproveitamento do estoque, em decorrência da redução de perdas de produtos com prazo fora da validade ou por má conservação.

Conforme Oliveira (2021), podem ser enumeradas como vantagens do Sistema de Registro de Preços a desnecessidade de dotação orçamentária, a redução do número de licitações, a transparência nas aquisições, bem como a redução de volumes de estoque, porém, segundo a autora, a principal vantagem do Registro de Preços é possibilitar a aquisição de objetos de difícil previsibilidade.

Dos 120 (cento e vinte) editais publicados pela SEJUS no ano de 2023, 63 (sessenta e três) processos destinam-se a celebração da Atas de Registro de Preços, sendo que boa parte desses pregões são realizados anualmente pelo órgão.

Em consulta ao Sistema Integrado de Gestão Administrativa - SIGA do Estado, dos 63 processos citados, 35 (trinta e cinco) foram de objetos também licitados em 2022 e 2021, representando cerca de 50% (cinquenta por cento) das aquisições ou contratações pelo Sistema de Registro de Preços no ano de 2023. Essas aquisições considerando as regras da Nova Lei, poderiam ser contempladas com a possibilidade de prorrogação por mais 12 (doze) meses.

Apenas a possibilidade de renovação do prazo das atas, trazida pela nova lei, já permite uma redução significativa do número de licitações e a obtenção de economia, evitando-se novos processos.

Outra novidade trazida na nova lei para o Sistema de Registro de Preços, conforme o inciso III do art. 82, é a possibilidade de prever preços diferentes:

- a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;
- b) em razão da forma e do local de acondicionamento;
- c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;
- d) por outros motivos justificados no processo;

Tendo em vista que a SEJUS tem unidades espalhadas por todo o Estado, contemplar na mesma contratação a possibilidade de preços diferentes em função da localidade, traz oportunidades para contratações mais vantajosas, ampliando a área geográfica abrangida na contratação e a economia de escala.

### **3.2 CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE FORNECIMENTO CONTÍNUOS**

Outra novidade trazida pela Lei nº 14.133/21 refere-se aos contratos administrativos, previstos nos artigos 106 e 107. O art. 106, estabelece não só a possibilidade de celebração de contratos para serviços contínuos, como também a celebração de contratos para fornecimentos contínuos. Assim, as aquisições de bens que se destinam à manutenção do sistema prisional e administrativo, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas, poderiam ser prorrogadas.

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;

II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;

III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

§ 1º A extinção mencionada no inciso III do caput deste artigo ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática. (Brasil, 2021)

O inciso XV do art. 6º da Lei 14.133/21 caracteriza serviços e fornecimentos contínuos como serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas.

É preciso esclarecer que a celebração de contratos de fornecimentos contínuos já eram adotados por vários entes numa interpretação extensiva do inciso II do art. 57 da lei 8.666/93, que faz referência a serviços, porém era visto como uma situação excepcional pelo Tribunal de Contas da União, conforme Acórdão nº 766/2010 – Plenário.

Conforme Pércio (2022), na contratação de serviços e fornecimentos contínuos, a forma ampla com que a Lei os definiu – “serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas” – permite que uma gama significativa de serviços e produtos entre nesta classificação, viabilizando contratos de longa duração, seja em decorrência de sucessivas prorrogações ou da fixação, desde logo, de um prazo de vigência maior.

No caso da SEJUS, uma parte das licitações realizadas visam justamente proporcionar a assistência material aos apenados estabelecida em lei. A possibilidade de celebração de contratos para fornecimentos contínuos possibilita uma redução ainda maior dos números de processos licitatórios realizados, além de reduzir as incertezas na realização de novos procedimentos, que podem causar descontinuidade do fornecimento.

Cerca de 15 (quinze) aquisições são repetidas praticamente todos os anos e destinam-se a assistência material, como por exemplo, a aquisição de papel higiênico, laminado de espuma, shampoo, condicionador, sabonete, chinelos, desodorante, toalha de banho, barbeador, sabão de coco, cobertor, escova dental e absorvente íntimo. Esses objetos, possuem periodicidade de entregas pré-definidas pela gestão da SEJUS, sendo a quantidade baseada na população carcerária.

Assim, termos de referências bem planejados e elaborados poderiam valer-se do uso de instrumento de contrato para fornecimento contínuo, em contraponto ao uso da ordem de fornecimento, evitando a repetição anual desses procedimentos licitatórios, que geralmente ficam restritos ao prazo de vigência das atas de Registro de Preços.

Além dessas aquisições, existem outras que são realizadas periodicamente visando a manutenção das atividades administrativas e recuperação dos apenados, como por exemplo, a aquisição de tecidos diversos e linha, fios e elásticos, para confecção de uniformes, como também a aquisição de materiais de limpeza, luvas de procedimento, ração canina, que também sendo bem planejados podem adotar o instrumento contratual.

Pércio (2022) cita que a definição que a nova lei traz sobre contratos de fornecimento contínuos permite que uma gama significativa de serviços e produtos entre nesta classificação, viabilizando contratos de longa duração, seja em decorrência de sucessivas prorrogações ou da fixação, desde logo, de um prazo de vigência maior. Porém, a autora alerta que a adoção de prazos maiores que 12 (doze) meses dependerá de estudos técnicos preliminares consistentes, sob a responsabilidade de agentes capazes.

Furtado (2022), deixa claro que a nova lei inova na possibilidade de contratação de materiais e produtos de forma contínua, que para a autora é bastante salutar, mas exigirá uma maior capacidade de planejamento das instituições e um estudo preliminar mais detalhado para que as compras sejam realizadas com cronogramas de entrega e controle de estoque.

### 3.3 AMPLIAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DOS CONTRATOS

Nardone (2022), em artigo publicado no site do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, elenca que alguns dos aspectos que são capazes de demonstrar vantagens na adoção do novo ordenamento referem-se à ampliação da vigência dos contratos, a qual, vinculada à disponibilidade orçamentária, a contratação de serviços e fornecimentos contínuos passam a ter duração de até cinco anos, prorrogáveis por mais cinco.

O artigo 107 da lei estabelece que tanto os contratos de serviços contínuos, já previstos na lei nº 8.666/93, bem como os contratos de fornecimentos contínuos, poderão ser prorrogados até o limite de 10 (dez) anos.

Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes. (Brasil, 2021)

Anteriormente, na lei 8.666/93, os contratos de serviços contínuos poderiam ser prorrogados, porém o prazo máximo era limitado a 60 (sessenta) meses.

Além dos itens fornecidos de forma contínua pela SEJUS, são licitados anualmente diversos serviços contínuos que poderão no futuro ser prorrogados por até o prazo de 10 (dez) anos. Só no ano 2023, cerca de 39 (trinta e nove) editais publicados referem-se a serviços contínuos, sendo que cerca de 19 (dezenove) editais referem-se a contratação de serviços de nutrição e alimentação para os presos, conforme informação extraída do portal de compras do Estado do Espírito Santo. No ano de 2022 foram 22 (vinte e dois) editais, sendo 14 (quatorze) de serviços de nutrição e alimentação. No ano de 2021 foram respectivamente 12 (doze) e 04 (quatro) editais. O que demonstra uma tendência de aumento no número de contratações de serviços contínuos. Uma parte considerável desses contratos, juntamente aos contratos de

fornecimentos contínuos poderão ter suas vigências prorrogadas por um período superior ao que atualmente é praticado.

Conforme Nester e Nascimento (2022), as regras dos artigos 106 e 107 da Lei 14.133/21 abrem uma nova perspectiva para os contratos administrativos de serviços e fornecimentos contínuos. Admitem que essas contratações sejam planejadas por períodos mais extensos e permitem inclusive a renovação do contrato, em comum acordo entre as partes, desde que observadas as diretrizes e os requisitos ali previstos. Na opinião do autor, essa nova dimensão certamente trará impactos significativos em determinados setores que tinham seus contratos regidos pela Lei 8.666/93 e ficavam limitados aos períodos legais nela estabelecidos.

Para Costa (2023) existem as seguintes vantagens em renovar um contrato por até 10 (dez) anos, como diluição de custos e economia de escala, o que proporciona uma proposta de menor valor para a Administração Pública; redução das assimetrias informacionais acerca do contratado e da execução contratual; ampliação da competitividade; geração de estabilidade e economia pela amortização de investimentos; relacionamento duradouro, de parceria e de confiança; e redução dos custos processuais com sucessivas renovações.

Porém o autor aponta as seguintes desvantagens, quando se tratar de um prazo muito elástico: geração de distorções em vista da alteração das circunstâncias e da obsolescência das condições originalmente pactuadas; novas soluções, inclusive tecnológicas, podem surgir e a contratada não ter capacidade de adaptações, o que pode comprometer a continuidade da avença com a qualidade exigida; possibilidade de rescisão unilateral do contrato sem ônus para a Administração Pública devido à indisponibilidade orçamentária nos exercícios futuros, o que pode prejudicar seriamente a manutenção das atividades administrativas da Administração, em virtude da interrupção da execução contratual; aumento da incerteza acerca do desempenho do contratado, pois a Administração Pública não tem nenhuma garantia de que será contratada uma empresa qualificada; e possíveis danos decorrentes de falhas na gestão e fiscalização do contrato poderão ser por um longo período, o que pode acarretar consequências graves aos usuários e para a Administração.

Segundo o autor, cabe a equipe responsável pelo planejamento da contratação avaliar as vantagens e desvantagens, ao optar por prazos mais longos. No caso da SEJUS, a manutenção de contratos pode mostrar-se vantajosa, reduzindo o riscos inerentes a novos procedimentos.

### 3.4 AMPLIAÇÃO DO VALOR PARA DISPENSA DE LICITAÇÃO

Segundo Barbosa (2023), a substituição das antigas normas de licitações e contratos busca melhorar a eficiência dos processos, adaptando a legislação às novas realidades, incluindo os avanços tecnológicos. Conforme o autor, a nova lei traz algumas novidades, dentre elas está a revisão de valores de dispensa de licitações. Conforme Alves (2021), a contratação direta sem a realização do procedimento de licitação sempre foi um item de grande relevância para as contratações públicas, pois flexibiliza bastante a contratação de itens de baixo valor, além daqueles objetos que, por conta da urgência, não podem se submeter ao rito burocrático de contratação.

A Lei 14.133/21, nos incisos I e II do art. 75, estabeleceu novos limites de valor para dispensa de licitação, senão vejamos:

Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras; (Brasil, 2021)

Anteriormente, por conta do Decreto Federal n.º 9.412/2018 que atualizou os valores das modalidades licitatórias, os limites de valores eram respectivamente R\$ 33.000,00 e R\$ 17.600,00. Assim, a nova lei ampliou significativamente o valor a ser praticado, o que resultará no aumento do número de processos de dispensa de licitações.

Os valores estabelecidos na Lei 14.133/21 serão atualizados anualmente, a cada 1º (primeiro) de janeiro, incluindo os valores de dispensa, por força do art. 182 da nova lei, *in verbis*:

Art. 182. O Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados por esta Lei, os quais serão divulgados no PNCP.

Deste modo, evita-se que valores fiquem defasados, como ocorreu até a edição do Decreto Federal n.º 9.412/2018, que corrigiu os valores estipulados na Lei nº 8.666/93.

O Decreto nº 5352-R/2023 estabelece que nas hipóteses de dispensa de licitação previstas nos incisos I e II do caput do art. 75 da Lei 14.133 de 2021 será obrigatória a adoção da dispensa eletrônica, inclusive quando realizada por Registro de Preços.

A dispensa eletrônica ou cotação eletrônica, como é atualmente chamada no Portal de Compras do Estado, permite a observância dos princípios estabelecidos no art. 5º da nova lei, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da igualdade, do planejamento, da transparência, do julgamento objetivo, da competitividade e da celeridade.

A dispensa eletrônica permite um instrumento mais célere em relação ao pregão eletrônico, permitindo igualmente a ampla divulgação e participação do interessados.

Segundo Fortini, Oliveira e Camarão (2022), o procedimento licitatório é um controle do sistema de contratação pública, sendo que esse controle tem um custo que não pode ser desprezado. Não se pode negar que a condução de um procedimento licitatório, ao submeter a contratação à competição no mercado, possui um inegável potencial para gerar economia, superando consideravelmente a alternativa de contratação direta. No entanto, mesmo com esse potencial em mente, é preciso considerar que, em situações onde os valores envolvidos na contratação são extremamente reduzidos, o benefício econômico que se poderia obter com a licitação não se mostra suficiente para compensar os custos inerentes a todo o processo licitatório. Em tais casos, a economia gerada pela competição mercadológica acaba sendo ofuscada pelo peso dos custos e esforços necessários para a realização do certame, fazendo com que a licitação não se justifique como a opção mais vantajosa.

A Controladoria-Geral da União – CGU, em proposta de alteração dos limites das modalidades da Lei nº 8.666/96 e outras providências, através da Nota Técnica nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC, avaliou as vantagens em ampliar o limites de valor para dispensa de licitação.

A CGU apurou com base em um estudo realizado em 2006 pela Fundação Instituto de Administração da USP, denominado Mapeamento e Análise dos Custos Operacionais dos Processos de Contratação do Governo Federal, que o custo final dos processos realizados por meio de Pregão Eletrônico é cerca de 10 vezes maior que o custo da realização por meio de dispensa de licitação, sendo R\$ 2.025,00 para dispensa e R\$ 20.698,00 para o pregão eletrônico. O estudo realizado pelo órgão demonstrou que 47,67% dos processos de pregão realizados na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional no ano de 2016 possuem valores inferiores a R\$ 50.000,00. Por fim, o órgão concluiu que a ampliação do uso da dispensa de licitação acarretará na maior celeridade processual e recomendou naquela época a ampliação dos limites de valores das modalidades licitatórias da lei nº 8.666/93.

Conforme inciso XLV do art. 6º da Lei 14.133/21, o Sistema de Registro de Preços também se aplica às contratações diretas. Segundo Barros (2021), a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos trouxe uma novidade em relação ao Sistema de Registro de Preços (SRP), unindo os benefícios do baixo custo para se operacionalizar a dispensa e a economia em escala pela realização do Registro de Preços, possibilitando a sua realização por dispensa de licitação.

No ano de 2023, até o momento, foram realizados pela SEJUS cerca de 09 (nove) procedimentos de dispensa de licitação por valor, um número pequeno em relação aos números de editais já publicados. Considerando o tamanho e as atribuições da SEJUS, a maioria das aquisições e contratações ultrapassam os limites dos incisos I e II do art. 75 da Lei nº 14.133/21. Entretanto, em cerca de 12 (dozes) processos de pregões, o valor global estaria dentro dos novos limites, o que permitiria a contratação por meio da dispensa.

Certamente, utilizar instrumentos de planejamento instituídos pela nova lei, como a necessidade de estudo técnico preliminar e o plano de contratações anual, possibilitará ainda mais a ampliação do uso das dispensas de licitação por valor, tornando o procedimento de contratação mais ágil e menos dispendioso para a Administração.

## 4. CONCLUSÃO

Com a possibilidade de ampliação dos prazos de vigência das atas de Registro de Preços e dos contratos, bem como a ampliação dos valores para a realização dos procedimentos por dispensa de licitação, a nova lei de licitações claramente buscou reduzir e racionalizar o número de procedimentos licitatórios. Também buscou a manutenção das relações comerciais mais vantajosas para a Administração. Estes instrumentos, junto a vários outros instrumentos dispostos na lei, como a centralização das compras prevista no art. 19 e os citados instrumentos de planejamento das licitações, como o estudo técnico preliminar e o plano de contratações anual, terão grande impacto na melhoria da qualidade das contratações públicas, bem como a redução das incertezas, melhorando a eficiência dos procedimentos. Também permite a redução dos custos inerentes ao processo e a melhor alocação dos recursos financeiros e humanos.

Portanto, a Lei. 14.133/21 traz diversas oportunidades que, entretanto, necessitam de instrumentos de planejamento bem estabelecidos. Sendo bem aproveitados, estes instrumentos



trarão maior agilidade e eficiência nas aquisições e contratações públicas, bem como a redução dos custos administrativos envolvidos.

No caso da SEJUS, certamente haverá a redução na necessidade de procedimentos licitatórios, todavia os efeitos dessas mudanças não terão grande impacto no ano de 2024, um vez que as atas e contratos regidos pelas leis 8.666/93 e 10.520/01 ainda estarão vigentes. A percepção das mudanças será gradual ao longo dos próximos anos, porém a utilização da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresenta um cenário promissor para o órgão.

Esse estudo buscou uma análise do ponto de vista da oportunidade da redução do número de licitações na Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS, que para gerar ganhos econômicos requer também a readequação da sua estrutura administrativa. Todavia, as inovações apresentadas pela lei não se limitam as que foram apresentadas neste artigo e serão igualmente importantes para modernização das contratações públicas.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Alisson Rafael Rodrigues. *Regimes Jurídicos de Contratações Públicas*. Centro Universitário de Brasília-CEUB, 2021.

BARBOSA, Marcelo Gonçalves. *Nova lei de licitações e contratos: implementação no âmbito da administração pública do Estado de Minas Gerais*. Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, 2023.

BARROS, Anna Luiza Escobar Aleixo. *Compras públicas e eficiência administrativa: uma análise das novidades trazidas pela lei nº 14.133/2021 no que se refere à seleção de fornecedor*. Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm). Acesso em: 1 ago. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm). Acesso em: 1 ago. 2023.

BRASIL. *Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2022*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10520.htm). Acesso em: 1 ago. 2023.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 7 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em: 1 ago. 2023.

COSTA, Rogério. *Contratos de serviços e fornecimentos contínuos*. Quais os prós e contras ao prazo de vigência máxima de 10 anos? 2023. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/20389/contratos-de-servi%C3%A7os-e-fornecimentos-cont%C3%ADnuos>. Acesso em: 5 nov. 2023.

DI PIETRO, Maria; GUIMARÃES, Edgar; MOTTA Fabrício; FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago; AMORIM, Victor. *Manual de Licitações e Contratos Administrativos*. Ed. Forense, 2023.

ESPIRITO SANTO. *Decreto nº 1790-R, de 24 de janeiro de 2007*. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços, previsto no art. 15, inciso II, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, no âmbito da Administração Pública Estadual. Vitória, ES: Governo do Estado do Espírito Santo, 2007. Disponível em: <https://compras.es.gov.br/legislacoes-e-orientacoes>. Acesso em: 1 ago. 2023.

ESPIRITO SANTO. *Decreto nº 5307-R, de 15 de fevereiro de 2023*. Dispõe sobre a governança das contratações públicas e institui o Planejamento de Contratações Anual no âmbito da Administração Pública Estadual direta, autárquica e fundacional. Vitória, ES: Governo do Estado do Espírito Santo, 2023. Disponível em: <https://compras.es.gov.br/nllc>. Acesso em: 1 ago. 2023.

ESPIRITO SANTO. *Decreto nº 5354-R, de 23 de março de 2023*. Dispõe sobre a licitação nas modalidades concorrência e pregão e a contratação direta, previstas na Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública Estadual direta, autárquica e fundacional. Vitória, ES: Governo do Estado do Espírito Santo, 2023. Disponível em: <https://compras.es.gov.br/nllc>. Acesso em: 1 ago. 2023.

ESPIRITO SANTO. *Decreto nº 5352-R, de 28 de março de 2023*. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços - SRP previsto na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 no âmbito da Administração Pública Estadual direta, autárquica e fundacional. Vitória, ES: Governo do Estado do Espírito Santo, 2023. Disponível em: <https://compras.es.gov.br/nllc>. Acesso em: 1 ago. 2023.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Ed. Fórum, 2022.

FURTADO, Madeline Rocha. *Os contratos, a execução no PL 4253/2020: o que vem por aí?* ONLL – Observatório da Nova Lei de Licitações, 2021. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/03/24/os-contratos-a-execucao-no-pl4253-2020-o-que-vem-por-ai/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 41p. disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo\\_C1\\_como\\_elaborar\\_projeto\\_de\\_pesquisa\\_-\\_antonio\\_carlos\\_gil.pdf](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo_C1_como_elaborar_projeto_de_pesquisa_-_antonio_carlos_gil.pdf). Acesso em: 5 ago. 2023.

GUIMARÃES, Arthur. *Governo adiará implementação da nova Lei de Licitações para 2024, diz ministra*: Anúncio feito por Esther Dweck atende pleito dos municípios; havia reclamação sobre o prazo de adaptação para o novo regime. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/executivo/governo-adiara-implementacao-da-nova-lei-de-licitacoes-para-2024-diz-ministra-30032023>. Acesso em: 9 nov. 2023.

HIGIENE, alimentação e saúde - Violação continuada: Dois anos da crise em Pedrinhas. 2016. Disponível em <https://www.conectas.org/noticias/higiene-alimentacao-e-saude/>. Acesso em: 9 nov. 2023.

MOTTA, Carlos Vinícius de Souza. *Identificação os custos administrativos dos processos de compras da empresa brasileira de serviços hospitalares – EBSEH*. Escola Nacional de Administração Pública, 2020.

NARDONE, José Paulo. *Desafios e oportunidades do primeiro ano da nova Lei de Licitações e Contratos*. 2022. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/ARTIGO-Desafios-Oportunidades-Primeiro-Ano-Nova-Lei-Licita%C3%A7%C3%B5es-Nardone.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2023.

NESTER, Alexandre Wagner; NASCIMENTO, Eduardo Nadvorny. *Prazo contratual para serviços e fornecimentos contínuos na Lei 14.133/2021*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, Curitiba, n.º 182, abril de 2022. Disponível em: <http://www.justen.com.br>. Acesso em: 3 nov. 2023.

OLIVEIRA, Aline. *Você sabe quanto custa uma licitação?* Custos das licitações e os efeitos para a Administração Pública. 2018. Disponível em <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/11895>. Acesso em: 5 nov. 2023.

OLIVEIRA, Georgea Maria. *Registro de preços na nova lei de licitações*. Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, 2021.

OLIVEIRA, Juarez Ronaldo Junior. *Benefícios trazidos pela nova lei de licitações: análise preliminar da Lei 14.133/2021*. 2021. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/lei-14-133-2021>. Acesso em: 7 ago. 2023.

PÉRCIO, Gabriela. *A duração dos contratos na Lei 14.133/21*. Disponível em: <https://www.parceriasgovernamentais.com.br/a-duracao-dos-contratos-na-lei-14-133-21/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

REIS, Luciano Elias. *O “mantra” do menor preço a qualquer custo nas licitações*. Vantajosidade não se resume a preço! 2022. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/18995/o-%E2%80%9Cmantra%E2%80%9D-do-menor-pre%C3%A7o-a-qualquer-custo-nas-licita%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 11 nov. 2023.

SILVA, Mariana Viganor. *O papel do estado brasileiro na constituição das facções criminosas*. Universidade Vila Velha – UVV, 2022.

XIMENES, Regina Claudia de Alencar. O sistema de registro de preços e a figura do “carona”: uma análise frente aos princípios da administração pública e da lei de licitações. *Revista Tce-pe*, Recife, v. 18, n. 18, p. 28-52, jun. 2011. Disponível em: [https://periodicos.tce.pe.gov.br/seer/ojs-3.1.2-1/index.php/Revista\\_TCE-PE/article/view/8](https://periodicos.tce.pe.gov.br/seer/ojs-3.1.2-1/index.php/Revista_TCE-PE/article/view/8). Acesso em: 23 out. 2023.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 18/07/2024
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/07/2024
- Avaliação 1: 04/08/2024
- Avaliação 2: 17/08/2024
- Decisão editorial preliminar: 31/08/2024
- Retorno rodada de correções: 15/10/2024
- Decisão editorial/aprovado: 23/10/2024

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# FILOSOFIA NO PROCESSO CIVIL: DESCONSTRUINDO A REVERSIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

PHILOSOPHY IN CIVIL PROCEDURE: DECONSTRUCTING THE REVERSIBILITY OF URGENT DECISIONS

HILBERT MAXIMILIANO AKIHITO OBARA<sup>1</sup>  
GREGÓRIO FOGAÇA CARVALHO DOS SANTOS<sup>2</sup>

## RESUMO

O código de processo civil exige a reversibilidade dos efeitos da tutela de urgência antecipada. A doutrina e a jurisprudência comumente distinguem as tutelas de urgência quanto a seus efeitos: reversíveis e irreversíveis. No entanto, o artigo critica essa classificação. Em uma filosofia no Direito são trazidos vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos para demonstrar, na inviabilidade do retorno temporal, que todos os efeitos fáticos decorrentes das tutelas judiciais são irremediavelmente irreversíveis, que qualquer decisão a respeito de tutelas de urgência acaba sempre impactando nos interesses das partes. O texto legal tem sua potencialidade semântica, desse modo, reconduzida para o pragmatismo fundamental apto a afastar pseudofundamentações acobertadoras do arbítrio judicial. Ou seja, o escrito tem a pretensão de apurar o aspecto da fundamentação decisória das tutelas de urgência, de modo a buscar o afinamento das possibilidades dialéticas no jurídico, trazendo um solo firme para as construções do Direito, sobretudo a respeito das tutelas de urgência.

**Palavras-chave:** antecipação dos efeitos da tutela; filosofia no direito; processo civil; irreversibilidade dos efeitos da decisão.

## ABSTRACT

*The code of civil procedure requires the reversibility of the effects of urgent decisions. Doctrine and jurisprudence commonly distinguish urgent decisions based on their effects: reversible and irreversible. However, the article criticizes this classification. In a philosophy in Law, vectors of hermeneutic-philosophical rationality are*

- 1 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1994), mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003), doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2019) e pós-doutorado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Santa Catarina (2021). Atualmente é professor titular da graduação, mestrado e doutorado em direito da UNILASALLE e magistrado - Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Magistrado desde 1997, atualmente titular da 5 Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre-RS. Atuou como juiz titular das Comarcas de São José do Ouro de 1997 a 1998, Cruz Alta de 1998 a 2002, Cachoeirinha de 2002 a 2007, convocado junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul de 2015 a 2018 e como juiz em substituição em diversas outras varas e comarcas. Avaliador da Universidade FUMEC, painelistas da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública Rio Grande do Sul, painelistas da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul e painelistas da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenador dos núcleos de estudo da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul e Coordenador do núcleo de filosofia da Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul. Publicou o livro Reversibilidade das Tutelas de Urgência: A Ponta do Iceberg e outras cinco obras jurídicas coletivas. Publicou também diversos artigos científicos em revistas jurídicas especializadas. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/5577266784113691>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4144-3620>.
- 2 Mestrando em Direito e Sociedade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle (Unilasalle). Bolsista CAPES/PROSUC. Bacharel em Direito pela Unilasalle. Pós-graduando em Direito Civil pela Legale Educacional. Estagiário de Pós-graduação do 2º Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Canoas-RS. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/6649941199341008>. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0008-1103-5029>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito; SANTOS, Gregório Fogaça Carvalho dos. Filosofia no Processo Civil: desconstruindo a reversibilidade das tutelas de urgência. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 44-59, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i2.9960>.

*brought to demonstrate, in the non-viability of the temporal return, that all the factual effects resulting from judicial tutelage are irrevocably irreversible, that any decision regarding emergency tutelage always ends up impacting the interests of parties. The legal text has its semantic potential, thus, redirected to the fundamental pragmatism able to remove pseudo-covering foundations from the judicial arbitration. In other words, the writing intends to investigate the aspect of the decision-making grounds for urgent matters, in order to seek to refine the dialectical possibilities in the legal field, bringing a firm ground for the construction of the Law, especially regarding urgent matters.*

**Keywords:** civil procedure; advancing of the effects of relief; irreversibility of decision effects; philosophy in law.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo convida a uma percepção da filosofia no Direito a partir de uma perspectiva crítica do postulado da viragem linguística e da hermenêutica-filosófica. Na particular autonomia estanque, hermética, da ciência do Processo Civil é trabalhada a questão específica da reversibilidade, na temática das tutelas de urgência, sob um ponto de vista inusual para o positivismo jurídico. Ao invés de argumentos abstratos, algumas vezes circulares, a proposta traz o pragmático para o jurídico, sustentado na anterioridade linguística hermenêutica. É defendido que a tematização filosófica nas proposições jurídicas tem o condão de aperfeiçoar o Direito. Está sendo conclamado, portanto, o jurista para o mundo, para a realidade temporal, para uma desacomodação que lhe insere nas preocupações humanísticas e na responsabilidade pela construção aperfeiçoada do Direito e da sociedade.

Há a reprimenda a uma visão de Direito movida pela filosofia da relação sujeito-objeto, que impede ou limita muito a chance de um aprofundamento crítico das produções jurídicas. Nessa perspectiva de um Direito imunizado contra a contaminação externa, a filosofia é um ramo do próprio Direito que cumpre uma função tautológica, de uma epistemologia autocentrada e criticamente estéril, sem condições para trazer para o jurídico como um todo e para suas disciplinas, em especial do Processo Civil, o fenomenológico, o chamado para a realidade. Na viragem linguística e hermenêutica-filosófica é tematizada a introdução do elemento faltante, consubstanciada na anterioridade compreensiva, ampliando e aprofundando, por meio do percurso filosófico, as aptidões corretivas do Direito e do Processo Civil.

A filosofia no Direito adentra em um tema de suma relevância no Processo Civil que é o das tutelas de urgência, tratando da suposta exigibilidade da reversibilidade (retorno ao *status quo ante*). É desvelado, no paradigma jurídico que defende a reversibilidade, o servilismo a uma divisão de mundos (fático e jurídico). Nesse dualismo está a incapacidade do Direito de ultrapassar a relação sujeito-objeto, que conduz a um aprisionamento textual semântico, de um sentido predado por uma subjetividade assujeitadora e arbitrária que, no final das contas, fortalece a fala de autoridade em detrimento da substancialidade do Direito. Há, então, a acomodação de uma situação prejudicial e grave por atentar contra a segurança, qualificada pelo Direito, às conquistas humanísticas fundamentais e o caminhar progressivo da sociedade, sobretudo na atuação jurisdicional atada às tutelas de urgência.

No enredo do trabalho é posto o chamado para o despertar do jurista. Está sendo exposta a condição de ser no mundo de todos que lidam com o Direito. Na indeclinável relação intersubjetiva, no *dasein*, é visibilizado o reconectar do Direito, da sociedade, no ser do homem em

si e com os outros, que, no fundo, acaba reforçando a exigência de critérios exclusivamente jurídicos para justificar as decisões a respeito das tutelas de urgência, de modo a qualificá-la juridicamente e democraticamente.

A qualificação das tutelas de urgência acontece no desvelamento de que a reversibilidade, na sua metafísica, enseja uma abertura solipsística. Inexistindo o voltar atrás da realidade e das situações fáticas decorrentes das decisões de urgência é desnecessária a teoria da irreversibilidade recíproca que parte do pressuposto de situações reversíveis. Nesse percurso do inevitável desencadear de efeitos sempre irreversíveis surgem novas possibilidades construtivas jurídicas da base segura pragmática esclarecida.

O escrito é marcado pela transdisciplinaridade. O método é hipotético-dedutivo, de abordagem qualitativa, de procedimento bibliográfico, com pesquisa de objetivo exploratório, que induz a uma produção crítica-reflexiva de natureza aplicada.

## 2. A FILOSOFIA NO DIREITO: POSSIBILIDADES CRÍTICAS

A filosofia é no Direito. Diferentemente do que a epistemologia jurídica tradicional prega, a filosofia é irreduzível a um ramo do Direito. A filosofia ocupa uma dimensão anterior, de onde pode trazer contribuições qualificadas fenomenologicamente para o jurídico (Obara, 2020b, p. 123).

O jurídico, a partir da viragem linguística, refratária à relação sujeito-objeto, tem no *dasein*, sobretudo no ser em face de outro ser, a produção de sentidos (Obara, 2020b, p. 124-127). A partir disso, surge a possibilidade consensual, cujo discurso, dá ensejo a um “poder comunicativo” (Habermas, 1997a, p. 185-210), sedimentado no jurídico, que permite a concretização do princípio democrático (Habermas, 2002, p. 165).

A Filosofia e o Direito conservam campos autônomos de atuação, consequentemente, com produções próprias para atender seus objetivos específicos. O Direito, da relação sujeito-objeto, da metafísica ocidental, tem uma dimensão própria de validação intrínseca, que privilegia o método em detrimento da reflexão, sendo incapaz de acobertar a dimensão mais profunda da linguagem, filosófica (Oliveira, 1996, p. 214). A hermenêutica-filosófica tematiza a procedimentalização do conhecimento no ser contextual e histórico, enquanto o Direito, em nível diverso de saber, constrói uma linguagem e conteúdos próprios para tratar de sua práxis social (Oliveira, 1996, p. 216). Há, então, autonomia da filosofia e do Direito, mas com intercâmbio de saber, ensejador do aperfeiçoamento recíproco (Stein, 2004, p. 126). O pressuposto da troca de saberes obsta que o Direito adquira mero caráter instrumental, fechando-se em si mesmo e reduzindo a filosofia a um ramo do Direito (Habermas, 2002, p. 374). No local de anterioridade, a filosofia é capaz de exercer o papel de guardião, elaborando um discurso de correção de imprecisões jurídicas atentatórias ao pragmático e fenomenológico (Habermas, 1989, p. 18). Posição a partir da qual Habermas (2002, p. 384) acalenta, em prol de um empirismo, o sonho de ciência nomológica única. De qualquer forma, ainda que o sonho seja inconcretizável no nominalismo científico presente, há uma epistemologia hermenêutica-filosófica a ser observada (Stein, 2011, p. 9-23).



Ignorando a reviravolta linguística e a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, o Direito costuma manter-se fiel à relação sujeito-objeto (Obara, 2020b, p. 123-127). No paradigma filosófico-cognitivo do vínculo objetificante os sentidos estão implacavelmente separados de quem os interpreta, com o que o conhecimento independe do sujeito (Kaufmann, 1998, p.41), como se houvesse um lugar comum que encaixota o conteúdo semântico, de onde podem ser adjudicadas as significações unívocas. Há o resgate do nominalismo platônico, de um mundo do Direito diverso do mundo da vida, tendo no primeiro as formulações gerais para as aplicações particulares (Habermas, 2002, p. 382). Nessa separação de mundos, o jurídico produz um conhecimento objetivado, alheio à linguagem e ao ser, com capacidade para ser indiferente ao pensar filosófico e ao fático (Stein, 2002, p. 100). O jurídico edifica, assim, uma filosofia própria (Stein, 2004, p. 137), sem comunicação ou mediação com quaisquer conhecimentos externos.

O saber último do Direito, o fundamento de validade de suas formulações, é intrínseco na perspectiva criticada, constituindo o objeto de estudo da filosofia do Direito (Streck, 2009, p. 67), local em que cada um dos jusfilósofos assumem ou constroem um discurso peculiar, com racionalizações sem frutuosidade vivencial (Stein, 2004, p. 125). O Direito afunda, desse modo, em si mesmo. As produções jurídicas perdem as necessárias conexões com a sociedade, sendo incapazes de assumir qualquer conteúdo extrínseco, como o democrático, tão caro para a sociedade contemporânea (Obara, 2020, p. 127). O Direito, desse modo, fabrica uma realidade própria, com teorias sem serventia pragmática, mas que contentam suas “verdades científicas”. Trama em que o imiscuir hermenêutico-filosófico e a realidade externa são indesejáveis por macularem a pureza jurídica, por perquirirem a solução para além da metafísica (Stein, 2002, p. 112).

A insensibilidade do Direito a qualquer elemento que lhe seja externo cria um conteúdo sem substância humanística, sem capacidade temporal/social progressiva, tornando-o presa fácil do político, como servem de exemplo as ditaduras do período Moderno. A viragem linguística traz o âmago da capacidade compreensiva, o fundamento compartilhado intersubjetivamente, o ponto comum de partida para qualquer saber (Stein, 2004, p. 124), mesmo para as produções jurídicas. É abandonada a concepção de verdade analítica em benefício das relações intersubjetivas. A reviravolta linguística é capaz de depor contra as produções jurídicas meramente instrumentais e/ou vazias, capturadas pela insegurança do arbítrio, para pavimentar um percurso condicionado ao tempo e local, em interpretações de mundo de cada época (Habermas, 2002, p. 325-326), a partir de onde é acrescida a capacidade crítica, o objetivo humanístico e progressivo no Direito.

Na precedência ôntico-ontológica e na razão comunicativa, o *dasein*, enquanto ser no mundo, é existência frente ao ente por si subsistente e a outros seres, em uma precedência existencial e de mundo como condição para qualquer compreensão (Heidegger, 2012, p. 61-67). Há no *dasein* indispensavelmente o mundo-com, onde tem destaque, na crítica sociológica das ciências do espírito, o ser-com os outros e são supostas as reivindicações de validade do jurídico pelo mundo pragmático (Habermas, 2002, p. 352), pressuposto para a percepção crítica do Direito, para ultrapassar o instrumentalismo jurídico na assunção de bases humanísticas e históricas da sociedade. Desse modo, o Direito avoca o compromisso progressivo e impeditivo de retrocessos.

O *dasein*, na determinação “existenciária” do próprio ser (Heidegger, 2012, p. 341-363) constitui-se em fundamento para o saber e a partir dele está a abertura para a transposição da neutralidade estrutural e analítica-filosófica nas imbricações e afetações recíprocas dos seres no mundo (Heidegger, 2012, p. 341). No reconhecimento da deficiência do ser sozinho (Heidegger, 2012, p. 349), para além de um mero ocupar-se com os outros, de forma qualquer, onde a indiferença, também é formativa do ser, entra a possibilidade crítica do preocupar-se profundamente. Nessa preocupação o procedimentalismo filosófico do deixar “o outro para ser em si mesmo” (Heidegger, 2012, p. 353) apropria a qualificação do ser em si mesmo, em um compromisso contributivo recíproco para a maximização do potencial de cidadania, para que do auto da condição ideal de fala do sujeito possa ser estabelecido o diálogo, base para a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Os postulados filosóficos do entendimento recíproco para o (re)conhecimento mútuo (Heidegger, 2012, p. 357) e do entender corretamente o outro (Heidegger, 2012, p. 361) têm somada a busca dos fins comuns, considerando a evolução histórica humanística. Ao caráter filosófico-justificativo, do como acontece o conhecimento, é adicionada a preocupação ética e moral, que aponta para a autossuficiência e para o primado do princípio democrático (Habermas, 2002, p. 353-354), ambos com conteúdo sempre renovados no aprendizado vivencial.

A dialética intersubjetiva reforça a preocupação com a mediania e nivelamento filosóficos, reforçada por uma fala pública que obscurece, que aproxima existência de subsistência. Nisso surge uma homogeneidade intelectual rasa, que busca apagar a diferença ôntica fundamental, favorecendo um metafísico “ser universal” (Heidegger, 2012, p. 365-373). Do ponto de partida do *dasein* é alcançável o olhar crítico atual, que reforça a percepção heideggeriana, onde a vivência social é acelerada, com comunicação rasteira e de apreensão subjetiva superficial da (des)informação (Han, 2017, p. 8-39). Essa superficialidade criticada está vinculada a um enredo de histeria do trabalho, produção e hiperatividade, a contribuir para uma violência sistêmica, desencadeadora da autocobrança, de forte carga capitalista, geradora de uma violência neuronal dessa massificação da positividade (Han, 2015, p. 14-26). Desse diagnóstico surgem as propostas de enfrentamento, como na (re)valorização do contemplativo, que preza pelo desvelamento vagaroso do repensar e refletir (Han, 2017, p. 19-21), no (re)descobrimento da potencialidade negativa (Han, 2015, p. 18-21), instaurador da capacidade de identificar e dizer não, que vence a passividade da positividade com a produtividade da negatividade (Han, 2015, p. 37-41). No jurídico, o desembocar está evidenciado na produção prática acelerada e incessante, muito próxima do operador técnico mecanicista das linhas de produção. Assim, na preocupação em atender a avidez da sociedade por aceleração, o jurista abre mão do pensar profundo, adotando uma função de pouca exigência racional e nenhuma possibilidade crítica, do tipo “copia e cola”, que deve ser diagnosticada e tratada para que o Direito efetivamente cumpra a responsabilidade proposta no escrito.

O *dasein*, o pertencimento heideggeriano do ser com os outros (Heidegger, 2012, p. 363) traz a condição de possibilidade do conhecimento, do desenvolvimento da subjetividade e das ciências. Porém, para além de uma justificação procedimental vazia parece fundamental a inserção do viés crítico, a conceder um coração ao filosófico (Han, 2017, p. 40-47), ao que pode ser acrescido um coração ao jurídico que repousa no humanístico. Nessa proposição é resgatado o homem que prima pelo bom e pelo justo, uma filosofia que tematiza o ético e o moral. Por isso, no cotidiano do ser si-mesmo e a-gente, cabe um nós a impulsionar para os

fins comuns, em uma janela expansiva e progressiva para adiante do indivíduo, para o coletivo e para o social.

O Direito constitui-se no local de resguardo das conquistas humanas e sociais e, para tanto, o jurídico deve ser autônomo. Disso decorre que o jurídico tem âmbito de validade distinto da moral, sem dependência ou subordinação. No imprescindível caráter reflexivo e aprofundado das questões jurídicas, inaceitáveis são quaisquer invocações morais ou éticas (Habermas, 2002, p. 300). Enredo em que inexistente espaço para a razão prática (Obara, 2020, p. 127), para o rompimento da forma jurídica institucionalizada, como já pensou Habermas (1997, p. 246-247), mas retificou posteriormente (Habermas, 2002, p. 324-325). A solução coerente e conforme o jurídico (Habermas, 1997, p. 210), de forma estrita, é a salvaguarda do conteúdo humanístico. O Direito, portanto, não pode permanecer refém de opiniões e vontades, mas estrito a decisões institucionalizadas que vinculam coletivamente (Habermas, 2002, p. 290), em perspectiva, respectivamente, legislativa e jurisdicional, de modo a conservar as liberdades comunicativas desencadeadas na igualdade. (Habermas, 2002, p. 380-384). No momento em que o político preda o jurídico está sendo autorizado o retrocesso, razão pela qual o jurídico deve prestar contas somente a si, mas na condição de possibilidade hermenêutica-filosófica (Obara, 2020b, p. 127-128).

As instâncias que proferem as decisões jurídicas vinculativas devem guardar respeito à produção ascendente (Obara, 2019, p. 205-211), à autonomia pública e privada, de modo que, no fundo, os cidadãos sejam os criadores do Direito e seus destinatários (Habermas, 2002, p. 288-290). Narrativa em que alcança protagonismo a Constituição, com destaque para a função jurisdicional (Obara, 2020a, p. 39-41), mas tudo nos limites do jurídico, dos direitos fundamentais, privilegiando a justiça (Habermas, 2002, p. 321-322), sem abertura subjetiva, valorativa, ainda que camufladas por ponderações (Habermas, 2002, p. 357). Assim, a mobilidade do jurídico a conformá-lo socialmente e a lhe conferir um objetivo democrático na Constituição como pacto fundante, tem na hermenêutica-filosófica o seu acontecer (Streck, 2004, p. 87), a sua vivenciação na sociedade (Obara, 2020b, p. 127-133), na facticidade, na validação social do Direito, de forma progressiva, no constante aprendizado imposto pelo princípio democrático (Habermas, 2002, p. 381-382).

### 3. O TEXTO DA LEI: SIGNIFICAÇÕES E RESSIGNIFICAÇÕES

O texto legal continua tendo relevância ímpar para o Direito. Porém, a filosofia indica uma superação da perspectiva analítica. A analítica importa em uma estagnação de sentidos que afasta o jurídico da mobilidade social, que prejudica uma construção democrática por meio do jurídico. A dependência a sentidos predados da lei importa em uma atemporalidade do Direito. Ao ser enxergada a reviravolta linguística é revelada uma intersubjetividade indispensável ao conhecimento, “instauradora do mundo” (Streck, 2004, p. 39). A hermenêutica filosófica traz a compreensão textual de forma ininterrupta, em significações e ressignificações, no ser ôntico-ontológico inserido temporalmente no mundo.

A insuficiência do Direito, na ausência de diferenciação das ciências da natureza e das ciências do espírito, decorre da promessa moderna racional acorrentada à filosofia da rela-

ção sujeito-objeto, a estancar o saber, as ciências e o homem da temporalidade (Homerding, 2007, p. 42-49). Mais especificamente é depositada a confiança no texto da lei, fruto maduro da obcecada busca pela produção racional imaculada pela historicidade (Obara, 2019, p. 212-221). Percurso em que o Direito estabelece uma epistemologia autocentrada, de um jurídico despreocupado com a imprescindível correspondência de realidade e proposição (Oliveira, 1996, p. 309-310) e desconectado do homem em seu conjunto de relações contextuais temporais com as coisas e um com os outros (Kaufmann, 1998, p. 67). É dessa maneira que o Direito acaba consolidando um caráter instrumental, vazio em substancialidade humanística, que pode conduzir a caminhos obscuros.

A entificação do texto legal, como reflexo da filosofia da relação sujeito-objeto, traz sentidos a serem descobertos pelo operador/técnico jurídico através das ferramentas que o Direito lhe proporciona, sobretudo por meio do método interpretativo (Streck, 2004, p. 39). Principalmente na tradição da *civil law*, do marco revolucionário burguês liberal da Revolução Francesa, do Código Civil napoleônico, havia a obstinação por textualizar todas as hipóteses fáticas que interessassem ao Direito a fim de dar concretude à figura do juiz como *la bouche de la ley* (Obara, 2019, p. 213-215). Somente na ausência da lei objetiva, eram utilizadas as interpretações para alcançar sentidos que preferencialmente e supostamente adviriam do sistema objetivo posto, uma vez que eram proibidas as adjudicações subjetivas de significações (Tarello, 1980, p. 249). Situação que conferia completude e sustentação à criticada autonomia instrumental científica de um positivismo jurídico legalista (Pena, 2014, p. 846).

O despertar da ilusão de completude foi iniciado com a identificação de lacunas da lei, na incapacidade legal de abarcar todas as situações do mundo da vida, sobretudo porque o Direito inexistia em forma pura, sem conteúdo (Grossi, 2004, p. 44), indiferente ao ser temporal. Na introdução da viragem linguística, da relação intersubjetiva, está o *dasein* sempre produtor de sentidos a obstar a coincidência de texto e sentido do texto (Obara, 2020b, p. 123-124). Na clareira aberta, o positivismo incentivou a investigação sobre vontade da lei, a vontade do legislador e outros objetivos interpretativos, que contemporaneamente, cederam espaço para princípios implícitos e expressos (Guastini, 2005, p. 191-203) que acobertam a realidade da subjetividade, introduzindo a razão prática para os “casos difíceis” (Streck, 2015, p. 107-108), na ânsia pelo amoldamento social do Direito (Tarello, 1980, p. 342). No sistema brasileiro é verificável um agravamento da trivialização dos princípios, a servir a qualquer fim (Neves, 2013, p. 9-10), trazendo como efeito colateral a incontrolabilidade jurídica, a ausência de justificação pelo Direito (Oliveira, 1996, p. 168) e o risco da abusividade política e retrocesso social.

A linguagem é tema da filosofia e não do Direito. Antes de qualquer extração conotativa do ente, a linguagem é anterior e, portanto, está na origem de qualquer proposição conceitual e teórica das ciências, (in)validando-os (Oliveira, 1996, p. 266). Então, quando o Direito objetiva o texto, confundindo-o com a linguagem no sentido hermenêutico, está contrariando a lição gadameriana da desde sempre antecedência linguística, em que tudo que pode ser conhecido, todo enunciado científico, é “abrangido sempre pelo horizonte do mundo da linguagem” (Gadamer, 1999, p. 653). De modo que todas as produções jurídicas, sem exclusão do texto legal, têm na linguagem sua condição compreensiva, na fusão de horizontes (Gadamer, 1999, p. 457), como fenômeno original (Heidegger, 2009, p. 71), que radica na esfera do desvelamento pelo ser (Oliveira, 1996, p. 206-207), trazendo sempre sentidos novos no ser, nem melhores e nem piores, apenas diferentes (Gadamer, 1999, p. 444).

O acesso ao mundo pelo ser, o conhecer moldado subjetivamente na relação intersubjetiva, deve ser cuidadoso para que o sujeito não acabe enfeitado pela linguagem, como advertia Wittgenstein (2009, p. 71.). Na prevenção da situação do ser ensimesmado, Heidegger (2012, p. 67) alerta para a tendência de “radicalização do pré-ontológico entendimento-do-ser”. Contudo, o desaviso positivista, do pensamento movido pela oclusão ensimesmada, acabou conduzindo o Direito para a sedução do canto das sereias, na criação de um mundo próprio em que tudo pode o jurista, em que o solipsismo tem “realização plena na atual fase de nossa civilização” (Oliveira, 1996, p. 205). O ensinamento heideggeriano que distingue a apreensão do mundo, do mundo em si (Heidegger, 2009, p. 75), foi extremado na apreensão e desconsiderado no mundo em si. Foram desprezadas as lições da relação do ser com o mundo, do-ser-em-o-mundo em geral, como constituição fundamental do *dasein*, de mundidade (Heidegger, 2012, p. 169-332), para desencadear o subjetivismo arbitrário que rompe o jurídico, em caracterização solipsista/ativista (Obara, 2020a, p. 40-41), inclusive ignorando ou ultrapassando o texto da lei.

Na dualidade de mundos, a “verdade” do Direito funda-se primordialmente em uma circularidade científica que põe a realidade em segundo plano. O discurso é hermético e pertence aos iniciados (juristas), em uma desconexão factual que favorece o voluntarismo. Situação bem caracterizada no repositório de estratégias metafísicas, que são constantemente inovados e renovados para o descobrimento do sentido da lei (Zagrebelsky, 2010, p. 95), mascarando o arbítrio ou admitindo-o de forma manifesta (Obara, 2020b, p. 124). Então, enquanto a postura positivista da relação sujeito-objeto invoca uma abertura imprescindível do Direito para a sociedade, de modo a renovar-se substancialmente (Zagrebelsky, 2010, p. 101), panorama em que é reputado ao juiz um papel criador do jurídico (Mendez, 1979, p. 219), a proposição do artigo, na filosofia crítica, repudia a abertura solipsista da filosofia moderna da subjetividade porque obsta o aprofundamento de um chamado do mundo no ser em si (Oliveira, 1996, p. 220), desencadeando a o perigo da superação do jurídico pelo político (Obara, 2019, p. 213-214).

O jurídico inadmite a ruptura em seu predicado autônomo, na sua importância enquanto campo de produção de conhecimento (Morin, 2005, p. 24). Cabe o esclarecimento filosófico da inviabilidade da indiferença ôntica (Heidegger, 2012, p. 351). O ser é e só pode ser no mundo. O mundo e as coisas podem ser sem a humanidade, mas o homem não é sem o mundo. Situação que subjaz em qualquer estruturação linguística humana. A multiplicidade e inesgotabilidade de produção de acepções dos entes não relativizam o mundo (Gadamer, 1999, p. 649). Corolário lógico, os sistemas sociais, dentre eles o Direito, não são e não podem ser sem o homem enquanto ser no mundo. Por isso, há um ponto de partida no *dasein* para as compreensões subjetivas, para todo saber humano, para as ciências e para o Direito, modo pelo qual é valorizado o acordo comum substancial de fundo (Habermas, 2002, p. 326-337) indispensável no jurídico. O *dasein* como ser no mundo, com o outro e com o ente traz um jurídico a ser blindado contra a subjetividade assujeitadora.

Na inevitabilidade produtora de sentidos do texto jurídico, em que a releitura não deixa de ser ressignificadora, na medida em que o ser temporal está sempre diante de um novo texto, descabe a admissão de acepções arbitrárias/dissociadas do texto e do mundo. A reviravolta linguística tem no *dasein* o porto seguro a trazer a verdade, a facticidade, esclarecedora de que o critério das respostas movidas pela subjetividade apartado da origem comum (mundo - ente, texto), constitui-se, na realidade, em uma ausência de fundamento (Streck, 2014, p. 412). A produção textual tem indiscutível relevo na produção jurídica intersubjetiva, compondo o solo



firme dos saltos subjetivos para as soluções jurídicas. Desse modo, há uma atenção firme a ser dada ao texto (Carnelutti, 1948, p. 45), que exige a produção dos textos de conformidade com parâmetros que respeitem os conceitos (Zagrebelsky, 2010, p. 109), pois a corrupção descontrolada seria instauradora da incapacidade de comunicação, renovando a passagem bíblica da Torre de Babel na era Moderna.

O Direito como as ciências em geral, no seu labor, promove um discurso próprio, onde a originalidade das concepções introduz um vocabulário peculiar (Klimovsky, 1997, p. 61), com acepções rigorosas mais adequadas do que a produzida pelo vocabulário ordinário (Klimovsky, 1997, p. 402). Acontece que nas ciências exatas o discurso particular de formulações tendencialmente abstratas distancia-se das acepções do homem comum, do profano (Todorov, 1991, p. 131) e diversamente, no jurídico, deve sempre haver o olhar para a realidade, para as relações sociais, de modo a impedir a impenetrabilidade do tempo e espaço, eclipsando a ininterrupta experiência individual e coletiva (Vattimo, 1987, p. 157), modo pelo qual é atendido o pacto fundante constitucional em seu fim democrático.

#### 4. A REVERSIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: O INVIÁVEL RETORNO TEMPORAL

A reversibilidade das tutelas de urgência está prevista no Código de Processo Civil (par. 3º, art. 300). Contudo, a previsão legislativa deve ter sua validade colocada à prova como inerente às produções científicas (Morin, 2005, p. 23), sobretudo na proposição da filosofia no Direito.

Em sua origem francesa, a reversibilidade estava relacionada ao *référé*, ao caráter formal do Processo Civil, na conjectura da diferença da tutela definitiva que analisava os fatos e o direito material da tutela processual que prestava (Benasse, 2001, p. 82). O art. 809 do Código de Processo Civil francês dispunha que o *référé* não podia causar prejuízo ao processo principal. Somente o processo principal, após a definitividade da decisão, é que teria potencial para concretizar direito material de forma irreversível, bem ao encontro da tradição italiana (Marinoni, 2017, p. 120). Matriz que permite a classificação de irreversibilidade jurídica e fática. A primeira atinente à irreversibilidade da decisão definitiva (Dinamarco, 2003, p. 65-66), com a produção da segunda, dos efeitos práticos irreversíveis (Abelha, 2016, p. 427). A reversibilidade jurídica deve evitar que o juízo final reste prejudicado, mas não deveria evitar os efeitos pragmáticos (Marinoni, 2017, p. 121), a irreversibilidade fática. Porém, a premissa dual de mundos impõe o retorno ao status quo ante, a reversibilidade fática, como se as tutelas de urgência trouxessem exclusivamente consequências processuais que seriam restauráveis no plano processual do mundo jurídico imaculado pela facticidade.

A tradição italiana, principalmente de Piero Calamandrei, no tema das tutelas de urgência, da cautelar instrumental ao quadrado, que guardava adequação à outra época (Marinoni, 2017, p. 67), influenciou os códigos processuais nacionais de 1939, 1973 e o atual (Mitidiero; Taruffo, 2018, p. 15-16). O vigor desse ensinamento foi capaz de ultrapassar o rigor legal textual do limite da reversibilidade à tutela antecipada, para fazer com que parte da doutrina fizesse a leitura da extensão também para a tutela cautelar (Ribeiro, 2017, p. 150), elevando a



imprescindibilidade da crítica para afastar a reversibilidade fática tanto da tutela de urgência antecipada quanto da tutela cautelar.

Contrariando a tese do asseguramento cautelar do processo principal foi reconhecida uma situação cautelanda a ser resguardada (Baptista da Silva, 1999, p. 83). Janela em que as tutelas de urgência, sobremaneira com a técnica antecipatória, têm redimensionados os seus efeitos para atingir interesses do mundo da vida (Obara, 2017, p. 208 – 210), percurso em que logram aptidão para cumprir relevante papel de adequação do jurídico aos interesses da sociedade (Obara, 2003, p. 145-156). Com isso, há a introdução no plano fático dos efeitos das tutelas de urgência em uma executoriedade imediata, característica das eficácias mandamentais e executivas *lato sensu*, a quebrar a intransponível cognição exaustiva antecedente à qualquer executoriedade (Baptista da Silva, 1997, p. 114). Então, da constatação de interesses jurídicos e fáticos necessariamente decorrentes das tutelas de urgência é construída a base da irreversibilidade fática de qualquer tutela jurisdicional atada ao pragmático, à realização da vida, comprometida com a efetividade, em uma dimensão humanossocial (Alvaro de Oliveira, 2005, p. 11).

Alheia à visão da tutela de urgência com eficácia pragmática, com conteúdo fático, boa parte da doutrina continua a conceber o Direito como um plano científico imaculado, das produções tautológicas, indiferente à realidade, cego para as complexidades do ser no mundo (Morin, 2005, p. 30-31). O conceito de reversibilidade e dos demais institutos jurídicos são predados, maiormente por meio de uma subjetividade camuflada por métodos interpretativos, que metafisicamente extraem os sentidos da lei, emaranhando o texto e o sentido dado. Disso, texto e sentido do texto são tornados indiscutíveis na equivocada suposição de constarem em um dispositivo legal (Tarello, 1976, p. 134-135). Enfoque em que, no caso das tutelas de urgência, introduz a denominada “teoria da irreversibilidade recíproca” (Carneiro, 2006, p. 87) para sair da aporia da exigência da vida de efeitos práticos irreversíveis nas tutelas de urgência, modo pelo qual consegue desviar o olhar para imprescindibilidade da correção hermenêutica-filosófica da finitude.

A teoria da irreversibilidade recíproca, em última análise, permite ignorar a exigência da reversibilidade disposta no texto legal, em uma abertura valorativa judicial (Neves, 2015, p. 1493). Comumente é conclamada uma aplicação do princípio da proporcionalidade, em uma análise casuística detalhada do julgador, para submeter uma das partes aos “tão temidos efeitos irreversíveis” (Ribeiro, 2017, p. 151). Então, o juiz faz o sopesamento para deferir ou não a medida, sem a taxatividade de que o perigo da irreversibilidade para o réu seja impositivo do indeferimento (Tesser, 2015, p. 503). Encobre, dessa forma, a subjetividade que rompe o jurídico, que deixa a cargo do juiz a escolha do que deve ou não conceder em tutela de urgência, indevidamente desfazendo a necessidade de critérios jurídicos mensuráveis e controláveis, conformando a subjetividade assujeitadora do mundo, dos sentidos individuais, da filosofia da consciência, iniciado no cogito cartesiano, do “penso logo existo” e que culmina com a vontade de poder de Nietzsche (Streck, 2009, p. 136).

Diferentemente da aposta na subjetividade, o artigo aceita o temido efeito irreversível, que, no estudo do Processo Civil, traz um encargo para todos os sujeitos do processo e que, sobretudo na árdua função jurisdicional, incumbe a distribuição da forma adequada (Ribeiro, 2010, p. 358), considerando que o tardar da justiça configura injustiça (Nosete, 1984, p. 91). Irreversibilidade é temporalidade, finitude, e como tal é inevitável (Heidegger, 2009, p. 94), consequentemente o deferimento, indeferimento e até mesmo a ausência de apreciação trarão

consequências factualmente irreversíveis. De toda construção processual deve ser afastada a ilusão da prescindibilidade do ser, do *dasein*, na medida em que as acepções estão no homem em sua temporalidade da inserção no mundo (Oliveira, 1996, p. 220), fazendo com que a fuga para o refúgio do mundo encantado do Direito (Baptista, 2006, p. 298) não traga contribuição fática, social e democrática, desejáveis na perspectiva crítica recomendada. Na importância do texto para o jurídico é incabível o desvio do fenomenológico, deturpando a relação entre nome e coisa (Wittgenstein, 2009, p. 32). A lei não muda os fatos, não impede a irreversibilidade, inaugurando um evento contrafático. A par do homem e de suas construções jurídicas, o mundo permanece inalterado, indiferente ao que é pensado a seu respeito pelo homem (Heidegger, 2009, p. 98-100).

A positividade negativa, o parar para a reflexão filosófica desviado do turbilhão acelerado imposto socialmente também na labuta jurídica é reveladora de que a reversibilidade é contrafática, distante da reviravolta linguística (Gadamer, 1999, p. 647), contrariando a capacidade compreensiva na historicidade (Gadamer, 1999, p. 445-449). A filosofia hermenêutica traz a inexorabilidade do fluxo temporal no mundo, no plano físico, com o que a reversibilidade dos fatos renova um postulado metafísico pré-moderno (Carnelutti, 1948, p. 52) que pouca contribuição traz para um Direito com pretensão humanossocial fértil, que não pode mais fechar os olhos para o fato de que o homem é “filho do seu tempo” (Gadamer, 1999, p. 577). O texto legal, no sentido da reversibilidade fática, impede a manifestação do ente, enquanto desvelamento (Heidegger, 2009, p. 82), solapando do jurista a condição de colocar-se diante da coisa em questão (Gadamer, 1999, p. 441) e de ter a apreensão concomitantemente adequada ao fático e ao jurídico.

A reversibilidade produz no Direito uma abstração promovedora da fuga da realidade que dificulta a realização fenomênica do jurídico, pelo prejudicial fechamento à alteridade (Gadamer, 1999, p. 405). É sugerida a reversão dos fatos em determinadas circunstâncias, como se estivesse ao arbítrio do jurista acolher ou não a temporalidade. Nessa ficção são promovidas falas persuasivas a substituir a essencialidade pragmática, ensejadora da ausência de um real fundamento. Há o resgate do discurso da autoridade, do “é assim porque foi dito”, comumente por alguém elevado ao grau de sumidade, cuja subjetividade adquire plenipotenciabilidade. Essa fala resta marcada pela ausência de condições para um questionamento e eventual oposição racional por não estar lastreada em concretudes fáticas, em efetivas experiências de mundo, guiadas pelo enigma do uno e do múltiplo trabalhado pela tradição (Oliveira, 1996, p. 240). A produção jurídica textual da reversibilidade dos fatos afasta o uno e mesmo da coisa (temporalidade), que guia a interpretação (Oliveira, 1996, p. 244), fazendo com que o *dasein* produtor de sentidos acabe se perdendo em uma palavra cuja centralidade e conexão com o todo ficam prejudicadas e permite sentidos infinitos, porque arbitrários, quando a multiplicidade de sentidos da palavra são hermeneuticamente finitos (Gadamer, 1999, p. 664). Assim, o dito torna-se insuscetível de correções extrínsecas, cabendo apenas a submissão à vontade do falante, como se fosse a expressão do Direito.

A desobstrução jurídica da reversibilidade fática pelo filosófico tem o condão de reforçar o ininterrupto chamado à realidade. Na inserção do filosófico no Direito é ampliada sobremaneira a capacidade de implementação corretiva do jurídico, singularmente, no caso da reversibilidade, tanto naquilo que tange à lei abstrata, quanto nas decisões judiciais decorrentes da concretude normativa (Pena, 2014, p. 852). A crítica do artigo traz um padrão, um ponto seguro, da (re)

leitura do texto criticado considerando-o inevitavelmente na contextualidade, em questionamentos a serem pautados na coisa, no determinismo da temporalidade e da irreversibilidade. A filosofia no Direito reforça a lição do distanciamento para ver além do que está próximo, não para perder de vista, mas para ver melhor, em padrões de correção mais adequados (Gadamer, 1999, p. 456). É trazido o reparo às opiniões jurídicas prévias, na sua infinidade de possibilidades, na desorientação significativa produzida pela ausência de uma pauta pragmática. Com isso são fixados os limites dos sentidos possíveis, privilegiando a comunicação, de modo a evitar o mal-entendido, no solo firme da compreensão jurídica. A partir disso, há o reconhecimento de que os efeitos atingirão irreversivelmente as partes e seus interesses, abrindo as portas do jurídico para novas possibilidades teóricas e práticas decorrentes dessa constatação.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O campo de conhecimento filosófico é anterior a qualquer produção científica permitindo-lhe trazer o fenomenológico para aperfeiçoar o Direito. Do ser no mundo é que surge todo o saber, pressupondo a capacidade crítica, situação da qual decorre a ultrapassagem da relação sujeito-objeto incrustada no positivismo jurídico, circunstância em que as produções do jurídico devem conformação a uma validade própria, mas também passam a prestar contas a uma reflexão filosófica linguística, capaz de trazer contribuições relevantes no papel da filosofia de guardião do pragmático, de permitir o perseguimento da prioridade dialética democrática na inserção do ser com os outros também no jurídico.

O posicionamento jurídico da filosofia objetificante torna os sentidos independentes do intérprete, propiciando a separação de mundos, estabelecendo metafisicamente um mundo de acesso comum, onde repousam as significações, de forma limitada e possibilidades unívocas, do nominalismo platônico. É concretizado um mundo próprio para o Direito indiferente à reviravolta linguística e a qualquer postulado que lhe seja externo. O Direito mantém, dessa forma, uma epistemologia própria, uma limitação de profundidade do saber, na reserva de um suposto conhecimento estritamente jurídico, de uma pureza metafísica e de uma capacidade de servir de instrumento para qualquer fim, desatento a uma democraticamente indispensável sensibilidade humanística histórica.

A dialética linguística filosófica deposita no *dasein* a capacidade de ir além da perspectiva procedimental da filosofia e das ciências, agregando um conteúdo substancial humanístico, da introdução do ser no mundo, sobretudo na sua relação com os outros, de caráter expansivo e progressivo humano, coletivo e social. Proposta que incorpora o escudo desses interesses e valores pelo Direito, que só acontece quando há a autonomia do jurídico impeditiva de seu soçobrar frente ao arbítrio, ancorado subjetivamente na política, moral, ética ou em quaisquer outros valores que lhe sejam externos. Contexto em que o aperfeiçoamento do jurídico é condicionado ao seu não esvaziamento substancial constitucional das conquistas humano-sociais, com potencialidade progressiva vinculada à produção ascendente do jurídico, da autossuficiência e coparticipação cidadã nas construções jurídicas.

O prisma positivista objetificante do Direito plasmado na significação analítica do texto legal a trazer respostas objetivas estagnadas ou mobilidade incontrolável no subjetivismo escamoteado comumente por métodos interpretativos ou principiológicos é ultrapassado por uma compreensão de significações e ressignificações ininterruptas inerentes ao ser, que sempre interpreta e produz sentidos na temporalidade. Multiplicidade de sentidos do ser que, de todo modo, não é assujeitadora de mundo, pois caminha sempre em direção ao texto, com suas possibilidades semânticas limitadas, na contextualidade do ser e do ente. Ocasão em que o *dasein* traz na inerente ressignificação do texto jurídico a capacidade de amoldamento constitucional e democrático. Assim, é sugerido o abandono do paradigma jurídico criticado, cujo maior problema repousa na baixa capacidade de agregar substancialidade ao Direito, de acompanhar o desenvolvimento da sociedade, tornando-o presa fácil do político e de outros elementos sociais externos, acendendo o risco do abuso subjetivo individual a desrespeitar o pacto jurídico constitucional e instaurar o retrocesso democrático.

A reversibilidade enquanto retorno fático é metafísica, com o que sua exigência e concretização só é alcançável em um mundo distante do fenomênico. Da sua origem afeta exclusivamente ao processo, de um paradigma teórico não mais adequado para a contemporaneidade, foi desvirtuada para o fático, tornando impositiva a correção filosófica de modo a afastar construções circulares e estéreis. Linha em que é rechaçada a teoria da irreversibilidade recíproca por ter sido construída no equivocado postulado do reconhecimento de situações reversíveis. O acolhimento da sempre presente temporalidade e irreversibilidade é instaurador de uma angústia inerente à vida, consistente na tomada de consciência de que o tutelar ou não tutelar a urgência requerida sempre atingirá irreversivelmente os interesses das pessoas atreladas à lide.

O metafísico retorno no tempo (ao *status quo ante*) tem um vazio de validação hermenêutica que acaba preenchido pela subjetividade. Nesse preenchimento é comumente introduzida a fala de autoridade, cujas possibilidades corretivas são escassas pela ausência de critérios filosóficos e científicos das conclusões, contribuindo novamente para o reforço à subjetividade assujeitadora característica da era moderna. Então, da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica parte a correção do jurídico de onde podem ser propostos critérios de validação efetivamente adequados para as tutelas de urgência, de onde surge a potencialidade para novas e adequadas produções jurídicas e para que as tutelas de urgência alcancem a eficácia na sociedade de conformidade com o seu destino constitucional e democrático.

## 6. REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e tutela jurisdicional*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Thomsom Reuters, 2005. Vol. 836.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- BENASSE, Marcos Antônio. *Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller, 2001.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *Arte del Derecho (Seis meditaciones sobre el Derecho)*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1948.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Volume I. Tempo brasileiro: Rio de Janeiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Volume II. Tempo brasileiro: Rio de Janeiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro. *Revista Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 21, 1989.
- HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.
- HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.
- HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Campinas/SP: Editora da Unicamp; Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2012.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho em la posmodernidad*. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Editorial Temis S. A., 1998.
- KLIMOVSKY, Gregorio. *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*. 3. ed. Buenos Aires: A-Z Editora S. A., 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho y Proceso. Biblioteca procesal*. Barcelona: Libreria Bosch, 1979.
- MITIDIERO, Daniel; TARUFFO, Michele. *A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 82. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 7. ed. São Paulo: Gen/Editora Método. 2015.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes. São Paulo, 2013.
- NOSETE, José Almagro. *Responsabilidad judicial*. Córdoba: Ediciones El Almendro, 1984. (Série Derecho y Justicia, 10).
- OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. A concretização de políticas públicas pelo judiciário no período de pandemia: Análise da decisão que determinou o fornecimento de equipamentos preventivos para os policiais no Rio Grande do Sul. In: RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan; ACHUTTI, Daniel Silva (org.). *A crise sanitária vista pelo direito: desde o PPG/Unilasalle sobre o COVID-19*. Canoas/RS: Editora Unilasalle, 2020a. p. 37-43.
- OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. A excepcionalidade constitucional e democrática da concretização de políticas públicas pelo judiciário no Brasil: Análise da decisão que determinou o fornecimento de materiais de prevenção para servidores públicos em face da pandemia do coronavírus. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; JQUES, Marcelo Dias; COPELLI, Giancarlo Montagner. *Políticas Públicas no Brasil: ensaios para uma gestão pública voltada à tutela dos Direitos Humanos*. Blumenau/ SC : Editora Dom Modesto, 2020b. 494 p. v. 2, t.1. p. 117-136.



OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. Celeridade e efetividade do Processo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 145-156, jun., 2003.

OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. Facetas da jurisdição: da justiça greco-romana à aplicação positivista da lei. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 147, p. 197-225, dez., 2019.

OBARA, Hilbert Maximiliano Akihito. Tutela provisória. In: DALL'ALBA, Felipe Camilo; FORSTER, João Paulo Kulczynski (coord.). *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

PENA, Hugo. Direito subjetivo na era dos códigos e das constituições: o problema da indefinição de conteúdo, em perspectiva histórica. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães. La garantía constitucional del contradictorio y las presunciones contenidas em el § 6, del artículo 273 del Código de Proceso Civil Brasileño. *Estúdio sobre las medidas cautelares em el processo civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Normas Legales, 2010.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017. (Coleção Liebman).

STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a Diferença. Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 Anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9-23.

STRECK, Lenio Luiz. *Desvendando o novo CPC*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, p. 65-77, jan./jun., 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione dela legge*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1980.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del Diritto*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976.

TESSER, André Luiz Bauml. *Código de Processo Civil anotado*. AASP e OAB/PR, 2015.

TODOROV, Tzvetan. *Crítica de la Crítica*. Traducción de José Sánchez Lecuna. Barcelona, Buenos Aires, México: Ediciones Paidós, 1991.

VATTIMO, Gianni. *El Fin de la Modernidad. Nihilismo y Hermenéutica em la Cultura Posmoderna*. Traducción: Alberto L. Bixio. 2. edición. Barcelona: Editorial Gedisa S. A., 1987. (Colección Hombre Y Sociedad. Serie Mediaciones).

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Madrid: Editorial Trotta, S/A., 2010.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 12/04/2024
- Controle preliminar e verificação de plágio: 25/05/2024
- Avaliação 1: 03/06/2024



- Avaliação 2: 04/08/2024
- Decisão editorial preliminar: 05/08/2024
- Retorno rodada de correções: 15/08/2024
- Decisão editorial/aprovado: 15/08/2024

**Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# UMA ANÁLISE DOS ALGORITMOS E DOS VIESES ESCONDIDOS NA IA: OS DESAFIOS ÉTICOS E JURÍDICOS INERENTES

AN ANALYSIS OF ALGORITHMS AND HIDDEN BIAS IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE: THE INHERENT ETHICAL AND LEGAL CHALLENGES

ANTONIO FELIPE DE SOUSA<sup>1</sup>  
RENATA ALBUQUERQUE LIMA<sup>2</sup>

## RESUMO

A ascensão da Inteligência Artificial (IA) tem gerado importantes discussões sobre os desafios éticos e jurídicos, particularmente devido aos vieses algorítmicos que podem influenciar decisões autônomas. Esta pesquisa, de natureza documental bibliográfica, explora a complexidade desses vieses, apresentando casos emblemáticos como o algoritmo COMPAS, que mostrou viés racial em previsões de reincidência criminal, e o Beauty.AI, que perpetuou padrões de beleza discriminatórios, e o Chatbot Tay que, em poucas horas de uso, apresentou conteúdo indesejado. A falta de transparência nos algoritmos (deep learning) é um problema central, dificultando a contestação de decisões injustas e levantando questões sobre responsabilidade. Para mitigar esses problemas, propõe-se a necessidade de uma maior transparência e explicabilidade dos algoritmos, além de uma regulamentação rigorosa que assegure justiça e equidade. A colaboração entre diversas áreas do conhecimento é essencial para desenvolver soluções que promovam uma sociedade mais justa, onde a IA possa ser utilizada de forma ética e responsável.

**Palavras-chave:** vieses algorítmicos; falta de transparência; *deep learning*; ética e responsável.

## ABSTRACT

*The rise of Artificial Intelligence (AI) has generated important discussions about ethical and legal challenges, particularly due to algorithmic biases that can influence autonomous decisions. This research, of a bibliographical documentary nature, explores the complexity of these biases, presenting emblematic cases such as the COMPAS algorithm, which showed racial bias in predictions of criminal recidivism, and Beauty.AI, which perpetuated discriminatory beauty standards, and the Chatbot Tay, which, within a few hours of use, presented unwanted*

- 1 Mestrando em Filosofia (UVA), Professor Especialista em Neuropsicopedagogia (FASOUZA), Pedagogo (UVA), Acadêmico do 6º semestre do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão (FLF). Presidente do Instituto Renascer de Luz. E-mail: professorantoniofelipe@hotmail.com. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2104305957238308>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7820-6397>.
- 2 Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Professora da Graduação e do Mestrado em Direito da UNICHRISTUS. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão. E-mail: realbuquerque@yahoo.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4019-9558>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SOUSA, Antonio Felipe de; LIMA, Renata Albuquerque. Uma análise dos algoritmos e dos vieses escondidos na IA: os desafios éticos e jurídicos inerentes. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 60-74, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i2.10149>.

content. The lack of transparency in algorithms (deep learning) is a central problem, making it difficult to challenge unfair decisions and raising questions about accountability. To mitigate these problems, we propose the need for greater transparency and explainability of algorithms, in addition to strict regulation that ensures justice and equity. Collaboration between different areas of knowledge is essential to develop solutions that promote a more just society, where AI can be used ethically and responsibly.

**Keywords:** algorithmic biases; lack of transparency; deep learning; ethical and responsible.

## 1. INTRODUÇÃO

A questão da Inteligência Artificial (IA) desponta como um dos tópicos mais candentes na atualidade. Ainda que possa parecer uma inovação dos tempos modernos, a ideia subjacente remonta ao século XX. Em 1936, o matemático britânico Alan Turing<sup>3</sup> concebeu o que viria a ser conhecido como a “máquina de Turing” – um dispositivo teórico que lançou os fundamentos para o que hoje é a representação algorítmica. Turing, com sua visão previdente, cita: “Por ora, direi apenas que a justificação reside no fato de que a memória humana é necessariamente limitada.” (Turing, 1936, p. 231). A proposta de Turing abriu portas para um campo de estudo que, décadas depois, tomaria o nome de Inteligência Artificial.

Foi em 1956 que o professor John McCarthy, da Universidade de Dartmouth nos EUA, cunhou o termo “inteligência artificial” e reuniu uma comunidade de cientistas para explorar o conceito de máquinas capazes de aprendizado. A partir desse ponto, uma série de marcos históricos delinearam a trajetória da IA. Em 1966, viu-se o surgimento do primeiro chatbot, um embrião das interações homem-máquina que se tornariam corriqueiras. Avançando para 1972, a área médica adotou a IA para diagnósticos complexos, assinalando um passo importante na aplicação prática dessa tecnologia.

Conforme os registros disponibilizados pela plataforma CODEX<sup>4</sup>, o Brasil alcançou um feito de considerável relevância jurídica em novembro de 2022: a nação ultrapassou a significativa marca de 100 milhões de processos judiciais armazenados, delineando um panorama impactante e colossal do cenário jurídico do país. O Brasil emerge como um país com uma notável cultura de litigância, onde o ato de ajuizamento de ações tornou-se uma parte intrínseca da dinâmica social e legal. Esse cenário reflete não apenas a busca por resoluções justas, mas também as complexidades de um ambiente em constante transformação, onde os cidadãos buscam amparo legal para uma ampla gama de assuntos, desde questões pessoais até contendas mais abrangentes.

Destaquemo-nos como um ponto positivo na utilização da inteligência artificial para tarefas rotineiras e repetitivas no contexto jurídico, como a leitura de petições repetitivas, tal feito já se realiza no Brasil e foi promovido pelo STF (Supremo Tribunal Federal) através do denominado “Projeto Victor”, em homenagem ao ilustre Ministro Victor Nunes Leal<sup>5</sup> de desde 2018 através

3 Biografia de Alan Turing. Disponível em: [https://www.ebiografia.com/alan\\_turing/](https://www.ebiografia.com/alan_turing/). Acesso em 20 ago. 2023.

4 CODEX atinge mais de 100 milhões de processos judiciais armazenados. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codex-attinge-mais-de-100-milhoes-de-processos-judiciais-armazenados/>. Acesso em 20 ago. 2023.

5 Disponível em: [https://www.oab.org.br/noticia/60153/juristas-que-marcaram-a-historia-do-pais-victor-nunes-leal#:~:text=Victor%20Nunes%20Leal%20foi%20procurador,Rep%C3%ABlica%20do%20governo%20Juscelino%20Kubitschek](https://www.oab.org.br/noticia/60153/juristas-que-marcaram-a-historia-do-pais-victor-nunes-leal#:~:text=Victor%20Nunes%20Leal%20foi%20procurador,Rep%C3%ABlica%20do%20governo%20Juscelino%20Kubitschek.). Acesso em: 20 abr. 2024.

da Ministra Cármen Lúcia<sup>6</sup>. No entanto, ao considerarmos essa abordagem, é importante refletir sobre um possível aspecto negativo: a potencial perda da dimensão humana na análise das complexidades legais e na interpretação das situações individuais. Afinal, por mais que essa abordagem pudesse acelerar o andamento dos processos e impulsionar a agilidade da justiça, há um sentimento compartilhado por muitos de que a empatia, a compreensão contextual e o discernimento humano desempenham um papel vital no sistema jurídico.

Além disso, surge uma preocupação amplamente discutida: a inserção inadvertida de vieses preconceituosos e desigualdades presentes nos dados utilizados para treinar os algoritmos de inteligência artificial. Como sabemos, as máquinas aprendem a partir de informações passadas e podem perpetuar, de forma involuntária, essas tendências discriminatórias. Nesse sentido, o uso da inteligência artificial no âmbito jurídico levanta questionamentos essenciais sobre justiça social, igualdade e imparcialidade.

Apresentaremos e discutiremos os casos de vieses algorítmicos ilustram claramente como esses problemas éticos se manifestam na prática. Em 2016, o concurso de beleza Beauty.AI<sup>7</sup> utilizou um sistema de IA para avaliar os participantes com base em critérios objetivos, como simetria facial e uniformidade da pele. No entanto, o resultado final mostrou um viés claro: quase todos os vencedores eram brancos. Esse caso ilustra como os dados de treinamento, baseados predominantemente em imagens de atores brancos de Hollywood, influenciaram negativamente o algoritmo, perpetuando um padrão de beleza que exclui minorias.

Outro exemplo é o sistema COMPAS<sup>8</sup> (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), utilizado nos tribunais dos EUA para avaliar o risco de reincidência de criminosos. Estudos mostraram que o COMPAS tende a superestimar o risco de reincidência de criminosos negros e subestimar o de criminosos brancos, evidenciando um viés racial significativo. Esse caso destaca a gravidade dos vieses algorítmicos em decisões judiciais, com profundas implicações éticas e sociais.

O chatbot Tay<sup>9</sup> da Microsoft, lançado em 2016, foi projetado para interagir com usuários no Twitter e aprender com essas interações. Em poucas horas, Tay começou a gerar conteúdo ofensivo e racista, refletindo o comportamento dos usuários com quem interagiu. Esse incidente sublinha os perigos de expor algoritmos de IA a dados não moderados e a necessidade de mecanismos robustos para evitar a propagação de conteúdo prejudicial.

A análise dos algoritmos e dos vieses escondidos na IA revela um problema ético e moral significativo que exige atenção urgente. É preciso abordar esses desafios, enfatizando a necessidade de justiça, transparência e responsabilidade. Os casos discutidos ilustram a complexidade dos vieses algorítmicos e suas consequências, reforçando a importância de um escrutínio rigoroso e de práticas éticas no desenvolvimento e implementação da IA.

É fundamental implementar mecanismos de auditoria e revisão contínua dos sistemas de IA, assegurando que eles evoluam para eliminar vieses e promover a justiça. A educação e a

6 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443&ori=1>. Acesso em: 20 abr. 2024.

7 Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/08/artificial-intelligence-beauty-contest-doesnt-like-black-people>. Acesso em: 16 abr. 2024.

8 Disponível em: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>. Acesso em: 18 abr. 2024.

9 Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274\\_096966.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274_096966.html). Acesso em: 18 abr. 2024.

sensibilização sobre os vieses algorítmicos também são essenciais para que desenvolvedores e usuários compreendam as implicações éticas de suas decisões.

A transformação digital deve ser orientada por princípios éticos que garantam a inclusão e a equidade. A colaboração entre diferentes áreas do conhecimento é crucial para desenvolver soluções que promovam uma sociedade mais justa e igualitária, onde a tecnologia seja um instrumento de progresso para todos.

## 2. METODOLOGIA

Esta pesquisa utilizou o método documental bibliográfico, que é caracterizado pela análise de documentos e fontes teóricas já publicadas, com o intuito de compreender e aprofundar o tema investigado. Conforme assevera Marconi e Lakatos (2017): *“Dessa forma, a pesquisa bibliográfica não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, visto que propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras.”* (Marconi; Lakatos, 2017, p. 200). Essa abordagem metodológica permite não apenas uma síntese de informações existentes, mas também uma proposição de novos ângulos interpretativos, possibilitando um exame crítico e inovador.

Complementando essa visão, Gil (2002) destaca que a pesquisa bibliográfica é essencial para sistematizar e categorizar conhecimentos existentes, permitindo ao pesquisador identificar lacunas e avanços no campo de estudo. Para Gil, essa abordagem possibilita o entendimento aprofundado de fenômenos a partir de uma base sólida de informações já publicadas. Nesse sentido, a análise de fontes secundárias permite não apenas a revisão do estado da arte sobre o tema, mas também o desenvolvimento de novas hipóteses e interpretações.

No contexto desta pesquisa, o método bibliográfico foi instrumental para analisar os desafios éticos e jurídicos relacionados à inteligência artificial (IA), com abordagem específica em visões algorítmicas. A partir dessa abordagem, foram investigados casos práticos emblemáticos, que ilustram as complexidades e os impactos éticos de sistemas automatizados quando submetidos a dados enviados. O método bibliográfico foi de fundamental importância para analisar os desafios éticos e jurídicos relacionados à inteligência artificial (IA). Esses estudos de caso, amplamente documentados em literatura acadêmica e relatórios técnicos, foram essenciais para compreender as implicações sociais, éticas e jurídicas do uso de IA em decisões automatizadas.

Uma pesquisa bibliográfica bem fundamentada, atenua um papel crucial na integração de teorias e práticas, permitindo uma análise crítica das inter-relações entre características sociais e tecnológicas. No caso dos vieses algorítmicos, uma análise documental revela como os padrões históricos de discriminação são reproduzidos e amplificados por sistemas de IA. Exemplos ilustram como uma pesquisa documental pode contribuir para uma análise crítica e detalhada das implicações de sistemas de IA, destacando a necessidade de regulamentações éticas e jurídicas. O uso de métodos bibliográficos nos permite a construção de um panorama abrangente sobre o tema, promovendo uma visão integradora que abraça múltiplas dimensões do problema investigado.

No que diz respeito aos desafios metodológicos, Bardin (2016) enfatiza a importância de uma análise rigorosa e sistemática das fontes documentais, considerando a qualidade, a relevância e a diversidade dos materiais utilizados. Seguindo essa orientação, esta pesquisa se baseia em literatura acadêmica, relatórios institucionais e estudos de caso, garantindo um exame criterioso e multifacetado das visões algorítmica.

Além disso, a pesquisa documental bibliográfica não se limita à descrição dos problemas, mas avança na proposição de soluções. No caso dos vieses algorítmicos, as recomendações incluem a implementação de mecanismos de transparência e explicabilidade nos sistemas de IA, além de uma colaboração interdisciplinar que reúne especialistas em tecnologia, direito, filosofia e ciências sociais.

Concluindo, o método documental bibliográfico, como destacado por diversos autores, oferece um arcabouço robusto para análises críticas e inovadoras. A aplicação desse método nesta pesquisa foi essencial para desenvolver as interseções entre tecnologia, ética e justiça, propondo caminhos para um uso mais responsável e inclusivo da inteligência artificial.

### 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Para aprofundar a análise sobre os desafios éticos e morais relacionados à Inteligência Artificial (IA), é crucial considerar o impacto das decisões automatizadas nas diversas esferas sociais e econômicas. A utilização de IA em áreas como saúde, educação, segurança pública e mercado de trabalho traz à tona preocupações que vão além dos vieses algorítmicos, abrangendo questões de responsabilidade, transparência e direitos humanos.

A questão da responsabilidade é central na discussão sobre IA. Quando sistemas de IA tomam decisões que afetam a vida das pessoas, surge a pergunta: quem é responsável por essas decisões? A falta de clareza sobre a responsabilidade pode levar a uma “diluição da responsabilidade”, onde desenvolvedores, usuários e fabricantes se esquivam de suas responsabilidades, resultando em injustiças e danos não reparados. É essencial desenvolver um arcabouço legal e ético que clarifique a responsabilidade em casos de falhas ou danos causados por sistemas de IA. Este arcabouço deve incluir diretrizes claras para o desenvolvimento e o uso de IA, bem como mecanismos de reparação para vítimas de decisões injustas ou prejudiciais.

A inserção cada vez mais profunda da Inteligência Artificial na sociedade traz consigo um espectro de desafios éticos e questões legais intrincadas. À medida que a IA se imiscui em nossas vidas, é inevitável questionar o impacto que ela acarreta. Entre as inquietações prementes, despontam preocupações sobre o emprego, à medida que a automação ameaça determinadas ocupações, levando à necessidade de políticas de requalificação. É válido salientar que nesse contexto os mais vulneráveis estão sendo atingidos e sua regulação necessita ser realizada com urgência, conforme defende o Conselho de Comunicação Social (CSS) do Congresso Nacional e o Projeto de Lei (PL) 2.338/2023<sup>10</sup>.

10 Regulação de inteligência artificial é defendida no Conselho de Comunicação. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/06/05/regulacao-de-inteligencia-artificial-e-defendida-no-conselho-de-comunicacao>. Acesso em: 20 ago. 2023. Este projeto de Lei, representa um passo significativo nesse contexto, propondo um marco regulatório específico para a inteligência artificial.



A ausência de transparência dos algoritmos em sistemas de decisão é um problema significativo, especialmente no contexto jurídico. Os algoritmos são frequentemente considerados caixas-pretas, onde as entradas são conhecidas, mas o processo de cálculo que leva às saídas (resultados) não é claro. Isso levanta questões sérias sobre a justiça e a equidade dos sistemas automatizados.

No trecho abaixo, citado de Nunes e Marques (2018), os autores destacam a dificuldade de defesa contra um “índice” cujo método de cálculo é desconhecido. Sem entender como as respostas ou dados fornecidos são processados para gerar o resultado final, os acusados não conseguem contestar ou verificar a precisão e a justiça desse resultado. Esse cenário impede a aplicação do devido processo constitucional, que exige transparência e a possibilidade de contestação.

A ausência de transparência do algoritmo é especialmente crítica nesse caso. Como defender-se de um “índice” sem saber o método de seu cálculo? Como submeter o “índice” ao controle do devido processo constitucional? Por mais que sejam divulgadas as perguntas realizadas, os acusados não sabem como suas respostas influenciam no resultado final (output). Dessa forma, a defesa do acusado torna-se impossibilitada por dados matemáticos opacos e algorítmicamente enviesados, mas camuflados, pela “segurança” da matemática, como supostamente imparciais, impessoais e justos. (Nunes; Marques, 2018, p. 7).

A opacidade dos algoritmos coloca os acusados em uma posição desvantajosa, pois eles não conseguem avaliar ou contestar os métodos utilizados para gerar os índices que os afetam diretamente. Isso levanta sérias preocupações éticas e legais sobre o uso de algoritmos em contextos que demandam alta responsabilidade e justiça, como o sistema jurídico.

Um exemplo preocupante é “indivíduos com baixo risco de reincidência<sup>11</sup>” (Nunes; Marques, 2018, p. 6). Mesmo esses indivíduos podem ser prejudicados por decisões baseadas em algoritmos opacos, uma vez que não têm meios de contestar ou entender plenamente a avaliação que determina seu risco. Isso demonstra como a falta de transparência pode afetar a vida das pessoas de maneiras significativas e potencialmente injustas.

A solução para essa questão envolve a exigência de maior transparência e explicabilidade dos algoritmos. Os sistemas automatizados devem ser auditáveis e compreensíveis, permitindo que os indivíduos afetados possam entender e contestar as decisões tomadas. Além disso, é fundamental que haja uma regulamentação que assegure a justiça e a equidade nos processos algorítmicos, prevenindo e corrigindo vieses que possam surgir.

Os algoritmos que determinam decisões importantes, devem ser transparentes e compreensíveis para aqueles que são afetados por essas decisões. A opacidade dos algoritmos, muitas vezes chamada de “caixa preta algorítmica”, impede que as pessoas compreendam como e por que determinadas decisões foram tomadas, dificultando a contestação de decisões injustas. Esses enviesamentos precisam ser combatidos. A transparência algorítmica deve ser promovida através de regulamentos que exijam explicações claras e acessíveis sobre como os algoritmos funcionam e quais dados são utilizados.

Segundo Cortiz (2021) a preocupação com a transparência e a compreensão dos algoritmos de inteligência artificial é acentuada pelo fato de que muitos deles, especialmente aqueles que utilizam aprendizado profundo “*deep learning*”, operam de maneira tão complexa que se

11 Grifos nossos.

tornam praticamente ininteligíveis para a maioria dos usuários. No aprendizado de máquina tradicional “*machine learning*”, há uma estrutura estatística relativamente simples que conecta a entrada de dados “*input*” com a saída “*output*”. Isso significa que, embora o processo de aprendizado seja complexo, é possível rastrear e entender como as decisões são tomadas com base nos dados fornecidos.

No entanto, o “*deep learning*” adiciona uma camada extra de complexidade. Este tipo de aprendizado utiliza múltiplas camadas de redes neurais artificiais, que se sobrepõem e interagem de maneiras complicadas. Essas camadas são projetadas para imitar o funcionamento do cérebro humano, permitindo que o algoritmo aprenda a reconhecer padrões e tomar decisões com base em grandes quantidades de dados. Cada camada da rede processa os dados de uma maneira diferente e passa as informações para a próxima camada, criando um processo de tomada de decisão que é extremamente difícil de seguir e entender.

Essa complexidade torna-se um problema significativo porque, apesar dos avanços na área, ainda existem poucas ferramentas e técnicas eficazes para explicar como essas redes neurais chegam às suas conclusões. Isso significa que, mesmo especialistas em inteligência artificial podem ter dificuldades para decifrar as decisões de um algoritmo de “*deep learning*”. A falta de transparência pode levar a desconfiança e incertezas, especialmente quando essas tecnologias são aplicadas em áreas sensíveis, como diagnósticos médicos, decisões judiciais ou sistemas de segurança.

O trabalho de Cortiz (2021) destaca essa limitação, apontando para a necessidade urgente de desenvolver métodos melhores para entender e interpretar os processos internos dos algoritmos de “*deep learning*”. Sem essas ferramentas, é difícil garantir que esses sistemas estejam funcionando de maneira justa, ética e sem vieses ocultos.

### 3.1 UMA ANÁLISE DE PROGRAMAS DE INTELIGÊNCIAS ARTTIFICIAIS



Fonte: <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.app.tayapp&hl=pt>.  
Acesso em: 22 jun. 2024.

O chatbot Tay, desenvolvido pela Microsoft, foi uma tentativa ambiciosa de capturar o interesse dos millennials através de interações no Twitter. Lançado em março de 2016, Tay foi projetado para aprender e evoluir a partir das conversas com usuários, adotando uma abordagem “casual e brincalhona” para se conectar com jovens de 18 a 24 anos. No entanto, a falta de robustez no design do sistema tornou Tay vulnerável a manipulações maliciosas. Em poucas horas, usuários começaram a bombardear Tay com conteúdo racista, sexista e xenófobo, resultando em respostas que endossavam teorias da conspiração, negavam o Holocausto e faziam comentários ofensivos, como chamar uma mulher de “puta estúpida” e apoiar a construção de um muro na fronteira com o México, ecoando a retórica de Donald Trump na época.

Esse incidente com Tay evidencia um problema crítico no desenvolvimento de IA: a incapacidade de prever e mitigar interações adversas e a propagação de conteúdo nocivo. A Microsoft teve que rapidamente desativar Tay, alegando que o sistema estava sendo desligado para “absorver” as lições de seu “dia ocupado”. Esta falha destaca a necessidade de mecanismos de controle mais robustos e de moderadores humanos que possam intervir quando os sistemas de IA são usados de maneira prejudicial. A resposta da Microsoft, que incluiu a remoção dos tweets ofensivos de Tay e uma promessa de ajustes futuros, sublinha a importância de um design cuidadoso que leva em conta as possíveis consequências negativas das interações em tempo real na internet.



Fonte: <https://juristas.com.br/revistajuristas/inteligencia-artificial/>. Acesso em: 22 jun. 2024.

Com base no artigo “Como analisamos o algoritmo de reincidência COMPAS<sup>12</sup>” de Jeff Larson, Surya Mattu, Lauren Kirchner e Julia Angwin apresenta uma investigação crítica sobre o algoritmo COMPAS, uma ferramenta amplamente utilizada para prever a reincidência criminal. O estudo se concentrou em examinar a precisão e possíveis vieses raciais do algoritmo, especialmente entre réus negros e brancos. Utilizando um conjunto de dados de mais de 10.000

12 Disponível em <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>. Acesso em: 22 jun. 2024.

réus no Condado de Broward, Flórida, a análise revelou que o COMPAS tende a classificar incorretamente réus negros como de alto risco de reincidência mais frequentemente do que réus brancos, enquanto os réus brancos são mais frequentemente subestimados em seu risco.

Os dados obtidos pela ProPublica<sup>13</sup> mostraram que a ferramenta COMPAS previu corretamente a reincidência geral em 61% dos casos, mas teve uma precisão significativamente menor (20%) ao prever reincidência violenta. Além disso, o estudo destacou disparidades significativas: réus negros que não reincidiram tinham quase o dobro de probabilidade de serem classificados erroneamente como de alto risco em comparação com réus brancos; enquanto réus brancos que reincidiram foram erroneamente rotulados como de baixo risco quase duas vezes mais frequentemente do que reincidentes negros. Mesmo controlando por fatores como histórico criminal, idade e gênero, réus negros apresentavam uma probabilidade 45% maior de receberem pontuações de risco mais altas.

O artigo também discute estudos anteriores e o contexto mais amplo das ferramentas de avaliação de risco nos Estados Unidos. A análise crítica incluiu comparações com outros estudos que examinaram diferentes ferramentas de avaliação de risco, mostrando que muitas vezes falta um exame rigoroso da validade preditiva e dos possíveis vieses raciais. O estudo realizado pela ProPublica sugere que, embora o COMPAS tenha algum valor preditivo, ele também apresenta falhas significativas que podem exacerbar desigualdades raciais no sistema de justiça criminal. A análise sublinha a necessidade de revisões independentes e regulares dessas ferramentas para garantir que não perpetuem injustiças sistêmicas.



Fonte: <https://beauty.ai/>. Acesso em: 22 jun. 2024.

De acordo Ding (2023) discute o uso de ferramentas de inteligência artificial na moda e como essas tecnologias podem perpetuar preconceitos existentes sobre padrões de beleza<sup>14</sup>. Em específico, o Beauty.AI é examinado como um exemplo de como algoritmos de aprendizado de máquina e redes neurais profundas podem refletir e amplificar vieses socioculturais em representações de imagens corporais.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Grifos nossos.

A pesquisa de Ding (2023) revela que ferramentas como o Beauty.AI, ao serem treinadas em conjuntos de dados que contêm preferências estéticas historicamente enviesadas, tendem a reproduzir esses preconceitos. Isso é especialmente evidente na preferência por certos tipos de corpos e características faciais frequentemente considerados ideais pela mídia. A análise de capas da revista Vogue, por exemplo, demonstra que os padrões de beleza mudaram ao longo do tempo, mas a preferência por modelos magras e de pele clara persiste, influenciando a percepção de autoimagem e autoestima das pessoas.

Ding (2023) discute a influência da moda e dos padrões de beleza ao longo da história, destacando como a imagem corporal ideal é definida por normas culturais e sociais que variam ao longo do tempo:

A imagem corporal é um tema amplo que pode ser visto da cabeça à cintura e do quadril aos pés, do ponto de vista da moda. Inclui cabelo, corpo, roupas, rostos, pele, cosméticos de beleza e qualquer outra coisa que possa descrever a aparência de uma pessoa (McDowell, 2013 *apud* Ding, 2023, p. 4).

No contexto da inteligência artificial, Ding (2023) critica especificamente o Beauty.AI, um algoritmo desenvolvido para avaliar a beleza humana. O autor argumenta que esses sistemas estão imbuídos de vieses que refletem e reforçam padrões de beleza ocidentais, frequentemente excluindo diversidade e promovendo estereótipos prejudiciais. Apesar das boas intenções por trás do desenvolvimento de tais tecnologias, a implementação de IA na avaliação da beleza pode resultar em discriminação e perpetuação de normas restritivas de beleza.

Para mitigar esses vieses, Ding (2023) sugere a aplicação de uma abordagem pós-humana no design e na utilização dessas ferramentas de IA. Isso implica a criação de visuais de moda mais inclusivos que abracem a diversidade corporal, utilizando prompts textuais e outras técnicas para orientar os algoritmos de geração de arte a produzir imagens que desafiem os padrões tradicionais de beleza. A visualização de dados é utilizada como método para identificar padrões de viés e informar o desenvolvimento de práticas de design que promovam a inclusão e a representação justa em outputs gerados por IA.

É importante considerar que a questão dos vieses em IA não é exclusiva do Beauty.AI. Pesquisadores como Noble (2018) destacam que algoritmos de busca podem perpetuar estereótipos raciais e de gênero, enquanto O'Neil (2016) argumenta que muitos modelos preditivos usados em áreas como educação e justiça criminal estão profundamente enviesados. Essas críticas sugerem uma necessidade urgente de reavaliar como os conjuntos de dados são selecionados e utilizados no treinamento de sistemas de IA para garantir que eles não perpetuem discriminação e desigualdade existentes.

A inserção cada vez mais profunda da Inteligência Artificial na sociedade traz consigo um espectro de desafios éticos e questões legais intrincadas. À medida que a IA se imiscui em nossas vidas, é inevitável questionar o impacto que ela acarreta. Entre as inquietações prementes, despontam preocupações sobre o emprego, à medida que a automação ameaça determinadas ocupações, levando à necessidade de políticas de requalificação. É válido salientar que, nesse contexto, os mais vulneráveis estão sendo atingidos, e sua regulação necessita ser realizada com urgência, conforme defende o Conselho de Comunicação Social (CSS) do Congresso Nacional e o Projeto de Lei (PL) 2.338/2023<sup>15</sup>.

15 Regulação de inteligência artificial é defendida no Conselho de Comunicação. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/06/05/regulacao-de-inteligencia-artificial-e-defendida-no-conselho-de-comunicacao>. Acesso em: 20 ago. 2023.



Essa reflexão levanta indagações pertinentes acerca do equilíbrio entre eficiência e a preservação da justiça individualizada, valores intrínsecos aos princípios fundamentais do nosso sistema jurídico moderno. Em um cenário em que a inteligência artificial começa a se entrelaçar com a esfera jurídica, o diálogo sobre como manter essa harmonia entre avanço tecnológico, consideração humana e mitigação de vieses preconceituosos se torna especialmente crucial. A coleta e o uso maciço de dados para treinar algoritmos e embasar decisões automatizadas suscitam questionamentos sobre o controle e a propriedade dessas informações, dando lugar a debates éticos sobre vigilância e manipulação de dados pessoais.

Sabemos que a busca pela celeridade processual deve ser uma necessidade primária no sistema jurídico, pois encontra-se respaldada na Emenda nº 45/2004<sup>16</sup>, que incorporou ao texto da Constituição o inciso LXXVIII, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. No entanto, ao considerarmos essa abordagem, é importante refletir sobre um possível aspecto negativo: a potencial perda da dimensão humana na análise das complexidades legais e na interpretação das situações individuais. Afinal, por mais que essa abordagem pudesse acelerar o andamento dos processos e impulsionar a agilidade da justiça, há um sentimento compartilhado por muitos de que a empatia, a compreensão contextual e o discernimento humano desempenham um papel vital no sistema jurídico.

Ainda que a Inteligência Artificial seja uma ferramenta poderosa para aumentar a eficiência dos processos jurídicos, é importante destacar que ela não substituirá a percepção e o julgamento humano. Como afirma Dreyfus (1992), em sua importante obra *"What Computers Still Can't Do: A Critique of Artificial Reason"*, para ele a habilidade humana de tomar decisões com base em intuição, experiência e percepção contextual é algo que a IA, por mais avançada que seja, não pode replicar completamente. O elemento humano, especialmente em áreas que envolvem questões morais e éticas, continua sendo essencial para garantir uma justiça que vá além da simples aplicação de regras automatizadas.

A privacidade figura como uma preocupação central no cenário mundial. No âmbito brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça, ao promulgar a Resolução nº 332 de 2020<sup>17</sup>, que versa sobre os princípios de "ética, transparência e governança na concepção e aplicação de sistemas de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário e estabelece outras diretrizes", demonstra uma afinidade notável com as orientações delineadas na carta emitida pela Comissão para a Eficácia da Justiça na Europa.

A medida em que a Inteligência Artificial (IA) se enraíza cada vez mais na nossa sociedade, um turbilhão de questões éticas e legais se revela. Essa fusão entre tecnologia e vida cotidiana nos convida a repensar profundamente seu impacto.

Um dilema iminente para uma próxima pesquisa é como a automação alimentada pela IA está alterando nosso mercado de trabalho. À medida que certos empregos são automatizados, surge a urgência de adotar políticas para requalificar os trabalhadores afetados. No entanto, precisamos estar alertas, pois os mais vulneráveis podem sofrer desproporcionalmente. O Con-

16 ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA, P. Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil. [s. l.: s. n.]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242949/000939995.pdf?sequence=3&isAllowed=y#:~:text=c%C3%ADpio%20constitucional..> Acesso em: 20 ago. 2023.

17 Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 20 ago. 2023.



selho de Comunicação Social (CSS) do Congresso Nacional e o Projeto de Lei (PL) 2.338/2023 chamam a atenção para a necessidade de agir.

No âmbito jurídico, uma dança delicada entre eficiência e justiça individual se desenha. A presença da IA no sistema judicial nos desafia a equilibrar avanços tecnológicos, considerações humanas e a minimização de qualquer parcialidade dos algoritmos. O uso em larga escala de dados para treinar algoritmos e guiar decisões automatizadas levanta questões críticas sobre quem controla esses dados e como eles são usados, desencadeando debates éticos sobre privacidade e manipulação.

Em relação à rapidez nos processos judiciais, buscada com a Emenda nº 45/2004, surge uma preocupação: será que isso pode diminuir a empatia e compreensão humanas na análise de questões legais complexas? A conveniência dos processos automatizados pode colidir com a importância da sensibilidade e compreensão humana.

A privacidade, uma preocupação global, também toca o Brasil. A Resolução nº 332 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça vai de encontro aos princípios de “ética, transparência e governança na criação e uso de sistemas de IA no Poder Judiciário”, seguindo orientações similares da Comissão para a Eficácia da Justiça na Europa.

A habilidade da IA de analisar vastos volumes de dados jurídicos e identificar padrões ocultos abre novas portas para a prática jurídica. Contudo, essa adoção requer cuidado para evitar vieses nos algoritmos, garantindo justiça. Nossa análise buscou explorar como a IA molda nossa sociedade, focando nas questões éticas e jurídicas que surgem nesse terreno em constante evolução. Buscamos entender como podemos navegar nesse território permeado pela IA, fomentando um crescimento responsável e equitativo.

A IA já se infiltrou veementemente em nossa sociedade, em nosso dia a dia, gerando debates desde mudanças e adaptações em nossos trabalhos, até desafios legais. Encontrar soluções que aproveitem os benefícios da IA, ao mesmo tempo que protegem nossos valores fundamentais, é um desafio complexo e urgente para os governos, instituições e a sociedade como um todo.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações discutidas nesta pesquisa, reverberam um esforço mais amplo na comunidade de pesquisa para abordar e mitigar os impactos negativos da IA enviesada. Essa força científica de trabalho é essencial para promover um uso mais ético e inclusivo da tecnologia, que reconheça e respeite a diversidade humana em todas as suas formas.

A conclusão deste artigo abrange uma reflexão abrangente sobre os desafios éticos e jurídicos inerentes à Inteligência Artificial (IA) e propõe soluções fundamentadas para mitigar os vieses algorítmicos e promover uma justiça mais equitativa. Ao longo do texto, foram discutidos diversos aspectos críticos, desde a evolução histórica da IA até os casos contemporâneos que destacam os perigos dos vieses embutidos em algoritmos.

A introdução delineou a trajetória da IA, desde a concepção da máquina de Turing até os marcos históricos como o primeiro chatbot e a adoção da IA na medicina. Esses avanços tec-

nológicos trouxeram benefícios inegáveis, como a eficiência na análise de dados e a melhoria na prestação de serviços jurídicos e de saúde. Contudo, também evidenciaram problemas graves, como o incidente do chatbot Tay da Microsoft, que destacou os riscos de exposições algorítmicas a dados não moderados, resultando na geração de conteúdos ofensivos e racistas.

O desenvolvimento do artigo aprofundou-se nos desafios éticos e morais, enfatizando a responsabilidade e a transparência como pilares essenciais para a implementação justa da IA. A questão da responsabilidade foi explorada em detalhes, ressaltando a necessidade de um arcabouço legal que clarifique quem é responsável pelas decisões tomadas por sistemas de IA. A falta de transparência, frequentemente descrita como a “caixa preta algorítmica”, foi apontada como um obstáculo significativo à justiça, dificultando a contestação de decisões injustas e a garantia de um processo constitucional devido.

Os exemplos práticos, como o uso de algoritmos no sistema jurídico, ilustraram como a opacidade dos métodos de cálculo pode prejudicar indivíduos, mesmo aqueles com baixo risco de reincidência. A crítica de Nunes e Marques (2018) destacou a impossibilidade de defesa contra índices cuja metodologia é desconhecida, sublinhando a necessidade de maior clareza e auditabilidade nos sistemas algorítmicos.

A solução proposta envolve a implementação de mecanismos de auditoria contínua e revisão dos sistemas de IA, assegurando que estes evoluam para eliminar vieses e promover a justiça. A transparência deve ser promovida por meio de regulamentos que exijam explicações claras e acessíveis sobre o funcionamento dos algoritmos e os dados utilizados. A colaboração interdisciplinar é crucial para desenvolver soluções que garantam uma sociedade mais justa e igualitária, onde a tecnologia seja um instrumento de progresso para todos.

Ademais, a educação e a sensibilização sobre os vieses algorítmicos são essenciais para que desenvolvedores e usuários compreendam as implicações éticas de suas decisões. A transformação digital deve ser guiada por princípios éticos que garantam inclusão e equidade, prevenindo e corrigindo vieses que possam surgir. Como enfatizado por Cortiz (2021), a complexidade do aprendizado profundo requer um esforço adicional para tornar os algoritmos compreensíveis e auditáveis, assegurando que as decisões sejam justas e transparentes.

Em conclusão, a mitigação dos vieses algorítmicos e a promoção de uma IA mais ética e justa dependem de um compromisso coletivo com a transparência, a responsabilidade e a inclusão. A implementação de regulamentações robustas, a educação contínua e a colaboração interdisciplinar são passos fundamentais para garantir que a tecnologia beneficie a todos de maneira equitativa. Assim, a sociedade pode avançar de forma harmoniosa, equilibrando a inovação tecnológica com os valores éticos essenciais para um futuro mais justo e inclusivo.

## REFERÊNCIAS

BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições, 70, 225, 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF aprova criação da Assessoria de Inteligência Artificial. *STF Notícias*, Brasília, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>. Acesso em: 19 out. 2023.

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Codex atinge mais de 100 milhões de processos judiciais armazenados*. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codex-atinge-mais-de-100-milhoes-de-processos-judiciais-armazenados/>. Acesso em: 19 ago. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Ato nº 3429*. 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 20 ago. 2023.
- CONSELHO DA EUROPA. *Carta ética*: traduzida para o português revista. 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>. Acesso em: 12 maio 2024.
- CORTIZ, Diogo. Inteligência artificial: conceitos fundamentais. In: VAINZOF, Rony; GUTIERREZ, Adriei. *Inteligência artificial: sociedade, economia e Estado*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 45-60.
- DING, Y. *Desconstruindo a beleza*: utilizando inteligência artificial para destacar vieses na indústria da moda. 2023. Dissertação (Mestrado em Design de Informação e Visualização) - Northeastern University, Boston, 2023
- DREYFUS, H. L. *What Computers Still Can't Do: A Critique of Artificial Reason*. Cambridge: MIT Press, 1992.
- FREITAS, C. O. A.; CARNEIRO, J. V. V.; GLASMEYER, R. J. S. . *O Tratamento de Dados Pessoais e Sensíveis frente ao Contact Tracing durante o COVID-19*. Boletim do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial: GEDAI/UFPR, Curitiba, p. 1 – 20, 07 jun. 2020. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/o-tratamento-de-dados-pessoais-e-sensiveis-frente-ao-contact-tracing-durante-o-covid-19/>
- FREITAS, C. O. A.; PAMPLONA, D.A. Cooperação entre Estados Totalitários e Corporações: O uso da segmentação de dados e profiling para violação de direitos humanos. In: RUARO, Regina Linden; MAÑAS, José Luis Piñar; MOLINARO, Carlos Alberto. (org.). *Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade digital*. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. v. 1. p. 119-144.
- GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GREENFIELD, A. *Everyware: A era emergente da computação ubíqua*. AIGA: New Riders, 2006.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-970-1076-3.
- MENDES, Cleyton. Robôs no tribunal: o papel da inteligência artificial no Judiciário. *Conjur*, Brasília, 15 dez. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-15/robos-no-tribunal-papel-da-inteligencia-artificial-no-judiciario/>. Acesso em: 18 abr. 2024.
- MENDES, Cleyton. O uso da IA no sistema de justiça é um dos grandes desafios do século. *Conjur*, Brasília, 5 abr. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-05/uso-da-ia-no-sistema-de-justica-e-um-dos-grandes-desafios-do-seculo/>. Acesso em: 18 abr. 2024.
- MENDES, Cleyton. Burocrático, ineficiente e o Estado é o maior litigante do Brasil. *Conjur*, Brasília, 11 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-11/burocratico-ineficiente-estado-maior-litigante-brasil/>. Acesso em: 18 abr. 2024.
- NOBLE, Safiya Umoja. *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*. New York University Press, 2018. Acesso em: 11 abr. 2024.
- NUNES, Dierle; MORATO, Otávio. A explicabilidade da inteligência artificial e o devido processo tecnológico. *Conjur*, São Paulo, 7 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-07/opinio-explicabilidade-ia-devidoproc-cesso-tecnologico>. Acesso em: 21 maio 2024.
- NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, p. 421-447, nov. 2018. Disponível em: [https://www.academia.edu/37764508/INTELIG%C3%8ANCIA\\_ARTIFICIAL\\_E\\_DIREITO\\_PROCESSUAL\\_VIESES\\_ALGOR%C3%8DTMICOS\\_E\\_OS\\_RISCOS\\_DE\\_ATRIBUI%C3%87%C3%83O\\_DE\\_FUN%C3%87%C3%83O\\_DECIS%C3%93R\\_A\\_%C3%80S\\_M%C3%81QUINAS\\_Artificial\\_intelligence\\_and\\_procedural\\_law\\_algorithmic\\_bias\\_and\\_the\\_risks\\_of\\_assignment\\_of\\_decision\\_making\\_function\\_to\\_machines](https://www.academia.edu/37764508/INTELIG%C3%8ANCIA_ARTIFICIAL_E_DIREITO_PROCESSUAL_VIESES_ALGOR%C3%8DTMICOS_E_OS_RISCOS_DE_ATRIBUI%C3%87%C3%83O_DE_FUN%C3%87%C3%83O_DECIS%C3%93R_A_%C3%80S_M%C3%81QUINAS_Artificial_intelligence_and_procedural_law_algorithmic_bias_and_the_risks_of_assignment_of_decision_making_function_to_machines). Acesso em: 21 maio 2024.
- O'NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*. Crown Publishing Group, 2016.

ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA, P. *Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil*. [s. l: s. n.]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242949/000939995.pdf?sequence=3&isAllowed=y#:~:text=c%C3%ADpio%20constitucional..> Acesso em: 25 ago. 2023.

SENADO FEDERAL. *Regulação de inteligência artificial é defendida no Conselho de Comunicação*. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/06/05/regulacao-de-inteligencia-artificial-e-defendida-no-conselho-de-comunicacao>. Acesso em: 20 ago. 2023.

SENADO FEDERAL. *Conselho de Comunicação Social discute uso da inteligência artificial nos meios de comunicação*. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/06/05/regulacao-de-inteligencia-artificial-e-defendida-no-conselho-de-comunicacao>. Acesso em: 21 maio 2024.

TURING, A. M. "On Computable Numbers, with an Application to the Entscheidungsproblem". *Proceedings of the London Mathematical Society*, v. 42, n. 2, p. 230-265, 1936.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 11/09/2024
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/09/2024
- Avaliação 1: 27/09/2024
- Avaliação 2: 08/01/2025
- Decisão editorial preliminar: 08/01/2025
- Retorno rodada de correções: 27/01/2025
- Decisão editorial/aprovado: 16/03/2025

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# O VALOR SOCIAL DO TRABALHO E A DISPENSA IMOTIVADA À LUZ DA CONVENÇÃO 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

CONVENTIONALITY CONTROL AND THE SOCIAL  
VALUE OF WORK IN THE LIGHT OF CONVENTION 158  
OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION

JOSÉ ROBERTO AMARAL CARDOSO<sup>1</sup>

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS<sup>2</sup>

## RESUMO

O estudo se propõe a analisar a denúncia da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pelo Estado brasileiro, por meio de estudo de caso. Aplicou-se o método hipotético-dedutivo, se valendo de pesquisas bibliográficas e normas jurídicas, cujo marco teórico é Jürgen Habermas. A Convenção foi aprovada na 68ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 2 de janeiro de 1982. Em 1985, passou a vigorar em todo o território brasileiro, regulamentando a demissão sem justa causa. Após 11 meses de sua ratificação, foi denunciada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso. De forma unilateral, por meio do Decreto Presidencial nº 2.100/1996, as disposições contidas no Tratado Internacional foram revogadas. Por essa razão, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.625, que pretendia a inconstitucionalidade do decreto presidencial, suscitando violação do art. 49, inciso I, da Constituição Federal. Entidades sindicais patronais também recorreram ao Judiciário por meio da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC)

1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade FUMEC.

2 Pós-doutorando em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (desde 2020). Doutor em Direito Público pela PUCMINAS (2011). Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro - MG (2002). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (1995). Professor de Direito Previdenciário, Direito Constitucional e Direito Tributário da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, aonde é docente permanente da Graduação (desde 2018) e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD), desde 2020. Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social - ABDSS. Procurador-Chefe da Procuradoria de Tributos e Assuntos Fiscais - PTF, da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais (2015/2018). Procurador do Estado de Minas Gerais (desde 1998). Procurador-Chefe do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG (2003). Advogado (desde 1996). Diretor do Departamento de Direito Previdenciário do Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG (2007/2018). Associado Benemérito e Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP (desde 2006). Coordenador de Direito e Processo Previdenciário da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais - ESA-OAB/MG (desde 2010). Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/MG (desde 2015). Membro titular do Conselho Fiscal da OABPrev-MG (desde 2015). Presidente do Conselho Deliberativo da PREVCOM-MG (desde 20148). Membro do corpo editorial da Revista Brasileira de Direito Previdenciário (desde 2011). Autor de livros com destaque para "Regime próprio de previdência social dos servidores públicos", Editora Juruá, 2017, 8ª edição, "Manual dos Servidores Públicos: Administrativo e Previdenciário", Editora Lujur, 2020 e diversos artigos científicos.

## Como citar esse artigo:/How to cite this article:

CARDOSO, José Roberto Amaral; CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. O valor social do trabalho e a dispensa imotivada à luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 75-99, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i2.10010>.

nº 39, clamando pela constitucionalidade do decreto presidencial, com fundamento no art. 84 da Constituição Federal. Em 2023, os ministros do STF, por maioria dos votos, declararam a constitucionalidade do Decreto Presidencial, pacificando a retirada do Brasil do cumprimento da Convenção nº 158 da OIT. Juristas e doutrinadores da filosofia jurídica política divergem sobre as premissas que fundamentaram a decisão do STF. Ao abordar tais axiomas, este trabalho demonstra a importância das convenções da OIT para a observância dos conceitos universais de dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. É nesse contexto que devem ser compreendidas a necessidade e a importância jurídica e social das normas da OIT destacando-se o controle de convencionalidade.

**Palavras-chave:** Convenção nº 158 da OIT; controle de convencionalidade; demissão sem justa causa; valor social do trabalho.

## ABSTRACT

*The study aims to analyze the denunciation of Convention No. 158 of the International Labor Organization (ILO) by the Brazilian State, through a case study. The hypothetical-deductive method was applied, using bibliographical research and legal norms, whose theoretical framework is Jürgen Habermas. The Convention was approved at the 68th Meeting of the International Labor Conference, on January 2, 1982. In 1985, it came into force throughout Brazilian territory, regulating dismissal without just cause. After 11 months of its ratification, it was denounced by President Fernando Henrique Cardoso. Unilaterally, through Presidential Decree No. 2,100/1996, the provisions contained in the International Treaty were revoked. For this reason, the National Confederation of Agricultural Workers (Contag) and the Central Única dos Trabalhadores (CUT) filed Direct Unconstitutionality Action (ADI) No. 1,625, which claimed the unconstitutionality of the presidential decree, causing a violation art.49, item I, of the Federal Constitution. Employer unions also appealed to the Judiciary through Direct Constitutional Action (ADC) No. 39, calling for the constitutionality of the presidential decree, based on art. 84 of the Federal Constitution. In 2023, the STF ministers, by majority vote, declared the constitutionality of the Presidential Decree, pacifying Brazil's withdrawal from compliance with ILO Convention No. 158. Jurists and scholars of political legal philosophy disagree about the premises that supported the STF's decision. By addressing such axioms, this work demonstrates the importance of ILO conventions for the observance of universal concepts of human dignity and the social value of work. It is in this context that the need and legal and social importance of ILO standards must be understood, highlighting the control of conventionality.*

**Keywords:** ILO Convention 158; control of conventionality; dismissal without just cause; social value of work.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo principal da Organização Internacional do Trabalho (OIT) é estabelecer padrões internacionais mínimos para as relações trabalhistas, criando condições favoráveis para o desenvolvimento e a difusão da dignidade humana. O texto inicial que deu vida à Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi elaborado assente na premissa de que a paz universal e duradoura só é possível se forjada na justiça social, conforme se observa na parte XIII, seção I, do Tratado de Versalhes, assinado em Paris, em 28 de junho de 1919.

Ainda hoje, as premissas da paz duradoura e justiça social são visões invocadas, permanentemente, em toda exegese política social. Porém, no plano fático, nada se produziu além das intenções, e, ao longo dos séculos, observa-se o perecimento de uma sociedade, o começo de outra, mas a construção de sociedades igualitárias e sem violência é apenas retórica.

Na visão do teórico alemão Jürgen Habermas, especialmente na obra *Facticidade e validade* (Habermas, 2020), é possível vislumbrar sociedades mais justas a partir do discurso de



validade, invocando normas morais e jurídicas, em complementaridade entre moral racional e direito positivo. Desse modo, é possível efetivar os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, como democracia, constitucionalidade, legalidade, direitos fundamentais e igualdade.

A valoração dos princípios nada mais é do que a prevalência da Constituição sob quaisquer outros atos normativos. A supremacia constitucional determina valores e parâmetros, nos quais legisladores, juízes e toda a sociedade devem se inspirar e sobretudo respeitar.

A ênfase habermasiana recai, portanto, não sobre as necessidades individuais, mas sim sobre a possibilidade de universalizar os interesses particulares, exercitando um discurso com a participação de todos. A partir de então, cria-se a ideia de ação comunicativa forjada na ética, permitindo o surgimento de um espaço público de diálogos para debater os interesses universais, eticamente compartilhados, produzidos por uma sociedade livre, denominada por Habermas como “mundo da vida”, discursando sobre justiça e solidariedade.

Porquanto o trabalho tem um valor social, no entanto, essa diretriz não é levada em consideração pelo sistema econômico. Mesmo nas sociedades mais desenvolvidas, essa relação de capital e trabalho pode ser socialmente corrosiva, quando se oferta o trabalho indigno, o ambiente laboral insalubre e as jornadas laborais exaustivas e mal remuneradas. Tais fenômenos não deveriam se instalar em sociedades democraticamente desenvolvidas, já que esses modelos são baseados em fórmulas primitivas de acumulação do capital.

Por essa razão, o presente trabalho destaca, dentre outros, o papel da OIT no combate ao trabalho precário, sendo formalizados, em 1999, os parâmetros do trabalho decente e sobretudo a importância do controle de convencionalidade, a partir das convenções da OIT.

Dentro desse contexto, discute-se a denúncia da Convenção nº 158 da OIT, que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, aprovada na 68ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 2 de junho de 1982.

A denúncia da Convenção nº 158 da OIT divide opiniões de juristas e doutrinadores, quanto à participação do Poder Legislativo na validação do ato de denúncia de tratado internacional. A corrente contrária à participação do parlamento no ato de denúncia tem como referência os argumentos de Clóvis Beviláqua, que ressalta o papel determinante do Executivo na vontade terminativa do tratado internacional.

A outra corrente, a que diverge do pensamento de Beviláqua, comunga dos argumentos de Pedro Dallari, que refuta a ideia de que a aprovação do tratado internacional pelo Poder Legislativo embute a autorização para o ato unilateral da denúncia em favor do Executivo.

Levar adiante a interpretação de que os tratados internacionais podem ser denunciados por ato unilateral do Executivo afronta as normas e os princípios constitucionais? Ainda nesse sentido, a Convenção nº 58 da OIT pode ser considerada um tratado de direitos humanos?

Os Estados, ao ratificarem o documento internacional de direitos humanos, reconhecem essa jurisdição, logo, se submetem, não só às normas do direito interno, por consequência, também ao direito internacional. Dessa maneira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou os tribunais internos dos signatários poderão aplicar o “Controle de Convencionalidade”.

Assim, diante de tais aspectos, analisando bibliografias, comparando e interpretando os fatos e as normas jurídicas, o presente trabalho se desenvolve com a pretensão de suscitar

um debate acerca da problemática: a importância do controle de convencionalidade e constitucionalidade a partir do Decreto Presidencial nº 2.100/1996.

## 2. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT): EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi constituída em 1919 durante a conferência da paz, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, com a assinatura do Tratado de Versalhes. Desde então, o Direito Internacional do Trabalho incrementou a sua influência no âmbito interno das realidades normativas dos seus signatários.

O texto inicial que deu vida à OIT, foi elaborado assente na premissa de que a paz universal e duradoura só é possível se forjada na justiça social, conforme se observa na parte XIII, seção I, do Tratado de Versalhes, assinado em Paris, em 28 de junho de 1919.

Como membro fundador, o Brasil se fez presente na primeira Conferência Internacional, marcada por decisões que transformaram as relações de trabalho, assegurando direitos a partir de um marco civilizatório, deixando para trás os imperativos do trabalho degradante que permearam o século XIX (Portela, 2023, p. 491).

As primeiras medidas adotadas pela OIT, na virada do século, levaram em consideração a dimensão social da correlação capital e produção, adotando o “princípio do trabalho digno”, que resultou na limitação da jornada de trabalho, principal reivindicação do movimento sindical operário, cuja a primeira sessão adotou 6 Convenções: “a limitação de jornada de trabalho em 8 horas, a proteção da maternidade, o combate ao desemprego, a idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria e a proibição do trabalho noturno para mulheres e menores de 18 anos”. (Bosco, 2019, p. 6).

O objetivo principal da OIT é estabelecer padrões internacionais mínimos para as relações de trabalho, criando condições favoráveis para o desenvolvimento e a difusão da dignidade humana. Como agência especializada da ONU, única estruturada no modelo tripartite (Organização Internacional do Trabalho, 2023a), tem como escopo principal avançar nas deliberações de políticas sociais que devem ser adotadas como normas internacionais voltadas para as relações que envolvem a produção, o capital e o trabalho.

No decorrer dos primeiros 20 anos, entre 1919 e 1939, a OIT desenvolveu e implementou 67 Convenções e 66 Recomendações, processo temporariamente interrompido com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, em 1939, período em que os delegados da Organização Mundial do Trabalho acharam por bem anexar a Declaração da Filadélfia à Constituição da OIT.

O documento constitui a carta de princípios e objetivos da organização e serviu como referência para a adoção da Carta das Nações Unidas, 1946, e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948. A Declaração da Filadélfia reafirmou o princípio de que paz universal e permanente só é possível se baseada no compromisso com a justiça social

[...] que o trabalho deve ser fonte de dignidade; que o trabalho não é uma mercadoria; que a pobreza, em qualquer lugar, é uma ameaça à prosperidade de todos; e que todos os seres humanos têm o direito de perseguir o seu bem-estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades (Organização Internacional do Trabalho, 2023a).

Com o fim da Segunda Guerra, em 1945, surge a necessidade de se criar uma organização capaz de manter a paz mundial por meio do diálogo. A ideia culminou com a criação da ONU, sendo a OIT a sua primeira agência especializada, que, ao completar o seu quinquagésimo aniversário, em 1969, recebeu o Prêmio Nobel da paz e a icônica frase: “A OIT tem uma influência perpétua sobre a legislação de todos os países e deve ser considerada a consciência social da humanidade” (Organização Internacional do Trabalho, 2023b).

### **3. O PRECARIADO, A RUPTURA DOS DIREITOS SOCIAIS E TRABALHISTAS E AS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Jürgen Habermas acredita que o valor é uma premissa que deve ser levada em conta pelo Direito. Todavia, ele defende a ideia de que não se pode destruir a forma do direito e assim superar a diferença entre o “direito e a política”. Para chegar a essa conclusão, Habermas leva em consideração o conjunto de valores éticos no sentido de finalidade política sobre a “concepção de vida boa” que pode ser expressa pela ordem jurídica. E essa diferença, segundo o autor, se manifesta até mesmo na condução da ação, portanto, não fica só na fundamentação, mas, sobretudo, na aplicação da norma correta.

Quando fazemos um juízo de valor, concluímos que, ao escolhermos a norma válida, optamos também pela ação correta e, igualmente, boa para todos. No entanto, Habermas complementa: “mas se partimos de um sistema de normas válidas, correta é a ação igualmente boa para todos”. Por sua vez, se partimos dos valores, completa o autor, “correto é aquele comportamento que, em seu conjunto e a longo prazo, é bom para nós” (Habermas, 2020, p. 327).

Esse argumento propõe o enraizamento ético da política, aproximando-se das normas deontológicas em detrimento dos valores e, ao mesmo tempo, afastando-se dos tribunais e aproximando-se da tradição republicana, que tem como virtude o bem comum. Desse modo, o direito se torna um meio operacional para a edificação das instituições que perderam força incorporadora no processo da modernidade (Habermas, 2020, p. 165, 167), uma vez que ele se desprende da eticidade tradicional e assume a função principal de garantir a integração social.

O texto constitucional de 1988 reconheceu e garantiu o valor social do trabalho, assentando-o como princípio conformador da ordem jurídica. Assim, a Constituição Federal incorporou o direito ao trabalho no rol dos direitos sociais fundamentais, arts. 6º e 7º, abordando-o sob a ótica de valores éticos e humanistas, em conformidade com o que caracteriza o direito interno do Estado Democrático e as normas internacionais referentes aos direitos humanos. Portanto, o artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, prevê que todo ser humano

tem direito a um padrão de vida que lhe assegure, para si mesmo e para sua família, saúde e bem-estar.

Do ponto de vista formal, as normas de direitos humanistas e sociais se afeiçoam às necessidades humanas, porém, no plano material, a realidade é um tanto quanto contraditória e distante dos valores éticos universais apregoados na teoria habermasiana. Além de positivar é preciso efetivar esse direito decorrente da norma, traduzindo a vontade do legislador em realidade fática. Dentre tais direitos, enfocamos o direito ao trabalho decente e a proteção frente ao desemprego, bem como a aplicação do controle de convencionalidade.

Guy Standing, professor e diretor do Programa de Segurança Socioeconômica da OIT, dissertou sobre a precarização do trabalho, ao publicar “O precariado: a nova classe perigosa”, em 2020, cuja intenção é refletir sobre o desenvolvimento socioeconômico das relações do trabalho, envolvendo a desregulamentação e a flexibilização dos direitos laborais na sociedade globalizada.

Um dos primeiros sintomas da economia globalizada surge com o esgarçamento da competitividade. As empresas passaram a criar oportunidades de negócios distantes de suas bases. A lógica ia na direção das plataformas jurídicas e econômicas mais flexíveis e favoráveis ao mercado de capital. Nesse cenário, o emprego e a renda deveriam fluir para onde as condições fossem mais favoráveis, no sentido de diminuir custos e maximizar os lucros.

Daí a necessidade de redução salarial e afrouxamento do vínculo empregatício para que o empregador pudesse alterar os níveis de emprego, sem custo adicional. Diante desse cenário, governos e corporações competiam mutuamente na expectativa de ofertar relações trabalhistas mais atraentes aos olhos da economia globalizada, cuja consequência resultaria no trabalho precário.

A extensão desse modelo cria a aceção de que tudo é mercadoria, incluindo o trabalho e as próprias empresas. Na visão de Standing (2020), essa lógica não leva em consideração o valor em si da força de trabalho, importante componente para o fortalecimento da economia. Tampouco leva em consideração a responsabilidade social empresarial, quando essas empresas são vendidas ou incorporadas, por meio de aquisições ou fusões, desprezando a realidade social dos locais onde estão instaladas. É dessa maneira que o impulso da mercadorização deforma o princípio do direito coletivo.

O ataque sobre as instituições coletivas abrangia as empresas como instituições sociais, os sindicatos como representantes dos empregados, as comunidades profissionais como corporações de ofícios e profissões, a educação como força para a libertação do interesse pessoal e do comercialismo, a família como instituição de reciprocidade e reprodução social, e o serviço civil como uma estrutura guiada por uma ética de serviço público (Standing, 2020, p. 50).

Dentre as inúmeras descaracterizações das relações de trabalho, mediante a política econômica liberal, identifica-se o fenômeno da fragmentação da classe trabalhadora por meio da terceirização. Esse modelo de contratação de mão de obra altera o sistema de garantias, individuais e coletivas, consagradas pelo direito do trabalho. Cada vez mais, nota-se o desempenho autônomo de tarefas apartadas dos instrumentos protetivos vinculados às normas trabalhistas. Fenômeno que se realiza por meio de autoexploração, em que se desenvolve um

trabalho sem estar empregado, mas subordinado a uma plataforma de aplicativos, por exemplo, embora existam outras referências.

O *status* central dessa autonomia é determinado por fatores como a escassez dos tradicionais postos de trabalho ou pela motivação ao desempenho no aspecto de empreendedor de si mesmo, cujo efeito colateral vai do Burnout à frustração.

Na visão de Maurício Delgado (2020, p. 95), o Direito do Trabalho corresponde à dimensão social mais significativa dos Direitos Humanos. É por meio desse ramo jurídico que os direitos humanos ganham espaço e ultrapassam as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão de liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana, apontados como valores intrínsecos da condição humana, portanto, indissociáveis.

Por esse motivo, a ordem jurídica brasileira determinou como marco civilizatório a inserção da pessoa humana no mundo econômico e social do trabalho a partir das normas jurídicas. Elas criam um conceito conformador de proteção aos direitos humanos, individuais e coletivos, determinado pelo texto constitucional, associado às normas internacionais ratificadas no âmbito interno e às normas próprias do direito trabalhista (Delgado, 2006; Delgado, 2020, p. 307).

Por fim, cabe ressaltar a influência das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. No plano internacional, as fontes de direitos humanos possuem um alcance diversificado, portanto, são imprescindíveis, já que, no sentido amplo, envolvem os direitos humanos econômicos, sociais, culturais e, sobretudo, os direitos humanos de natureza trabalhista. Com o novo constitucionalismo, o conceito de direitos humanos ganhou outros significados, reforçando ainda mais a sua importância para o ordenamento jurídico dos Estados democráticos, signatários das normas internacionais dos direitos da pessoa humana.

Nesse novo quadro conceitual, documentos internacionais relevantes surgiram, vislumbrando a necessidade de se alargar a noção anteriormente restrita de Direitos Humanos, de modo a abranger direitos também econômicos, sociais e culturais da pessoa humana. Em tal linha evolutiva, os direitos individuais e sociais trabalhistas passaram igualmente a ostentar a natureza de Direitos Humanos (Godinho; Delgado, 2020, p. 309).

Os diplomas internacionais, tratados e convenções internacionais integram o ordenamento jurídico brasileiro por meio da ratificação de seus conteúdos normativos, dessa forma, com *status* de norma infraconstitucional. No entendimento de Flávia Piovesan (2016, p. 165), existe um direito internacional dos direitos humanos que interage continuamente com a ordem jurídica interna dos Estados, inclusive a constitucional, “na hipótese de eventual conflito entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima”.

O ordenamento jurídico brasileiro incorporou na norma não só o princípio da progressividade dos direitos humanos, bem como o princípio da vedação ao retrocesso social, explícitos no § 2º do art. 5º da Constituição da República: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Mais adiante, no *caput* do art. 7º, novamente a Constituição da República faz referência à norma mais favorável quando determina que: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]” (Brasil, [2023]).

Assim, não resta dúvida de que, no plano formal, as garantias assentadas no ordenamento jurídico dos Estados são suficientes, porém, no plano material, a realidade carece de uma reflexão. Essa constatação se dá por meio das inúmeras propostas de desregulamentação dos direitos sociais e trabalhistas em curso nos últimos tempos.

A reforma trabalhista, instrumentalizada pela Lei nº 13.467/2017, é uma dessas propostas que flexibiliza esses instrumentos de proteção trabalhista. A começar pela rejeição à principio-logia de proteção ao trabalho humano demarcada pela Constituição Federal, pelos diplomas internacionais trabalhistas e pela lei especial do trabalho.

A Lei nº 13.467/2017 viola, em grande medida, a estrutura normativa de proteção ao trabalho humano prevista na Constituição (art. 1º, III a IV; art. 3º, I a III; art. 70 e art. 193 da Constituição Federal de 1988) e no Sistema Internacional de Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Declaração da Filadelfia, de 1944; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais da OIT, de 1998; e amplo rol de Convenções Internacionais do Trabalho da OIT ratificadas pelo Brasil). Assentada a essa estrutura normativa constitucional e internacional nos princípios vetores da dignidade da pessoa humana e da justiça social, ela não absorve as regras desregulamentadoras e flexibilizadoras radicais da Lei da Reforma Trabalhista no país (Delgado, 2020, p. 326).

Outro exemplo de flexibilização apresenta-se na regra do art. 8º, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em nova redação imposta pela Lei nº 13.467/2017. O preceito baliza a atuação da justiça do trabalho com base no suposto princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. Nesse sentido, a lei deixa de cumprir o seu papel conformador civilizatório nas relações entre o capital e o trabalho.

## 4. O VALOR SOCIAL DO TRABALHO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE 1988

A valoração do princípio da legalidade constitucional nada mais é do que a prevalência da Constituição sobre quaisquer outros atos normativos. A supremacia constitucional determina valores e parâmetros, nos quais legisladores, juízes e toda a sociedade devem se inspirar e sobretudo respeitar. Não sem razão, o princípio da legalidade tem o condão de expressar a enorme conquista jurídica e social a partir da formação do Estado Democrático de Direito. Tal princípio configura garantias para contrapor eventuais abusos e arbitrariedades do próprio poder estatal. Poder que nasce por meio de um processo eleitoral, cujo *status* denomina-se democracia representativa. Legitimados pela vontade dos eleitores, os representantes eleitos passam a produzir conteúdo normativo, dentro do modelo clássico de democracia.

Na visão habermasiana, o conceito moderno de democracia difere do conceito clássico em virtude do direito. O autor explica essa diferença por meio da cooriginariedade da democracia e do Estado de Direito, através da teoria do discurso. No modelo clássico, o direito é positivo,



cogente, racionalmente necessário e individualmente estruturado. Na visão moderna, o direito resulta de normas produzidas por um legislador, cuja premissa maior é garantir as liberdades subjetivas. Nesse sentido, a liberdade das pessoas em uma democracia é assegurada por meio da soberania do povo e dos direitos humanos. Essas duas estruturas, direitos humanos e soberania popular, são consideradas por Habermas como uma segunda fonte de legitimação do Estado Democrático de Direito.

As ideias de direitos humanos e soberania popular determinam, ambas, a autocompreensão normativa de Estados democráticos de direitos até hoje. Esse idealismo constitucionalmente ancorado não deve ser entendido apenas como um capítulo ultrapassado da história das ideias políticas (Habermas, 2021, p. 142).

Assim, a legitimidade da lei ocorrerá quando coincidir com os direitos humanos, ou, então, quando surgir mediante a formação democrática da vontade. O *status* dignidade da pessoa, incorporado em diversas constituições e normas internacionais, teve forte inspiração na doutrina de Immanuel Kant (1989). Ele apregoava que, “no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade”. Desse modo, se possui preço, logo pode ser substituído por algo equivalente, porém, se está acima de qualquer preço, isto é, não pode ser substituído, então, detém dignidade.

Podemos inferir também que a ideia de dignidade está vinculada à esfera da igualdade em referência ao *status* de que todos os seres humanos são merecedores de vida digna, assentada na correção entre moral e direito. Por essa razão, o constituinte de 1988 adotou uma série de princípios associados ao Estado Democrático de Direito, entre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana. Tais princípios são considerados normas fundamentais, base do próprio direito, legitimados pelos titulares desse mesmo direito, conforme ensina Menelick de Carvalho Netto.

Uma Constituição constitui uma comunidade de princípios; uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como iguais em suas diferenças e livres no igual respeito e consideração que devotam a si próprios enquanto titulares dessas diferenças (Carvalho Netto, 2006, p. 23).

Entretanto, a democracia não é consolidada somente através do processo eleitoral, mas também por meio de efetiva participação popular nas decisões políticas. Momento esse em que se inaugura o direito para mitigar as diferenças, discursando nos espaços de poder, sejam em audiências públicas ou mediante projetos de lei, originários da vontade direta do povo. Esse *status* de participação é um tanto quanto incipiente, se comparado ao agir comunicativo proposto por Habermas, já que uma parcela significativa da população brasileira se encontra excluída das decisões e dos debates políticos.

Apesar disso, a vinculação entre direitos humanos e direitos fundamentais, constitucionalmente positivados, criou, formalmente, uma rede de proteção à liberdade e igualdade de oportunidades. O rol de princípios fundamentais começa com o art. 1º da Constituição da República, que, nos incisos III e IV, respectivamente, determina que a República Federativa do Brasil, entre outros princípios, tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Dessa maneira, a Constituição de 1988 criou uma arquitetura conceitual, fundada no Estado Democrático de Direito, cujo núcleo, o Direito do Trabalho, desempenha relevante significado.

Essa arquitetura, nas palavras de Maurício Delgado (2020, p. 65), funda-se em um indelével tripé conceitual: “a pessoa humana, com a sua dignidade, a sociedade política, concebida como

democrática e inclusiva, e a sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva". Sendo assim, os aspectos desses elementos, em especial a garantia real da dignidade humana, além dos ideais democráticos, aliam-se ao caráter inclusivo. A conformação desses elementos, em especial a garantia de efetiva dignidade à pessoa humana, além das ideias de democratização, somando-se ao caráter inclusivo das sociedades política e civil, ostenta papel imprescindível no Direito do Trabalho (Delgado, 2020, p. 65).

Dessa maneira, há que considerar que a Constituição da República julga que, além do Estado Democrático de Direito, existe um outro conceito estrutural, em que o direito do trabalho tem a função integrante quando alude aos direitos e garantias individuais e sociais fundamentais. Nesse sentido, Delgado (2020) refere-se aos princípios gerais, que, segundo ele, não podem ser compreendidos sem a direta referência ao direito do trabalho, levando-se em consideração o seu papel na economia e seus reflexos sociais.

Ainda que tenha dado destaque à figura da pessoa humana, o constituinte resguardou a importância do emprego, leia-se valor social do trabalho, pois dele derivam, entre outros, os meios para uma vida digna, entendimento cristalizado na recomendação constitucional quando visa à melhoria da condição social da classe trabalhadora.

Na verdade, o *caput* do art. 7º da CF, ao estabelecer que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social", fixa dois princípios fundamentais do direito do trabalho. Primeiro, estabelece como objetivo do direito laboral a melhoria da condição social, e com isso fixa a proibição de retrocesso social por norma infraconstitucional. Segundo, eleva ao plano constitucional a garantia da norma mais favorável (Castelo, 2007, p. 95-96).

Esses dois paradigmas, a pessoa humana e o emprego, figuram em todos os principais títulos normativos do texto constitucional de 1988. A começar pelo Título I - Dos Princípios Fundamentais; seguido pelo Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais; depois pelo Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira; e, por último, o Título VIII - Da Ordem Social. Além disso, há que ressaltar os vários princípios, denominados de princípios próprios do Direito Individual do Trabalho, tais como o princípio da proteção, o da imperatividade das normas trabalhistas, o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, o da intangibilidade e da irredutibilidade salarial, o da primazia da realidade sobre a forma, o da continuidade da relação de emprego e o da aplicação da norma mais favorável.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 conferiu um novo *status* ao Direito do Trabalho, que, na visão de Mauricio Delgado (2020, p. 67), é o marco constitucional do direito trabalhista brasileiro, ao afirmar que: "Todos esses fatores, organicamente conectados na Constituição da República, indicam que, desde 5 de outubro de 1988, passou a existir no país, do ponto de visto histórico e também sob a perspectiva científica, um verdadeiro Direito Constitucional do Trabalho".

Por essa razão, não há que se falar em nenhum tipo de regressão normativa ou interpretativa do *status* humanista e social da Constituição da República Federativa do Brasil, apesar da incursão de projetos individualistas e antissociais, a exemplo da reforma trabalhista, instrumentalizada pela Lei nº 13. 467, de 2017, que invalida o espírito filosófico, jurídico e originário da Constituição cidadã de 1988.

Nessa situação, os próprios órgãos legitimados pela Constituição voltam-se contra a sua base de legitimidade para devorá-la, tal como Cronos fizera com os seus próprios filhos. Revela-se a face brutal da privatização do público, do poder estatal instrumentalizado, reduzindo a mero prêmio do eleito, visto como as batatas a que faz jus o vencedor, no dizer de Machado. É o sentimento de anomia que passa a capear solto, vigoroso, alimentando-se a faltar das dificuldades que encontramos em recuperar as sementes de liberdade presentes em nossa Constituição, mergulhada em nossas tradições. E as tradições de qualquer comunidade político-jurídica são sempre plurais, por mais autoritárias que possam ser as eventualmente vitoriosas ao longo de sua história (Carvalho Netto, 2004, p. 25-26).

Vilipendiar o texto constitucional significa que o legislador ou juiz se apossou do direito, extraíndo-lhe seu caráter democrático, conforme as palavras de Menelick de Carvalho Netto. Assim como o trabalho degradante, o desemprego também gera sofrimento e injustiça, pois ambos se conectam sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana.

A valorização do trabalho humano, esclareça-se, não somente importa em criar medidas de proteção ao trabalhador, como foi destacado nos Estados Sociais. [...] o grande avanço do significado do conceito que se deu no último século foi no sentido de se admitir o trabalho (e o trabalhador) como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social, por isso, não pode ser excluído do debate relativo às mudanças das estruturas de uma sociedade. Assim, o capital deixa de ser o centro dos estudos econômicos, devendo voltar-se para o aspecto, talvez subjetivo, da força produtiva humana (Bocorny, 2003, p. 42).

Ao considerar que o primeiro direito da pessoa humana é viver, logo se conclui que o trabalho é garantia dessa condição. Ao se constituir como atividade econômica, durante a sua evolução histórica, o trabalho ganha *status* éticos e sociais, desse modo, há que se considerar o seu valor social, não só na dimensão coletiva, mas, sobretudo, no plano individual.

## 5. O BRASIL RATIFICA A DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA: ANÁLISE DA CONVENÇÃO Nº 158 DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TRABALHO

A Convenção nº 158 da OIT, que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, foi aprovada na 68ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 2 de junho de 1982. Passou a vigorar no plano internacional, em 23 de novembro de 1985, ratificada pelos 36 Estados-membros, inclusive o Brasil. Em 16 de setembro de 1992, por meio do Decreto Legislativo de nº 68, o Congresso Nacional aprovou a Convenção nº 158 da OIT, assim redigido em dois artigos:

Art. 1º É aprovado o texto da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o término da Relação de Trabalho por iniciativa do empregador, adotada em Genebra, em 1982.

Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.

Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data da sua publicação (Brasil, 1992a).

A sua ratificação se deu em 5 de janeiro de 1995, mas a promulgação só se concretizou no ano seguinte, por meio do Decreto de nº 1.855, em 10 de abril de 1996. O Documento nº 158 da OIT promove o princípio de que a demissão seja motivada em virtude de uma causa que a justifique, sendo o espírito fundamental da norma proteger o (a) trabalhador (a) contra a demissão injustificada. Além disso, tem o condão de preservar também o direito do empregador de finalizar uma relação de emprego, diante de uma causa reconhecidamente justificada, tais como as relacionadas com a capacidade ou conduta do (a) trabalhador (a) ou por necessidade de funcionamento da empresa.

Desse modo, tanto a Convenção nº 158 quanto a Recomendação nº 166, aprovadas pelo OIT, não fazem qualquer menção à estabilidade no emprego (Organização Internacional do Trabalho, 2023c). O documento tem por objetivo criar um patamar de proteção e orientar os Estados-membros sobre os procedimentos e as mínimas garantias para tornar a demissão sem justo motivo, na visão da OIT, “um processo que respeite a dignidade do (a) trabalhador(a) e que leve em consideração o diálogo social e alternativas à dispensa”.<sup>3</sup>

## 6. O BRASIL DENUNCIA A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT: ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO

Passados 11 meses de sua ratificação, a Convenção nº 158 da OIT, foi denunciada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso. De forma unilateral, por meio do Decreto nº 2.100/1996, foram revogadas as disposições contidas no Tratado Internacional que proibia a demissão sem justo motivo.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996 (Brasil, 1996).

Por essa razão, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura, juntamente com a Central Única dos Trabalhadores, ingressara com a ADI nº 1.625 na esperança de reverter os efeitos do Decreto Presidencial. (Brasil, 2009).

O pedido principal pretendia a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100/1996, suscitando a violação do art. 49, inciso I, da Constituição Federal, que prevê competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver sobre tratados e atos internacionais. Por outro lado, entidades sindicais patronais também recorreram ao Judiciário por meio da ADC nº 39, clamando pela constitucionalidade do Decreto Presidencial nº 2.100/1996, sob argumento previsto no art. 84 da Constituição Federal, que diz: “Compete privativamente ao Presidente da República: [...]”

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...]” (Brasil, [2023]).

A denúncia da Convenção nº 158 da OIT divide opiniões de juristas e doutrinadores, quanto à participação do Poder Legislativo na validação do ato de denúncia de tratado internacional. A corrente contrária à participação do parlamento no ato de denúncia tem como referência os argumentos de Beviláqua (1926, p. 347), que ressalta o papel determinante do Executivo na vontade terminativa do tratado internacional. O tema foi discutido, pela primeira vez, em 1926, quando o Presidente Artur Bernardes resolveu romper com a Liga das Nações, apoiando-se no parecer jurídico de Beviláqua, cujo trecho é citado por Francisco Rezek.

Em face da Constituição Federal pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações de um tratado que, no seu texto, estabeleça as condições e o modo da denúncia [...]. Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato de denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é modo de executá-lo, porquanto numa de suas cláusulas de acha consignado o direito de dar por extinto. [...] (Rezek, 2010, p. 112).

Ainda que o parecer de Clóvis Beviláqua tenha como referência um caso específico, dentro de um contexto histórico, nos dias atuais, parte da doutrina ainda se vale dessa mesma premissa para referendar as decisões do Poder Executivo em denunciar um tratado internacional, sem qualquer intervenção parlamentar. Ao agir dessa maneira, despreza a importância que a Constituição de 1988 deu ao Legislativo brasileiro, cujas prerrogativas, determinadas pelo art. 48 da CF, vão muito além do poder de controlar, fiscalizar e investigar os atos do presidente.

O relevo que merece destaque, diante desse contexto, encontra-se na possibilidade da participação das minorias na processualística dos tratados internacionais, que se materializa por meio dos blocos de oposição e dos partidos majoritários, no parlamento brasileiro. A corrente que diverge do pensamento de Beviláqua, comunga dos argumentos de Pedro Dallari, que refuta a ideia de que a aprovação do tratado internacional pelo Legislativo embute a autorização para o ato unilateral da denúncia em favor do Executivo:

O Presidente da República dispõe de exclusividade na iniciativa de projetos de lei de diversas naturezas, como matéria orçamentária, por exemplo. Aprovado o projeto pelo Congresso Nacional, pode sancioná-lo ou vetá-lo. Mas, uma vez em vigor a lei, não pode o Presidente revogá-la ou modificá-la unilateralmente, tendo, para isso, que provocar nova deliberação do Poder Legislativo. Aplicando-se essa sistemática à apreciação dos tratados internacionais, mais correto seria que o ato de denúncia fosse precedido de aprovação parlamentar (Dallari, 2003, p. 117).

Portanto, levar adiante a interpretação de que os tratados internacionais podem ser denunciados por ato unilateral do Executivo afronta as normas e os princípios constitucionais. Especialmente quando se reconhece que a Convenção nº 58 da OIT é, antes de mais nada, um tratado de direitos humanos. Tanto é verdade que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu art. 23, deixa claro que: “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego” (Declaração [...], 1948).

Dentre os entusiastas dessa ideia, encontra-se o ministro Luís Roberto Barroso, que admite conceber uma nova interpretação constitucional, sem, no entanto, deformar as regras ou desprezar os métodos clássicos da hermenêutica, gramatical, histórica, sistemática e teleológica. Na opinião de Barroso (2010, p. 47), eles continuam tendo um papel relevante na busca de sentidos das normas, porém, nem sempre suficientes.

Mesmo no quadro da dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação constitucional, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida sobretudo em função da legislação infraconstitucional, e mais especialmente do direito civil. A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral — e as normas constitucionais em particular — tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização (Barroso, 2010, p. 347-348).

Na visão do magistrado, ao se falar em nova interpretação constitucional, ou seja, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não está, de modo algum, renegando o conhecimento convencional, a importância das regras, muito menos propondo um movimento revolucionário de ruptura. “A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva que conserva muito dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega ideias que anunciam novos tempos e acodem às novas demandas” (Barroso, 2010, p. 348).

Antes de romper com a dogmática tradicionalista, cujos textos jurídicos são hierarquizados, portanto, ineficazes, Streck (2014, p. 401) sugere que é preciso conhecer o sentido do texto constitucional. Nessa mesma direção, invoca que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente, compreendê-lo como um mecanismo prático, que provoca e pode provocar mudanças na realidade prática. A Constituição está no topo do ordenamento jurídico e esse *status* de lei maior, intrinsecamente, configura algo que constitui a sociedade (Streck, 2014, p. 401). Nesse sentido, Streck precisa responder de que maneira se daria essa resistência constitucional.

Segundo ele, é preciso um processo de identificação do conflito entre os princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implementação de valores que entram em colisão com premissas de equilíbrio, como: solidariedade frente ao individualismo, programação frente à competitividade, igualdade substancial frente ao mercado, direção pública frente a procedimentos pluralistas (Streck, 2014, p. 401).

Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais (Streck, 2014, p. 401).

A própria OIT aborda o paradigma do desemprego, em face dos efeitos deletérios do processo de globalização econômica, exaltando o valor social do trabalho, essencial na garantia da dignidade humana. Quando o § 3º do art. 5º da Constituição federal atribui aos tratados de direitos humanos o caráter de norma supralegal, destarte, inferior à Constituição, mas supe-



rior à Leis Ordinárias, veta qualquer possibilidade de que essa norma seja retirada do mundo jurídico sem a intervenção do parlamento.

A ação governamental também não levou em consideração o consenso tripartite da Organização Mundial do Trabalho, ao romper formalmente com a Convenção nº 158 da OIT, no âmbito nacional, em deferência aos anseios dos empregadores, sem ouvir a manifestação dos representantes dos trabalhadores. Além disso, há outros dispositivos contidos na própria convenção, que regulam o ato de denúncia, não observados pelo Presidente da República.

O art. 17 da Convenção nº 158 da OIT prevê o decurso do prazo de 10 anos após o início da vigência do documento, depois, abre-se o período de 12 meses subsequentes, para a possibilidade de realização do direito de denúncia do Estado-membro, processo que se repete a cada 10 anos. Nesse contexto, formou-se uma discussão acerca do início da contagem decenal. A problematização consiste em determinar o início da contagem desse prazo: conta-se a partir da vigência externa ou interna da Convenção nº 158 da OIT?

Sobre o tema se debruçaram Eduardo Biacchi Gomes e Débora Zanchi, cujas reflexões foram compiladas por Luiz Eduardo Gunther e Rúbia Zanotelli, na obra “O controle de convencionalidade da reforma trabalhista”. A primeira hipótese levantada pelos autores parte da disposição convencional do § 1º do art. 17, que menciona “[...] a partir da data da entrada em vigor inicial [...]” para o começo do decênio. Leia-se, portanto, a partir da data da vigência internacional da Convenção nº 158 da OIT, ou seja, em 23 de novembro de 1985, computa-se o prazo de 10 anos.

Por conseguinte, abriu-se o prazo de 12 meses subsequentes para que todos os Estados-membros que ratificaram a Convenção exercessem o direito do ato de denúncia, findo em 22 de novembro de 1996. Entretanto, o registro de denúncia do Brasil foi processado pelo Presidente da República em 20 de novembro de 1996, junto à OIT, em face do Decreto de nº 2.100, promulgado somente em 20 de dezembro de 1996, com publicação em 23 de dezembro de 1996, e passou a ter vigência no ano seguinte (Biacchi; Zanchi, 2020, p. 112).

O segundo pressuposto se sustenta na existência de renovação de um período de 10 anos previsto no § 2º do art. 17 da Convenção nº 158 da OIT, que firma a contagem decenal a partir da vigência interna no Brasil, que se deu em 6 de janeiro de 1996, ou seja, 12 meses após o depósito de ratificação, em 5 de janeiro de 1995, ou, ainda, com a publicação, em 11 de abril de 1996, do Decreto Presidencial nº 1.855, promulgado pelo Presidente da República em 10 de abril de 1996.

Assim, a denúncia da Convenção pode ocorrer nos 12 meses após o depósito que antecede sua entrada em vigor, caso contrário, só poderá se efetivar no transcorrer do prazo decenal, contado a partir da vigência interna da Convenção, dentro do período de 12 meses subsequentes a cada decênio. Ao investigar esses aspectos, conclui-se que o prazo decenal, contado a partir da ratificação, não foi observado quando se deu o ato da denúncia da Convenção nº 158 da OIT, visto que a ratificação e a denúncia ocorreram no mesmo ano (Biacchi; Zanchi, 2020, p. 112).

Dessa forma, o ato de denúncia da Convenção nº 158 da OIT pelo governo brasileiro não supriu os requisitos convencionais, analisados sob a perspectiva do prazo decenal, a partir da vigência internacional do documento, tampouco quanto à vigência interna, mostrando-se, portanto, inconveniente.

## 7. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS

A efetivação dos direitos humanos e dos direitos sociais, no ordenamento jurídico brasileiro, corrobora com a necessidade de menção e aplicação dos tratados internacionais, devidamente ratificados pelo país, de forma a ampliar os instrumentos de justiça. Portanto, há que se estabelecer uma nova forma de visualizar o direito internacional, sendo ele um instrumento importante na conformação de tais garantias.

Dessa maneira, por meio de uma decisão judicial, é possível vislumbrar o papel transformador do direito interno, ao dialogar com o direito internacional, cujo raciocínio hermenêutico jurídico busca proteger os direitos humanos e sociais. Em se tratando dos direitos sociais do trabalho, as convenções da OIT são referências quanto às garantias desses direitos bem como a promoção do princípio do não retrocesso social.

Convém destacar que, no mundo globalizado, as relações trabalhistas estão sob a égide da desregulamentação e flexibilização de garantias e conquistas históricas, sob o argumento de que tal atitude possibilita a criação de novos postos de trabalho. Daí a necessidade de universalizar as normas sociais do trabalho, por meio das convenções da OIT, uma vez que a fabulação utilizada pelo sistema econômico não se sustenta.

Ademais, o que está em jogo é não permitir a coisificação da pessoa humana, difundida pela racionalidade do mercado de trabalho. Nesse ambiente, o próprio trabalhador adere ao individualismo competitivo diante do desemprego estrutural e, assim, ele próprio se coloca como mercadoria. É a relativização da condição humana, titular de direitos fundamentais inegociáveis, conforme argumenta Flávia Piovesan:

[...] universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade da pessoa humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, [...], conjugando o valor da liberdade e o valor da igualdade (Piovesan, 2014, p. 52-53).

O principal desafio brasileiro para aplicação do controle de convencionalidade para a efetivação dos direitos humanos e sociais requer uma mudança de paradigma, qual seja, desafiar o conservadorismo jurídico positivista além de aguçar a boa-fé estatal, quando da ratificação dos tratados internacionais. Nota-se que há uma certa obrigação na implementação, ainda que progressiva, para efetivar os direitos humanos e sociais à luz do art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica.

Art. 26. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (Brasil, 1992b).

No plano formal, o ordenamento jurídico brasileiro, com base nos princípios constitucionais, disponibiliza, por meio das normas e princípios constitucionais, próprios do Estado Democrático de Direito, farto argumento técnico jurídico para aplicação dos direitos humanos e sociais. Entretanto, há uma lacuna entre o plano formal e a realidade fática. Caso contrário,

a Convenção nº 158 da OIT, objeto do presente estudo estaria em vigor. No entanto foi denunciada e, posteriormente, ratificada pelo Superior Tribunal Federal.

A referida convenção dava ao trabalhador brasileiro um grau maior de proteção, diante do término da relação contratual de emprego pelo empregador. É sabido que a tutela contra a dispensa abusiva ou arbitrária tem assento no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, porém depende de lei complementar e, naturalmente, não possui o mesmo grau de proteção contida na Convenção nº 158 da OIT.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...] (Brasil, [2023]).

A preocupação do constituinte de 1988 com relação ao valor social do trabalho se reflete nos diversos artigos e princípios do texto constitucional. Dentre eles, o art. 170, inciso VIII, cujo teor se relaciona com a efetivação do pleno emprego. Noutro giro, destaca-se o art. 7º, inciso XXX, que proíbe a diferença de critérios na hora da admissão, por motivo de sexo, idade ou cor.

Apesar disso, a vulnerabilidade dos direitos sociais no plano jurídico interno se mostra afinada com o discurso global do mercado, em que os Estados convencionam a flexibilização da legislação trabalhista na possibilidade de geração do emprego formal, que, no plano fático, não acontece. O Brasil é considerado um dos países mais desiguais do mundo, ocupando a septuagésima sétima posição em termos de Índice de Desenvolvimento Humano, segundo os dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) (Brasil, 2022).<sup>4</sup>

No âmbito trabalhista, o retrocesso social foi significativo, especialmente com o advento da terceirização ampliada, que permitiu a precarização das condições de trabalho. Como visto anteriormente, vários dispositivos da CLT foram alterados, perdendo o seu núcleo de proteção favorável ao trabalhador. Dentre os inúmeros exemplos, deparamo-nos com o art. 477-A da Lei nº 13.467/2017, que, expressamente, induz à despedida imotivada.

477. A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação (Brasil, 2017).

Há que se dizer, que não é possível analisar a denúncia da Convenção nº 158 da OIT ou qualquer outro modal de direitos sociais, porventura suprimidos, sem mencionar ou relacionar tais acontecimentos de rupturas, que, de algum modo, interferiram ou interferem na ordem social, na ordem política e na ordem jurídica brasileira. O fio condutor para que possamos compreender e sobretudo combater essas anomalias passa pela urgência de maior participação popular na trama que resulta em decisões políticas. Segundo Habermas (2021, p. 207) “a igualdade do direito não se esgota na justiça, porque as matérias reguladas por lei com frequência não permitem o grau de abstração com que exclusivamente são tratadas questões morais de justiça.” A grande questão é como transformar esse paradigma habermasiano em

4 Conforme o relatório de Desenvolvimento Humano 2021/2022, o IDH do Brasil, em 2021, foi de 0,754, ocupando a 87ª posição no *ranking* entre 191 países. Em 2020, estava na 86ª, com índice de 0,758. Disponível em: <https://www.undp.org/pt/brasil/publications/o-programa-das-nacoes-unidas-para-o-desenvolvimento-pnud-no-brasil-2018-2022>. Acesso em: 8 jan. 2023.

prática, com o intuito de alcançar o processo de racionalização do mundo da vida, diante da complexidade dos sistemas sociais.

Por esse viés, é possível compreender a necessidade e a importância de efetivar o controle de convencionalidade em prol dos direitos sociais, elevando ainda mais o papel e a responsabilidade do Judiciário, sendo ele um poder autônomo do Estado Democrático de Direito. O papel dos juízes, a quem cabe aplicar o controle de convencionalidade incidental, antes de mais nada, é o limite para refletir sobre qual tutela ao trabalhador deve ser aplicada, dentro dos parâmetros convencionais e constitucionais em defesa do direito fundamental ao trabalho.

## **8. STF VALIDA DECRETO QUE REVOGOU NORMA INTERNACIONAL SOBRE DISPENSA SEM JUSTA CAUSA - ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - DECRETO Nº 2.100/1996**

O exame da ADI nº 1.625 foi iniciado em 2003 e debatido pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), na tentativa de formar maioria quanto à possibilidade de o empregador demitir um trabalhador sem justificativa. Durante esse período, algumas teses foram suscitadas.

O primeiro posicionamento, defendido pelo então relator, ministro Maurício Corrêa, seguido do ministro Carlos Ayres Britto, entende que a denúncia de tratado se condiciona a referendo do Congresso Nacional, a partir do qual passa a ser plenamente eficaz. Assim, o decreto editado pelo Presidente da República, por si só, não seria inconstitucional, mas dependeria do referendo do Congresso Nacional (Brasil, 2009).

Já o pensamento defendido pelo ministro Nelson Jobim entende que o Executivo não depende do referendo do Congresso Nacional, logo, a decisão do Presidente da República tem eficácia plena. À vista disso, cumpre analisar o voto do ministro Joaquim Barbosa. De início, o magistrado relembra a conexão dessa ação com outra ação julgada pelo próprio STF. Trata-se da ADI 1.480, cujo relator foi o ministro Celso de Mello, que, na oportunidade, discutiu a constitucionalidade do decreto que incorporou ao direito brasileiro à Convenção nº 158 da OIT.

Por ocasião do julgamento da medida cautelar, o Tribunal, por maioria de votos, decidiu atribuir interpretação conforme ao texto da Convenção para entender que suas disposições não gozavam de autoaplicabilidade. Antes, contudo, de ser apreciado o mérito da ação, o Governo Brasileiro procedeu à denúncia da dita Convenção na Organização Internacional do Trabalho, dela dando publicidade por meio do Decreto 2.100/1996. O ajuizamento da presente ação direta se insere exatamente nesse contexto. É de se lembrar, ainda, que após a denúncia da Convenção pelo Governo Brasileiro, o ministro Celso de Mello julgou extinta a ADI 1.480, baseando-se na sólida jurisprudência desta Corte de que os atos normativos objeto da ação direta – no caso, os decretos legislativo e executivo envolvidos no ato de incorporação da Convenção 158 ao ordenamento jurídico brasileiro – já haviam perdido sua eficácia (Brasil, 2009).

Na contextualização do caso em tela, Barbosa frisa a omissão das Constituições brasileiras quanto ao tema. Em verdade, diz ele, “as Constituições brasileiras costumam dedicar

poucos dispositivos àquilo que foi originalmente chamado por Mirkin-Guetzevitch como sendo o Direito Constitucional Internacional” (Brasil, 2009). Entretanto, na visão de Joaquim Barbosa, isso não impediu que os poderes constituídos desenvolvessem uma prática acerca do tema.

O ministro enumera o famoso caso de Clóvis Beviláqua, anteriormente citado, então consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, no ano de 1926.

É com base nesse contexto histórico que parte da doutrina brasileira se inspira para formar o entendimento de que o Poder Executivo pode denunciar tratados internacionais, sem ouvir o Congresso Nacional, uma vez que a tal autorização se encontra implícita, conforme argumento do próprio ministro Teori Zavaski ao se pronunciar a respeito da ADI nº 1.625.

Para Joaquim Barbosa, a despeito do que já havia dito, o constituinte de 1988 manteve a tradição quanto ao tema, ou seja, a denúncia de tratados internacionais. Com efeito, prossegue ele, “o art. 49, I, estabelece que compete exclusivamente ao Congresso Nacional” “I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. “Por sua vez”, o art. 84, VIII, estabelece, dentre as competências privativas do Presidente da República: “VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (Brasil, 2009).

Se, por um lado, constata-se que os dispositivos não são explícitos quanto ao referendo do Congresso, por outro lado, também não fica claro quanto a uma possível vedação. Ante a tal impasse, sugere Barbosa analisar o papel histórico que o Congresso Nacional exerce na processualística dos tratados internacionais ao invés de enveredar-se na interpretação literal. Para tanto, faz uma alusão à Constituição norte-americana, que, no seu modo de pensar, influenciou a Constituição brasileira de 1891.

Na visão de Barbosa, a nossa Constituição (1891) compartilhou o *treaty-making power* entre o presidente e o Congresso, cuja forma não foi propriamente o “aconselhamento e o consentimento”, mas sim o “resolver definitivamente”, que permanece até os dias atuais. Nessa esteira, o ministro segue justificando o seu posicionamento e ao mesmo tempo tece considerações e demonstra que a atuação do Congresso Nacional supera a ideia de aprovar ou reprovar um tratado.

Ao longo de sua dissertação, o ministro realça que o papel do Legislativo nacional vai além da condição de aprovar ou reprovar tratados internacionais, muitas das vezes visto sob a perspectiva da passividade, cuja única função tende a controlar os atos do Poder Executivo. Entretanto, esse pensamento não condiz com a realidade, já que o Congresso possui uma dúbia função na processualística dos tratados internacionais, segundo ele. Para corroborar com a tese, Joaquim Barbosa cita o artigo de Alexander Hamilton (HAMILTON, 1959), que analisa os argumentos contrários à repartição de poderes entre “Presidente e Senado”.

As qualidades que enumeramos em outro ponto como indispensáveis para conduzir as negociações com o estrangeiro assinalam o Executivo como o melhor agente para essas gestões, enquanto que a grande importância deste encargo e a eficácia semelhante às leis que possuem os tratados, falam com grande força a favor da participação de todo o corpo legislativo, ou de uma parte dele, na função de celebrá-los (Hamilton, 1959, p. 302).

Dito isso, o magistrado passa a dissertar sobre a importância e o papel do parlamento na Constituição de 1988, especialmente no campo das relações exteriores. “É indiscutível que a Constituição de 1988 fortaleceu enormemente o papel do Poder Legislativo em diversos



campos, como, por exemplo, no que se refere à fiscalização da atuação de órgãos estatais e à investigação de fatos”, reforça o ministro (Brasil, 2009). Para ele, em um regime constitucional que fortaleceu sobremaneira o papel do parlamento, não é aceitável o argumento de natureza constitucional que pretenda dele retirar uma função expressiva na denúncia de tratados, ante a ausência de normas a respeito sobre o tema, enfatiza o juiz:

E não se pode esquecer que um parlamento forte significa, essencialmente, que as minorias possam se expressar sobre os mais diferentes assuntos. Os blocos de oposição ao partido majoritário precisam também ter uma voz relevante na processualística dos tratados internacionais (Brasil, 2009).

Não sem razão, pela primeira vez na história, o texto constitucional impõe, de maneira sistemática, as relações exteriores do Brasil e, ao mesmo tempo, reforça o papel do Parlamento em matéria de política, conforme se vê no art. 4º da CF de 1988. Nos apontamentos do magistrado, ficam claros os impactos do referido artigo na condução da política externa brasileira, cuja intensidade ainda não foi percebida pelo Legislativo tampouco pelo Judiciário, como destaca Barbosa: “A Constituição de 1988, de maneira original, estabelece uma pauta clara de princípios ou valores que devem ser buscados pela política externa. Ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário cumpre não só a faculdade, mas o dever de zelar por tais princípios” (Brasil, 2009). Assim, Joaquim Barbosa crie situações que didaticamente facilitam a compreensão do referido tema:

Imagine-se que o Poder Executivo decida, sem a consulta dos outros poderes, denunciar a Carta constitutiva da Organização das Nações Unidas (ONU). Sabe-se que o atual sistema de segurança coletiva mundial está completamente calcado nos preceitos na Carta da ONU, que autoriza o uso da força apenas nos casos de legítima defesa individual ou coletiva ou quando a própria ONU decida que determinada situação concreta exige a intervenção armada. Por mais insólito que possa parecer o exemplo, ele demonstra que a observância do princípio da defesa da paz, disposto no inciso VI do art. 4º, passa também pelo Congresso Nacional, ao impedir uma surreal denúncia unilateral, exercida pelo Executivo, da Carta da ONU (Brasil, 2009).

O ministro amplia o horizonte a favor da tese de que a denúncia não pode ser um ato unilateral por parte do Poder Executivo, analisando jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal. Nesses termos, evoca o julgamento do RE 80.004, que consolidou o entendimento de que os tratados possuem o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias. Assim, “o pressuposto para admitir uma identidade hierárquica é admitir que o tratado possui força de lei, ou seja, equipara-se não formalmente, mas materialmente às leis, disse o ministro” (Brasil, 2009).

Sendo assim, o magistrado questiona o fato de a Constituição Federal não reconhecer a existência de nenhum ato com força de lei em que o Parlamento não tenha algum tipo de intervenção e cita como exemplo o caso da medida provisória. No caso, na sistemática do art. 62 da Constituição Federal, as medidas provisórias possuem força de lei somente na medida em que se prevê que serão apreciadas, em seu devido tempo, pelo Congresso Nacional.

Com essas e outras exposições, o ministro Joaquim Barbosa alicerça a sua tese e garante que levar adiante a interpretação de que a denúncia dos tratados internacionais é ato isolado do Presidente da República produz anomalia jurídica, já que não tem respaldo constitucional e sustenta que:



Ao contrário, vivemos em um tempo em que tratados modificam de maneira drástica a vida e a liberdade de pessoas comuns ao estabelecerem, por exemplo: (1) a possibilidade de indivíduos serem presos por cometerem crimes contra o direito internacional (Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional); (2) a alteração definitiva no intercâmbio comercial em escala global (acordos constitutivos da OMC); (3) um conjunto de direitos e garantias fundamentais (diversos tratados de direitos humanos); (4) a viabilidade futura do planeta Terra para as próximas gerações (tratados em matéria ambiental). O direito internacional, ao adentrar profundamente o antigo domínio reservado dos Estados, exige da Constituição e das instituições nacionais um compromisso sério, que não pode envolver a atuação de apenas um dos poderes, em exclusão ao poder que tem por prerrogativa legislar, ou seja, produzir o próprio direito (Brasil, 2009).

Como supradito, a Convenção 158 versa sobre os direitos humanos e, nesse ponto, a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos humanos e dos direitos sociais, não fez nenhuma distinção. Ambos figuram no mesmo título de forma una. De modo que, segundo Barbosa, se “torna impossível invocar a prevalência de um direito individual sobre o um direito social”. Logo, ambos merecem o mesmo tratamento.

Na visão do direito internacional, desde sempre se reconhecem direitos sociais como direitos humanos. Assim, o ministro põe em destaque: “A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em 1948, consagrava, em diversos artigos, um grau de proteção mínimo aos trabalhadores” (Brasil, 2009). Nesse quesito, há que lembrar também que a própria OIT impõe a necessidade de uma abordagem de “direitos trabalhistas como ‘direitos sociais’”. Barbosa arremata e promove a discursão em direção aos efeitos da globalização: “a fim de dar um grau maior de garantia aos trabalhadores em face dos efeitos deletérios do processo de globalização econômica” (Brasil, 2009).<sup>5</sup>

Por certo, a condição de tratado de direitos humanos, várias vezes referenciada no presente trabalho, para definir a Convenção nº 158 da OIT, tem guarida no § 3º do art. 5º da Constituição Federal. Por essa razão e, dentre outros motivos, conclui-se que o Decreto nº 2.100/1996, editado pelo Presidente da República, é por completamente inconstitucional. Com efeito, o ministro Joaquim Barbosa não mediu esforços, não economizou pesquisa, e junta-se a tudo isso vultoso conhecimento técnico jurídico, em defesa dos direitos sociais e humanos. Outrossim, pela justa e correta interpretação do texto constitucional. Razão pela qual se enuncia com literalidade o encerramento do seu voto:

[...] Em conclusão, pelas longas razões acima expostas, creio não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional. Por essa razão, divirjo do relator e vou além para julgar inconstitucional, no todo, o Decreto 2.100/1996. Em virtude de a denúncia já estar produzindo efeitos no plano internacional creio ser importante explicitar duas consequências advindas da declaração de inconstitucionalidade.

Primeira: a declaração de inconstitucionalidade somente terá o feito de tornar o ato de denúncia não obrigatório no Brasil, por falta de publicidade. Como consequência, o Decreto que internalizou a Convenção 158 da OIT no Brasil continua em vigor. Caso o Presidente da República deseje que a denúncia

5 Ver discussão em: ALSTON, Philip. Labour rights as human rights: the not so happy state of the art. In: ALSTON, Philip. *Labour rights as human rights*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 1-24.

produza efeitos também internamente, terá de pedir a autorização do Congresso Nacional e, somente então, promulgar novo decreto dando publicidade da denúncia já efetuada no plano internacional.

Segunda: a declaração de inconstitucionalidade somente atinge o decreto que deu a conhecer a denúncia. Nada impede que o Presidente da República ratifique novamente a Convenção 158 da OIT. A possibilidade de rratificação de tratados é concreta, já tendo, inclusive, acontecido no Brasil com a Convenção 81, da OIT, cuja denúncia se tornou pública pelo Decreto 68.796/1971, mas foi novamente ratificada e incorporada ao nosso sistema por força do Decreto nº 95.461/1987, que revigorou o Decreto 41.721/1957, que originalmente incorporava ao direito nacional a dita Convenção.

É como voto (Brasil, 2009).

## 9. CONCLUSÃO

É imprescindível examinar a programática neoliberal do partido governista e toda a conjuntura política em curso no Brasil, a partir dos anos 1990. Sob a perspectiva do ordenamento jurídico, há que se considerar que o direito, ao longo da história, é cooptado pelos regimes políticos, sejam eles quais forem. O renomado Miguel Reale, por exemplo, foi um entusiasta do movimento integralista brasileiro. Alfredo Buzaid serviu à ditadura militar, redigiu e assinou o Ato Institucional de nº 5. O guarda-chuvas do mesmo regime também abrigou Hely Lopes Meirelles, que atuou no Serviço Nacional de Informação (SNI). Com efeito, as relações sociais sofrem influências dos fenômenos políticos, econômicos e culturais corrente em cada época.

Com esse pano de fundo, conclui-se que a denúncia da Convenção nº 158 da OIT inclinou-se aos interesses do setor produtivo, atropelando a via democrática, qual seja, que tal decisão fosse apreciada pelo Congresso Nacional. No trajeto desses 27 anos, os ministros do STF debruçaram-se sobre o tema e decretaram a constitucionalidade do ato presidencial. Entretanto, na mesma decisão tomada no julgamento da ADC nº 39, a Suprema Corte do país decidiu que a denúncia de tratados internacionais pelo Presidente da República, daqui em diante, exige a anuência do Congresso Nacional, cujo “entendimento vigorará a partir de agora, preservando os atos anteriores” (Brasil, 2023).

Vimos que, em tempos de retrocesso, especialmente os que assolam as relações de trabalho, que as convenções da OIT, quando ratificadas pelo Estado brasileiro, podem servir de parâmetro para embasar decisões do Poder Judiciário e, assim, evitar o declínio na esfera dos direitos sociais, quanto à situação de exploração do trabalho infantil, do trabalho em condições análogas às da escravidão, do assédio e a do trabalho inseguro, por meio do controle de convencionalidade.

Dito isso, observamos que o principal desafio para aplicação do controle de convencionalidade em face da efetivação dos direitos sociais requer uma mudança de paradigma, qual seja desafiar o conservadorismo jurídico-positivista, além de aguçar a boa-fé estatal, quando da ratificação dos tratados internacionais.

No plano interno, a prática do controle de convencionalidade ocorre quando o magistrado, ao examinar o caso concreto, opta por aplicar as normas internacionais, em detrimento das

normas impostas pelo ordenamento jurídico interno. Isso se concretiza quando o juiz adota o exame de confrontação das normas, visando à proteção dos direitos da pessoa humana.

Os princípios da dignidade humana determinam a centralidade da pessoa humana, não só na ordem jurídica, mas sobretudo na ordem econômica. Nesse sentido, vislumbra-se a valorização do trabalho e, por último, a vedação ao depauperamento social. Ainda que tenha dado destaque à figura da pessoa humana, o constituinte de 1988 resguardou a importância do emprego, leia-se valor social do trabalho, pois dele derivam, dentre outros, os meios de vida digna na sociedade capitalista.

É importante sublinhar que o trabalho está intrinsecamente ligado ao bem maior que é a vida, pois dele se extrai o meio de subsistência, projeção da realização pessoal e também a inclusão social. Ao se constituir como atividade econômica, durante a sua evolução histórica, o trabalho ganha *status* éticos e sociais, logo há que se ponderar o seu valor social, não só na dimensão coletiva, mas sobretudo no plano individual. Nesse ponto de vista, há que se observar que a Convenção nº 158 da OIT, denunciada de forma unilateral por Fernando Henrique Cardoso, cogitava agregar na relação capital e trabalho o valor social do trabalho, na medida em que regulamentava a demissão imotivada.

Por fim, o senso habermasiano recomenda que: “Na visão da teoria comunicativa podemos afirmar que o sistema de ação do Direito, na qualidade de uma ordem legítima que se tornou reflexiva, pertence aos componentes sociais do mundo da vida” (Habermas, 2021, p. 125). Habermas aposta no conceito de racionalidade que apoia os seus fundamentos, por meio do processo de comunicação intersubjetiva, com a intenção de alcançar o entendimento. Segundo ele, é na estrutura da linguagem cotidiana que está embutida a exigência de racionalidade, já que, com a primeira frase proferida, a pessoa já manifesta uma pretensão, a de ser compreendida.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição, fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Denúncia de tratado e a saída do Brasil da Sociedade das Nações. In: PARECERES dos Consultores do Ministério das Relações Exteriores. Brasília. Senado Federal, 2000. p. 347-354. (Coleção Brasil 500 anos).
- BOCORNY, L. R. *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: SAFE, 2003.
- BOSCO, Carlos Alberto (coord.). *100 Anos da OIT: pensando o futuro do direito do trabalho*. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2019.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 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 nos 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 jul. 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.
- BRASIL. Presidência da República. 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. *Diário Oficial da União*,

Brasília, DF, 9 nov, 1992b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm#:~:text=Os%20Estados%2DPartes%20comprometem%2Dse%20a%20adotar%20provid%C3%AAsncias%2C%20tanto,ci%C3%AAn-cia%20e%20cultura%2C%20constantes%20da](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=Os%20Estados%2DPartes%20comprometem%2Dse%20a%20adotar%20provid%C3%AAsncias%2C%20tanto,ci%C3%AAn-cia%20e%20cultura%2C%20constantes%20da). Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d2100.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.625. Brasília, DF, *Diário do Judiciário eletrônico*, 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>. Acesso em: 10 out. 2023.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio: a urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível. In: CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e patriotismo constitucional: o projeto constituinte do Estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 19-28.

CASTELO, J. P. A norma do direito do trabalho: os fundamentos do direito do trabalho. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (org.). *Curso de Direito do Trabalho*. 1. v. Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 13 jun. 2023.

HABERMAS, Jürgen. *Between naturalism and religion: philosophical essays*. Cambridge: Polity Press, 2016a.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuição para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2021.

HAMILTON, Alexander. A faculdade do Executivo de celebrar tratados (O Federalista, LXXV). In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista* (Um comentário à Constituição Americana). Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Conheça a OIT*. Brasília, 2023a. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 4 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C 158: Término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Brasília, 2023b. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_236164/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236164/lang-pt/index.htm). Acesso em: 6 jul. 2023.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). *Relatório de Desenvolvimento Humano 2021/2022*. Disponível em: <https://atlassocioeconomico.rs.gov.br/indice-de-desenvolvimento-humano-idh>. Acesso em: 6 jul. 2023.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. Curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCALÉRCIO, Marcos; MARTINEZ, Tulio. *Normas da OIT, organizadas por temas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2014.

#### Dados do processo editorial

▪ Recebido em: 11/06/2024

- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/06/2024
- Avaliação 1: 26/06/2024
- Avaliação 2: 03/07/2024
- Decisão editorial preliminar: 03/07/2024
- Retorno rodada de correções: 18/07/2024
- Decisão editorial/aprovado: 18/07/2024

**Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE ATRAVÉS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

CUSTODY HEARING AND THE JUDICIARY FUNCTION:  
ANALYSIS THROUGH CRITICAL CRIMINOLOGY

THAÍS DALMOLIN CERVO YAMAKAWA<sup>1</sup>

JORGE DAVID GALEANO ROSENDO<sup>2</sup>

ANDREA FLORES<sup>3</sup>

## RESUMO

Neste trabalho desenvolve-se um estudo acerca da cultura do encarceramento analisada por meio da criminologia crítica, desenvolvendo uma narrativa que destaca a função do Poder Judiciário por meio da instrumentalização da audiência de custódia. A questão que se coloca em debate é entender de que forma o Poder Judiciário, na sua atuação jurisdicional, pode entregar proteção social e respeito aos direitos fundamentais em atenção à singularidade da pessoa custodiada. Nesse sentido, pretende-se explicar como a implementação da audiência de custódia serve como instrumento para esse desempenho do Judiciário na porta de entrada do sistema prisional. O debate jurídico segue atual, especialmente após 2015, quando uma decisão do STF determinou a instalação das audiências de custódia em todo o país e este processo ainda segue em desenvolvimento. A pesquisa é descritiva, bibliográfica e adota os autores citados como marcos teóricos.

**Palavras-chave:** audiência de custódia; poder judiciário; encarceramento; criminologia crítica.

## ABSTRACT

*In this paper, a study of prison culture is developed and examined through critical criminology, developing a narrative that highlights the role of the judicial system through custodial hearings. The question that is being discussed is how the judicial branch in its jurisdictional action, can deliver social protection and respect for fundamental rights in attention to the uniqueness of the person in custody. In this sense, it is intended to explain how the implementation of the custody hearing acts as a tool for the judicial system's performance at the point of entry. The legal debate remains current, especially after 2015, when a decision by the STF determined the*

- 1 Mestranda em Direito, com enfoque em Direitos Humanos, pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal da Grande Dourados. Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9621-1317>.
- 2 Mestrando em Direito, com enfoque em Direitos Humanos, pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Inspirar (2019). Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2019). ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-7568-9283>.
- 3 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do programa de mestrado em Direitos Humanos da UFMS. Conselheira Federal da OAB. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5141-7653>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

YAMAKAWA, Thaís Dalmolin Cervo; ROSENDO, Jorge David Galeano; FLORES, Andrea. Audiência de Custódia e a função do Poder Judiciário: análise através da criminologia crítica. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 100-113, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i2.9635>.



*installation of custody hearings throughout the country and this process is still under development. The research is described, bibliographical and adopts the cited authors as theoretical landmarks.*

**Keywords:** custody hearing; judiciary; prison; critical criminology.

## 1. INTRODUÇÃO

A tutela dos direitos de liberdade foi matéria inaugural para a proteção dos direitos humanos, tanto nacional quanto internacionalmente. O direito de ir e vir compõe uma extensa lista de direitos humanos criminais prevista nos documentos internacionais de direitos humanos, que abrange tanto os direitos materiais inerentes à liberdade (proibição de prisão arbitrária, não retroatividade da lei, presunção de inocência, proibição da pena de morte e tratamento especial juvenil infratores), como direitos processuais vinculados à liberdade (impossibilidade de tribunal de exceção, garantia de audiência justa e imparcial, ampla defesa e também, apresentação em audiência de custódia).

Destaca-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH é de 1948 e, no Brasil, somente na década de 80, foi promulgada uma Constituição pátria elaborada em observância aos seus ditames, o que significou um atraso para o constitucionalismo brasileiro, de modo que o fenômeno processual dos direitos humanos é ainda novo e a sua concretização também é algo também recente internamente.

Observa-se, entretanto, que a adoção de mecanismos processuais de proteção aos direitos tende a continuar em ampliação à medida que a ordem democrática brasileira se fortalece na promoção das normativas internacionais de que o Brasil é signatário, como o direito de toda pessoa presa ser apresentada a uma autoridade judicial sem demora, conforme previsão da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - PIDCP.

As audiências de custódia, assim, revelam-se um mecanismo que garante atenção a uma das condições humanas mais básicas: a liberdade, mas não somente. Questão central para esse entendimento é a importância do Judiciário no processo de implementação de direitos, especialmente em um país que preza em sua Constituição democrática pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais.

O Poder Judiciário tem na sua função típica de exercício da jurisdição, a missão de observar o direito fundamental à dignidade humana na resolução das ações que lhe são apresentadas. Possui assim o poder que nenhuma outra instituição tem: a possibilidade de dar a cada beneficiário de direitos um rosto e um nome.

Essa também é a lógica da sua função frente às audiências de custódia, quando é provocado a analisar possíveis violações à integridade física, psíquica e ao estado de liberdade natural das pessoas detidas em prisão em flagrante ou cautelar, exercendo neste cenário o protagonismo no cumprimento dos princípios constitucionais.

O encarceramento causa marcas intensas na história das pessoas presas e egressas da prisão, bem como estigmatiza e acentua a situação de exclusão e marginalização que concorreram com seu aprisionamento inicial, especialmente porque, não raras vezes, a pessoa

está em situação de extrema vulnerabilidade social, como a população em situação de rua e de baixa renda.

As audiências de custódia têm papel fundamental na estruturação da rede de proteção e apoio a essas pessoas, sendo primordial que funcionem não mais como um mecanismo de criminalização da pobreza ou das adversidades, como nas situações em que a pessoa custodiada não apresenta endereço fixo, documentos pessoais ou trabalho formal. O que se pretende demonstrar ao longo do texto é o papel que a autoridade judicial precisa desenvolver para obter uma compreensão mais ampla acerca do contexto social e das condições externas ao delito, olhando de fato para pessoa presa.

O sistema penal das custódias demanda uma atenção especial da magistratura aos detalhes das desigualdades sociais que lhes são apresentados no dia-a-dia para identificação das vulnerabilidades. Com isso, espera-se que ocorram direcionamentos às políticas sociais e decisões que além de justas, sejam proporcionais à realidade.

A responsabilidade de analisar e decidir sobre a legalidade e as circunstâncias da prisão, bem como sobre a adequação das medidas cautelares, precisa, como parte do processo decisório judicial da audiência de custódia, estar atenta para entregar resposta que atenda à garantia dos direitos individuais da pessoa encarcerada em observância às singularidades da sua trajetória social.

Essas observações devem servir justamente para ponderar os aspectos positivos de uma audiência de custódia devidamente instalada, a fim de aprimorá-la sem esvaziar garantias constitucionais com o atropelo do sistema acusatório que prima pelo contraditório e pela ampla defesa, atentando-se à necessidade de garantir que este instituto no Brasil contribua para que sejam tempos de direitos humanos vindouros.

## 2. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO

Uma determinada sociedade decide o que é crime. Essa mesma sociedade decide quem é criminoso. Nesse sentido, Weber (2000) salienta que uma relação social acontece apenas quando dois ou mais indivíduos norteiam suas ações pelas expectativas uns dos outros, mas, sem denotarem a mesma aceitação nessa reciprocidade de atuação.

Segundo Becker (2008), todos os grupos sociais criam as suas regras e tentam, sempre que possível, impô-las. As regras sociais servem de parâmetro para comportamentos, pois vem especificando algumas ações como certas e atacando outras como erradas. No momento em que uma pessoa quebra uma dessas regras ela passa a ser vista como alguém que o grupo não confia, um chamado “outsider”.

Nessa linha, Baratta (2002) chama de criminoso aquele que, por sua conduta somada a uma característica específica sua, a sociedade rotula como “criminoso”. De modo geral, é essa característica diferenciada que leva um cidadão a ser tratado como criminoso, funciona como se fosse um índice de marginalização, no qual se enquadram, por exemplo, o desempregado, o pobre, o negro. Por já sofrer uma desconfiança pré-ordenada, qualquer ato estranho às regras

da sociedade que pratique, não haverá perdão. Mesmo que não venham a praticar um delito, o estigma permanece. Para Becker (2008), a prisão destes suspeitos seria a confirmação do estigma que carregam.

O sistema de justiça criminal lida com o crime, mas não com os meios para combatê-lo, de modo que acaba servindo como agente seletor da sua clientela regular em classes subjugadas, exatamente porque o crime é o subproduto final do processo de formação e aplicação de leis ideologicamente alinhadas com a classe dominante (Baratta, 2002, p. 175).

Se uma ação é considerada “desviante” isso depende muito de quem a está praticando, pois é comum que algumas pessoas sejam obrigadas aos rigores da lei mais do que outras. Embora não seja verdade que a condição socioeconômica de uma pessoa a leve a cometer um crime, é certo que as reações sociais à prática de delitos por pessoas de diferentes situações socioeconômicas são diferentes. É essa reação diferenciada que determina a estigmatização de algumas pessoas e não de outras (Becker, 2008, p. 25).

Quando observamos comportamentos rotulados, não é possível saber, de plano, se uma determinada ação é classificada como desviante até que a reação dos outros tenha ocorrido. O desvio não é um traço que reside no comportamento em si, mas na interação entre o perpetrador e aqueles que reagem a ele (Becker, 2008, p. 27)

Nesse sentido, o direito penal não protege todas as necessidades de todos os cidadãos. As leis são as mesmas para todos, entretanto, o status criminal é distribuído de forma desigual entre as pessoas. Assim como outras áreas do direito, o direito penal é desigual (Baratta, 2002, p. 175). É usado por aqueles que estão no poder para garantir a própria sobrevivência neste patamar e, enquanto as classes com poder político/econômico permanecem nesse núcleo transitório de superioridade, segmentos da população marginalizados na hierarquia social têm a maior “oportunidade” de integrar a população criminosa.

É nesse contexto de emergência que costumam se fortalecer as tendências autoritárias, inclusive as de referências militares de polaridade entre amigo e inimigo. Nesse sentido, a previsão de um inimigo na dinâmica do conflito acaba criando um descompasso com as regras estabelecidas de controle do poder estatal.

Zaffaroni (2006), na obra em que critica, com razão, a recorrência da prática histórica de tratar criminalmente certos indivíduos como inimigos, lembra que esse conceito tem suas raízes no direito romano, onde o Estado deveria combater o inimigo.

No processo penal o reflexo disso é direto, sobressaindo-se uma relação na qual o polo passivo não é mais um réu, mas um inimigo (Choukr, 2002). Admitir a figura do inimigo como um conceito jurídico legitimador de um direito penal de exceção constitui a possibilidade da contaminação do direito penal, processual penal e do próprio Estado de Direito, porque deixa aberto o potencial de incremento de um Estado Absoluto.

Conforme Greff e Flores (2021), nesse modo de pensar o chamado criminoso “*perde o status de pessoa, e passa a ser non-personae*” e assim passa a não ser mais visto como sujeito de direitos e garantias, especialmente o princípio do devido processo penal, como o direito a ser ouvido por um juiz antes de sua prisão cautelar.

Dentro desse contexto de emergência, privilegia-se o uso inquisitório de institutos processuais, como as prisões provisórias, sem observância necessária da limitação normativa de

acautelamento processual, causando conflito com a necessária imparcialidade institucional do juiz e o primado do respeito aos limites à atividade persecutória alcançados no Estado Democrático de Direito (Ferrajoli, 2014).

O sistema penal assume um papel responsivo e meramente simbólico, de modo que:

A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e a opinião pública, acalmando os sentimentos, individuais ou coletivos, de insegurança (Choukr, 2002, p. 47).

Diante do levante punitivo atual e de uma sociedade acelerada, em que é intolerável qualquer tipo de dilação, o uso das prisões processuais é costumeiramente banalizado, atendendo a uma aparência de Justiça imediata, o que, nas palavras de Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa (2015, p. 56):

Quando somos sedados pela avalanche de imagens de uma megaoperação policial e ninguém sai preso, temos a molesta sensação de que haverá impunidade. O gozo se dá com a imagem de várias pessoas saindo algemadas! Sim, isso é Justiça célere!

A concessão da liberdade costuma gerar numa parcela da sociedade o sentimento de impunidade, afinal, “aqueles grupos cuja posição social lhes dá armas e poder são mais capazes de impor suas regras” (Becker, 2008, p. 30) e questionar o outro com fundamento em suas próprias experiências.

Além disso, a criação de leis penais e, conseqüentemente, das penas, está diretamente relacionada a quem se quer punir e por quanto tempo. É neste momento que a prisão adquire ares de legitimidade, porque parece uma lei feita para todos. Mas, na realidade, afeta diferentes partes da sociedade de forma desigual. Para melhor compreensão, é importante olhar para o processo de criminalização primária, secundária e terciária.

A criminalização primária ocorre por meio do processo de criação da lei criminal, conforme lição de Zaffaroni (2015). O comportamento típico é definido como as ações e omissões que passam a ser consideradas crimes. A criminalização secundária, por sua vez, como explica, Baratta (2002, p. 98) é realizada por órgãos do sistema penal como “a polícia, a magistratura, órgãos de controle da delinquência juvenil” que serão os responsáveis pelo cumprimento da lei penal. A criminalização terciária corresponde às consequências negativas decorrentes do contato da pessoa encarcerada com as agências criminalizantes nos estabelecimentos penais e de que forma essa experiência provoca mudanças no seu modo de ver a sociedade.

A criminologia crítica pode e deve ter um impacto positivo na política criminal. O plano, em verdade, é buscar o desenvolvimento de uma política criminal para os marginalizados, para aqueles que são a principal clientela dos processos perversos da criminalidade (Baratta, 2002, p. 200).

Para resolver o problema, um plano político-criminal parece ser o mais adequado, pois a ideia é construir uma política criminal democrática que respeite a pessoa como tal e que questione a estigmatização, a marginalização e a seleção, contornando assim o sistema penal, indo além da esfera punitiva (Baratta, 2002, p. 213).

Por isso se afirma, conforme a doutrina de Delmanto Junior (2001), que é dever do Estado assegurar os direitos individuais, especialmente a liberdade, valor supremo na sociedade, de

modo que a prisão seja aplicada somente em caso de extrema necessidade e, ainda assim, resguardando direitos fundamentais.

Segundo Flores e Sá (2021), a Teoria dos direitos humanos poderia contribuir atuando como objeto e também como limitador da lei penal na elaboração de um núcleo mínimo de requisitos para a tutela penal, de modo que os direitos humanos conduzissem a melhor estratégia para o desenvolvimento dos princípios minimalistas do direito penal a serem inseridos em uma política criminal alternativa.

### **3. TUTELA DA LIBERDADE E O PODER JUDICIÁRIO: A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

O Brasil é signatário de Tratados e Convenções Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, entretanto, a efetivação dessas proteções, não raramente, se prolonga no tempo, a exemplo da audiência de custódia que, embora represente importante mecanismo de envolvimento entre o mundo técnico-jurídico e a realidade do sistema penal brasileiro, custou para ganhar espaço no cenário interno.

Tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – PIDCP correspondem a dois importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos no Brasil. Ambos foram incorporadas ao ordenamento jurídico por Decretos no ano de 1.992 e reconhecidos enquanto normas supralais, conforme RExt. 466.343, pelo Supremo Tribunal Federal – STF (Giacomolli; Galícia, 2017).

Ambas as normas afirmam<sup>4</sup>, com algumas diferenças de redação, que as pessoas presas devem ser imediatamente encaminhadas às autoridades judiciais. Tais dispositivos são a base normativa das chamadas audiências de custódia, cujo objetivo é permitir que os detentos tenham contato direto com um juiz imediatamente após a restrição de suas liberdades (Giacomolli; Galícia, 2017).

Entretanto, somente em 2015, por meio de termos de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça - CNJ e os Tribunais do país, deu-se início ao projeto piloto em São Paulo/SP para assim promover a implementação dessas audiências no Brasil. O projeto visava a que se tornasse amplamente viável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, assim como a possibilidade de encaminhamento da pessoa custodiada a outros serviços de atendimento social.

Ainda naquele ano, por maioria, o Supremo Tribunal Federal deferiu cautelar na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental conhecida como ADPF 347, “para determinar aos juízes e tribunais que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão”.

A referida ADPF, proposta pelo partido PSOL, apontava a necessidade de medidas estruturais substantivas nas condições carcerárias do país e denunciava flagrantes violações de

4 art. 7º, 5, CADH e o art. 9º, 3, PIDCP.

direitos fundamentais consagrados na Constituição pelos poderes públicos. Por fim, dentre os inúmeros pedidos de natureza cautelar e de mérito, destacou-se o pedido para declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro (Freitas; Cabral; Aponte, 2021, p. 44).

Essa importante decisão reconheceu o estado de coisas inconstitucional experimentado pelo sistema penitenciário nacional e apontou a existência de falhas estruturais. Além da falta de comunicação entre os Poderes Executivo e Legislativo, chamou-se a atenção para o descumprimento da legislação existente em proteger os direitos fundamentais dos presos. Enquanto as ações do governo se mostravam pouco eficazes no exercício dos direitos básicos, o Judiciário aumentou o número de prisões provisórias e agravou a superlotação do sistema (Freitas; Cabral; Aponte, 2021, p. 45).

Ao analisar os pedidos liminares da ADPF 347, foram deferidos os descritos na alínea “b”, para determinar as autoridades judiciais realizem audiência de custódia no prazo máximo de 24h após a prisão; e alínea “h”, a fim de que a que União libere o montante acumulado no Fundo Penitenciário Nacional para as medidas necessárias (Freitas; Cabral; Aponte, 2021, p. 45). O que se percebe é o reconhecimento do sistema de audiência de custódia como mecanismo fundamental para fazer frente à situação inconstitucional reconhecida.

A decisão parece apropriada na medida em que o judiciário abre a possibilidade de provocar outros poderes a tomar medidas que visem eliminar situações inconstitucionais e coordenar esforços públicos. Evidenciou-se uma tendência ao ativismo jurídico dialógico a fim de desenhar políticas públicas que efetivamente garantam a promoção, proteção e defesa dos direitos fundamentais que estavam sendo difamados (Freitas; Cabral; Aponte, 2021, p. 45).

Cumprir observar também que a higidez das audiências de custódia foi mantida pelo STF, na ADI n. 5240, ao reafirmar o direito fundamental de toda pessoa presa ser levada sem demora à presença de um juiz ou juíza, ainda que sem a previsão de um procedimento detalhado em lei federal, mas embasado em resoluções dos Tribunais e à luz de tratados internacionais e da própria legislação processual penal vigente.

Como consequência dessas importantes jurisprudências e da lacuna legislativa regulamentadora da audiência, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou a Resolução n. 213/2015, passando a regulamentar o procedimento de apresentação da pessoa presa à autoridade judicial dentro do prazo de 24 horas, sendo esta a primeira previsão normativa de âmbito nacional a respeito do instituto. Essa Resolução trouxe ainda dois Protocolos<sup>5</sup> que convergem para o aprimoramento da atuação judicial na oitiva da pessoa custodiada, mormente, na forma de condução do ato jurídico.

O instituto passou por aperfeiçoamento institucional no decorrer dos anos por meio da criação paulatina de fluxos entre uma grande diversidade de instituições em cada Estado brasileiro, assim como se desenvolveu em nível normativo, especialmente em razão da Lei nº 13.964/2019, conhecida vulgarmente enquanto “Lei do Pacote Anticrime”, que incorporou a audiência de custódia ao Código de Processo Penal, com a nova redação do artigo 310.

Também houve um amadurecimento do tema no âmbito jurisprudencial, especialmente a partir da Reclamação Constitucional 29.303, na qual o Relator Ministro Edson Fachin, em

5 Protocolo I - Diretrizes e procedimentos para aplicação e acompanhamento de medidas cautelares. Protocolo II - Diretrizes e procedimentos para prevenção e combate a tortura e maus tratos



Dezembro de 2020, fundamentado nas previsões normativas nacionais já existentes, bem como no estudo dos instrumentos internacionais que envolvem o assunto, determinou a extensão dos efeitos da liminar para inclusão das audiências de custódia a todas as modalidades de prisão, somando às prisões em flagrante delito as prisões decorrentes de cumprimento de mandado judicial, sejam temporárias, preventivas ou definitivas.

Em Mato Grosso do Sul, a título de exemplo, a implantação da audiência de custódia teve início ainda em 2015, com a presença do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski e publicação do Provimento n. 352/15, do Conselho Superior da Magistratura, pelo qual se determinou a realização de audiência de custódia no âmbito das comarcas estaduais de Mato Grosso do Sul com o objetivo de proceder à oitiva informal do preso em flagrante delito, restringindo-se exclusivamente ao exame da legalidade da prisão ou apreensão, e de sua manutenção, observando aspectos quanto a indício de ocorrência de tortura ou maus tratos, bem como avaliando o cabimento de medidas cautelares diversas da prisão.

As audiências de custódia geram a possibilidade da autoridade judicial, na presença do detento, analisar de modo cauteloso as circunstâncias da prisão, bem assim, servem as audiências como meio para evitar o encarceramento desnecessário de pessoas que, ainda que tenham cometido o fato delituoso, não deveriam permanecer presas durante o processo (Lewandowski, 2015).

Desse modo, a audiência de custódia está sendo desenvolvida para funcionar como um instrumento de controle de legalidade de todo ato de encarceramento e, por conseguinte, de regulação da porta de entrada do sistema prisional pelo Poder Judiciário (Brasil, 2021).

O que se percebe no Brasil, desde o Código de Processo Penal de 1941, é uma tentativa de fortalecer um sistema acusatório, de modo que as audiências de custódias façam parte deste ideário: *"before they were introduced, arrestees waited for days or even months until the first hearing with a judge would happen"* (Ribeiro; Diniz; Lages, 2022, p. 105).

No entanto, embora seja o instituto tecnicamente guiado pelo sistema acusatório, ainda é possível observar características inquisitoriais *"because the judges, defenders, and prosecutors use their stock of knowledge from previous experiences to handle the Custody Hearing decision-making"* (Ribeiro; Diniz; Lages, 2022, p. 105).

A renovação desse processo de tomada de decisão pelo Poder Judiciário demanda a construção de um novo cenário processual para instalação dessas audiências.

Os esforços para implantação das audiências de custódia no Brasil se intensificaram a partir de 2015, conforme já explicitado. Entretanto, foi em 2019 que o projeto recebeu uma nova investida por meio da parceria entre o Conselho Nacional de Justiça, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), mediante apoio do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça e Segurança Pública (Brasil, 2021).

A parceria entre a Organização das Nações Unidas – ONU e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ busca atender o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 16 – ODS 16, da Agenda 2030, da ONU, denominado de Paz, Justiça e Instituições Eficazes<sup>6</sup>.

6 Objetivo 16. Paz, Justiça e Instituições Eficazes: 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.

No Brasil, a ideia é “Fortalecer o Estado de Direito e garantir acesso à justiça a todos, especialmente aos que se encontram em situação de vulnerabilidade” (Brasil, 2019), sendo que por “pessoas em situação de vulnerabilidade” considera-se a definição mencionada na ODS 1, para a meta 1.3.<sup>7</sup>

A parceria foi dividida em etapas, sendo que a primeira fase foi chamada de “Justiça Presente” e a segunda de “Programa Fazendo Justiça”, e foi criada no intuito de se aproximar dos atores jurídicos e assim reconhecer as peculiaridades e as práticas locais por intermédio de consultores especialistas em audiência de custódia em cada Estado (Brasil, 2021).

O programa foi elaborado como estratégia de enfrentamento aos desafios que se apresentam no contexto de privação de liberdade no Brasil, caracterizado por um processo de crescimento rápido, caótico e por condições precárias do ambiente prisional, reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal no contexto da ADPF 347.

As ações do Programa Justiça Presente estão distribuídas em quatro eixos implementados de forma concomitante, sendo o Eixo 1 – destinado à porta de entrada, com atenção no enfrentamento ao encarceramento em massa e penas desmedidas, promove o refinamento das audiências de custódia e consolidação das alternativas penais segundo parâmetros internacionais; já o Eixo 2 está relacionado ao sistema socioeducativo, em especial promovendo a produção de informações, a conexão entre os diferentes órgãos de atendimento e a qualificação de recursos estruturais e humanos. O Eixo 3, por sua vez está voltado ao fomento da cidadania por meio da diligência voltada aos egressos e inserção positiva, somada às ações intramuros; e, finalmente, o Eixo 4 cujo enfoque está em aperfeiçoar dos sistemas destinados à coleta de informações pessoais, documentos civis e identificação (Brasil, 2021).

A implementação do instituto das audiências de custódia está tratada nos planos do Programa previstos no Eixo 1 e, por meio da cooperação entre o CNJ e o UNODC, as ações junto às audiências de custódia se desenvolvem em quatro pilares estratégicos destinados à preparação de parâmetros de atuação para o sistema de justiça criminal; à formação de rede de altos estudos; à inserção de assessoria técnica especializada em cada um dos Estados; e à monitoração e gestão do programa (Brasil, 2021).

O investimento na preparação de artigos técnicos denominados de Manuais para o Fortalecimento da Audiência de Custódia e que colaboram para o refinamento do processo de tomada de decisão judicial, de uso excepcional de algemas, de proteção social, de prevenção e combate à tortura além de arquitetura judiciária (Brasil, 2021), formando uma parametrização jurídica do processo decisório em audiências de custódia.

O caminho traçado para a efetivação da audiência de custódia é cercado por estudos relevantes e recrudescimentos, de modo que vem passando por diversas atualizações na expectativa de funcionar como saída apropriada para inúmeras situações decorrentes do encarceramento, especialmente prevenção e combate à tortura, proteção social e de atenção à saúde pública.

<sup>7</sup> Todos aqueles que sofrem violações ou restrições a seus direitos, sobretudo, em razão de raça, gênero, idade, deficiência, condições de mobilidade, orientação sexual, nacionalidade, religião, territorialidade, cultura, privação de liberdade e situação econômica, não excluindo outras potenciais situações de vulnerabilidade verificadas empiricamente.

Destaca-se a previsão da Resolução n. 213/2015, do CNJ, que no tópico 2, item X do Protocolo I - Diretrizes para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, a desaprova a penalização da pobreza:

A situação de vulnerabilidade social das pessoas autuadas e conduzidas à audiência de custódia não pode ser critério de seletividade em seu desfavor na consideração sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva. Especialmente no caso de moradores de rua, a conveniência para instrução criminal ou a dificuldade de intimação para o comparecimento a atos processuais não é circunstância apta a justificar a prisão processual ou medida cautelar, devendo-se garantir, ainda, os encaminhamentos sociais de forma não obrigatória sempre que necessários, preservada a liberdade e autonomia dos sujeitos. (Brasil, 2015)

Nesta temática, o Manual sobre Tomada de Decisão da Audiência de Custódia (Brasil, 2020), orienta aos magistrados e magistradas que alguns pontos sensíveis precisam de atenção durante a formulação de decisões no que diz respeito, por exemplo, às pessoas em situação de rua, de modo a não reproduzirem um discurso estigmatizante.

Nesses casos, é indispensável a articulação do Tribunal com serviços da rede de proteção social, principalmente de assistência social, e ter em consideração a opinião técnica da equipe do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, quando houver, para aplicar medidas compatibilizadas com a realidade da pessoa (Brasil, 2020).

Na situação em que a pessoa custodiada se encontrava em situação de rua e, portanto, sem indicação de endereço fixo, não deve essa circunstância ser sopesada como fundamento para a privação de liberdade, devendo-se evitar a criminalização da pobreza e outras vulnerabilidades sociais (Brasil, 2020).

Ainda em casos como o de pessoas em situação de rua, a depender da conjuntura, o Manual sobre Tomada de Decisão orienta que devem ser entendidas como demasiadamente onerosas, ou mesmo impossíveis de serem cumpridas, medidas cautelares como a fiança, ou o recolhimento noturno, e mais ainda a monitoração eletrônica (Brasil, 2020). O olhar atento da autoridade judicial para a pessoa custodiada que lhe é apresentada é primordial para desenvolver uma nova postura da magistratura frente à cultura do encarceramento.

Nas questões que envolvem pessoas com transtornos associados ao uso de drogas, suas prisões são levadas a juízo tanto pela prática do delito de uso de drogas, mas também sob a acusação de tráfico ou crimes contra o patrimônio, o que demanda um olhar atento da autoridade judicial para não estabelecer conexões entre o uso de entorpecentes e a potencialidade delitiva, observando a complexidade da situação.

Isso porque, a Política Nacional de Álcool e Drogas – PNAD, prevista no Decreto n. 9761, de 11 de abril de 2019, enfatiza a necessidade da integração setorial e da descentralização das ações sobre drogas no país, sendo orientada pelos denominados princípios da responsabilidade compartilhada e da cooperação, seja entre serviços públicos, iniciativa privada, terceiro setor e demais pessoas, o que inclui aqui a atenção judicial. Como pressuposto, a PNAD prevê a garantia e o direito receber tratamento adequado, além de medidas de prevenção, a toda pessoa com problemas decorrentes do uso abusivo de álcool e outras drogas.

De acordo com a orientação de outra diretriz desenvolvida pelo Programa Fazendo Justiça, o Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: parâmetros para o Serviço de Atendi-

mento à Pessoa Custodiada, ao invés de estigmatizar os usuários de drogas, muitas vezes em situação de extrema vulnerabilidade, as audiências de custódia devem buscar a construção de atividades articuladas com uma rede de proteção social, em que se busquem soluções efetivas de tratamento (Brasil, 2020). Deste modo, *“o momento de contato com o sistema de justiça deve representar possibilidade de acesso a políticas de inclusão social, geração de renda e trabalho, sempre respeitando a autonomia desses sujeitos”* (Brasil, 2020, p. 98)

A pessoa deve ser vista dentro do seu contexto social, e não somente como usuária de drogas em conflito com a lei. Duas posturas podem ser adotadas neste cenário, uma primeira constrói uma visão estigmatizada sobre a pessoa custodiada, relacionando o comportamento delitivo exclusivamente ao uso de drogas, e uma segunda que identifica o conjunto de vulnerabilidades associadas que demandam uma intervenção social, ferramenta menos drástica que o direito penal.

Observa-se ainda que os encaminhamentos judiciais à rede de proteção social precisam resguardar a autodeterminação da pessoa pelo processo e respeitar a taxatividade das medidas cautelares previstas na legislação processual penal que não autorizam o encaminhamento forçado a atendimentos dessa rede (Brasil, 2020).

A Resolução n. 213/2015, do CNJ, não ignora o estado precariedade social de grande parte da população brasileira em conflito com a lei penal, e prevê que a autoridade judicial, ao identificar demandas que possam ser incluídas por políticas de proteção social, deverá determinar os encaminhamentos necessários em caso de concessão da liberdade provisória e interesse da pessoa (art. 9º, § 2º). O magistrado nesta situação precisa usar das técnicas de decisão que de fato façam valer o acesso à justiça da pessoa encarcerada, com respeito à dignidade humana e ao princípio da presunção de inocência, corrigindo uma visão distorcida acerca das pessoas custodiadas.

## 4. CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que o país enfrenta um “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário, caracterizado por um quadro de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, em decisão na ADPF nº 347, reafirmou que a solução dependerá de uma atuação conjunta dos três Poderes, mas tem implementação imediata e protagonista do Judiciário.

As intervenções para mudar esse cenário devem considerar cada etapa do ciclo do crime, da entrada à saída, além de aprimorar as interfaces entre os serviços. O que importa é a concepção de uma política penal que vá além do modelo difundido no Brasil, onde a pena privativa de liberdade é a resposta principal para quem comete crimes.

8 Identificadas demandas abrangidas por políticas de proteção ou de inclusão social implementadas pelo Poder Público, caberá ao juiz encaminhar a pessoa presa em flagrante delito ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, ao qual cabe a articulação com a rede de proteção social e a identificação das políticas e dos programas adequados a cada caso ou, nas Comarcas em que inexistirem serviços de acompanhamento de alternativas penais, indicar o encaminhamento direto às políticas de proteção ou inclusão social existentes, sensibilizando a pessoa presa em flagrante delito para o comparecimento de forma não obrigatória.

A audiência de custódia desempenha destacada conexão entre o debate jurídico e a realidade brasileira no âmbito penal. Nessa fase que a magistratura pode encarar o seu papel enquanto garantidora de direitos, que vai além da aplicação formal da lei processual penal. Apresentam-se questões econômicas e sociais, especialmente relacionadas à saúde pública, emprego e moradia, que apontam para o problema estrutural do Brasil relacionado à violência policial.

A apresentação da pessoa presa à autoridade judicial permite maior compreensão das histórias por trás dos corpos custodiados, afastando a impessoalidade transmitida pela análise unicamente da folha de papel que formaliza a prisão. A proposta dessas audiências é entregar decisões judiciais mais individualizadas e efetivas, especialmente com a utilização de encaminhamentos multidisciplinares possíveis a partir da articulação com uma rede de proteção social atuante.

Essa possibilidade que se abriu de apresentação da pessoa ao Poder Judiciário para a tomada de decisão sobre a sua situação prisional é marco importante para que o Brasil cumpra tratados internacionais dos quais é signatário, como o Pacto de São José da Costa Rica, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.

É certo que a implantação da Audiência de Custódia depende também da colaboração de outros atores para qualificar e expandir a prestação do serviço jurídico e social, incluindo o refinamento de rotinas e a criação/fortalecimento de fluxos entre as entidades de atendimento social e o Poder Judiciário, dando melhor atenção à situação pessoal da pessoa custodiada. Ainda que na sua origem a audiência de custódia tenha sido abordada como um instrumento de desencarceramento cautelar, a partir da sua implantação no cenário brasileiro, passou a exercer uma nova finalidade voltada ao afastamento dos estigmas da prisão e à concepção de uma visão humanizada acerca das pessoas custodiadas.

A audiência de custódia tornou-se um instituto imprescindível para a justiça brasileira, permitindo que juízes orientem uma mudança da cultura da prisão para uma cultura focada na garantia de direitos fundamentais, incluindo liberdade, presunção de inocência e proteção social.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECKER, Howard S. *Outsiders – Estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de proteção social na audiência de custódia: parâmetros para o serviço de atendimento à pessoa custodiada*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual\\_de\\_protecao\\_social-web.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_protecao_social-web.pdf). Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia: Parâmetros para crimes e perfis específicos*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Manual\\_juridico\\_aud.custodia-2-web.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Manual_juridico_aud.custodia-2-web.pdf). Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Audiência de Custódia 6 anos*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <http://s://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-6-anos-audiencia-custodia.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2021.



BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf). Acesso em: 5 maio 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto presidencial 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 8 mar. 2022.

BRASIL. IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *ODS 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes*. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/ods/ods16.html#coll\\_16\\_3](https://www.ipea.gov.br/ods/ods16.html#coll_16_3). Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: STF, fevereiro, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.240*. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4711319>. Acesso em: 14 out. 2022.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

FLORES, Andrea; SÁ, Luana Rodrigues Meneses de. A criminologia crítica do século XXI: a relação com os direitos humanos. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 7, n. 1, p. 01-18, jan./jul. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/7601>. Acesso em: 30 maio 2022.

FREITAS, Daniel Castanha de; CABRAL, Flávio Garcia; APONTE, William Ivan Gallo. *Estado de coisas inconstitucional: ativismo judicial na Corte Constitucional da Colômbia e a migração de ideias constitucionais para o STF*. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/12309>. Acesso em: 15 nov. 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José; GALÍCIA, Caíque Ribeiro. *Audiência de custódia: a concretização da utopia*. 2017. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/3937>. Acesso em: 15 nov. 2022.

GREFF, Andre Luiz Carvalho Greff; FLORES, Andrea. O direito penal do inimigo: da presunção de culpa à antecipação da punibilidade, incompatibilidade com os direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro. *Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça*, [S. l.], v. 5, n. 7, 2021. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3147>. Acesso em: 30 maio. 2022.

LEWANDOWSKI, Ricardo. *Audiência de custódia e o direito de defesa*. 2015. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/10/1695906-audiencia-de-custodia-e-o-direito-de-defesa.shtml>. Acesso em: 17 dez. 2021.

LOPES JR.; Aury; ROSA; Alexandre Moraes da. *Processo penal no limite*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 15 nov. 2022.

RIBEIRO, Ludmila; DINIZ, Alexandre M. A.; LAGES, Livia Bastos. Decision-making in a inquisitorial system: Lessons from Brasil. *Law e Society Review*, v. 56, p. 101-121, 2022. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/lasr.12591>

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006.



#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 01/06/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/06/2023
- Avaliação 1: 30/07/2024
- Avaliação 2: 22/07/2024
- Decisão editorial preliminar: 23/09/2024
- Retorno rodada de correções: 15/10/2024
- Decisão editorial/aprovado: 15/10/2024

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# QUANDO O PRÍNCIPE VIRA SAPO: ESTELIONATO SENTIMENTAL VIRTUAL E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS

WHEN THE PRINCE BECOMES FROG: VIRTUAL  
SENTIMENTAL FRAUD AND ITS LEGAL REPERCUSSION

MARLI MARLENE MORAES DA COSTA<sup>1</sup>  
LETÍCIA DA FONTOURA TOMAZZETTI<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente estudo busca analisar as complexidades estruturais socioculturais existentes por trás da prática de estelionato sentimental, com enfoque naquelas que ocorrem por intermédio das novas tecnologias de informação e comunicação, buscando responder até que ponto as responsabilizações criminais e/ou cíveis são suficientes para alterar as violências de gênero? Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, bem como o procedimento exploratório e bibliográfico, tratando da evolução das relações sociais, tomadas pelo patriarcado com o passar dos anos, bem como na virada da sociedade industrial para a sociedade informacional, realizando uma pesquisa jurisprudencial para fins de identificação da atual dinâmica social acerca do assunto. Ainda, na realização de tais pesquisas jurisprudenciais, foram utilizadas plataformas jurídicas de buscas, com o termo “estelionato sentimental” como a palavra-chave nas barras de busca. Assim, foi possível realizar ponderações entre criminalização da conduta e responsabilidade civil, de forma que restou identificado que as punições jurídicas, por si só, não são capazes de alterar os contornos da violência de gênero, uma vez que se tratam de práticas culturais históricas, que apenas se transformaram conforme a capacidade evolutiva social.

**Palavras-chave:** estelionato sentimental virtual; tecnologias de informação e comunicação; violência de gênero.

## ABSTRACT

*The present study aims to analyze the structural complexities sociocultural that exist behind virtual sentimental fraud, focusing on the ones that happen through the information and communication technologies, looking for to answer how far the criminal and/or civil responsibilities are enough to change the gender violence? Therefore,*

- 1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas do PPGD da UNISC. MBA em Gestão da Aprendizagem e Modelos Híbridos de Educação. Especialista em Direito Privado. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Membro do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Coordenadora do Grupo Direito, Cidadania e Políticas Públicas, registrado no CNPq. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/2928694307302502>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3841-2206>.
- 2 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na Linha da Pesquisa de Políticas Públicas de Inclusão e Pós-Graduada em Gestão Jurídica Empresarial, pela Instituição Verbo Jurídico. Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana - UFN. Encontra-se vinculada ao Grupo de Pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas, registrado junto ao CNPq. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0755-3519>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

COSTA, Marli Marlene Moraes da; TOMAZZETTI, Letícia da Fontoura. Quando o príncipe vira sapo: estelionato sentimental virtual e suas repercussões jurídicas. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 114-125, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i2.9603>.

*it was used the deductive method of approach, as well as the exploratory and bibliographic procedure method, focusing on the evolution of the social relationships, pervaded by the patriarch by the years, as well as the turn-around of the industrial society to the informational society, conducting a jurisprudential researching aiming identify the social dynamic about the topic. Yet, to the achievement of this research, "estelionato sentimental virtual" was used as a keyword on the search bars. Thus, it was possible to accomplish ponderations between the criminalization of the act and civil responsibility, so that was possible to realize that they are not capable to change the outline of gender violence, once that is historical cultural practices, that just had turned according to the social evolutionary capacity.*

**Keywords:** virtual sentimental fraud; information and communication technologies; gender violence.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o objetivo central de analisar as complexidades estruturais socioculturais por trás dos crimes de estelionato sentimental, que vem tomando proporções cada vez maiores, sobretudo no que tange ao ambiente digital, em uma sociedade pós-moderna, buscando identificar a suficiência (ou não) das responsabilizações criminais e/ou cíveis, em um comparativo, em relação às violências de gênero.

Nesse contexto, foi possível analisar que a violência de gênero não é recente na história da humanidade, sendo uma estrutura sistêmica enraizada pela cultura patriarcal, que produz relações assimétricas entre homens e mulheres. Sendo assim, a prática de estelionato sentimental virtual trata-se de uma nova forma de violência com contornos de gênero, ultrapassando os demais tipos de violências existentes ao longo dos séculos e – também – atingindo o ambiente virtual, de forma que os danos podem ser irreversíveis na vida de muitas mulheres.

Isso porque, se está diante de uma moderna configuração online, que permite uma rápida interação entre as pessoas, em que as informações e contatos circulam numa velocidade nunca imaginada, através da internet e das mídias sociais. Dessa maneira, a prática de estelionato sentimental virtual é mais um exemplo dos novos contornos que a violência contra a mulher vem tomando, na sociedade informacional do século XXI.

Assim, em um primeiro momento, é realizado um estudo sociocultural tanto das estruturas de biopoder social, como das questões psíquicas que levam à vulnerabilidade feminina perante tais crimes, na necessidade constante de “encontrar o príncipe encantado”. Na sequência, analisa-se as repercussões na esfera jurídica, traçando ponderações entre a (des)necessária criminalização e a responsabilização cível, verificando, a partir das jurisprudências, como os tribunais brasileiros vêm entendendo a presente problemática. Sendo assim, para abordar a temática foi utilizado o método dedutivo, além de método de procedimento exploratório e bibliográfico, tratando da evolução das relações sociais, tomadas pelo patriarcado com o passar dos anos, bem como na virada da sociedade industrial para a sociedade informacional, realizando uma pesquisa jurisprudencial para fins de identificação da atual dinâmica social acerca do assunto.

Para tanto, na realização de tal pesquisa jurisprudencial, buscou-se nas plataformas jurídicas, utilizando “estelionato sentimental” como a palavra-chave nas barras de busca. Cabe referir, por fim, que dada a extrema especificidade da prática de estelionato sentimental realizada por intermédio do ciberespaço, as buscas jurisprudenciais contaram com o termo em

seu sentido amplo, sendo que a aplicabilidade aos casos ocorridos de maneira virtual se deu por meio da conexão doutrinária e hermenêutica deste estudo.

## 2. CO-RELAÇÕES ENTRE A CULTURA PATRIARCAL E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Diante da resistência na permanência e incidência da violência de gênero, mesmo com as inúmeras mudanças sociais ocorridas nos últimos anos, fruto de várias reivindicações, é fundamental que se questione acerca dos paradigmas históricos capazes de correlacionar a cultura patriarcal com as inúmeras formas de violência contra as mulheres vivenciadas. Sendo assim, torna-se imprescindível descobrir o simbolismo sexual presente na sociedade para estudar seu sentido e como atua para manter a ordem social ou transformá-la.

Nesse sentido, primeiramente, cabe mencionar que essa reiteração em práticas de discriminação voltadas ao gênero ocorre porque, diferentemente do sexo, que se refere à própria biologia humana, o gênero é um conceito intimamente ligado a uma construção social. Nesse ponto, conforme apontado por Butler (1993, p. 384), os sujeitos são nomeados quando da sua existência por um discurso que os coloca em hierarquia social, incluindo-os ou excluindo-os, de forma a explicar como a diferença sexual é transformada em desigualdade e subordinação social.

Isso porque, em adesão a hierarquia sexual surge a questão relativa à dominação dos corpos femininos pelos masculinos. Tal questão deve ser analisada conjuntamente com a ideia de violência simbólica, apontada por Bordieu como sendo

a representação androcêntrica da reprodução biológica e da reprodução social [e] se vê investida da objetividade do senso comum, visto como senso prático, dóxico, sobre o sentido das práticas. E as próprias mulheres aplicam a toda a realidade e, particularmente, às relações de poder em que se vêem envolvidas esquemas de pensamento que são produto da incorporação dessas relações de poder e que se expressam nas oposições fundantes da ordem simbólica. (Bordieu, 2012, p. 45)

Sendo assim, a construção da diferenciação entre masculino e feminino está adstrita a um esforço de classificação, separação e ocultação de corpos. Importante mencionar que, para além das práticas culturais, a dominação simbólica também vem muito influenciada pelas instituições sociais, tais como Igreja, Família e Estado – considerando a falta de representatividade – em um contexto de macroestruturas, uma vez que impõe princípio de dominação a serem exercidos, justamente, no ambiente privado.

A história contratual descrita se deu porque, culturalmente, os sistemas patriarcais enfatizaram a fragilidade das mulheres e sua inferioridade ao longo de uma história contada apenas por homens. Na construção da civilização e no âmbito patriarcal de excelência havia uma insistência nos deveres domésticos e que, algumas vezes, restringiam os direitos das mulheres aparecerem em público. (Costa; Fontana, 2016, p. 192).

Corroborando a isso, Saffioti (2004) afirma que as construções de pensamentos arbitrários de homens e mulheres constroem sistemas com regras que impõe comportamentos esperados e padrões de relacionamento entre os indivíduos, naturalizados nas práticas sociais. Em

outras palavras, as concepções morais – que, conforme mencionado, tem grande parcela de sua concepção advinda do que Foucault entende por instituições disciplinares, tais como as retromencionadas Estado, Família e Igreja – naturalizam, até mesmo por meio de um discurso biológico, as relações de dominação, principalmente em razão do gênero.

Assim, a organização política, religiosa, econômica e social possui um papel relevante na perpetuação das desigualdades existentes, pois é baseada na ideia de autoridade e liderança do homem, através da qual se dá a dominação dos homens sobre as mulheres, o que é considerado, pelas feministas da década de 1970, como o novo conceito de patriarcado. Por sua vez, o patriarcado moderno utiliza um conjunto de métodos para manter a situação de subordinação e exploração do sexo feminino dominado chamado de sexismo, segundo o qual uma parcela da sociedade é discriminada pelo seu gênero ou orientação sexual. Desta forma, para estudar e explicar a opressão das mulheres, com o intuito de alterar a desigualdade existente, faz-se necessário incorporar o estudo de gênero nas relações sociais (Garcia, 2015).

Nesse sentido é que a violência se apresenta com o recorte de gênero, uma vez que a ideia de dominação se dissipa no senso comum da sociedade de tal forma que se torna quase que impossível entender que há a possibilidade de questionamento, sendo uma violência que, por vezes, não se constitui fisicamente, mas a sua simples existência é o suficiente para condicionar os comportamentos a opressões. Assim, ao se naturalizar o patriarcado, perpetuando ideais de inferiorização da mulher, se perpetua também uma cultura de dominação que constitui a chamada violência simbólica, que serve de base para todas as demais violências de gênero, incluindo a física e, no caso deste estudo, a psicológica.

Dessa forma, em termos práticos, a violência de gênero ocorre não somente quando da agressão física, mas também nas entranhas da sociedade, por meio de comportamentos difundidos e, por vezes imperceptíveis, que causam em sua totalidade a opressão do feminino pelo masculino. Isso porque que o patriarcado se reproduz de forma a naturalizar a ordem androcêntrica, seus princípios, valores, relações de poder, papéis e funções destinadas aos indivíduos.

Assim, considerando a resiliência das estruturas de poder, principalmente no que tange à relação dominante-dominado, e que estas se reproduzem culturalmente, é possível perceber que a violência de gênero se faz presente porque existe um sistema de transmissão e repetição dos valores entendidos como universais de uma sociedade e que, em sua grande maioria, se entende como imune às críticas e reformulações. Sendo assim, a violência simbólica – tal como a violência física – que se reproduz nas novas estruturas de poder, se verifica também no ambiente virtual, ou seja, na internet.

### **3. ESTELIONATO SENTIMENTAL VIRTUAL: DA NECESSIDADE DO PRÍNCIPE ENCANTADO AO DESAMPARO**

O acesso à internet é a porta de ingresso à sociedade informacional que muito além de proporcionar uma série de benefícios aos usuários, também pode trazer-lhes sérios problemas (prejuízos), relacionados à violência virtual, como é o caso das mulheres vítimas

do estelionato sentimental virtual, tema deste trabalho. São muitos os casos publicizados diariamente nos meios de comunicação, em que as vítimas ao usarem os aplicativos online, são induzidas a acreditar que estão envolvidas em um relacionamento “sério”, enquanto o agressor pode criar um perfil falso, valer-se de apelidos, e-mails e imagens falsas, justamente para dificultar seu reconhecimento.

Nesse sentido, a plataforma virtual denominada Tinder, “aplicativo para encontrar parceiros que foi criado em 2011, é considerado um dos símbolos da era digital atual e passou a fazer parte das conversas sobre relacionamentos” (O Golpista [...], 2022). Assim, o exemplo mais atual, capaz de comprovar a importância do tema objeto desta pesquisa é a respeito do chamado Golpista do Tinder, que inspirou, inclusive, um documentário da plataforma de streaming, Netflix, em que retrata como o Israelense Simon Leviev enganava suas vítimas e subtraía valores altíssimos delas, levando-as ao endividamento. Ele foi preso por apenas cinco meses, o que causou uma enorme revolta por parte das vítimas e ao esgotamento dos recursos das mesmas (Carneiro, 2022).

Assim, as redes sociais infiltraram-se no cotidiano das pessoas em um contexto de transnacionalização das relações políticas, econômicas e sociais. Neste novo cenário, a prática de acessar plataformas virtuais que conferem a possibilidade da interatividade dinâmica e imediata, trouxe novos contornos aos relacionamentos amorosos, que se apresentam cada vez mais complexos e vem causando uma série de transtornos emocionais, econômicos, entre outros, para muitas mulheres que se tornaram vítimas de estelionatários virtuais.

Para Sarwar e Soomro (2013), as novas tecnologias mudaram profundamente os padrões de relacionamento entre as pessoas, devido a possibilidade de total acesso à internet, que possibilita aos usuários circular pelas redes sociais a qualquer hora e em qualquer lugar do mundo. Logo, se está diante da transnacionalização das relações entre os sujeitos e da possibilidade de manter contatos irrestritos, espontâneos pela comunicação de voz, mensagens, chamada por vídeo e serviços de redes sociais.

No início do namoro virtual, são muitas as expectativas que surgem e neste momento, muitas são as informações passadas entre os parceiros online, e no caso de estelionato sentimental virtual o problema está na troca de informações pessoais que são divulgadas pela vítima e acabam sendo utilizadas para futuras extorsões por parte de seu “parceiro”. As pesquisas nesta área ainda são muito tímidas, mas já existem dados reveladores de que na maioria dos casos de estelionato sentimental virtual, os homens se aproximam para obter vantagens indevidas das mulheres que estão emocionalmente abaladas por estarem enfrentando traumas afetivos advindos da perda de alguém (Jatobá Guida, 2020).

A utilização da afetividade pelos infratores para obter vantagem indevida é intitulada como “estelionato sentimental”. O termo advém de sentença proferida em processo judicial, referente à ação de cobrança, cumulada com danos morais, proposta por uma vítima dessa prática (Jatobá Guida, 2020). Já no caso do estelionatário sentimental virtual, trata-se de um narcisista frequentemente subestimado, que se utiliza do ciberespaço por intermédio das redes sociais, para sua autopromoção, exibe-se do número de amigos online, de postagens irreais para convencer suas vítimas de que é uma pessoa bem-sucedida, isto é, o príncipe encantado do século XXI. Ainda, em síntese, trata-se de um explorador que acredita ter direito a privilégios na sua relação com o outro, tendo como traços comuns o exibicionismo, a exploração e a predisposição a agressão física.



Assim sendo, as redes sociais são um terreno fértil para se autopromoverem e regularem sua autoestima. Narcisistas mais comprometidos psiquicamente, apresentam-se na rede online de maneira favorável a construção de seu perfil ideal no ciberespaço. Os traços da personalidade narcisista são marcados pelo conceito grandioso e inflado que o sujeito tem de si mesmo, possuindo senso de superioridade, um exagerado foco em si mesmo e muito exibicionismo. A personalidade narcisística necessita ser admirada, bajulada e aprecia obter a dominação sobre os outros. As redes sociais são um terreno fértil para que essas pessoas se promovam e regulem sua autoestima, porque gostam de exibir conquistas e luxos (Buffardi; Campbell, 2008).

Importante ressaltar, desde já, que conforme afirma Butler (2011, p. 14) “existem diferentes versões de violência e instrumentos materiais de violência”. Para tanto, é necessário que se atente aos conceitos referentes às estruturas de poder e de dominação. Isso porque, o contexto histórico, por meio da inferiorização do sexo feminino, demonstra que sua legitimação se faz através do sexo masculino.

O que se denota do texto é que a contemporaneidade trouxe novos preceitos de um ideal de comunidade, e tanto se pode chamar de comunidade, ainda, como de sociedade, para outros, mas num compasso que não superou velhos paradigmas. O novo não substituiu o velho, mas convive com o que sempre existiu. Assim, a história da mulher foi ganhando cor e notabilidade a partir do século XIX; e espaço, ao longo do século XX, porém as gerações que vieram carregaram ranços discriminatórios que ecoam hoje como entraves para a completa igualdade de seu papel nos dias atuais. (Costa; Fontana, 2016, p. 191).

Em outras palavras, desde o período de caça às bruxas e a cultura de submissão e domesticação feminina, se perpetuou o ideal do príncipe encantado, em que à mulher cabe a busca pelo homem, pelo casamento, ou seja, deve estar sempre acompanhada do homem com a finalidade de ser legitimada socialmente. A referida busca pelo príncipe encantado e a cultura de necessidade obrigatória em encontrá-lo é o que demonstra essa carência excessiva de algumas mulheres, que se fragilizam o suficiente a ponto de submeterem-se a manipulações e tornarem-se vítimas de golpes tais quais o aqui estudado.

Corroborando a isso, a teórica Zanello (2018) traz a ideia de dispositivo amoroso imputado às mulheres, ou seja, a perseguição do amor (heterossexual) como sinônimo de validação social. Ainda, trata-se de um processo de subjetivação feminina, isto é, de bases que fundamentam a construção da identidade feminina desde o princípio.

Dessa maneira, há dois dispositivos na construção do ser mulher na sociedade atual: “o amoroso, mediado pelo ideal estético, e o materno. Já os homens teriam como caminho privilegiado de subjetivação o dispositivo da eficácia, baseado na virilidade sexual e na virilidade laborativa” (Zanello, 2018, p. 56). Na sequência, referida autora menciona que “a tecnologia de gênero, além de interpelar performances, constitui-se em uma pedagogia dos afetos, uma colonização afetiva” (Zanello, 2018, p. 46).

Sendo assim, a vítima quando percebe que está sendo enganada, já teve prejuízos financeiros. São muitos os casos noticiados diariamente nos meios de comunicação (sem contar aqueles que não são divulgados), em que após obter a confiança da vítima, o estelionatário solicita a sua “parceira” que lhe faça transferências bancárias, compre roupas, efetue pagamento de suas dívidas, etc. Por confiar que está em um relacionamento sério e que está sendo correspondida, a vítima vai cedendo aos caprichos de seu “parceiro”, na tentativa de manter o

“relacionamento”, que termina quando o estelionatário percebe que a vítima já não tem mais recursos financeiros.

Nesse contexto, é que se resgata a ideia de dominação que deságua na violência simbólica, já supramencionada. Assim, ao naturalizar a ideia do patriarcado – legitimando o discurso por meio do fundamento biológico dos seres – as mulheres também reproduzem esse sistema de dominação, perpetuando discursos e práticas machistas, apesar de se constituir como negativo a sua própria identidade, cidadania e emancipação. Isto é, sustentadas pelos ideais patriarcais culturais repetidos durante anos, principalmente acerca da necessidade do casamento e do ambiente da domesticação, as próprias mulheres acabam, mesmo que inconscientemente, perpetuando discursos e práticas machistas.

Segundo Saffioti (2004), a vítima de abusos físicos, psicológicos, morais e/ou sexuais é vista por cientistas como indivíduo com mais probabilidades de reproduzir, contra outros, as violências sofridas, do mesmo modo em que se apresenta mais vulnerável às investidas sexuais ou violência física ou psíquica de outrem. A autora refere que feridas no corpo podem ser tratadas e curadas, porém feridas na alma, mesmo quando tratadas, as probabilidades de cura são infinitamente menores (Saffioti, 2004).

Sendo assim, o ciberespaço se mostrou um terreno fértil e fácil para a perpetuação de crimes como estelionato sentimental. Nesse sentido, cabe mencionar acerca da noção da performatividade, apresentada por Butler (2003) que indica que as compreensões sobre corpo, gênero e sexualidade existem justamente como efeito de construções baseadas na repetição de atos “generificados”, conforme se verifica de maneira muito incidente no âmbito das novas tecnologias.

Portanto, esse recorte de gênero possui ligação direta com a violência histórica sobre a mulher e a concepção de dominação e objetificação. Isso porque, conforme brevemente mencionado, a violência de gênero, advinda de uma cultura que naturaliza práticas de dominação masculina restou transportada para a internet. Dessa forma, a internet tornou-se mais um espaço em é possível reiterar a cultura do patriarcado, reforçando ideais de inferiorização e estigmatização, inclusive descobrindo e reproduzindo novas formas de violência.

#### 4. REPERCUSSÕES JURÍDICAS: PONDERAÇÕES ENTRE CRIMINALIZAÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO CÍVEL

Diante dessa naturalização da violência de gênero que vem se perpetuando - no entanto sendo muitas vezes ignorada - é necessária a análise das repercussões jurídicas. Isso porque é preciso, inicialmente, entender como tais casos são avaliados perante as cortes judiciais brasileiras, a partir da inserção da ideia de gênero e da construção social que tangencia esse ponto, uma vez que a legislação, como fonte do Direito que é, não consegue acompanhar simultaneamente as mudanças sociais ágeis da sociedade pós-moderna.

Contudo, nesse ponto também há que se questionar a respeito da real efetividade da legislação em casos como este. Em que pese o Brasil ter ratificado as Declarações Internacionais para proteção e garantia dos Direitos Humanos das Mulheres, o País continua violando

obrigações jurídicas internacionalmente pactuadas. Ressalta-se, ainda, que a ONU Mulheres igualmente propõe a igualdade de gêneros objetivando o fortalecimento dos Direitos Humanos das mesmas que, em pleno século XXI, ainda encontra muitas resistências e obstáculos que precisam ser superados.

As vítimas de crimes online, são vítimas de violência emocional e moral e, em muitos casos, também patrimonial. A violência emocional, leva a uma enfermidade psíquica que num primeiro momento, não causa danos aparentes, porque ficam depositados na alma da pessoa que sofreu a violência e aos poucos vai causando danos irreparáveis em seu organismo, ocasionados pelo medo, angústia, insegurança, baixa autoestima, depressão entre outros sintomas, que podem até levar ao suicídio.

Sendo assim, é evidente que as mulheres possuem o direito de serem indenizadas pelos danos sofridos, de forma que para tanto a legislação cível encontra solução através no princípio da boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do Código Civil (Brasil, 2002). Nesse mesmo sentido, a legislação criminal também possui previsões, quando no artigo 171 do Código Penal menciona sobre estelionatos afetivos (Brasil, 1984). Em ambos os casos se percebe a possibilidade de se estender as expressas previsões ao meio virtual.

Nesse sentido, percebe-se a importância da interpretação sistêmica por parte do judiciário, ao dar voz e inserir a visão de gênero – e toda a análise das causas da perpetuação de tais violências contra mulheres – em debates. Após uma apurada análise, foi possível encontrar algumas decisões de Tribunais de Justiça acerca de estelionato sentimental, sendo a maioria relacionada a questões cíveis, percebendo-se uma forte resistência quanto a sua incidência em questões criminais. Para tanto, a realização de tais pesquisas se fez com base em buscas nas plataformas jurídicas, utilizando “estelionato sentimental” como a palavra-chave nas barras de busca.

Assim, verificou-se que o conceito de estelionato sentimental surgiu pela primeira vez na decisão sentença da 7ª Vara Cível de Brasília que fixou o pagamento de indenização por danos materiais em razão da vantagem e da violação do princípio da boa-fé objetiva (Jatobá Guidá, 2020). No entanto, ressalta-se que a referida sentença não utilizou o termo “estelionato sentimental” e gerou o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PROCESSO CIVIL. TÉRMINO DE RELACIONAMENTO AMOROSO. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. RESSARCIMENTO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ABUSO DO DIREITO. BOA FÉ OBJETIVA. PROBIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Deve ser mantida a sentença a quo eis que, da documentação carreada para os autos, consubstanciados em sua maior parte por mensagens trocadas entre as partes, depreendendo-se que a autora/apelada efetuou continuadas transferências ao réu; fez pagamentos de dívidas em instituições financeiras em nome do apelado/réu; adquiriu bens móveis tais como roupas, calçados e aparelho de telefonia celular; efetuou o pagamento de contas telefônicas e assumiu o pagamento de diversas despesas por ele realizadas, assim agindo embalada na esperança de manter o relacionamento amoroso que existia entre os ora demandantes. Corrobora-se, ainda e no mesmo sentido, as promessas realizadas pelo varão-réu no sentido de que, assim que voltasse a ter estabilidade financeira, ressarciria os valores que obteve de sua vítima, no curso da relação. 2. Ao prometer devolução dos préstimos obtidos, criou-se para a vítima a justa expectativa de que receberia de volta referidos valores. A restituição imposta pela sentença tem o condão de afastar o

enriquecimento sem causa, sendo tal fenômeno repudiado pelo direito e pela norma. 3. O julgador não está obrigado a pronunciar-se quanto a todos os dispositivos de lei invocados pelas partes, quando entender ser dispensável o detalhamento na solução da lide, ainda que deduzidos a título de prequestionamento. 4. Recurso conhecido e não provido. (Distrito Federal, 2015).

Foi possível verificar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal é o mais avançado nesse entendimento, tendo proferido o maior número de decisões após pesquisas relacionadas ao termo “Estelionato Sentimental”, sendo o que detém precedentes mais bem fundamentados e sólidos, conforme se verifica no acórdão abaixo ementado, datado de 06/05/2021:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTELIONATO AFETIVO. ESTELIONATO AMOROSO. ESTELIONATO SENTIMENTAL. MEIO ARDIL. RELAÇÃO AFETUOSA. VANTAGEM ECONÔMICA. DEMONSTRAÇÃO. RESTITUIÇÃO DE VALORES. POSSIBILIDADE. CONFIANÇA. LEALDADE. VIOLAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. REDUÇÃO. VIABILIDADE. 1. A responsabilidade civil exige a presença concomitante de três elementos: conduta ilícita, dano e nexo de causalidade. 2. O estelionato afetivo é uma prática que se configura a partir de relações emocionais e amorosas, cujo conceito se toma por empréstimo daquele definido no artigo 171, do Código Penal. Quando o agente se utiliza de meio ardil para obter vantagem econômica ilícita da companheira, aproveitando-se da relação afetiva, está configurado o delito de estelionato. (Acórdão 1141866, 20170710039550 APR, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 29/11/2018, publicado no DJE: 18/12/2018. Pág.: 117/142). 3. Demonstrado que o réu induziu/manteve a autora em erro e que, após nutrir seus sentimentos e obter sua confiança, aproveitou-se da relação estabelecida para obter vantagens econômicas, terminando o relacionamento logo em seguida, resta configurada a prática do estelionato afetivo. [...] 5. A aparência de boa-fé, de credibilidade, é a fonte do sucesso de quem fraudas expectativas alheias legítimas para obter indevida vantagem econômica. O impostor não se assemelha aos impostores. O astuto não traz a má-fé estampada na face nem nasce com estrela na testa. O impostor apresenta-se, sempre, como um ser humano perfeito. [...] 9. O estelionato afetivo viola os deveres de confiança e de lealdade, além de causar frustração, insegurança, vergonha e constrangimentos para a vítima, o que constitui fato ofensivo ao seu direito de personalidade. Precedente. [...] 11. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Distrito Federal, 2022).

Ainda, cabe mencionar que quando a vítima busca se socorrer do poder judiciário para reaver os valores que lhe foram usurpados, somados a uma indenização moral pelos prejuízos biopsíquicos que sofreu por parte do estelionatário, é extremamente difícil fazer prova do fato ocorrido. Assim, algumas decisões vêm entendendo pela condenação do estelionatário ao ressarcimento dos valores que de má-fé e mediante fraude, induziu a vítima em erro, utilizando-se da vulnerabilidade emocional das mesmas, através de uma relação não correspondida.

Ressalta-se também, a necessidade de uma análise sociocultural, uma vez que, conforme acima ressaltado, a constante necessidade em encontrar o “príncipe encantado” impostas às mulheres colabora na acentuação das vulnerabilidades. Isso porque, no atual contexto social, este tipo de violência está nos seus mais diferentes códigos, incrustada no pensamento estereotipado de homens e mulheres herdeiros de uma cultura retrógrada, que segue perpetuando a ideia de dominação masculina.

O sistema de valores continua a replicar velhos estigmas e a passar às gerações as restrições humanas. A cultura é transmitida por meio de gerações e o que se denota é que a construção de leis (produção normativa), bem como uma significativa quantidade de políticas públicas que desenvolvam a igualdade de gêneros, não é suficiente para a transformação para ressignificação da mulher no contexto de mundo Ocidental. (Costa; Fontana, 2016, p. 193).

É exatamente este tipo de comportamento que legitima a violência física, estupro, torturas psicológicas, violência patrimoniais, entre outras. Os crimes virtuais continuam aumentando e legitimando o preconceito, a discriminação e o sentimento de tolerância por parte das autoridades responsáveis pela solução do problema, sem contar que a legislação brasileira é praticamente ineficaz nesta área.

Por tais razões, entende-se positiva as decisões jurisprudenciais que vem traçando uma análise a partir de estudos feministas, inserindo os recortes de gênero. Contudo, é possível perceber como a violência de gênero encontra diariamente novas formas de se perpetuar, de maneira que as esferas punitivas não se demonstram como o melhor caminho na erradicação. Pelo contrário, a esfera criminal, de penalização, não é capaz de desconstruir pensamentos enraizados no âmbito social.

Apesar da existência das normativas nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, ainda existe no Brasil uma enorme carência de políticas públicas para prevenção desse tipo de crime – estelionato sentimental virtual – que continua fazendo vítimas diuturnamente. Sendo assim, na luta pela legitimação dos seus direitos em pleno século XXI, muitas barreiras ainda precisam ser quebradas e muito direitos precisam ser conquistados.

O combate às desigualdades e, especialmente, à discriminação, requer atitudes não só punitivas, mas também atos que construam uma nova cultura política na sociedade, e esse trabalho é, de fato, árduo e contínuo. Aos governos cabe fazer cumprir a norma constitucional de igualdade e não discriminação reiterada pelas diversas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil<sup>53</sup> e cabe, ainda, a implementação de políticas que corrijam as desigualdades historicamente construídas, bem como sejam oferecidas iguais oportunidades para homens e mulheres, negros e brancos, mas sempre respeitando suas diferenças, contribuindo para a modificação do padrão cultural vigente, que ainda enxerga os negros e as mulheres em escala inferior na hierarquia de poder social. (Costa; Fontana, 2016, p. 199).

Portanto, mais importante do que a criação de novas legislações específicas, é necessário que haja uma mudança de comportamentos socioculturais que seja capaz de estancar a facilidade de perpetuação da violência de gênero. É necessário que o Poder Judiciário insira – como já vem fazendo – as questões de gênero, interpretando a partir da visão do contexto vivenciado. Contudo, trata-se apenas de medidas de punição e/ou responsabilização, ou seja, que sozinhas e sem a inserção de políticas públicas preventivas, não são capazes de solucionar o problema diante dos altos índices de violência contra mulheres, sobretudo nas redes sociais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou estudar a configuração da crescente prática de estelionato sentimental virtual, que vem tomando cada vez mais forma na atual sociedade, sobretudo no âmbito das relações pós-modernas do século XXI, isto é, das relações afetivas criadas no ambiente virtual. Sendo assim, foi analisado o contexto sociocultural que leva à necessidade feminina de encontrar o “príncipe encantado”, corroborando para a vulnerabilidade emocional e psíquica feminina, bem como a necessidade de dependência.

Sendo assim, foi possível perceber que, apesar dos inúmeros avanços nos direitos femininos no último século, a sociedade pós-moderna ainda vem permeada pela cultura patriarcal, com o machismo enraizado em suas práticas. Dessa forma, o ambiente virtual tornou-se mais um ambiente de perpetuação e reprodução da violência de gênero.

Nesse sentido, torna-se necessário, um estudo aprofundado de gênero para que se possa evoluir a partir da consciência da subordinação cultural existente, na tentativa de alterar os costumes já pré-estabelecidos. Portanto, a partir da análise das repercussões de tais práticas na esfera jurídica, como sendo a “*última ratio*” na concretização dos direitos das mulheres, a jurisprudência atual, apesar de esparsa, vem entendendo pela aplicação dos estudos de gênero na interpretação das decisões.

Contudo, também foi possível identificar que a simples punição, que vem tangenciada pela criminalização, por si só, não é capaz de alterar os contornos da violência de gênero, uma vez que a prática de estelionato sentimental virtual demonstra a facilidade com que a cultura machista é capaz de oprimir as mulheres, bem como retirar direitos.

Nesse sentido, a violência online contra a mulher reforça a cultura machista e patriarcal de uma sociedade secularmente repressora, preconceituosa e discriminatória, trazendo a necessidade acerca da reeducação sobre essa temática, na tentativa de se criar um novo paradigma sociocultural, que possa servir de futuro para as novas gerações.

## REFERÊNCIAS

- BORDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Tradução Maria Helena Kuhner. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BRASIL. *Decreto Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, [1940]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 15 fev. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, [2002]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 15 fev. 2023.
- BUFFARDI, Laura; CAMPBELL, Keith. Narcissism and social networking websites. *Personality and Social Psychology Bulletin*, Virginia, v. 34, p. 1303-1314, 2008. Disponível em: [https://www.people.vcu.edu/~jldavis/readings/Buf-fardi\\_&Campbell\\_\(2008\).pdf](https://www.people.vcu.edu/~jldavis/readings/Buf-fardi_&Campbell_(2008).pdf). Acesso em: 25 fev. 2023.
- BUTLER, Judith. *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of “Sex”*. New York: Routledge, 1993.
- BUTLER, Judith. *Violencia de Estado, guerra, resistência: Por una nueva política de la izquierda*. Madrid: Katz editores, 2011.



CARNEIRO, Raquel. O 'Golpista do Tinder' é banido do aplicativo e faz ameaças após filme. *Veja*, 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/tela-plana/o-golpista-do-tinder-e-banido-do-aplicativo-e-faz-ameacas-apos-filme/>. Acesso em: 15 fev. 2023.

COSTA, Marli M.; FONTANA, Eliane. A nova mulher em uma nova comunidade: um recorte entre as comunidades tradicionais e as sociedades atuais em matéria de gênero. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 21, n. 1, p. 182-214, 2016. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8764/4887>. Acesso em: 27 mar. 2022.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 20130110467950*. Relator: Des. Carlos Rodrigues, 8 de abril de 2015. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 15 fev. 2023.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 701502-98.2018.8.07.0011*. Relator: Des. Diaulas Costa Ribeiro, 8 de maio de 2022. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 15 fev. 2023.

GARCIA, Carla Cristina. *Breve História do Feminismo*. São Paulo: Claridade, 2015. E-book.

JATOBÁ GUIDA, Marcela. Estelionato sentimental virtual: medidas preventivas e corretivas. *Opice Blum Academy*, 2020. Disponível em: <https://opiceblumacademy.com.br/estelionato-sentimental-virtual/>. Acesso em: 15 fev. 2023.

'O GOLPISTA do Tinder': quem é Simon Leviev, acusado de roubar mulheres que conhece pelo app. *BBC News*, 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-60300639>. Acesso em: 8 fev. 2023.

SARWAR, Muhammad; SOOMRO, Tariq Rahin. Impact of smartphones on society. *European Journal of Scientific Research*, [s. l.], v. 98, p. 216-226, 2013. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/236669025\\_Impact\\_of\\_Smartphone%27s\\_on\\_Society](https://www.researchgate.net/publication/236669025_Impact_of_Smartphone%27s_on_Society). Acesso em: 15 fev. 2023.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez., 1995.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2004.

ZANELLO, Valeska. *Saúde mental, gênero e dispositivos: cultura e processos de subjetivação*. Curitiba: Appris, 2018.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 05/05/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/06/2023
- Avaliação 1: 09/07/2024
- Avaliação 2: 15/02/2025
- Decisão editorial preliminar: 16/02/2025
- Retorno rodada de correções: 25/02/2025
- Decisão editorial/aprovado: 30/07/2025

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO MULTIFORME DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS

MEDIATION: AN ANALYSIS OF THE MULTIFORM ACTION OF PUBLIC ADMINISTRATION IN THE CONSENSUAL RESOLUTION OF CONFLICTS

JAQUELINNE MICKAELLY GALINDO<sup>1</sup>

MARCUS BRENER GUALBERTO DE ARAGÃO<sup>2</sup>

PAULO MÁRCIO REIS SANTOS<sup>3</sup>

## RESUMO

Nos últimos anos, o sistema de justiça vem experimentando uma grande expansão. Fechado em estruturas rígidas ligadas ao monopólio do exercício da jurisdição estatal, foi surpreendido com o surgimento de uma série de métodos alternativos de resolução de conflitos, dentre os quais, destaca-se a mediação. A presente pesquisa busca compreender de que modo a elasticidade de atuação da administração pública no campo da mediação contribui para a horizontalização da relação entre as partes interessadas na solução negociada e, consequentemente, para a efetivação de direitos. Assim, tem-se como objetivo norteador revelar as multifacetadas da Administração Pública na utilização/desempenho da mediação. Nesse caminho é fundamental estudar exemplos de como outros países adotaram este sistema, identificar a base principiológica constitucional que legitima a adoção de técnicas de consensualidade no âmbito da administração pública e examinar o seu papel como incentivadora, identificar sua atuação enquanto parte e verificar como esta exerce o papel de mediadora do conflito passível de resolução consensual. Para atender aos objetivos propostos, o presente trabalho utiliza o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica cuja abordagem é qualitativa, que tem como principal característica o aprofundamento no contexto em estudo e a possibilidade de interpretar os dados perante a realidade.

**Palavras-chave:** resolução consensual de conflitos; mediação; administração pública; horizontalização na negociação; efetividade dos direitos.

- 1 Bacharelado em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (2017) e mestrado em DIREITO com área de concentração em História do Pensamento Jurídico, na linha de pesquisa de História das ideias penais pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (2019). ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0009-1694-7112>.
- 2 Mestrando em Direito, em Métodos adequados de resolução de conflitos pela Ambra University: Orlando, Flórida, US. Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Notarial e Registral. FACULDADE CERS: Recife, BR. Pós-Graduação Lato Sensu em Processo Civil Contemporâneo: novas tendências. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, BR. Graduação em Direito. Universidade Federal do Pará: Belém, BR. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0009-0895-2544>.
- 3 Doutorado em Direito (conceito CAPES 7). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, FDUFGM, Brasil. Mestrado em Direito (conceito CAPES 7). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, FDUFGM, Brasil. Especialização em Direito de Empresa. Centro de Atualização em Direito, CAD, Brasil. Graduação em Direito. Universidade FUMEC. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3279-8136>.

## Como citar esse artigo:/How to cite this article:

GALINDO, Jaqueline Mickaelly; ARAGÃO, Marcus Brenner Gualberto de; SANTOS, Paulo Márcio Reis. Mediação: uma análise da atuação multiforme da Administração Pública na resolução consensual dos conflitos. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 126-140, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i2.10046>.

**ABSTRACT**

*In recent years, the justice system has experienced significant expansion. Confined within rigid structures tied to the monopoly of state jurisdiction, it has been surprised by the emergence of various alternative methods for conflict resolution, among which mediation stands out. This research aims to understand how the flexibility of public administration's role in the field of mediation contributes to a more horizontal relationship between the parties involved in negotiated solutions and, consequently, to the realization of rights. Thus, the guiding objective is to reveal the multifaceted role of public administration in the use/performance of mediation. Along this path, it is essential to study examples of how other countries have adopted this system, identify the constitutional principles that legitimize the adoption of consensual techniques within public administration, and examine its role as an enabler. Additionally, we must explore its role as a party and how it acts as a mediator in conflicts amenable to consensual resolution. To achieve these goals, this work employs the hypothetical-deductive method through qualitative bibliographic research, characterized by in-depth exploration of the study context and the interpretation of data in light of reality.*

**Keywords:** consensual conflict resolution; mediation; public administration; horizontalization in negotiation; effectiveness of rights.

## 1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é uma garantia fundamental do cidadão, prevista na Constituição Federal, ligada à importante função de garantir a efetividade dos direitos. Acontece que o Poder Judiciário passa por um acúmulo excessivo de processos, resultando numa lentidão sistêmica da prestação jurisdicional.

Neste panorama, o tema da desjudicialização do direito ganhou força e a adoção de novas técnicas de resolução de conflitos se impôs. Foi assim que o Estado, antes centralizador, passou a se inserir em um diversificado sistema de acesso à justiça. Através da justiça multiportas, o indivíduo passou a ter à disposição variadas formas de tutela de direitos, podendo escolher aquela mais adequada ao conflito posto.

Dentro desta nova realidade, destaca-se o instituto da mediação, consistente numa técnica de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial busca construir um caminho coordenado de diálogo entre indivíduos em situação de conflito com a finalidade de solucioná-lo.

O presente artigo busca responder o seguinte questionamento: é possível afirmar que a atuação multifacetada da administração pública no campo da mediação é fator de corroboração para a efetividade da solução consensual de conflitos de forma democrática? Como hipótese, destaca-se que o desempenho multiforme da administração pública na seara da mediação, além de ofertar maior efetividade aos direitos em pauta, fomenta a cultura democrática de resolução consensual de conflitos.

A pesquisa adota o método hipotético-dedutivo, como indicado logo acima, foi desenvolvido um questionamento norteador e foi apresentada uma hipótese de modo que a estruturação do presente artigo é voltada à verificação da validade ou não da proposição apresentada. Para tanto, a abordagem de natureza qualitativa se apresenta como ferramenta apropriada para a compreensão da atuação multiforme desempenhada pela Administração Pública no campo da mediação e possibilita aprofundar o entendimento sobre a temática a partir da realização

de pesquisa bibliográfica, da análise da legislação afeta à matéria e do estudo da experiência no direito comparado, o que oferta uma abordagem crítica e reflexiva sobre o fortalecimento da cultura consensual na resolução das demandas de interesse da Administração Pública.

Assim, tem-se como objetivo norteador revelar as multifacetadas da Administração Pública na utilização/desempenho da mediação. Nesse caminho é fundamental analisar exemplos de como outros países implementaram este instituto no âmbito da administração pública, identificar a base principiológica constitucional que legitima a adoção de técnicas de consensualidade no âmbito daquele universo e examinar o papel da Administração Pública no desempenho de cada uma de suas multifaces na desenvoltura do instituto frente ao conflito passível de resolução consensual.

A justificativa da temática reside em contribuir para a visibilidade das práticas de mediação na seara da administração pública e estimular a realização de negociações mais horizontais no âmbito da administração pública, possibilitando uma solução consensuada de conflitos em que as partes encontrem estímulos ao efetivo cumprimento do acordado, possibilitando uma clara postura de garantia de direitos fundamentais. Para tanto, revelará as diversas facetas da mediação no âmbito da administração pública, transitará pela abordagem da administração pública atuando como incentivadora da utilização do instituto como forma de solução de conflito, como uma das partes da contenda e, por fim, atuando efetivamente como mediadora.

## 2. MEDIAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A EXPERIÊNCIA NEERLANDESA

Os métodos alternativos de solução de litígios não são exclusividade do Brasil. Na verdade, verifica-se no cenário internacional um grande impulso para adoção dessas técnicas nas diversas jurisdições nacionais.

Em razão da evidente eficiência destes métodos, a comunidade internacional fomenta sua utilização tanto no âmbito interno dos países como em negociações internacionais envolvendo países diversos.

Como exemplo, podemos citar a Carta das Nações Unidas que em 1945 (Organização das Nações Unidas, 1945) já propunha que as controvérsias que ameacem a paz e a segurança jurídica internacional poderão ser resolvidas de forma negociada, através, por exemplo, de mediação, conciliação, arbitragem (art. 33.1, cap. VI).

Diante disso, diversos países foram adotando em seus ordenamentos jurídicos técnicas de solução de conflitos que correspondessem a uma alternativa ao exercício da jurisdição estatal. Evidentemente, o Brasil, como mais adiante se detalhará, foi um deles. Porém, neste tópico se destacará uma experiência internacional: Os Países Baixos.

Tratando especificamente da mediação no âmbito da administração pública, o estudo da experiência neerlandesa é capaz de trazer significativas contribuições ao cenário nacional. Trata-se de um país com um consolidado estado de bem estar social em que o Estado possui grande impacto na vida social.

A prática de mediação nos diferentes âmbitos da administração pública está disseminada no país europeu, porém, como não poderia ser diferente, algumas idiossincrasias chamam a atenção. Primeiro, é que o instituto é fomentado para casos mais simples, de forma a desestimular o acesso ao judiciário de menor complexidade.

Segundo Cavalheiro e Moreira (2021, p. 897), desde 2016 o citado país possui uma lei específica sobre mediação que prevê expressamente o uso do instituto no âmbito da administração pública.

Ainda segundo os autores, a participação da administração pública começa numa peculiar fase chamada de pré-mediação, oportunidade em que o poder público e o particular verificam a compatibilidade da contenda com a mediação. Mas não é raro que já nesta fase atinja-se a solução do conflito. Importante mencionar que o instituto pode ser iniciado por iniciativa da administração pública e não apenas do particular.

Não havendo acordo na fase preliminar, o ente público nomeia um mediador, entre aqueles previamente listados e qualificados, que facilitará o diálogo entre as partes na busca negociada do consenso. Celebrado o acordo, o feito é encerrado havendo divisão das custas. Caso após o acordo haja alguma controvérsia sobre o mesmo tema ou se tratando de um acordo parcial, o caso passa a atenção de um tribunal administrativo. Não havendo acordo de nenhuma ordem, as partes são levadas ao judiciário.

É possível observar que a mediação é uma técnica disseminada nos Países Baixos que adaptou a sua utilização no âmbito da administração pública que ainda que em obediência ao princípio da informalidade, apresenta certo rigor procedimental. Sem, contudo, abrir mão da celeridade, redução de custos e eficiência.

### **3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO FONTE LEGITIMADORA DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Nos últimos anos, a mediação foi encontrando cada vez mais espaço na administração pública e o legislador brasileiro, passo a passo, foi introduzindo o instituto na vida pública nacional. O que possibilitou a facilitação do diálogo entre as partes envolvidas num litígio com o estado. Estimulando a realização de uma negociação horizontal e a adoção de uma solução consensuada, capaz de incentivar às partes ao efetivo cumprimento do acordado. Nesse sentido, Pinho e Ramalho (2017, p. 313) pontuam que “o grande diferencial da mediação é promover a integração entre ambos os litigantes em busca da solução do seu conflito quando comparada às soluções impositivas características dos modelos não consensuais.”

Antes de esmiuçar o instituto e a sua aplicabilidade na administração pública é essencial revisitar os fundamentos constitucionais que legitimam a aplicação da mediação na seara pública.

Segundo Souza (2014, p. 61), a adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos que envolvem o poder público encontra fundamentação jurídica na constituição federal. A autora aponta que o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), o princípio da eficiência (art. 37, cabeça) e o princípio democrático (art. 1º), todos insculpidos no texto constitucional (Brasil, 1988), são os três grandes eixos que não apenas permitem a consensualidade no âmbito da administração pública, mas impulsionam a sua adoção.

Ao mesmo passo que a juridicidade basilar do estado brasileiro predica que o acesso à jurisdição deve ser universal e sem barreiras, acrescenta a necessidade da sua eficiência, que, por sua vez, pautar-se-á na utilização de métodos democráticos, ou seja, em que o diálogo seja essencial.

Assim, as partes deverão ter a sua disposição um catálogo de métodos de resolução de conflitos que apresentem uma significativa relação de custo-benefício, baseada em fatores como: tempo, custos e resultados. Tudo isso para possibilitar um consenso voluntário entre os envolvidos, mesmo que de alguma forma envolva entes públicos.

Então, partindo do pressuposto de que os princípios constitucionais representam uma fonte legitimadora para todo o ordenamento jurídico, a restrição aos particulares de métodos alternativos de conflitos não tem fundamento na estrutura normativa piramidal brasileira.

Como não poderia ser diferente, uma série de leis foram editadas como forma de garantir a efetivação dos comandos constitucionais acima tratados. Destaca-se, o novo código de processo civil (Brasil, 2015a), e a lei n. 13.140/2015 (Brasil, 2015b) que, entre outras coisas, dispôs sobre a mediação no âmbito da administração pública.

Estas duas normativas, como veremos, ancoradas naquele paradigma constitucional, popularizaram a adoção da mediação como forma de resolução de conflitos que contam com a participação da administração pública. De forma a possibilitar uma solução consensual de um conflito de forma rápida, econômica e eficaz, alcançada dentro de um processo democrático de negociação. Que, por evidente, tem como norte a garantia de direitos fundamentais.

Assim, é possível observar que a referida postura estabelece uma mudança de paradigma na forma que historicamente ocorria a solução de conflitos: antes pautada na jurisdição estatal; agora, na solução negociada pelos próprios interessados. Através de um processo de empoderamento das partes que, cientes do poder de decisão que passam a ostentar, manifestam com propriedade seus interesses na negociação. Criando um clima propício ao cumprimento pleno e efetivo do acordado.

Não apenas isso, através do estudo destes princípios constitucionais observa-se que a mediação, enquanto método de solução de conflitos, não apenas é compatível com os princípios administrativos como corrobora para a efetivação desses princípios na medida em que a adoção razoável de técnicas mais eficientes de resolução de conflitos figura como oportunidade de melhor cumprir o interesse público, que por sua vez pode ser equalizado com o interesse particular, buscando assim a garantia e efetividade de direitos fundamentais, fomentando a construção de um processo democrático de resolução de conflitos.



#### 4. MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO COMO INCENTIVADOR DA SOLUÇÃO NEGOCIADA DE CONFLITOS

Dentre as várias formas de mediação envolvendo a administração pública, Braga Neto (2020, p. 189) destaca aquela em que o poder público funciona como órgão incentivador de um acordo antes de proferir uma decisão num processo de sua competência. Como exemplo, o autor cita as instituições de prevenção e resolução de conflitos entre órgãos públicos. Trata-se de instituto previsto no novo código de processo civil e no marco legal da mediação.

A lei n. 13.105/2015 prevê em seu artigo 174 (Brasil, 2015a) que o poder executivo de todas as esferas criará câmaras de mediação e conciliação com a atribuição de buscar a solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, em especial, solucionando conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública.

Ao mesmo passo, a lei n. 13.140/2015 (artigo 32) possibilitou a criação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (Brasil, 2015b). Que devem funcionar no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, tendo como principal função a resolução de conflitos entre órgãos e entidades da administração pública.

Trata-se de uma disputa de interesses entre órgãos públicos cujo conflito é tratado em primeiro lugar por centros especializados em prevenção e resolução administrativa de conflitos que, na maioria das vezes, estão albergados nos órgãos de controle. Que possuem a função decisória caso não ocorra a solução consensual.

Nesta ótica, tem-se a administração pública como incentivadora de um acordo alcançado através da mediação entre as partes, que serão entes públicos. Porém, o ponto de vista principal que se aqui se coloca, é sobre o papel do poder público como um polo fomentador da solução consensual. Na medida em que assume a função de criação de centros de prevenção e resolução administrativa de conflitos através da mediação.

Portanto, verifica-se que a administração pública funciona como incentivadora de uma solução negociada, através de um processo cooperativo de ampliação do diálogo entre os interessados. Visando prevenir a litigiosidade estatal e garantir a efetividade de direitos de forma mais célere e econômica.

Mais uma vez, o ponto nevrálgico em análise é o funcionamento da administração pública como promotora de instrumentos alternativos de resolução de conflitos por toda a sua estrutura. Permitindo a solução de embates entre órgãos públicos por meio de instrumentos administrativos, como a mediação.

Tanto é assim que a chamada lei de mediação, em seu artigo 33, predica que enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos através do procedimento de mediação comum. Funcionando como um evidente induzimento à criação das citadas câmaras e à estruturação da mediação pública.

Trata-se do estabelecimento de uma cultura de prevenção de conflitos, além do estabelecimento de uma estrutura organizacional de solução consensual de disputas no âmbito público. Com vistas a reduzir a conhecida litigiosidade estatal.

Cuéllar e Moreira (2018, p. 133) defendem que estas espécies normativas criaram na verdade um dever normativo para a administração pública de enviar esforços para a composição amigável dos conflitos de interesses surgidos no âmbito público.

Segundo os autores, esta nova sistemática de resolução de conflitos na esfera pública seria nada mais que um corolário da autotutela administrativa:

Em outras palavras: da mesma forma que à Administração é assegurada a competência para a autotutela de seus interesses, a ela cabe a respectiva autocomposição. O gestor público não é obrigado a sempre recorrer a conflitos e a terceiros com o escopo de encerrar contratos. Tampouco necessita de ser constrangido a praticar exclusivamente atos unilaterais de alteração e/ou encerramento. Ao contrário e conforme visto acima, quando menos desde 2015, a Administração Pública brasileira possui o dever de, previamente a qualquer litígio, esforçar-se em procurar meios adequados para a autocomposição pacífica dos interesses estampados nos negócios jurídicos que pactua. (Cuéllar; Moreira, 2018, p. 128)

É evidente que se trata de uma política pública de solução negociada de conflitos estatais na própria esfera estatal. O legislador brasileiro, atento aos ditados constitucionais, como forma de impulsionar a solução amigável de conflitos públicos, previu uma intrincada relação procedimental de resolução amigável de conflitos.

Toda a estrutura normativa estudada induz os gestores públicos à criação de instituições de prevenção e resolução de conflitos públicos. Mas não apenas, visam a efetiva utilização dessas estruturas.

Em primeiro lugar, verifica-se a alongada competência das câmaras, que segundo o art. 32 da lei de mediação (Brasil, 2015b) envolve não apenas conflitos entre órgãos e entidades da administração pública mas também controvérsias entre particular e pessoa jurídica de direito público (incisos I e II).

A seguir, estabelece certa autonomia aos entes públicos em determinar o modo de composição e funcionamento das câmaras através de regulamento próprio (parágrafo 1º do citado artigo).

Outro ponto de destaque na atratividade destas instituições de prevenção e resolução de conflitos é que as decisões alcançadas em negociação mediada terão força de título executivo extrajudicial.

Como se sabe, a escolha de métodos de resolução de conflitos passa em grande escala pela análise de sua eficiência. Intuitivamente ou em elaborada análise econômica do direito, as partes em conflito tendem a escolher métodos de resolução mais eficazes, ou seja, que diminuam os custos de transação envolvidos. Desde que, por óbvio, resolva definitivamente o embate.

Foi exatamente essa a estratégia adotada pelo legislador quando conferiu força de título executivo extrajudicial às decisões consensuais alcançadas pelas câmaras. Tais títulos têm como grande êxito evitar a discussão de um processo de conhecimento e levá-lo imediatamente ao processo executivo, diminuindo radicalmente os custos de transação envolvidos na negociata.

Dentro dessa nova estratégia de popularização de métodos alternativos de solução de conflitos, destaca-se ainda a previsão da suspensão da prescrição quando da instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública (art. 34, cabeça) (Brasil, 2015b). O que é capaz de trazer tranquilidade às partes em se submeter a este procedimento, pois, em caso de insucesso, o direito poderá ser postulado em juízo sem risco de perecimento pelo decurso do tempo.

Verifica-se assim, toda uma estrutura normativa criada no bojo de uma política pública voltada a fomentar a consensualidade no âmbito público e, por via de consequência, contribuir para a mitigação da litigiosidade no âmbito estatal.

## **5. MEDIAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A EFETIVAÇÃO DA TUTELA DO INTERESSE PÚBLICO POR MEIO DA TOMADA DE DECISÃO CONSENSUAL**

Neste ponto de vista, Braga Neto (2020, p. 199) indica que a Administração Pública é um dos polos da controvérsia, ou seja, é uma das partes em conflito e então submeter-se-á à mediação pública. Ainda segundo o autor, consiste no emprego da Mediação para resolução de conflitos decorrentes de contratos com entes públicos findos ou em execução.

Assim, como forma de evitar a desenfreada litigiosidade estatal, cada vez mais os entes públicos procuram transigir questões contratuais discordantes com particulares.

Trata-se de um ambiente propício não apenas aos particulares, mas fundamentalmente à administração pública que, imersa num ambiente de imparcialidade, também poderá buscar de forma eficaz e consensual a tutela do interesse público.

Pinto (2022, p. 126) descreve que a Lei de Mediação para além de apresentar o microsistema de resolução não jurisdicional de conflitos, trouxe institutos destinados a resoluções que envolvam a Administração Pública.

Tem-se aqui a intervenção de um terceiro imparcial que junto às partes (entes públicos e particulares) buscará a solução pacífica da contenda, maximizando os ganhos e minimizando as perdas para os transigentes, numa clara operação “ganha-ganha”.

Críticos a este modelo apontam que o interesse público não deixa espaço para consensualidade, porque seria indisponível e supremo. Sobre isso, precisas são as lições de Cuéllar e Moreira (2018, p. 121) quando dissertam que a função do mediador é exatamente de tornar o mais horizontal possível a relação entre o poder público e o particular.

Cabe ao árbitro equalizar os interesses das partes envolvidas a fim de tornar viável o diálogo das partes, que será, evidentemente, sobre direitos passíveis de negociação.

Portanto, a mediação não servirá para dissimular o interesse público ou lhe submeter ao privado. Pelo contrário, trata-se de mais uma ferramenta que buscará o cumprimento do interesse público em composição com o particular.

Ao mesmo passo, é importante anotar que, como aponta Souza (2014, p. 67), não existe supremacia do interesse público frente a direitos fundamentais, que possuem status constitucional. Continua a autora afirmando que o que pode haver é uma colisão de direitos/interesses que podem ser harmonizados através da adoção de técnicas de negociação. Até porque, a legalidade, antes apontada como obstáculo à imersão do poder público na mediação, por muito não é mais um problema. Segundo Salvo (2018, p. 101-102), trata-se de uma releitura da indisponibilidade do interesse público, que leva a Administração Pública a adotar novos métodos para resolver conflitos e essa mudança de paradigma resulta em uma Administração paritária, na qual se prioriza o encontro de interesses por meio da concessão de certas prerrogativas estatais, sem prejudicar a busca pelo interesse público.

Como já dito no tópico acima, as novas normativas sobre o tema incentivam as partes em disputa a buscarem a consensualidade. Pautados nos paradigmas constitucionais já abordados, o novo código de processo civil e a lei de mediação são prolixos em incentivar a resolução pacífica de conflitos, (Cuéllar; Moreira, 2020, p. 147) destacam que ambos os diplomas - Código de Processo Civil e a Lei de Mediação - discorrem sobre a utilização de autocomposição envolvendo conflitos protagonizados pela Administração Pública e da criação de câmaras para concretização das referidas práticas.

A lei n. 13.140/2015, no seu nascedouro já termina com qualquer discussão, quando determina que a mediação serve como meio de solução de controvérsias entre particulares mas também na autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública (art. 1º) (Brasil, 2015b).

Continuando na mesma lei, tem o já anotado artigo 32 que além de incentivar a administração pública a criar os mecanismos necessários para prevenção e resolução administrativa de conflitos, autoriza órgãos e entidades da administração pública a submeter-se à mediação (Brasil, 2015b). Apontando, ainda, que a mediação pública é possível no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público.

No mesmo sentido, tem-se a lei n. 13.105/2015, que no art. 174 (Brasil, 2015a) apresenta as mesmas previsões imediatamente acima tratadas. Sem contar toda a carga principiológica por trás da nova codificação que, inspirada na Resolução CNJ n. 125/2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário (Brasil, 2010), preocupou-se em demasia com os novos instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

Apenas a título de exemplo, nos parágrafos do artigo 3º do Código de Processo Civil, sacramentou-se que o Estado promoverá, quando possível, a solução consensual dos conflitos. Apontando que a mediação e outros métodos de solução consensual deverão ser estimulados por juízes, ainda que no curso do processo judicial (Brasil, 2015a).

Mais adiante, o código confere ao juiz poderes para promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, IV) (Brasil, 2015a).

Analisando os exemplos acima, verifica-se que em momento nenhum a codificação processual excluiu a administração pública destes novos preceitos, pelo contrário, incluiu-os no já citado artigo 174.

Pode-se apontar ainda várias outras passagens legislativas que autorizam a administração pública a celebrar ajustes amigáveis com particulares como forma de solver conflitos.

A lei n. 8.987/1995 estabelece que o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas dele decorrentes ou relacionadas, sem exclusão da arbitragem (art. 23-A) (Brasil, 1995). Há previsão parecida na lei n. 11.079/2004 que trata da parceria público-privada (Brasil, 2004) e na lei n. 12.462/2011 que institui o regime de contratação diferenciada, que admitem expressamente o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas decorrentes ou relacionados ao contrato (Brasil, 2011).

Destaca-se ainda a Lei nº 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos que em nos artigos 151 a 154 anotou mais uma vez a viabilidade de emprego da mediação nas controvérsias envolvendo entes estatais, prevendo a possibilidade de utilização de um comitê de resolução de disputas nos contratos administrativos (Brasil, 2021). Consolidando de vez o emprego amplo irrestrito dos meios alternativos de resolução de conflitos nos contratos administrativos, os dispositivos legais em comento, ao lado do art. 138, II, §2º da mesma Lei destacam a faculdade da Administração Pública em adotar métodos alternativos para extinguir contratos e solucionar eventuais controvérsias, o que explicita o estímulo do legislador ordinário à prática da consensualidade com a Administração Pública (Santos; Simões; Hasegawa, 2022, p. 195).

Chega-se então à lógica conclusão de que a administração pública está autorizada a participar de métodos alternativos de resolução de conflitos. Na medida que isso representa nada mais do que a extensão da autotutela administrativa, porque para Cuéllar e Moreira (2018, p. 127):

Seria por demais obtuso imaginar que a Administração Pública brasileira poderia fazer contratos de forma amigável (observadas as peculiaridades da lei e do caso concreto), mas estaria impedida de os desfazer amigavelmente (igualmente cumpridas tais singularidades). E se ela pode os destratar por meio de negociações privadas com o contratado, razão maior existe para que possa fazê-lo de modo ainda mais transparente, com a cooperação institucional de um mediador.

Até porque, não sendo isso, sobram poucos caminhos à administração pública, além de judicializar a demanda ou até mesmo impor ao particular ajustes unilaterais de vontade. Funcionando, portanto, a mediação pública como mecanismo garantidor de um procedimento democrático e consensual de tomada de decisão.

Agora, é importante registrar que de acordo com o parágrafo 5º do art. 32 da lei da mediação, a prevenção e a resolução de conflitos no âmbito da administração pública através da técnica de mediação poderá envolver o equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares. Cumprindo a regra do artigo 3º da referida legislação, no sentido de que a mediação deve versar sobre direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação (Brasil, 2015b).

O consenso induzido representa uma tendência das formas alternativas de litígio aplicadas à realidade Administrativa. A função mais ativa desempenhada pelo Mediador, pensado em termos institucionais e publicísticos, concede maior dinamismo a esses mecanismos, e os torna, ao mesmo tempo, mais eficazes que a conciliação.

## 6. MEDIAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO COMO MEDIADOR DE CONFLITOS

Por último, destaca-se a administração pública como mediadora de um conflito, que pode envolver particulares ou o próprio poder público nas suas diversas facetas. Nas palavras de Braga Neto (2020, p. 189) refere-se à hipótese em que a “Administração propõe o serviço da Mediação para toda e qualquer pessoa, seja física ou jurídica, como forma de acesso à ordem jurídica justa”

Trata-se da formação de uma estrutura competente por parte da administração pública para receber conflitos de direitos por toda sociedade e, através de técnicas alternativas de solução de conflitos, mediar as partes na busca de uma solução negociada.

Na verdade, este ponto de vista é fruto ou consectário lógico do primeiro. O desenvolvimento de uma política pública voltada à utilização do espaço público como incentivadora de métodos alternativos de solução de conflitos leva a uma conclusão básica acerca da necessidade de formação de estruturas por parte do Estado que receberá conflitos em larga escala, fornecendo subsídios à administração pública no exercício da função de mediadora de um conflito.

Alguns dos exemplos acima citados devem ser repetidos, mas com o enfoque diferente, pois neste ponto de vista preponderante é da função da administração pública como a mediadora de conflitos. Nesta perspectiva, podemos citar as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, que têm a principal função de solver conflitos entre órgãos e entidades da administração pública e entre estes e os particulares. Para o presente enfoque, referida estrutura tem especial relevância, nas palavras de Ferreira (2017, p. 327) a implementação de estruturas específicas para resolver esses conflitos dentro da Administração é crucial para viabilizar a mediação e a existência dessas estruturas possibilita que o cidadão exerça a oportunidade de dialogar com o Poder Executivo.

Essas câmaras podem ser criadas em todos os níveis da federação e funcionarão como receptáculo de conflitos acima abordados. Ainda que tenham estrutura de direito privado, comporão a administração pública indireta, contarão com servidores públicos de carreira ou temporários e dotação orçamentária.

Assim, se submeterão a todas as regras legais atinentes à mediação, em especial, os princípios insculpidos no artigo 2º da lei da mediação: imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé (Brasil, 2015b).

Não apenas, para ser admitido, o conflito em xeque deve ter como objeto direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação (art. 3º, cabeça) (Brasil, 2015b). Como por exemplo, disputas que repercutam no equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares

Em resumo, para que essas e outras estruturas levantadas pela administração pública tenham legitimidade para mediar conflitos, devem obedecer aos ditames legais, notadamente os artigos de lei destacados ao longo deste trabalho. Sem esquecer que cada ente federado regulamentará o modo de composição e funcionamento destas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (parágrafo 1º do art. 32 da lei de mediação) (Brasil, 2015b).



Então, a Administração Pública poderá atuar como mediadora, ou seja, como terceiro imparcial, tecnicamente capacitado para viabilizar o diálogo entre os interessados possibilitando que elas, por si mesmas, construam autonomamente a melhor solução para a contenda. De modo que a criação de um ambiente de consensualidade permitirá que os interessados e a administração pública possam em conjunto construir o melhor caminho na construção da solução e, assim, evitar a judicialização.

De modo a criar um ambiente de confiança entre a população e o poder público, capaz de fomentar técnicas alternativas de solução de conflitos no âmbito do poder público, reduzindo custos através de soluções céleres e negociadas, além de reprimir a desenfreada litigiosidade estatal.

Como demonstrado, não há empecilho algum à administração pública funcionar como mediadora de conflitos sociais, ainda que ela mesma esteja envolvida na disputa. Para isso, é necessário o estabelecimento de estruturas submetidas aos ditames legais e competentes para solução negociada do enlace. Assim como o desenvolvimento de uma política pública voltada para o fomento da utilização do espaço público que receberá conflitos em larga escala a fim de mediá-los, corroborando para resolução democrática do conflito de interesses, sem esquecer de função primordial de efetivação de direitos.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme indicado, a presente pesquisa buscou compreender de que modo a elasticidade de atuação da administração pública no campo da mediação contribui para a horizontalização da relação entre as partes interessadas na solução negociada e, consequentemente, para a efetivação dos direitos fundamentais.

Pôde-se observar que a administração pública está atenta aos novos paradigmas de resolução de conflitos. E não podia ser diferente, o poder público historicamente envolto em desenfreada litigiosidade não pode ficar à margem da nova linha de acesso à jurisdição.

Seguindo a política pública de fomento a adoção de técnicas negociadas de resolução de conflitos, os entes públicos apresentam-se disponíveis à mediação sob três pontos de vista: impulsionador da adoção destas técnicas, como uma das partes em conflito e como o mediador. Note-se que estes três pontos de vista representam os três pilares que desenharam a definição e amplitude da atuação da Administração Pública no campo da resolução consensual dos conflitos.

A primeira face de atuação é a impulsionadora, a Administração Pública fomenta a crescente utilização dos métodos alternativos de natureza consensual, democratizando este alcance por meio de políticas e estruturas que concretizam o acesso e efetividade desses instrumentos. A segunda face de atuação é a possibilidade da Administração figurar em um dos polos da demanda, sendo parte interessada e estando diretamente envolvida, utilizando a mediação e evitando a judicialização de uma demanda de natureza contratual. Por fim, em sua terceira face, atua como mediadora imparcial, quando sua atuação está voltada à promoção do diálogo entre os sujeitos para que eles logrem uma solução consensuada.

Note-se que a consensualidade é cada vez mais presente e demandada e a natureza multifacetária da Administração Pública detém uma importância inegável, que dentre outros aspectos democratiza a resolução de lides; reduz a litigiosidade estatal, seja em relação às demandas das quais figura como parte ou até mesmo daquelas que só envolvam terceiros; horizontaliza a resolutividade dos conflitos; promove uma alternativa com custos amenizados em comparação aos dispêndios e às ritualísticas judiciais; E promove os direitos fundamentais dos envolvidos nas transações.

O caráter multiforme da atuação da Administração Pública reside, portanto, na capacidade do ente público exercer diferentes papéis orientados pelo mesmo objetivo: a resolução consensual dos litígios.

O presente estudo explorou detidamente cada uma das multifaces de atuação do Poder Público no campo da mediação de modo que ao fim é possível afirmar que a atuação multifacetada da administração pública no campo da mediação é fator de corroboração para a efetividade da solução consensual de conflitos de forma democrática.

Foi possível constatar que o desempenho multiforme do Poder Público na seara da mediação, além de ofertar maior efetividade aos direitos em pauta, fomenta a cultura democrática de resolução consensual de conflitos.

De tal modo, pode-se afirmar que ao contrário de ferir o interesse público, quando a administração pública transige sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação por meio da mediação, verifica-se na verdade a efetivação democrática do interesse público. Que por meio da consensualidade será desempenhado sob uma perspectiva de horizontalização de interesses, operando sob a lógica do “ganha-ganha” em contraposição a submissão de interesses superiores.

Conclui-se que atuação multiforme da administração pública no campo da efetivação de práticas de mediação possibilita uma solução consensuada de conflitos propiciando estímulos ao efetivo cumprimento do acordado. Capaz de possibilitar uma clara postura de efetivação e garantia de direitos fundamentais por meio da autocomposição de caráter democrático e não adversarial. Favorecendo o desenvolvimento de soluções pacíficas, a prevenção de conflitos e o fomento de resoluções.

## REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo. *A mediação e a Administração Pública*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/23274>. Acesso em: 30 dez. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 dez. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 fev. 1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 30 dez. 2023.

BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 31 dez. 2004. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm). Acesso em: 30 dez. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC [...]. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 ago. 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm). Acesso em: 30 dez. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 17 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 30 dez. 2023.

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. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 29 jun. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 30 dez. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 1 abr. 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm). Acesso em: 30 dez. 2023.

BRASIL. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário de Justiça Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça nº 219/2010, de 1 dez. 2010. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_125\\_29112010\\_03042019145135.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf). Acesso em: 30 dez. 2023.

CAVALHEIRO, C. M. do C.; MOREIRA, R. M. C. A Mediação na Administração Pública: Implementação nos Países Baixos e Aplicabilidade no Brasil. *Revista Direito Público*, v. 18, n. 98, p. 888-908, mar./abr. 2021. DOI 10.11117/rdp.v18i98.3513. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3513>. Acesso em: 13 abr. 2024.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/v2/revista/P140/E21602/56797/administracao-publica-e-mediacao—notas-fundamentais>. Acesso em: 30 dez. 2023.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. *Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. ISBN 978-85-450-0747-0.

FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de mediação? *Revista dos Tribunais*: RT, São Paulo, v. 106, n. 982, p. 323-333, ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Carta das Nações Unidas*. São Francisco, 26 de junho de 1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RAMALHO, Matheus Sousa. A mediação como ferramenta de pacificação de conflitos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 106, n. 975, p. 309-333, jan. 2017.

PINTO, Marcos Paulo de Alvarenga. Um olhar sobre a Lei de Mediação (lei nº 13.140/2015): a resolução de conflitos pela Administração Pública. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 114-128, jan./abr. 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.9036>. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/9036>. Acesso em: 10 jan. 2024.

SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson di. *Mediação na Administração Pública: o desenho institucional e procedimental*. São Paulo: Editora Almedina, 2018.

SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos; SIMÕES, Robert Wagner Conceição; HASEGAWA, Júlia Castro. Análise sobre a inclusão do dispute boards como método alternativo de solução de conflitos em contratos administrativos firmados com a Administração Pública. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 184-206, set./dez. 2022. DOI:

<https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.9232>. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/9232>. Acesso em: 8 jan. 2024.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 08/07/2024
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/07/2024
- Avaliação 1: 13/07/2024
- Avaliação 2: 05/02/2025
- Decisão editorial preliminar: 09/02/2025
- Retorno rodada de correções: 18/02/2025
- Decisão editorial/aprovado: 30/07/2025

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# OS *NUDGES* DA SUBSTITUTIVIDADE: A UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO INCENTIVO ESTATAL AO GRADUAL RETORNO AOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

THE *NUDGES* OF SUBSTITUTIVITY: THE UNIVERSALIZATION  
OF ACCESS TO JUSTICE AS A STATE INCENTIVE FOR THE  
GRADUAL RETURN OF TO SELF-COMPOSITION METHODS

SANDOVAL ALVES DA SILVA<sup>1</sup>

JOÃO RENATO RODRIGUES SIQUEIRA<sup>2</sup>

CAMILLE DE AZEVEDO ALVES SIQUEIRA<sup>3</sup>

## RESUMO

Este artigo objetiva analisar em que medida a justiça gratuita pode ser entendida como um *nudge*, isto é, como um estímulo à judicialização dos conflitos, a fim de identificar a influência desse estímulo nas crises pelas quais passa o Poder Judiciário. Para tanto, adotou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e, como método de procedimento, utilizou-se a pesquisa bibliográfica. Verificou-se que as ondas renovatórias do acesso à justiça, incluindo a justiça gratuita, permitiram a superação do paradigma anterior de acesso apenas formal à justiça. Porém, essa conquista significou, ao mesmo tempo, um *nudge* estatal que consolidou o Judiciário como padrão de acesso à justiça, o que desestimulou outras formas de administração de conflitos e resultou em crises no Judiciário (estrutural, de eficiência, objetiva e subjetiva), as quais, por sua vez, levaram à adoção de métodos autocompositivos, como mediação e conciliação, dentro do Judiciário, culminando nas crises atuais de modelo e de identidade. Conclui-se que é preciso um novo *nudge*, ou um contra estímulo,

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na linha de pesquisa sobre constitucionalismo, democracia e direitos humanos. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Graduado em Direito e em Ciências Contábeis; Procurador do trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 8.ª Região, Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA), na Pós-Graduação de Direito, bem como na graduação, membro do IIDP (Instituto Ibero Americano de Direito Processual). Associado da ANNEP (Associação Norte Nordeste dos Professores de Processo). Líder do Grupo de Pesquisa "Comunidade, conflitos, problemas, insatisfações sociais e o estudo sobre paz" (CNPq). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/2744878887909140>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1795-2281>.

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Pós-Graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito-UFPA; Assessor Jurídico no Ministério Público do Trabalho. Membro do Grupo de Pesquisa "Conflitos: processo, administração e paz" (CNPq). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0696701101651511>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5411-7322>.

3 Doutoranda em Direito pelo PPGD/UFPA. Mestra em Direito pelo PPGD/UFPA. Especialização em andamento em Prática Jurídica e Social pelo PPGDDA. Pós-Graduada em Advocacia Civil pela Fundação Escola do Ministério Público (FMP). Advogada com ênfase em Direito Civil e Processo Civil. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará. Facilitadora de Círculos de Justiça Restaurativa certificada pela Escola Superior de Magistratura do Rio Grande do Sul (ESM-AJURIS). Membro do Grupo de Pesquisa "Conflitos: administração, processo e a paz" (CNPq); Membro do Grupo de Pesquisa: "Observatório de Justiça Restaurativa" (CNPq). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/3381321326552718>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2879-088X>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SILVA, Sandoval Alves da; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues; SIQUEIRA, Camille de Azevedo Alves. Os nudges da substitutividade: a universalização do Acesso à Justiça como incentivo estatal ao gradual retorno aos métodos autocompositivos. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 141-159, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i2.10041>.

para incentivar as pessoas a valorizarem a autocomposição e consolidar o novo paradigma que desponta na administração comunitária de conflitos rumo à Cultura de Paz.

**Palavras-chave:** *nudges*; poder judiciário; crises; métodos autocompositivos.

## ABSTRACT

*This article aims to analyze the extent to which free justice can be understood as a nudge, that is, as a stimulus for the judicialization of conflicts, in order to identify the influence of this stimulus on the crises that the Judiciary is going through. To this end, the hypothetical-deductive approach method was adopted and, as a procedural method, bibliographical research was used. It was found that the waves of renewal of access to justice, including free justice, allowed the previous paradigm of only formal access to justice to be overcome. However, this achievement meant, at the same time, a state nudge that consolidated the Judiciary as the standard of access to justice, which discouraged other forms of conflict management and resulted in crises in the Judiciary (structural, efficiency, objective and subjective), which, in turn, led to the adoption of self-composing methods, such as mediation and conciliation, within the Judiciary, culminating in the current model and identity crises. It is concluded that a new nudge, or a counter-stimulus, is needed to encourage people to value self-composition and consolidate the new paradigm that is emerging in the community management of conflicts towards the Culture of Peace.*

**Keywords:** *nudges*; judicial power; crises; out-of-court methods.

## 1. INTRODUÇÃO

Na história da jurisdição, o Judiciário surge como um terceiro imparcial criado para solucionar as controvérsias<sup>4</sup>, apesar de sua solução não ser a única medida aplicável aos conflitos, problemas e insatisfações sociais (CPIS). Porém, no modelo de Estado Liberal, o acesso à jurisdição estatal dessa resolução – ou melhor, dessa gestão – é restrita aos que têm condições de arcar com as custas. As ondas renovatórias de acesso à justiça representam uma resposta às barreiras (e condicionantes) do paradigma anterior<sup>5</sup>. Abordar-se-á aqui a justiça gratuita, solução encontrada para garantir o acesso à justiça estatal dos hipossuficientes.

Todavia, o Judiciário vive um momento de crise estrutural, de crise de eficiência, de crise objetiva e subjetiva, as quais levaram à adoção de métodos autocompositivos em juízo, como a conciliação e a mediação, que, por sua vez, culminaram em uma crise de paradigma e de identidade, em razão da vulnerabilidade de alguns grupos ante as formas autocompositivas e heterocompositivas estatais (o próprio sujeito envolvido ou o Estado-Juiz). Diante disso, questiona-se: em que medida as técnicas autocompositivas permitem o acesso à ordem jurídica justa sem a jurisdição estatal, isto é, estimulam a judicialização dos conflitos, que influiu nas crises do Judiciário?

4 Nesse sentido, indica-se a introdução do artigo *O dever fundamental da persecução da verdade possível ou provável no CPC de 2015* (Silva, 2017a), em que o autor, recorrendo ao método da *storytelling*, relata um sonho com um ancestral muito antigo, que fala sobre a forma de vida dos primeiros *homines sapientes* no planeta e que, por algum motivo, analisa a aplicação da justiça no Brasil atualmente, observando, assim, a passagem da vedação da autotutela ao fortalecimento do Poder Judiciário.

5 Observa-se que, a partir das concepções de Estado social após a década de 30 e das teorias intervencionistas de Keynes, o acesso à justiça passou a ficar mais amplo em vários países. Foram adotadas diversas medidas que possibilitam o acesso à justiça, como, por exemplo, a criação de defensorias especializadas, a criação da justiça do trabalho, o estabelecimento da prerrogativa processual da justiça gratuita, da tutela coletiva. Tempos depois, mais precisamente a partir da década de 70, por uma série de motivos, o Poder Judiciário entra em crise mundial, e tais medidas passam a ser apontadas como as causas da crise. Atualmente, vive-se um período de retrocesso no acesso à justiça estatal: cultiva-se a cidadania de forma irresponsável, uma vez que se busca devolver ao indivíduo seu poder-dever de resolver seus conflitos, sem, para tanto, observar as vulnerabilidades que o atingem. Modifica-se, assim, geneticamente, o acesso à justiça.



No presente trabalho, levanta-se a hipótese de que as ondas renovatórias do acesso à justiça, incluindo a justiça gratuita, foram uma conquista em relação ao paradigma anterior de acesso apenas formal à justiça. Porém, significaram, ao mesmo tempo, um *nudge* estatal que consolidou, em um grau elevado, o Judiciário como paradigma de acesso à justiça e, com isso, desestimulou, em medida inversamente proporcional, outras formas de administração de conflitos. Daí as crises do Judiciário (estrutural, de eficiência, objetiva e subjetiva), as quais, por sua vez, levaram à adoção de métodos autocompositivos, como a mediação e a conciliação, dentro do Judiciário. Por consequência, chegou-se às crises atuais de paradigma e de identidade, porque se misturam as formas autocompositivas e heterocompositivas estatais e o protagonismo da administração dos CPIS.

Portanto, é preciso um novo *nudge*, ou um contraestímulo, para incentivar as pessoas a valorizarem a autocomposição e consolidar o novo paradigma que desponta na administração comunitária de conflitos rumo à cultura de paz, nos casos em que não há necessidade de proteção da hipossuficiência de um dos sujeitos ou de grupos vulneráveis envolvidos.

A análise seguirá este percurso argumentativo: 1) os *nudges*: conceito, relação com o direito e elementos essenciais; 2) os *nudges* e a substitutividade: a opção estatal pela substituição a partir da universalização do acesso ao Judiciário e a crise do Poder Judiciário; 3) soluções estatais para a crise: contraestímulo ao Judiciário, estímulo à autocomposição, para os casos que não violem os direitos e as garantias fundamentais que equilibram o estado de vulnerabilidade de um dos lados existentes em um relação bilateral ou plurilateral.

Utiliza-se aqui o método de abordagem hipotético-dedutivo, uma vez que se propõe uma hipótese para o problema apresentado e tenta-se averiguá-la ao longo do trabalho. Como método de procedimento, adota-se a pesquisa bibliográfica para a obtenção de dados e de argumentos a fim de confirmar ou desqualificar a hipótese levantada.

## 2. NUDGES

Todas as escolhas são feitas diante de uma arquitetura criada por outras escolhas<sup>6</sup>. Os *nudges* são intervenções – escolhas de terceiros – que direcionam as pessoas para certas escolhas, porém, ao mesmo tempo, permitem que elas optem por um caminho diverso (Sunstein, 2015). Por consequência, funda-se uma nova espécie de poder, o Poder de Influência.

Tal poder é dividido em cinco espécies. A primeira é o poder da recompensa, que implica estimular alguém a fazer algo mediante a promessa de uma recompensa. A segunda espécie é o poder da coerção, que recorre a ameaças e a repreensões para influenciar. A diferença entre a recompensa e a coerção reside no fato de que o primeiro é psicologicamente positivo, enquanto o segundo é negativo (French; Raven, 1959).

6 É importante observar que todos nascem com um vácuo de vivência, o qual é preenchido a partir da vida em comunidade. A participação na vida social permite que o sujeito supere a insensibilidade ante os problemas e as dores do outro, sentimento que resulta da ausência de vivência e de apreensão de outro modo de vida, diferente do seu. De fato, o vácuo de vivência acarreta a dificuldade de compreender o outro, de gerar empatia (Silva, 2019, p. 292).

A terceira espécie é o poder legítimo, que se fundamenta na utilização de uma posição, de um papel de ou um cargo para influenciar, valendo-se de normas internas, prescrições de funções ou papéis e expectativas (French; Raven, 1959).

A quarta espécie é o poder referente (ou poder de referência), segundo o qual o comportamento de outros grupos serve de exemplo a ser seguido ou suscita o desejo de associar-se a esses grupos. Assim, as concepções de um grupo de referência e a sugestão de que participar desse grupo representa a obtenção de prestígio podem ser tratadas como instâncias do poder referente (French; Raven, 1959).

A quinta espécie é o poder do *expert*, pelo qual se impõe a força dos argumentos e dos conhecimentos de especialistas ou de quem detém o conhecimento técnico, usando-o para convencer outros (French; Raven, 1959).

Para os fins deste trabalho, tratar-se-ão os *nudges* como um elemento proveniente do poder de influência, em especial da espécie do poder de referência, em que o comportamento positivo de um indivíduo ou de um grupo consegue influenciar o comportamento de outros membros da comunidade.

Os *nudges* são um mecanismo de controle comportamental (a partir do poder de referência existente em tal mecanismo). A economia comportamental pressupõe que as pessoas por vezes fazem escolhas não puramente racionais. Na verdade, as pessoas são limitadamente racionais, uma vez que suas efetivas escolhas dependem, entre outras coisas, da forma como as questões são apresentadas (*framing*) e de sua disposição para assumir riscos (*risk aversion*<sup>7</sup>), especialmente num ambiente de incertezas, o que pode levar a uma decisão não ótima (Ribeiro; Domingues, 2018).

Portanto, a integração do direito, da economia comportamental e das políticas públicas visa buscar métodos mais eficazes para 1) prevenir possíveis desastres causados por possíveis escolhas ruins e 2) incrementar o bem-estar em diversos setores sociais, como saúde, educação, finanças e segurança (Ribeiro; Domingues, 2018, p. 466-469), para assim, a nosso ver, inclusive, estimular ou incentivar os CPIS.

Para Sunstein (2015), é inevitável o uso de *nudges* em abstrato e, portanto, eles são defensáveis e mesmo exigidos, devendo ser fundamentados no caso concreto, como qualquer ação estatal, conforme a finalidade do Estado e o poder exercido por ele, tal como o poder legítimo, o hierárquico e o informacional.

Consequentemente, os *nudges* não devem ser criticados em abstrato, mas devem passar pelo juízo de consciência e de deliberação individual e coletiva quando minarem 1) o bem-estar (ao promoverem fins ilícitos ou escolhas ruins), 2) a autonomia (ao coagirem as pessoas) e 3) a dignidade (ao humilharem as pessoas) (Sunstein, 2015).

No que diz respeito ao bem-estar, os *nudges* podem ser usados em políticas públicas para promover o combate à pobreza, a preservação do meio ambiente, a alimentação saudável, o combate à discriminação racial e sexual e outras inúmeras causas sociais ligadas às finalida-

7 É importante observar que a aversão ao risco (*risk aversion*) é o fundamento do positivismo presuntivo de Frederick Schauer (2002), o qual compreende o princípio como regra de modo que o Poder Judiciário deve seguir o precedente mesmo que o seu resultado contrarie sua justificativa.

des do Estado. Todavia, seriam eticamente objetáveis se promovessem a discriminação (racial, sexual ou religiosa) ou a poluição do meio ambiente<sup>8</sup> (Sunstein, 2015).

Quanto à autonomia, a aplicação de *nudges* pelo Estado pode significar uma forma de paternalismo, forte ou fraco, que, ainda que direcionado aos fins do Estado na qualidade de promovedor do bem-estar, pode ser negativo ao diminuir o poder de escolha dos indivíduos e da coletividade (Sunstein, 2015), isto é, sua autonomia de agência e sua autonomia crítica<sup>9</sup>.

Tal crítica, porém, não é válida em abstrato, depende do tipo de *nudges*. Certos *nudges* podem, ao contrário, ampliar o poder de escolha. Pode-se, por exemplo, formular um *nudge* que estimule as pessoas a escolher ativamente, isto é, que garanta que sua vontade seja realmente expressa. Um *prompt* é um *nudge* projetado para fazer as pessoas expressarem sua vontade e pode vir desacompanhado de qualquer esforço para orientar as pessoas para a direção preferida – exceto na direção da escolha (Sunstein, 2015).

Outros *nudges* podem ajudar as pessoas a identificar os melhores meios para alcançar seus próprios fins preferidos. Um exemplo é aquele que garante informação sobre produtos e serviços. Nesse caso, eles também promovem a autonomia na medida em que uma escolha não deveria ser considerada autônoma se baseada em ignorância, pois autonomia pressupõe escolha informada (Sunstein, 2015).

Além disso, toda escolha é tomada com base em um pano de fundo que a influencia (poder de influência). Por conseguinte, o Estado não tem como evitar os *nudges*, pois não pode simplesmente se abster de agir em absoluto, e todas as suas escolhas criam uma arquitetura para as escolhas dos particulares. As leis e as decisões, às vezes por referência, por hierarquia, pela legitimidade ou pela fundamentação, criam um fundo de regras para as interações privadas sem, contudo, determinar resultados específicos (Silva, 2016; Sunstein, 2015).

Quanto à dignidade, seu oposto é a humilhação. Mesmo uma intervenção não coercitiva, que respeite a autonomia e tenha uma finalidade “boa”, que melhore o bem-estar, pode comprometer a dignidade. Por exemplo, uma campanha de saúde pública, voltada para a prevenção da obesidade, pode, no entanto, estigmatizar e humilhar as pessoas que estão acima do peso, retratando-as sob uma luz degradante<sup>10</sup>. Nesse caso, a consideração deve ser feita também com base no caso concreto (tipo de *nudges*, de mensagem transmitida e de público-alvo) e não em abstrato (Sunstein, 2015)<sup>11</sup>.

8 Segundo Sunstein (2015, p. 420), a poluição do meio ambiente é, em parte, um produto de uma arquitetura de escolha inútil, porque uma ampla gama de regras-padrão e de permissões legais ajuda a tornar isso possível, sendo inclusive uma necessidade humana intermediária, como elucidam Doyal e Gough (1994).

9 Adotam-se aqui os conceitos de autonomia de agência e de autonomia crítica desenvolvidos por Doyal e Gough (1994). A autonomia de agência manifesta-se quando as pessoas expressam sua autonomia a partir da sua capacidade de formular objetivos e estratégias consistentes, que acreditam ser de seu interesse e que tentam colocar em prática nas atividades em que se engajam. Para os autores, existem três variáveis-chave que afetam os níveis de autonomia individual: 1) o nível de compreensão que uma pessoa tem sobre si mesma, sua cultura e o que se espera dela como indivíduo dentro daquela cultura; 2) a capacidade psicológica que a pessoa tem de formular opções para si mesma; 3) as oportunidades objetivas que lhe permitem agir. A autonomia crítica, por sua vez, implica a capacidade de comparar regras culturais, refletir sobre as regras da própria cultura, trabalhar com os outros para modificá-las e mudar para outra cultura, se tudo o mais falhar.

10 Nessas situações, observa-se a existência de um impacto desproporcional entre a medida tomada e as consequências de tais atos, isto é, a medida de proteção agrava ainda mais situação.

11 Sob outra perspectiva, constata-se que tal consideração, gradualmente, também pode ser realizada em abstrato, tal como ocorre, por exemplo, nos controles de inconstitucionalidades, nas análises de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e do Incidente de Assunção de Competência (IAC) entre outros.

Nas ações estatais, deve-se divulgar o que está sendo feito e quais as razões para tanto<sup>12</sup>. A autonomia exige o escrutínio público, pois é preciso conhecer as razões pelas quais se escolheu para aderir a elas autonomamente (por intermédio da autonomia de agência e crítica). Esse escrutínio é também uma importante salvaguarda *ex ante* e um corretivo *ex post*: reduz a probabilidade de uma arquitetura de escolha que afeta o bem-estar e, se isso ocorrer, corrige ou compensa os efeitos. Ademais, permitir o escrutínio público representa uma medida de respeito e, simultaneamente, mitiga o risco de que *nudges* reduzam o bem-estar ou interfiram na autonomia ou na dignidade (Sunstein, 2015).

Em suma, todo governo cria uma arquitetura para escolhas particulares entre as várias possíveis. Além disso, certos *nudges* são não apenas permitidos, mas também necessários, pois promovem o bem-estar, ampliam a autonomia e respeitam a dignidade, os quais são ponderados com outros poderes (informacional, hierárquico, de legitimidade etc.) para o exercício de uma consciência livre e autônoma.

Outros, porém, sofrem objeções por violar justamente esses alicerces. Consequentemente, os *nudges* não são objetivamente ruins ou bons, e as objeções ou críticas éticas devem ser feitas considerando casos específicos; quando utilizados pelo Estado, a transparência e o escrutínio público são salvaguardas importantes (Sunstein, 2015).

Desse modo, compreendido o que seriam os *nudges* e como eles podem ser utilizados pelo Estado em políticas públicas, abordar-se-á uma das políticas públicas do Estado brasileiro para a universalização do acesso à justiça.

### 3. A OPÇÃO ESTATAL PELA SUBSTITUIÇÃO A PARTIR DA UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO AO JUDICIÁRIO

*A priori*, é importante salientar que o controle jurisdicional exercido pelo Estado por meio da inafastabilidade da jurisdição e da garantia de um amplo acesso ao Poder Judiciário – que consiste em uma das formas de acesso à justiça – é uma consequência da mudança de paradigma referente à passagem da autotutela, por meio de sua vedação, à jurisdição (Silva; Alves; Siqueira, 2021b).

Desse modo, à medida que se foi desenvolvendo, o Estado centralizado absorveu poderes e prerrogativas que antes eram de titularidade dos indivíduos – como a resolução dos conflitos –, de forma que o Estado passou a elaborar normas no intuito de organizar a vida de seus jurisdicionados. Para tanto, valeu-se de instituições, de órgãos e de mecanismos para conseguir a consecução de seus objetivos, destacando-se a Jurisdição (Silva; Alves; Siqueira, 2021b).

A jurisdição é uma das clássicas funções estatais, juntamente com a função legislativa e a administrativa. Nesse sentido, a jurisdição é apresentada como a função do Estado que

12 Observa-se que os motivos de uma ação humana deliberativa podem ser demonstrados pelo poder informacional, o qual obtém-se falando com pessoas, ensinando, explicando, argumentando, discutindo, perguntando, respondendo, por meio dos padrões existentes, com disposição para tornar o conhecimento acessível aos outros, pois as influências são mais duradouras quando se compreende de modo nítido e lógico (Silva, 2016, p. 193).

solucionar (ou trata) as causas que lhe são submetidas, por meio do processo, aplicando, para tanto, a solução (supostamente) juridicamente correta (Câmara, 2019).

Assim, a jurisdição assume um lugar de destaque não só na estrutura social, mas também na vida dos indivíduos, uma vez que seria responsável por resolver os conflitos por intermédio de todos os seus aparatos e instrumentos.

Partindo dessa premissa, uma das características da jurisdição é a substitutividade, uma vez que é exercida contra a vedação da autotutela e os *nudges* formados em desestímulo à autocomposição, numa acepção de poder de influência que se coloca como incapacitante para a administração ou gestão dos CPIS, que têm cunho relacional bilateral e plurilateral ou político.

Assim, é incumbência de o Estado exercer a jurisdição e praticar todos os atos necessários à satisfação do direito que não se pode proteger ou é vedado proteger, como é o caso da autotutela, que é permitido de forma excepcional, como é o caso de legítima defesa, estado de necessidade etc., pois a autotutela, salvo as permissões legais, representa crime do exercício arbitrário de suas próprias razões. Portanto, a substitutividade possibilita que, por meio do processo, sejam produzidos os resultados que tornam dispensável a atuação das partes (ou melhor, dos sujeitos envolvidos) (Câmara, 2019).

No exercício do direito de ação processual por meio da jurisdição, há, pelo menos, uma dupla substituição do sujeito: uma postulatória e outra decisória. A primeira substituição decorre da obrigatoriedade de constituir advogado público ou privado para ingressar com algumas demandas judiciais, excepcionadas as hipóteses de *jus postulandi*, em que não há a substitutividade postulatória. Assim, os fatos vão ao conhecimento do juiz não por quem os vivenciou, mas por um terceiro que poderá até distorcê-los para melhor fundamentar sua pretensão jurídica processual (Silva; Alves; Siqueira, 2021a).

Em seguida, os sujeitos são substituídos novamente, uma vez que o conflito será solucionado pelo juiz, o que incapacita os sujeitos relacionalmente para a resolução daquele conflito (Silva; Alves; Siqueira, 2021a).

A jurisdição consolida-se por intermédio de dois preceitos fundamentais, sem diminuir a importância dos demais: a inafastabilidade da jurisdição pública heterocompositiva e o acesso à justiça. Devido ao corte metodológico do presente trabalho, abordar-se-á o acesso à justiça.

Nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça era visto como o direito individual do agravado de propor ou de contestar uma demanda, isto é, o direito de “ir à Corte” (Tartuce, 2015). Era, portanto, apenas o direito formal de propor uma ação, o qual ainda era garantido apenas a quem pudesse arcar com os altos custos da demanda, desconsiderando-se a desigualdade econômica e social entre os jurisdicionados (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2015).

Com os movimentos constitucionalista e processualista do século XX, buscou-se associar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, aos direitos sociais, para possibilitar a participação do cidadão na sociedade. Nesse sentido, o direito de acesso à justiça passou a enfrentar algumas percepções: 1) seu exercício poderia ser comprometido por obstáculos socioeconômicos e 2) os direitos destinados a garantir uma nova forma de sociedade apenas poderiam ser concretizados se assegurado um real acesso à justiça (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2015).

Nesse sentido, é imperioso observar o fortalecimento dos Estados Liberais a partir dos ideais individualistas após as revoluções inglesa e francesa e o fortalecimento do Estado até a década de 30 do século XX. Todavia, o profundo respeito às liberdades individuais levou à agravamento das questões econômicas e sociais, desembocando nas lutas pela efetivação dos direitos sociais, especialmente os pertinentes às relações laborais e previdenciárias (Silva; Alves; Siqueira, 2021b, p. 362).

Quanto aos óbices ao acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988) apontam: 1) os altos custos do processo ou as condições pessoais das partes; 2) a dificuldade de proteção de certos interesses, seja por sua conotação difusa, seja pela dificuldade de considerá-la individualmente; 3) o preocupante inter-relacionamento entre as barreiras existentes, o que dificultava a adoção de medidas isoladas para sanar os problemas.

Em síntese, a primeira onda de acesso à justiça foi a garantia da assistência judiciária gratuita. A segunda onda diz respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica aos interesses difusos, principalmente no que tange às áreas de proteção ambiental e do consumidor. Por fim, a terceira onda inclui os posicionamentos anteriores e preocupa-se com a justiça da decisão (Cappelletti; Garth, 1988)<sup>13</sup>.

A assistência judiciária gratuita possibilita a universalização do acesso à justiça e do acesso ao Judiciário, uma vez que, por meio da gratuidade das despesas processuais e da isenção das taxas e dos emolumentos do processo, permite que todos, indistintamente, possam levar seus problemas, conflitos e insatisfações sociais (CPIS) ao Judiciário, desde que atendidas as condições necessárias para que o sujeito seja qualificado como assistido.

Desse modo, constata-se que a justiça gratuita é um *nudge* aplicado em políticas públicas, isto é, um meio que o Estado, como será exposto na seção seguinte, adotou para incentivar as pessoas a submeterem seus conflitos à apreciação do Poder Judiciário de modo que possa exercer seu controle jurisdicional do conflito, em compasso com uma cultura de “sentença” de *comum law*.

Logo, na medida em que o Estado, por meio de uma política pública, adota o sistema de universalização da jurisdição mediante a gratuidade judiciária, não estimula, em contrapartida, outros instrumentos de gestão ou de administração de CPIS que não envolvam, necessariamente, a figura do Poder Judiciário (Estado). O *nudge* clássico era a eleição da atuação jurisdicional estatal como a ferramenta principal para a resolução de conflitos, apesar da tendência atual de alterar essa referência das formas de tratamento de CPIS.

Com isso, não se nega a importância da justiça gratuita como materialização do acesso à justiça como direito social. Trata-se de uma conquista histórica importante que permitiu que violações de direito, antes normalizadas, fossem observadas e administradas ou geridas. Grupos que eram excluídos e marginalizados ganharam voz por meio da justiça estatal gratuita e tiveram suas demandas gradualmente atendidas. Porém, considerando que um dos fundamentos dos *nudges* é justamente a autonomia, é melhor que eles estimulem mecanismos que garantam maior autonomia, como *prompts*, referências de estímulos comportamentais, e informação.

13 Nesse mesmo sentido, ver Silva (2017b).



Assim, ao garantir o acesso ao Judiciário de modo gratuito em vez de, gradualmente, por exemplo, estimular a criação ou financiar centros comunitários de aplicação de mediação, de Justiça Restaurativa ou de qualquer outro método, que não o de substituição jurisdicional, o Estado está, em certa medida, relegando os *nudges* a um papel de importância secundária ou alternativa.

Isso deve ocorrer a partir da internalização e da institucionalização da premissa de que não existe uma melhor opção em abstrato para os CPIS; existe(m) antes o(s) melhor(es) método(s) para aquele caso em concreto (Silva; Siqueira, 2019).

Logo, não cabe falar em métodos complementares ou alternativos de resolução, administração ou transformação de CPIS, uma vez que todas essas classificações passam a ideia de que a jurisdição pública é a principal, enquanto as demais seriam secundárias, acessórias ou subsidiárias (Silva; Siqueira, 2019).

No que se refere à expressão “meios alternativos” ou às palavras “complementar” e “alternativo”, registra-se a controvérsia doutrinária e a possível impropriedade técnica, por valorizarem apenas a via jurisdicional. De igual modo, a palavra “adequado” pode implicar uma atecnia, por prestigiar a via autocompositiva em detrimento da jurisdicional. Assim, quando se utiliza “alternativa”, supervaloriza-se o Judiciário; por outro lado, quando se opta por “adequado”, está-se desvalorizando-o (Silva; Siqueira, 2019).

É preferível, então, falar em métodos autocompositivos, pois incentivam a participação direta dos envolvidos no tratamento das CPIS, isto é, incentivam a primariedade no trato, na gestão ou na administração das questões relacionais, deixando o protagonismo e a participação ativa na solução, na administração e/ou na transformação dos casos conflituos para os próprios sujeitos envolvidos.

Cabe observar que há opositores a essa corrente pró métodos autocompositivos ou à resolução por acordo entre as partes, sob várias alegações, em especial, a de que o acordo nem sempre é adequado para resolver litígios complexos, em que há desigualdade de poder econômico entre as partes que compromete a justiça e contamina o acordo, pois a parte com mais recursos tende a ter vantagem nas negociações, afetando o equilíbrio na tomada de decisões (Fiss, 2017).

Esse desequilíbrio entre as partes pode influenciar o acordo de três formas em relação à parte mais pobre: 1) dificuldade de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, deixando-a em desvantagem no processo de negociação; 2) a necessidade financeira imediata, que a vulnerabilidade leva a aceitar um valor inferior ao que teria direito para resolver o caso rapidamente e acelerar o pagamento; 3) a falta de recursos para sustentar os custos do processo judicial e as despesas como honorários advocatícios podem levar o autor da ação a aceitar termos menos favoráveis, sendo forçada a celebrar um acordo para não ser vítima dos custos do processo (Fiss, 2017)<sup><?></sup>.

Neste sentido, são utilizados conceitos como “macdonaldização das decisões” e “harmonia coerciva” para explicar o fenômeno de exaltação dos métodos autocompositivos como resposta ao problema da crise do judiciário. Trata-se, porém de uma resposta norteadas por ideais de produtividade e massificação, e, portanto, voltada a meios céleres e econômicos, destinados aos conflitos de grupos marginalizados. Neste contexto, tais métodos são considerados um subterfúgio para garantir controle social (Carvalho; Silva, 2018, p. 435; Araujo; Silva, 2013, p. 810-818).

Apesar da força dos argumentos em sentido contrário cabe observar que o a administração autocompositiva dos CPIS se compatibiliza com o sistema multiportas e traz boas razões para enfrentar a crise do Poder Judiciário (jurisdição estatal heterocompositiva). Nesse sentido, tem-se que o processo judicial deveria ser visto (portanto, deveria ser estimulada tal visão) como um dos muitos meios de resolver um determinado CPIS, salvo em casos em que o processo judicial – isto é, a substituição – faz-se obrigatória, como as ações necessárias ou em casos de vulnerabilidade em um dos lados da relação, bilateral ou plurilateral.

Assim, o Estado, ao valer-se da gratuidade da justiça, sem, no entanto, estimular a auto-composição dentro e fora do Judiciário, acaba por incentivar o regime da substituição por um terceiro imparcial que vai deliberar em seu nome, encorajando, assim, a judicialização dos casos. Essa judicialização, por conseguinte, eleva o número de demandas propostas perante o Estado e pode ocasionar, em certa medida, o abarrotamento e as crises do Judiciário. As consequências são a demora demasiada, a inefetividade da jurisdição, a falta de concretização de direitos e a sensação de injustiça envolvendo a prestação jurisdicional pública.

#### 4. A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

A crise do Poder Judiciário tem por consequência a crise estatal, uma vez que todos os conflitos apenas lhe são remetidos (aumentando o tamanho do Estado, seus investimentos etc.), em um sistema em que a sociedade permanece inerte enquanto seus conflitos (ou melhor CPIS) são solucionados por um terceiro (pobre da vivência das partes)<sup>14</sup>, o juiz (Spengler, 2018)<sup>15</sup>.

Por meio desse sistema, o cidadão (jurisdicionado) esquece que o conflito é um instituto complexo que provém de fatores nem sempre regulamentados (e que, em muitos casos, precisa da participação direta e ativa dos sujeitos envolvidos). Assim, os litigantes, interligados pelo conflito, esperam que a solução venha de um terceiro (Estado-juiz) que tem a incumbência de declarar quem tem mais razão ou quem é o vencedor da contenda (Spengler, 2018).

Na jurisdição, há conflito entre as partes (ou melhor, os sujeitos) que precisam ser resolvidos (ou melhor, administrados ou geridos); por isso, vai-se ao Judiciário (supostamente poder último), que, pela tutela jurisdicional estatal, substitui as partes e soluciona a lide. A solução é dada após um longo processo judicial que, não raras vezes, de forma não pacífica, impõe aos sujeitos uma resposta que não soluciona o conflito ou que o soluciona de modo aparente, mas que em verdade aumenta e potencializa as violências (Spengler, 2018).

A monopolização da justiça (e, por conseguinte, do que seria o justo), por meio da jurisdição, recepciona, regula e trata as crescentes conflitualidades. Todavia, esse processo acarretou altos graus de ineficiência do sistema judicial, demonstrando que o Estado e, consequentemente, suas ações sempre estiveram mais voltadas para os “remédios” e quase nunca para as causas da litigiosidade (Spengler, 2018).

14 O vácuo de vivência caracteriza-se pela insensibilidade aos problemas e às dores do outro, dada a ausência de vivência e de apreensão de outro modo de vida, diferente do meu. Esse vácuo acarreta a dificuldade de compreender o outro, de gerar empatia, podendo levar ao desenvolvimento de julgamentos injustos, infundados e descontextualizados (Silva, 2019).

15 Nesse mesmo sentido, ver Silva (2017b).

Desse modo, ao assumir o monopólio da jurisdição, o Estado pretende tratar o conflito por meio da aplicação do Direito positivo. Entretanto, tal aplicação é negativamente influenciada pelo aumento considerável da litigiosidade, pelo agigantamento da burocracia estatal, pela produção legislativa desenfreada (que, em muitos casos, ocorre sem estudos prévios ou sem levar em consideração dados) e pela ampliação das faculdades discricionárias dos juízes (ativismo judicial) (Spengler, 2017).

Deduz-se do exposto que o Poder Judiciário passa por algumas crises. No presente artigo, abordar-se-ão as seguintes crises: 1) de identidade; 2) de eficiência; 3) estrutural; 4) objetiva (ou técnico-formal); 5) subjetiva (ou técnico-material); 6) de paradigma.

A crise estrutural do Judiciário advém da dificuldade que o Estado teve de acompanhar o agigantamento das demandas a ele submetidas. Essa crise pode ser traduzida pelos problemas ligados à infraestrutura das instalações judiciárias, ao déficit de pessoal, à ausência de treinamento adequado dos serventuários da justiça, à obsolescência de equipamentos (e das técnicas de gestão e administração de CPIS), ao aumento dos custos (o qual não necessariamente é acompanhado pela disponibilidade dos investimentos estatais) (Spengler, 2017).

Desse modo, a crise estrutural está evidenciada na estrutura judicial lenta, pesada e quase inoperante no que tange à eficiência em termos de quantidade e de qualidade das soluções de processos (Freitas Filho, 2003). Essa crise reflete diretamente na ineficiência da gestão ou administração de todas as demandas levadas à jurisdição pública.

A crise de eficiência impossibilita que o Poder Judiciário responda de modo eficiente à complexidade social e à grande quantidade de litigiosidade que enfrenta. Desse modo, o Judiciário sucumbe perante a carga de tarefas a ele submetidas. Evidencia-se o descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais (Spengler, 2017).

A morosidade do Judiciário, um dos muitos aspectos da crise de eficiência, é decorrente desse desequilíbrio entre a oferta de serviços públicos adjudicatórios e a demanda por esses mesmos serviços. Entretanto, para uma compreensão completa desse fenômeno, seria necessária uma investigação empírica<sup>16</sup> dos padrões atuais de litigância para se identificar em que medida se está diante de um problema de escassez de oferta ou de excesso de demanda (Gico Junior, 2014) ou de falta de um olhar para as novas relações humanas da atualidade.

Esse descompasso gera frustração ante a morosidade e a pouca eficiência dos serviços judiciais. A conjugação dessas circunstâncias provoca o descrédito do cidadão pela justiça, afastando-o dela, muitas vezes. Tal descrença dá-se não só pela distância entre o cidadão, os ritos e a linguagem dos processos judiciais, mas também pelo tempo percorrido por cada procedimento, pela inadequação das decisões em razão da complexidade dos litígios e pela impossibilidade de seu cumprimento (Spengler, 2017).

Assim sendo, o que se verifica é a desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social (ainda que em certo grau), distanciando-se a lei (ou melhor, sua aplicação) da sociedade, não correspondendo à expectativa de tratamento dos conflitos (Spengler, 2017).

16 O esforço para se compreender a estrutura de incentivos dos agentes componentes da oferta (magistrados) e da demanda (partes, advogados, defensores, procuradores e promotores) é quase inexistente. Assim, as razões tradicionais apontadas para a crise do Judiciário normalmente se resumem à quantidade e à qualidade (ruim) das leis (o problema é do Legislativo), à inobservância das leis pelo Estado (o problema é do Executivo), à cultura brasileira de litigância (o problema é do povo), ao excesso de recursos (o problema é dos advogados) ou à falta de recursos (o problema é dinheiro) (Gico Junior, 2014), mas não traduzem nem demonstram a magnitude desse problema. Desse modo, também há uma crise de legitimidade democrática e de moralidade.

Isso acarreta outras duas crises: a objetiva (técnico-formal) e a subjetiva (técnico-material). A primeira está relacionada à linguagem tecnicista utilizada nos procedimentos e nos rituais forenses e à burocratização (Spengler, 2017).

O fato de o Poder Judiciário estar preso a uma linguagem empobrecida, verborrágica, inflexível e impregnada de tecnicidades jurídicas coloca por terra a ideia de que é uma instituição educativa e que promove um debate público melhor que o legislador (Mendes, 2011; Silva, 2016).

O processo carrega consigo um ritual próprio, dotado de um repertório de palavras e de termos técnicos, de gestos, de fórmulas, de tipos de discursos, de locais “sagrados” e de uma percepção de tempo peculiar, todos destinados a tratar o conflito. Assim, o processo é pautado por uma lógica ritualística única que não é acessível a todos e tampouco pode ser substituída (talvez apenas mitigada), dada a função decisória (substitutiva) que exerce a jurisdição (Spengler, 2008).

A outra crise, a subjetiva (técnico-material), resulta da dificuldade e/ou da incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais para lidar com novas realidades fáticas que exigem não apenas reformulações legais, mas também uma mudança cultural e de mentalidade (Spengler, 2017), a qual se traduz, entre outros aspectos, pela multiplicidade de decisões diferentes para casos similares (verossimilhança conflitiva).

Isso demonstra a ausência de percepção das relações humanas modernas, que são complexas, voláteis, incertas, ambíguas, dinâmicas, contínuas, graduais, progressivas e plurilaterais. É preciso muito tempo para que essas características sejam assimiladas e processadas pela cultura dos agentes públicos afetados à jurisdição e pela estrutura do Poder Judiciário.

O Judiciário não possui uma posição única sobre a mesma questão, cada magistrado decide de acordo com sua própria convicção<sup>17</sup>. Nesse caso, os sujeitos até podem saber qual a regra (norma) jurídica aplicável ao caso, mas não sabem se será aplicada e/ou como será aplicada. Desse modo, essa insegurança, combinada com os baixos custos de litigar no Brasil, entre outros fatores, gera um agigantamento de ações sobre a mesma situação conflitiva (Gico Junior, 2014).

As crises acima narradas acarretam uma crise de paradigma ligada aos métodos e aos conteúdos utilizados pelo direito para buscar o tratamento pacífico dos conflitos com base na atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice* (Spengler, 2017). Ocorre que, por vezes, há um descompasso entre o direito aplicado e o conflito analisado.

Desse modo, de todo o exposto, extrai-se uma crise paradigmática da jurisdição e, por conseguinte, do Poder Judiciário. Entretanto, o Estado não ficou alheio e inerte a todas essas crises, ao contrário, buscou formas de tratá-las, por meio do incentivo a outros métodos de tratamento do conflito.

Quando o Estado chama para si outros métodos de tratamento de conflito, passa a ter um catálogo de formas de solução, de administração e de transformação de CPIS sem, no entanto, deixar de lado a substitutividade processual por meio do provimento jurisdicional – mais uma das formas de lidar com o conflito. Esse crescimento de métodos de que dispõe o Estado-Juiz é responsável pela última crise abordada no presente trabalho: a crise de identidade funcional.

17 Nesse sentido, ver Dantas (2021).

Em razão da crise de identidade, há um “embaçamento do papel judicial” (Spengler, 2017) porque o Poder Judiciário adotava, quase exclusivamente, um método heterocompositivo de solução e de administração jurisdicional do conflito, que comportava possibilidades de conciliação.

Entretanto, com a ampliação da possibilidade de aplicação de diferenciados métodos, como mediação, práticas restaurativas, constelações, programas de atendimento aos vulneráveis, ampliam-se consideravelmente as funções judiciais, uma vez que a mesma estrutura deve aplicar todas essas práticas. Portanto, há um aumento e, por conseguinte, um acúmulo de funções exercidas pelo mesmo ente.

A crise de identidade também aponta outros problemas: 1) a legislação mais recente é voltada igualmente para os conflitos coletivos, envolvendo questões de natureza distributiva ou social; (2) a magistratura, embora treinada para lidar com as diferentes formas de ação, não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas nas quais elas se inserem; (3) há um formalismo exacerbado, que “decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em nome da certeza jurídica e da segurança do processo” (Spengler, 2017).

Observa-se, assim, que o Poder Judiciário não ficou inerte, tentou reagir a tais crises, buscando meios de vencê-las, principalmente por meio dos “mecanismos alternativos” (multiportas), como a arbitragem, a conciliação, a mediação etc., utilizados para tratar os conflitos, mas não houve uma revisão do modelo conflitual de jurisdição (Spengler, 2017).

Dessa forma, o que o Estado concebeu como solução para todas as demais crises pelas quais tem passado ocasionou uma outra crise, a de identidade. Essa crise de identidade, no entanto, é comum em um momento de transição de paradigma, quando um ente revê sua atuação ante as mudanças e os CPIS complexos, incertos, voláteis, ambíguos, contínuos, dinâmicos, graduais, progressivos e plurilaterais que a sociedade de hoje experimenta. O Estado adotou diversas medidas legislativas e jurídicas visando solucionar as referidas crises, o que será mais bem explorado na seção a seguir.

## 5. SOLUÇÕES ESTATAIS PARA A CRISE

A primeira medida adotada pelo Estado foi a Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário (Brasil, 2010).

A Resolução n.º 125/2010 atende aos seguintes objetivos do Poder Judiciário: 1) potencializar sua eficiência operacional; 2) garantir o acesso ao sistema de Justiça; 3) assegurar a responsabilidade social jurisdicional; 4) tratar os problemas jurídicos e os conflitos de interesses, a partir de outros mecanismos de solução de conflitos, em especial, da mediação e da conciliação; 5) consolidar uma política pública permanente de incentivo e de aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; 6) reduzir a judicialização dos conflitos (Gimenez; Spengler, 2016).

Tal resolução (administração ou gestão) trouxe duas novidades: a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) e a instalação

de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) para auxiliar os Juízos, os Juizados e as Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária e família (Gimenez; Spengler, 2016).

Desse modo, é possível compreender que um dos objetos da Resolução reside na criação de uma disciplina e/ou de um conteúdo mínimo e uniforme para a prática dos meios de tratamento adequado de conflitos (ou melhor, de administração ou gestão de CPIS) pelo Poder Judiciário, servindo como um filtro da litigiosidade e, ao mesmo tempo, como um estímulo para a cultura de paz e a implantação em âmbito nacional da política pública (Gimenez; Spengler, 2016).

Em seguida, destaca-se a Resolução n.º 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, que se dedica à regulamentação das práticas autocompositivas no âmbito ministerial, sendo vanguardista, por exemplo, no emprego das práticas restaurativas (Brasil, 2015a).

Posteriormente o CPC de 2015 inovou em diversos aspectos, possibilitando várias flexibilizações de procedimentos e a adoção de muitos outros.

Importa ressaltar, por exemplo, a gestão judiciária, que passa a ser compreendida como um conjunto de tarefas que procuram garantir a afetação eficaz dos recursos disponibilizados pelo Judiciário com o escopo de se alcançar uma entrega da prestação jurisdicional célere, (justa), eficaz e efetiva, otimizando o funcionamento da unidade judiciária por meio da tomada de decisões racionais fundamentadas pelo gestor (Reis, 2013).

Com o objetivo de imprimir eficiência ao Judiciário, o juiz-gestor pode empregar o planejamento estratégico, uma ferramenta capaz de prescrever políticas que tragam soluções para os problemas do sistema judiciário, pela apresentação de métodos de realização de diagnósticos e de estratégias aptas a orientar as ações dos gestores judiciários<sup>18</sup> (Reis, 2013).

A Gestão das Cortes (*Court Management*) possibilita que se chegue, por meio do adequado emprego das técnicas de administração de recursos materiais e humanos, a um melhor desempenho qualitativo e quantitativo do Judiciário. Por outro lado, por intermédio da macro e da microgestão de processos ou de conflitos (*Case Management*), busca-se o uso dos institutos processuais (flexibilização do procedimento, inserção das ADRs, calendarização etc.) (Gajardoni, 2018).

Dentre as possibilidades de *Case Management*, destaca-se o negócio jurídico processual. O negócio jurídico é a modalidade de ato jurídico com conteúdo e efeitos específicos, que são delimitados pela manifestação de vontade dos sujeitos que o celebram. Nesse sentido, a voluntariedade apresenta-se como um ato relevante para a definição, inclusive, das consequências do ato (Talamini, 2015).

Tais mecanismos podem ser vistos como grandes avanços que o Estado fez na tentativa de solucionar as crises referidas na seção anterior. Dentre outras inovações, destaca-se a Lei de Mediação, responsável pela regulamentação da mediação no âmbito nacional.

Na mediação, uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua para facilitar a comunicação entre as pessoas e propiciar que elas encontrem, a partir da restauração do diálogo, formas proveitosas de lidar com as disputas (Tartuce, 2015).

18 Nesse sentido, destacam-se as fases do procedimento dialógico de concretização de direitos. Ver Silva (2016).



Desse modo, ao promover ou estimular o diálogo entre os sujeitos do conflito, o mediador contribui para que eles ampliem sua percepção sobre as suas responsabilidades pessoais ante aquele conflito de modo a encontrar respostas adequadas para os impasses. Portanto, o mediador busca aproximar as pessoas para que possam compreender melhor as diversas circunstâncias da controvérsia e, se for o caso, formalizar um acordo que levará em consideração os interesses e as expectativas de todos (Tartuce, 2015).

É importante salientar que a Lei de Mediação impõe os seguintes requisitos para que alguém possa ser mediador judicial: 1) ser pessoa capaz; 2) ter concluído uma graduação há pelo menos dois anos em uma instituição de ensino superior reconhecida pelo Ministério da Educação; 3) ter capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelos tribunais; 4) observar outros requisitos estabelecidos pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça<sup>19</sup> (Tartuce, 2015).

É importante observar que, apesar das crises, o Judiciário ainda é um agente importante no tratamento de litígios. A expansão de instrumentos de controle social de caráter não jurídico, como os de tecnologia, de controle informal e de meios de comunicação de massa, redonda na necessidade de reorganização da justiça que vai além do reaparelhamento estatal, passando pela participação popular na sua administração, pela abertura do Judiciário a formas legítimas e razoáveis de democratização, pela revisão do papel dos operadores do Direito. Portanto, o Poder Judiciário não é descartável; dito de outro modo, apesar da crise, não pode ser dispensado (Spengler, 2017).

Chama-se a atenção para o fato de que os métodos de tratamento do conflito (gestão ou administração de CPIS), tais como a mediação e a conciliação, não podem ser entendidos como meios diretos de desafogar o Judiciário, são, na realidade, formas de tratar o conflito (Gimenez; Spengler, 2016).

Vale ressaltar que as inovações trazidas pelo Estado representam avanços no tratamento dos CPIS. Todavia, elas ainda ocorreram dentro da estrutura do Poder Judiciário, isto é, foram estruturadas e desenvolvidas enquanto não foram adotados mecanismos de tratamento do conflito fora do Judiciário.

A nosso ver, concomitantemente aos meios já adotados, o Estado deveria recorrer ao incentivo à realização de métodos fora do Poder Judiciário – como, por exemplo, centros comunitários de mediação, núcleos de Justiça Restaurativa, programas de atendimentos aos vulneráveis, diálogo intersetorial –, que seriam aplicados por facilitadores comunitários e produziram um efeito direto na comunidade.

19 Artigo 11 da Lei n.º 13.140/2015: “Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de 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, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça” (Brasil, 2015b).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os *nudges* são um mecanismo de controle comportamental que direciona as pessoas para certas escolhas ao mesmo tempo que permite que elas optem por um caminho diverso, o que caracteriza o poder de influência, em especial o poder de referência.

Os *nudges* possuem três elementos básicos de influência: 1) o bem-estar para evitar que se promova fins ilícitos ou escolhas ruins; 2) a autonomia para evitar a coação das pessoas ou 3) a dignidade humana para não haja humilhação das pessoas, em respeito à autonomia crítica e de agência dos sujeitos para que possam expressar livremente suas escolhas, planos de vida, fins lícitos e respeito às pessoas.

Quando se analisa a aplicação de *nudges* em políticas públicas, observa-se que todo governo cria uma arquitetura para escolhas particulares entre as várias possíveis. Nesse sentido, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, constatou-se a universalização do acesso à justiça, principalmente por meio da gratuidade judicial. Embora tenha representado um grande avanço na tutela de grupos até então excluídos, a universalização do acesso à justiça foi empregado em uma política pública como um *nudge* que visava incentivar o tratamento do conflito por meio do método heterocompositivo específico adotado pelo Poder Judiciário.

Todavia, tal incentivo aumentou as demandas julgadas pelo Poder Judiciário, o que ocasionou as crises expostas: de estrutura, de eficiência, objetiva (objeto) e subjetiva (sujeitos).

Demonstra-se, assim, a ausência de percepção das relações humanas modernas, que são complexas, voláteis, incertas, ambíguas, dinâmicas, contínuas, graduais, progressivas e plurilaterais. Importa lembrar que é preciso muito tempo para que essas características sejam assimiladas e processadas pela cultura dos agentes públicos afetados à jurisdição e pela estrutura do Poder Judiciário.

A tentativa de solucionar as crises por meio de leis e de resoluções – destacando-se a Resolução n.º 125/2010 do CNJ, a Resolução n.º 118/2014 do CNMP, o CPC/2015 e a Lei de Mediação, que incentivam o emprego pelo Judiciário de outros meios de resolução de conflitos e/ou a flexibilização de procedimentos já existentes em nome de um processo mais participativo e mais dialogado –, paradoxalmente, criou outras crises, de identidade e de paradigma.

Tal paradoxo, longe de ser algo exclusivamente ruim, é o grande marco de uma nova mudança de paradigma. Graças a essa mudança, busca-se a aplicação dos métodos autocompositivos fora do Poder Judiciário, isto é, fora do âmbito estritamente estatal, tendo em vista a perseguição da cultura de paz.

Por meio do incentivo (*nudge*), são criados Centros Comunitários de Resolução de Conflitos, os quais podem aplicar diversos métodos para o tratamento da causa conflitiva, sem que isso signifique a perda de importância do Judiciário. Trata-se, antes, de valorizar os sujeitos enquanto autônomos e a comunidade enquanto instituição protetiva dos indivíduos e apta a auxiliar na resolução relacional de conflitos.

Portanto, concomitantemente aos meios já adotados, o Estado deveria optar pelo incentivo à realização de métodos fora do Poder Judiciário – como, por exemplo, centros comunitários de mediação, núcleos de Justiça Restaurativa, programas de atendimentos aos vulneráveis, diálogo intersetorial. Aplicados por facilitadores comunitários, esses métodos poderiam produzir um efeito direto na comunidade.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Mayara de Carvalho; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ser convivente é conveniente: uma perspectiva das conciliações judiciais como forma de dissimular a crise do Judiciário e de perpetuar a subcidadania no Brasil. In: SILVA, Artur Stamford da; MELLO, Marcelo Pereira de; PIRES, Carolina Leal (org.). *Sociologia do Direito em prospectiva: para uma cultura de pesquisa*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2013. v. 1. p. 805-819.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *DJE/CNJ*, Brasília, DF, n. 219/2010, p. 2-14, 1º dez. 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 25 fev. 2025.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1.º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, edição 18, seção 1, p. 48, 27 jan. 2015a. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32131721/do1-2015-01-27-resolucao-n-118-de-1-de-dezembro-de-2014-32131578](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32131721/do1-2015-01-27-resolucao-n-118-de-1-de-dezembro-de-2014-32131578). Acesso em: 25 fev. 2025.
- BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2.º do art. 6.º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 1, p. 22, 29 jun. 2015b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 25 fev. 2025.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2019.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Autocomposição judicial: o meio mais rápido e mais barato para a Macdonaldização das decisões? Análise segundo o CPC que ama muito tudo isso. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar (org.). *Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: D'Páido, 2018. v. 1. p. 419-438.
- DANTAS, Rodrigo D'Orio. *A imparcialidade no divã: por que árbitros e juízes são naturalmente parciais?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- DOYAL, Len; GOUGH, Ian. *Teoría de las necesidades humanas*. Barcelona: Icaria, 1994.
- FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coord. da Tradução Carlos de Salles. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 133-150.
- FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003.
- FRENCH, John R. P. Jr.; RAVEN, Bertram H. The bases of social power. In: CARTWRIGHT, Dorwin (ed.). *Studies in Social Power*. Ann Arbor, Mich.: Institute for Social Research, 1959. p. 259-269.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 3, p. 276-295, set./dez. 2018.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. *O mediador na resolução 125/2010 do CNJ: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas*. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

REIS, Wanderlei José dos. Juiz-gestor: um novo paradigma. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, [S. l.], ano 2, n. 8, p. 8697-8707, 2013. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/08/2013\\_08\\_08697\\_08707.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/08/2013_08_08697_08707.pdf). Acesso em: 25 fev. 2025.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 456-471, 2018.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford Press, 2002.

SILVA, Sandoval Alves da. O dever fundamental da persecução da verdade possível ou provável no CPC de 2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 106, n. 980, p. 297-327, jun. 2017a.

SILVA, Sandoval Alves da. O (in)acesso à justiça social com a demolidora reforma trabalhista. In: Miessa, Élisson; Correia, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: JusPodivm, 2017b. v. 1. p. 1075-1103.

SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização de direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Sandoval Alves da. Os direitos indígenas no Brasil e o pluriculturalismo: o caso concreto da educação indígena no Estado do Pará. In: BASTOS, Dafne Fernandez de; SALES, José Edvaldo Pereira (coord.). *Direitos humanos: abordagens transversais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 271-296.

SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Mitigação da voluntariedade: uma análise da vedação da intimação judicial para práticas restaurativas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 2, p. 648-669, maio/ago. 2021a.

SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. *O direito fundamental de acesso à justiça não estatal: por uma justiça não institucional e de aplicação comunitária*. [2021b]. No prelo.

SILVA, Sandoval Alves da; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Acesso à justiça no Projeto “Escrevendo e Reescrevendo a Nossa História” (Pernoh). *Revista InterAção*, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 41-51, jun./dez. 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. *(Des)caminhos do Estado e da jurisdição*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fraternidade, mediação e jurisdição: (des)encontros*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. The ethics of nudging. *Yale Journal on Regulation*, [S. l.], n. 32, p. 413-450, 2015. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol32/iss2/6>. Acesso em: 10 jul. 2021.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 104, out. 2015. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 29 mar. 2021.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

TARUFFO, Michele. *Verso la decisione giusta*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2020.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 04/07/2024
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/07/2024
- Avaliação 1: 03/09/2024
- Avaliação 2: 16/02/2025
- Decisão editorial preliminar: 16/02/2025
- Retorno rodada de correções: 01/03/2025
- Decisão editorial/aprovado: 23/07/2025

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# A LEI DA FICHA LIMPA E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

THE CLEAN RECORD LAW AND THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

ANA LÚCIA ALVES BAHIA<sup>1</sup>  
ADRIANO DA SILVA RIBEIRO<sup>2</sup>

## RESUMO

A aplicação da Lei da Ficha Limpa a partir de um caso concreto é o ponto de partida deste trabalho. Será feito um estudo do julgamento de um processo de Requerimento de Registro de Candidatura nas eleições de 2022 para, partindo de uma ótica internacionalista e dos dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ser feito um comentário sobre a decisão do Tribunal Superior Eleitoral. Inicialmente, o caso e a decisão proferida pela Corte superior eleitoral serão apresentados. Depois, a partir de breves conceituações pertinentes ao tema, será feito um comentário com viés crítico sobre os equívocos do TSE ao julgar processos relativos à Lei da Ficha Limpa, desconsiderando o controle de convencionalidade e as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional.

**Palavras-chave:** Lei da Ficha Limpa; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; controle de convencionalidade; direitos humanos.

## ABSTRACT

*The application of the "Lei da Ficha Limpa" based on a specific case is the starting point of this paper. A study will be made of the judgment of a Candidate Registration Request process in the 2022 elections so that, from an internationalist perspective and the provisions of the American Convention on Human Rights, a comment will be made on the decision of the Superior Electoral Court. Initially, the case and the decision handed down*

- 1 Graduanda em Direito pela Universidade FUMEC; Servidora Pública do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais
- 2 Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Pós-Doutor em Direito e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Bacharel em Direito da PUC Minas (2010). Licenciado em Letras e suas Literaturas PUC Minas Betim (2002). Professor Permanente no PPGD/FUMEC (2024). Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC (2020-atual). Professor da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, na Graduação em Direito (2023). Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor Diretor de Tese no Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Professor na Pós-Graduação da EJEF/TJMG (2022-atual). Assessor Judiciário no Gabinete do Des. José Arthur Filho no TJMG. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6658-3179>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BAHIA, Ana Lúcia Alves; RIBEIRO, Adriano da Silva. A lei da ficha limpa e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise jurisprudencial. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 160-172, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i2.10104>.



*by the Superior Electoral Court will be presented. Afterwards, based on brief concepts relevant to the topic, a critical comment will be made on the Superior Electoral Court's mistakes when judging cases related to the "Lei da Ficha Limpa", disregarding the control of conventionality and the obligations assumed by the Brazilian State before the international community.*

**Keywords:** "Lei da Ficha Limpa"; American Convention on Human Rights; control of conventionality; human rights.

## 1. INTRODUÇÃO

Nas Eleições gerais de 2022, a Justiça Eleitoral recebeu 29.262 pedidos de registros de candidatura para os cargos de Presidente da República e Vice, Governador e Vice, Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual. Desses, 1.720 foram indeferidos pelos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) e/ou pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE)<sup>3</sup>. Os principais motivos de indeferimento foram a ausência de requisito para registro de candidatura, o indeferimento do partido político, coligação ou federação e a Lei da Ficha Limpa.

A Lei da Ficha Limpa é como ficou conhecida a Lei Complementar nº 135/2010, por ter inserido na Lei Complementar nº 64/1990, dentre outras providências, hipóteses de inelegibilidade calcadas na moralidade e probidade, de modo a expurgar do processo eleitoral pretensos candidatos que tenham a "ficha suja". Embora seja primordialmente lembrada como resultado de um projeto de lei de iniciativa popular, com apoio de quase dois milhões de brasileiros<sup>4</sup>, a Lei da Ficha Limpa tem a sua origem no Projeto de Lei Complementar nº 168, apresentado pelo Poder Executivo em 22/10/1993.

As novidades trazidas pela Lei da Ficha Limpa estão inseridas na LC nº 64/1990, diploma normativo que atende ao comando do art. 14, § 9º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988<sup>5</sup> para elencar causas de inelegibilidade. Tais causas de inelegibilidade são situações que, se configuradas, são suficientes para retirar o cidadão ou cidadã da disputa eleitoral, ainda que ele ou ela possua todas as condições de elegibilidade e cumpra todos os requisitos de registrabilidade.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha decidido pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 29 e 30) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578), não há manifestação expressa quanto à conveniência da Lei, abrindo espaço para debates em torno da adequação dos dispositivos trazidos pela norma aos tratados e convenções internacionais internalizados pelo Estado brasileiro.

Neste comentário jurisprudencial será apresentado caso concreto que teve seu julgamento final diretamente definido por hipótese de inelegibilidade originária da Lei da Ficha Limpa, em

3 Todas as estatísticas relativas às Eleições 2022 e anteriores estão disponíveis em: <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/r/seai/sig-eleicao/estatisticas-eleicao?session=304012282574751>.

4 Para mais informações sobre a Lei da Ficha Limpa, leia notícia divulgada no portal do Supremo Tribunal Federal em comemoração aos dez anos da norma, em 2022: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445421&ori=1>.

5 Art. 14.

(...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

situação na qual o pretense candidato teve sua capacidade passiva, ou seja, a sua capacidade de ser candidato a um cargo eletivo, tolhida em virtude de ter sido condenado em ação penal por órgão colegiado. Nesse caso, foi negada a possibilidade de realização de controle de convencionalidade pelo órgão julgador.

Após, será feita uma análise do julgamento sob a ótica dos direitos humanos, a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e dos estudos de doutrinadores nas áreas do Direito Internacional e do Direito Eleitoral.

## 2. APRESENTAÇÃO DO CASO

Tobias Santos Cometti teve o seu Requerimento de Registro de Candidatura (RRC) ao cargo de Deputado Estadual, no Espírito Santo, pelo partido Movimento Democrático Brasileiro (MDB), indeferido pelo TRE-ES em 06/09/2022, junto com a procedência da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (Airc) proposta pelo Ministério Público Eleitoral (MPE). Interposto Recurso Ordinário Eleitoral ao TSE (RO-EI nº 0600968-81.2022.6.08.000), a Corte maior eleitoral negou provimento, mantendo, em sessão eletrônica realizada entre os dias 29 e 30/09/2022, a decisão originária, e tirando da disputa eleitoral – que ocorreria dali a dois dias, em 02/10/2022 - o então candidato com base na Lei da Ficha Limpa. O acórdão transitou em julgado em 03/10/2022.

### 2.1 A LIDE

A Airc apresentada pelo MPE contra o pretense candidato ao cargo de Deputado Estadual Tobias Santos Cometti teve como fundamento a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “e”, item 1, da LC nº 64/1990, que dispõe:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) (Brasil,1990).

Tobias Santos Cometti fora condenado pela prática do crime de peculato doloso (art. 312 do Código Penal), em continuidade delitiva, a uma pena de três anos e nove meses de reclusão nos autos do processo penal nº 0015383-36.2017.8.08.0030, que tramitou perante a 3ª Vara Criminal de Linhares/ES, tendo a sentença sido confirmada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo em 28/07/2021. Desse modo, na data do julgamento de seu RRC, existia contra o pretense candidato uma condenação por crime contra a administração pública em decisão proferida por órgão judicial colegiado, embora ainda sem trânsito em julgado.

Em Recurso Ordinário Eleitoral, Tobias Santos Cometti alegou que não incidia sobre ele a causa de inelegibilidade, já que havia sido concedida ordem, em Habeas Corpus impetrado por corrê, que lhe beneficiou, porquanto ela fora absolvida nos autos do processo originário, e os efeitos foram a ele estendidos. Também argumentou que o processo ainda não havia transitado em julgado, o que é indispensável, nos termos do art. 15, III, da CRFB/1988<sup>6</sup>. Nesse sentido, e o que mais importa nesta análise, sustentou que deveria ser feito um controle de convencionalidade, porque a hipótese de inelegibilidade que supostamente se aplicaria a ele é incompatível com o art. 23 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, documento assinado em 22 de novembro de 1969 por diversos Estados americanos, dentre eles, o Brasil<sup>7</sup>, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, importante instrumento do Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito da América Latina, traz, em seu art. 23.2, as hipóteses de restrições ao exercício de direitos políticos. São, em caráter exaustivo: em razão de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental e condenação em processo penal<sup>8</sup>.

Nesse sentido, o pretenso candidato, então e ao final inapto a participar do pleito de 2022, trouxe, em seu recurso, a tese de que as hipóteses de inelegibilidade acrescentadas à LC nº 64/1990 pela LC nº 135/2010, em especial aquela em virtude da qual seu RRC fora indeferido (condenação por órgão colegiado por crime contra a administração pública), devem passar por um controle de convencionalidade, afastando-se a restrição à sua capacidade eleitoral passiva por extrapolar o art. 23.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

## 2.2 A DECISÃO DA CORTE ELEITORAL

No TSE, o Recurso Ordinário Eleitoral foi julgado em sessão eletrônica realizada entre os dias 29 e 30/09/2022, sob a relatoria do Ministro Raul Araújo, cujo voto conduziu os demais pronunciamentos dos integrantes da Corte, negando, à unanimidade, provimento ao Recurso. Destacou-se que condenação criminal, ainda que sem trânsito em julgado, mas proferida por órgão colegiado, exaure a condição jurídica do art. 1º, I, “e”, item 1, da LC nº 64/1990. Estando, à época, vigentes os efeitos da condenação, recaía sobre o pretenso candidato a inelegibilidade.

O argumento, em tese, mais desafiador apresentado pelo então Recorrente foi rejeitado pelo Relator de forma categórica e objetiva:

6 Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

7 O Pacto de São José da Costa Rica foi incorporado ao direito interno brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, o qual pode ser consultado em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm).

8 ARTIGO 23

Direitos Políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2 A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades e a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

No que concerne à afirmação de que deve ser realizado um controle de convencionalidade, porquanto a hipótese de inelegibilidade reconhecida pela Corte regional se mostra incompatível com o art. 23 do Pacto de San José da Costa Rica, melhor sorte não socorre o recorrente. **O tema já foi rechaçado por esta Corte Superior que concluiu que haveria subversão da hierarquia das fontes, de maneira a outorgar status supraconstitucional à Convenção Americana, o que não encontra esteio na jurisprudência remansosa do Supremo Tribunal Federal, que atribui o caráter supralegal a tratados internacionais que versem direitos humanos.** Nesse sentido, mudando o que tem que ser mudado, confira-se o seguinte acórdão desta Corte:

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2020. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. PLENO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS. NÃO PREENCHIMENTO. CONDENAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO PROVIMENTO.

#### SÍNTESE DO CASO

1. Trata-se de recurso especial eleitoral interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (ID 142342488) que, à unanimidade, negou provimento a recurso eleitoral e manteve a sentença do Juízo da 95ª Zona Eleitoral daquele Estado que indeferiu o pedido de registro de candidatura da recorrente ao cargo de prefeito do Município de Reginópolis/SP, nas Eleições de 2020, por não atendimento da condição de elegibilidade alusiva à plenitude dos direitos políticos, em razão de condenação por improbidade administrativa nos autos de ação civil pública (Processo 0005780-13.2006.8.26.0453 do Tribunal de Justiça de São Paulo).

[...]

19. No que tange à suposta ofensa ao art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, observo que o tema já foi apreciado e rechaçado por esta Corte no julgamento do AgR-RO 471-53, de relatoria do Ministro Luiz Fux, PSESS em 2.12.2014, no qual esta Corte firmou o entendimento de que “a prevalecer a tese segundo a qual a restrição ao direito de ser votado se submete às normas convencionais, haveria a subversão da hierarquia das fontes, de maneira a outorgar o status supraconstitucional à Convenção Americana, o que, como se sabe, não encontra esteio na jurisprudência remansosa do Supremo Tribunal Federal que atribui o caráter supralegal a tratados internacionais que versem direitos humanos”.

[...]

(REspEI nº 0600415-10/SP, rel. Min. Sérgio Silveira Banhos, julgado em 7.10.2021, DJe de 27.10.2021)

No mesmo sentido, entre outros, o acórdão no AgR-RO nº 471-53/SC, rel. Min. Luiz Fux, PSESS de 2.12.2014.

(BRASIL, TSE. RO-EI nº 060096881, Acórdão, Relator(a) Min. Raul Araujo Filho, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 30/09/2022)

(Destaques nossos) (Brasil, 2022)

Assim, o TSE concluiu que não cabia o controle de convencionalidade no caso concreto, considerou que a decisão em habeas corpus que beneficiou a corré não alcançou todos os fatos que levaram à condenação penal do pretendo candidato e, assim, havendo condenação por órgão colegiado, a inelegibilidade do art. 1º, I, “e”, item 1, da LC nº 64/90 recaía sobre Tobias Santos Cometti. Por esses motivos, manteve-se o indeferimento do RRC.

### 3. ANÁLISE

Embora, em uma primeira análise, pareça inovadora a tese trazida pelo Recorrente de que as inelegibilidades inseridas na legislação eleitoral por meio da chamada Lei da Ficha Limpa devem passar por um controle de convencionalidade, ela não é, de forma alguma, novidade entre internacionalistas e eleitoralistas. Marcelo Ramos Peregrino Ferreira e Vitor de Andrade Monteiro, por exemplo, já enfrentam a questão há algum tempo, com produções científicas sobre o assunto. A própria Corte Superior Eleitoral já havia se manifestado a respeito do tema, como no Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 471-53/SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, citado como precedente-paradigma no acórdão que ora se analisa.

No entanto, a forma como a Justiça Eleitoral refuta os argumentos que delineiam a tese baseada no Pacto de São José da Costa Rica parece frágil, apoiada em repetições jurisprudenciais antigas, as quais, por sua vez, foram construídas a partir de uma *ratio* conservadora. Os argumentos de Direito Internacional são, assim, enfrentados sob uma ótica estritamente interna, como se esquecendo-se de que o próprio Estado brasileiro assumiu os compromissos que a Corte busca rechaçar.

O principal fundamento do TSE para combater o argumento do pretense candidato de que a inelegibilidade que nele recaiu ofende o art. 23.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que vem sendo repetido sempre que a tese é trazida como defesa contra as inelegibilidades advindas da Lei da Ficha Limpa<sup>9</sup>, apoia-se na teoria do Direito dos Tratados. Veja-se trecho da ementa do julgado em análise:

3. A alegação de ofensa ao art. 23 do Pacto de San José da Costa Rica já foi rechaçada por esta Corte Superior, que concluiu que haveria subversão da hierarquia das fontes, de maneira a outorgar **status supraconstitucional à Convenção Americana**, o que não encontra esteio na jurisprudência remansosa do STF, que atribui o **caráter supralegal a tratados internacionais que versem direitos humanos**. Precedentes.

(Destaques nossos)

Os termos destacados são típicas terminologias do Direito dos Tratados, o qual assume particularidades no que se refere à formação e incorporação dos acordos celebrados pelo Estado Brasileiro enquanto sujeito do Direito Internacional. Nesse sentido, e em síntese, para que seja válido internamente, um tratado do qual o Brasil seja signatário precisa, após ser aprovado pelo Congresso Nacional e, de forma discricionária, ratificado pelo chefe do Poder Executivo, ser promulgado pelo Presidente da República, por meio de um Decreto de Promulgação, também chamado Executivo ou Presidencial<sup>10</sup>. Trata-se de um procedimento complexo, que tem a participação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, em atenção aos arts. 84, VIII<sup>11</sup> e 49, I<sup>12</sup>, da CRFB/1988.

9 São exemplos: Recurso Especial Eleitoral nº 060023410, de 18/03/2021 (julgamento e publicação); Tutela Antecipada nº 06016286820206000000, de 23/11/2020 (julgamento e publicação); e Recurso Especial Eleitoral nº 060041510, de 07/10/2021 (julgamento), publicado em 27/10/2021.

10 Para o STF, o decreto de promulgação é requisito fundamental para a validade interna de um tratado internacional. Há posições diferentes, inclusive com base no § 1º do art. 5º da CRFB/1988, como a de Ramos (2023) e de Piovesan (2024).

11 Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

12 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

A fase de aprovação pelo Congresso Nacional, contudo, pode se dar de duas formas, no caso de tratados relativos a direitos humanos: pelo rito ordinário, ou seja, aquele que exige maioria simples para que o tratado seja aprovado pela casa legislativa, ou pelo rito especial necessário para aprovação de emendas constitucionais, de acordo com o previsto no art. 5º, § 3º, da CRFB/1988, segundo o qual “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O § 3º acima citado foi acrescentado ao art. 5º em 2004 pela Emenda Constitucional nº 45. Após essa data, então, a escolha do rito de aprovação do tratado sobre direitos humanos passou a ter consequências decisivas, conforme entendimento majoritário do STF: os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito ordinário, e aqueles aprovados antes da EC nº 45/2004, possuem status supralegal, ou seja, estão hierarquicamente situados abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias. Já os tratados aprovados segundo o quórum especial de emendas constitucionais possuem status constitucional<sup>13</sup>.

Feitos esses esclarecimentos, para melhor compreender a fundamentação expressa no acórdão do caso em análise, necessário socorrer-se de trecho do inteiro teor do precedente-paradigma citado:

(...) as hipóteses de inelegibilidade no ordenamento jurídico pátrio são fixadas de acordo com os parâmetros constitucionais de probidade, moralidade e de ética, e veiculadas por meio de reserva de lei formal (lei complementar). Do contrário, a prevalecer a tese de que a restrição ao direito de ser votado se submete às normas convencionais, negligenciando o art. 14, § 9º, haveria a subversão da hierarquia das fontes, de maneira a outorgar status supraconstitucional à Convenção Americana, o que, como se sabe, não encontra esteio na jurisprudência remansosa do Supremo Tribunal Federal que atribui o caráter supralegal aos tratados internacionais que versem direitos humanos (ver por todos RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso). **Daí por que, na hipótese vertente, resta inviável o pretendido controle, de vez que, a teor da interpretação dada pela Corte Suprema, o tratado internacional não se sobrepõe à Constituição.**

(AgR-RO nº 471-53.2014.6.24.0000/SC, Acórdão de 02/12/2014, Relator Ministro Luiz Fux, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 02/12/2014)

(Destaques nossos) (Brasil, 2014)

Interpretando-se o fundamento do TSE para refutar o argumento do Recorrente no caso em análise, extrai-se que a Corte Eleitoral entendeu que a realização de um controle de convencionalidade sobre as inelegibilidades previstas na LC nº 64/1990 não é possível, já que subverteria a hierarquia das fontes, fazendo com que o Pacto de São José da Costa Rica – que, por ter sido aprovado pelo Congresso Nacional antes da EC nº 45/2004, foi recepcionado internamente com natureza supralegal – adquirisse status “supraconstitucional”, posicionando-se acima da Constituição.

13 Há que se lembrar que, embora seja essa a posição dominante do STF, há entendimento jurisprudencial minoritário e entendimento doutrinário de que todas as categorias de tratados que envolvem direitos humanos possuem natureza constitucional, sendo assim divididos: tratados materialmente constitucionais, que são os aprovados conforme o rito ordinário, e tratados material e formalmente constitucionais, que são os aprovados conforme o rito especial. Trata-se de teoria defendida por Flávia Piovesan, Valerio Mazzuoli e André de Carvalho Ramos.



Não poderia estar mais equivocada a conclusão da Corte. O que se pede, ao se requerer um controle de convencionalidade do art. 1º, I, “e”, item 1, da LC nº 64/1990, é que se faça uma análise tendo como pano de fundo, além das diretrizes constitucionais, também as disposições oriundas de acordos internacionais correlatos, sobretudo o art. 23.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Presume-se que, ao terem sido aprovadas, ratificadas e promulgadas após 1988, as disposições convencionais sejam compatíveis com a Constituição, de modo que sua análise e eventual aplicação não implicam considerar a Convenção Americana um tratado com natureza “supraconstitucional”.

Dessa forma, o controle de convencionalidade é perfeitamente possível e, mais do que isso, desejável. Não por outro motivo foi expedida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão cuja principal função é o controle do Poder Judiciário (art. 103-B, § 4º, CRFB/1988), a Recomendação nº 123, de 07/01/2022. Por meio do documento, o CNJ recomenda aos órgãos do Judiciário: “a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas”.

É certo que as recomendações do CNJ não possuem caráter vinculante. Por outro lado, também não há dúvidas de que, ao fazer uma recomendação que considera que “cabe aos juízes e juízas aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos no equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes”<sup>14</sup>, o CNJ se posiciona de maneira firme quanto à tendência de universalização dos direitos humanos. Como resultado da Recomendação, foram adotadas diversas medidas para promover e incentivar a realização do controle de convencionalidade pelos juízes e juízas brasileiros, reunidas sob o nome de “Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos”. Dentre as medidas, há a previsão de programas de capacitação em Direitos Humanos e controle de convencionalidade, tendo já sido realizada uma edição de curso de capacitação.

Diante desse contexto, é razoável considerar que o controle de convencionalidade deve ser feito, atualmente, sobretudo após a Recomendação CNJ nº 123/2022, sob uma ótica internacionalista, ou seja, levando-se em consideração, além dos textos dos próprios tratados, as interpretações a eles conferidas pelos tribunais internacionais de direitos humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Nesse sentido, desde a primeira vez em que a expressão “controle de convencionalidade” foi utilizada pela CIDH<sup>15</sup>, em 26 de setembro de 2006, em sentença do julgamento do Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, tem-se essa premissa:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. **Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas apli-**

14 Trata-se de uma das considerações iniciais apresentadas pelo CNJ na Recomendação nº 123/2022.

15 Conforme Valério Mazzuoli, em seu Curso de Direito Internacional Público (2021, p. 324).

**cadav a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.**

(Destaques nossos)

Assim, ao se equivocar na afirmação de que o controle de convencionalidade é inviável no caso concreto, o TSE deixou de fazer uma análise sobre a essência da questão trazida à baila pelo Recorrente, então pretendo candidato, que é menos o debate sobre a possibilidade ou a impossibilidade do controle de convencionalidade em si, já que o toma como certo, e mais a conclusão sobre a compatibilidade ou incompatibilidade do art. 23.2 do Pacto de São José da Costa Rica com as inelegibilidades trazidas pela Lei da Ficha Limpa, em especial aquela que surge após a condenação por órgão colegiado em virtude de determinados crimes.

O art. 23.2 do Pacto é taxativo quanto às hipóteses de restrições a direitos políticos, que são, repita-se: em razão de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental e condenação em processo penal. Localizar as causas de inelegibilidade trazidas pela Lei da Ficha Limpa nesse rol *numerus clausus* exige esforço argumentativo e sempre acaba em uma racionalidade calcada na moralização do processo eleitoral. Com efeito, na análise da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, foi uníssono no STF tal discurso. Veja-se, como exemplo, trechos do voto do Relator do julgamento conjunto das ADCs nº 29 e nº 30 e da ADI nº 4578, Ministro Luiz Fux, e do voto do Ministro Joaquim Barbosa:

Questiona-se, então: é razoável a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? A resposta há de ser negativa. Da exigência constitucional de moralidade para o exercício de mandatos eletivos (art. 14, § 9º) se há de inferir que uma condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, a rejeição de contas públicas, a perda de cargo público ou o impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional excluirão a razoabilidade da expectativa. A rigor, há de se inverter a avaliação: é razoável entender que um indivíduo que se enquadre em tais hipóteses qualificadas não esteja, a priori, apto a exercer mandato eletivo.

(Voto do Relator, Ministro Luiz Fux)

Assim, como diversas vezes já afirmei nesse Plenário, eu analiso a Lei Complementar 135/2010, sob a ótica da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob a ótica da proteção ao interesse público, e não para o fim de proteção preferencial aos interesses puramente individuais e privados.

(...)

No mérito, como já me manifestei nesse Plenário, mais de uma vez, entendo que a lei complementar 135/2010 é compatível com a Constituição Federal de 1988, em especial com o que determina o seu § 9º do art. 14. Mais do que isso: considero que a referida lei ao complementar o dispositivo constitucional a ele se integra para formar um todo que poderíamos qualificar como Estatuto da Ética e da Moralidade da Cidadania Política Brasileira, vocacionado a reger as relações entre o Eleitor e seu Representante.

(Voto do Ministro Joaquim Barbosa) (Brasil, 2012)

A moralidade, entretanto, embora seja valor caro ao indivíduo e, ainda que autorizado pela CRFB/1988 como elemento suficiente para embasar hipóteses de inelegibilidade<sup>16</sup>, também não está prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos como uma causa que permite a restrição a direitos políticos. Doutrinadores que se debruçaram sobre o exercício de enfrentar a convencionalidade da Lei da Ficha Limpa reforçam o coro, trazendo interessantes conceitos, como o de “direito eleitoral do inimigo”, que lança, no mínimo, uma proposta de reflexão:

Está-se diante de um **direito eleitoral do inimigo**, em que o sistema eleitoral é visto como uma arma para o combate à corrupção, quando a ausência de relação entre eleição e corrupção se estampa no fato que inexiste qualquer medida limitadora dos direitos políticos, por exemplo, na Convenção Interamericana Contra a Corrupção.

(...)

Há, assim, a imposição de uma desigualdade baseada em critérios de aferição de probidade, em sua maior parte, por fatos ocorridos antes mesmo da assunção de qualquer cargo ou por presunções como as relações de parentesco. Institui-se a punição antes que o pecado ocorra, aliás, para que ele não venha a ocorrer, na busca de uma composição parlamentar ideativa, aristocrática por natureza e virtuosa “por decreto”, fundado numa noção de “periculosidade”.

(Ferreira; Ortiz 2017) (Destaques nossos)

Sobre a relação entre a moralização do processo eleitoral e o efetivo combate às práticas “imorais”, importa citar o Índice de Percepção da Corrupção, principal indicador de corrupção do mundo, produzido pela organização Transparência Internacional desde 1995. Analisando os números divulgados pelo estudo, percebe-se que, desde 2012, quando a Lei da Ficha Limpa foi pela primeira vez aplicada em eleições brasileiras, o Brasil tem apresentada diminuição significativa na nota atribuída pelo estudo: de 43 pontos em 2012 para 36 pontos em 2023. A lógica é a seguinte: quanto maior a nota, maior é a percepção de integridade do país, da mesma forma que, quanto menor a nota, mais evidente é a incapacidade do Estado de enfrentar e prevenir a corrupção<sup>17</sup>. Cita-se a análise feita pela organização responsável, referindo-se ao ano de 2023:

No último ano, o Brasil perdeu 2 pontos no Índice de Percepção da Corrupção e caiu 10 posições, terminando na 104ª colocação entre os 180 países avaliados. Os 36 pontos alcançados em 2023 representam um desempenho ruim que coloca o Brasil abaixo da média global (43 pontos), da média regional para Américas (43 pontos), da média dos BRICS (40 pontos) e ainda mais distante da média dos países do G20 (53 pontos) e da OCDE (66 pontos).

Mais especificamente quanto ao art. 1º, I, “e”, item 1, da LC nº 64/1990, utilizado como fundamento para que fossem restringidos os direitos políticos, mais especificamente a capacidade eleitoral passiva, do pretense candidato no caso ora em análise, há considerações específicas a serem feitas. Tal dispositivo prevê como causa de inelegibilidade a condenação por determinados crimes sem a necessidade do trânsito em julgado, exigindo-se, apenas, que a

16 Importante destacar posição dissidente, como a de Eneida Desirée Salgado (2013, p. 134): “Nada permite afirmar que a Constituição Federal de 1988 é compatível com uma leitura moralizadora e perfeccionista. O texto Constitucional, embora traga valores compartilhados pela sociedade, como a solidariedade e a igualdade, não aniquila o espaço de liberdade e nem apresenta um projeto de vida boa a ser imposto aos cidadãos. O compartilhamento de valores públicos, expresso no preâmbulo e no artigo 3º, revela uma moralidade objetiva que não autoriza a imposição de uma moralização subjetivada, seja pelo legislador ou pelos magistrados, em nome de prevenção ou precaução”.

17 Para todos os detalhes sobre o estudo, acesse: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>.

condenação tenha sido feita por órgão colegiado. Há evidente ofensa ao art. 23.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A menção a “condenação em processo penal” no art. 23.2 do Pacto de São José da Costa Rica não autoriza que o princípio da presunção da inocência seja desprezado para que um outro direito político fundamental seja restringido em prol de uma suposta moralidade subjetiva. Embora não esteja expressamente especificado que a condenação em processo penal que autoriza a restrição de direitos políticos seja aquela definitiva, ou seja, a que transitou em julgado, pode-se afirmar, em cotejo com as demais normas do Pacto (por exemplo, o art. 8º.2<sup>18</sup>) e com a jurisprudência da CIDH (por exemplo, no caso *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*), que uma condenação da qual ainda caiba recurso não é suficiente para restringir direitos políticos.

Desse modo, há sérias ponderações a serem feitas ao art. 1º, I, “e”, item 1, da LC nº 64/1990, que impõe ao cidadão que pretende se eleger uma sanção antes mesmo de ele ter sido considerado culpado no processo que efetivamente busca perquirir se houve, de fato, crime pelo qual deve ser afastada a sua inocência. Não por outro motivo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos exige uma condenação com trânsito em julgado para que qualquer direito do indivíduo seja diminuído. Enfrentar a questão de modo simplista como o fez o TSE na jurisprudência ora em análise é, para dizer o mínimo, evidenciar um retrocesso dos direitos políticos e contrariar o caráter progressivo dos direitos humanos.

A análise de uma decisão da Justiça Eleitoral exige considerar, além dos pormenores técnicos da legislação e da jurisprudência, os anseios da sociedade. Decidir se um candidato ou candidata é ou não apto ou apta a participar do processo eleitoral influencia não só a seara individual daquele que está sendo julgado, mas também a possibilidade de escolha dos eleitores. Em muitas circunstâncias mais do que em outras justiças, as decisões emanadas pela Justiça Eleitoral impactam o coletivo.

É de se refletir: o povo, de quem, constitucionalmente, emana o poder (art. 1º, Parágrafo único, CRFB/1988), deve ser tutelado de modo que sua liberdade de escolha seja limitada por propósitos moralizantes – os quais, diga-se de passagem, não se têm demonstrado serem, de fato, eficazes? Não seria este um dos propósitos de um Estado Democrático de Direito: permitir que o povo faça a sua escolha, ainda que essa se prove futuramente malfeita?

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do julgado que ora se conclui foi feita a partir de uma perspectiva que, em prol da universalização e da tendência progressista dos direitos humanos, desafia posições dominantes da Justiça Eleitoral e do STF. Para isso, foi feita uma breve explanação do caso concreto

18 ARTIGO 8  
Garantias Judiciais  
(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)

e dos principais conceitos envolvidos, sem se pretender esgotar o tema, a partir dos diplomas normativos envolvidos, da jurisprudência da CIDH e da doutrina pertinente.

Observou-se que a Lei da Ficha Limpa não está em consonância com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sobretudo com o art. 23.2. Embora evidente a ofensa às disposições internacionais às quais o Brasil, no uso de sua soberania internacional, se obrigou, parece não haver uma preocupação dos Tribunais em fazer um controle de convencionalidade difuso das normas da Lei da Ficha Limpa. Protegida sob o manto da moralidade pela qual, em teoria, clama a sociedade brasileira, a referida Lei restringe direitos políticos e tutela o eleitorado brasileiro.

Ao final, propõe-se uma reflexão sobre a necessidade de uma tutela do Estado com objetivos moralizantes sobre a liberdade de escolha do povo diante dos propósitos que um Estado Democrático de Direito deve perquirir.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 15. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2022.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 12 ago. 2023.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm). Acesso em: 12 ago. 2023.
- 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 12 ago. 2023.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm). Acesso em: 20 mar. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de fevereiro de 2012. *Jusbrasil*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/22085777/inteiro-teor-110525066>. Acesso em: 29 mar. 2024.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 47153/SC. Relator: Min. Luiz Fux, 2 de dezembro de 2014. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 20 nov. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 123 de, 07 de janeiro de 2022*. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em: 20 nov. 2023.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário Eleitoral nº 06009688/ES. Relator: Min. Raul Araujo Filho, 30 de setembro de 2022. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 20 nov. 2023.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas Eleitorais*. Disponível em: <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/r/seai/sig-eleicao/estatisticas-eleicao?session=304012282574751>. Acesso em: 20 mar. 2024.

CARVALHO RAMOS, André. *Curso de Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

EM dez anos de vigência, Lei da Ficha Limpa foi objeto de importantes julgamentos no STF. *Supremo Tribunal Federal*, 12 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445421&ori=1>. Acesso em: 28 mar. 2024.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; ORTIZ, Julio. Ficha Limpa e caso Petro Urrego: controle de convencionalidade das inelegibilidades. *Consultor Jurídico*, 2 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-02/ficha-limpa-petro-urrego-mostram-controle-inelegibilidades/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. O direito eleitoral frente aos tratados internacionais: o solipsismo da jurisprudência nacional e o ativismo pro persona no caso mexicano. *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 16, n. 22, p. 156-182, jan./jun. 2018.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MONTEIRO, Vitor de Andrade. Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendências do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista IIDH.*, San José, v. 61, p. 173-200, 2015.

MONTEIRO, Vítor de Andrade. A influência do sistema interamericano de direitos humanos no Direito Eleitoral brasileiro: por um novo crivo na proteção dos direitos político-eleitorais no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 20, dez. 2020. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/435>. Acesso em: 22 nov. 2023.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

TRANSPARÊNCIA Internacional. *Índice de Percepção da Corrupção 2023*. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 30 mar. 2024.

SALGADO, Eneida Desiree. Do Legislativo ao Judiciário – A Lei Complementar nº 135/10 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, out./dez. 2013. Disponível em: <https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/115>. Acesso em: 5 mar. 2024.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 19/08/2024
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/08/2024
- Decisão editorial/aprovado: 31/08/2024

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2