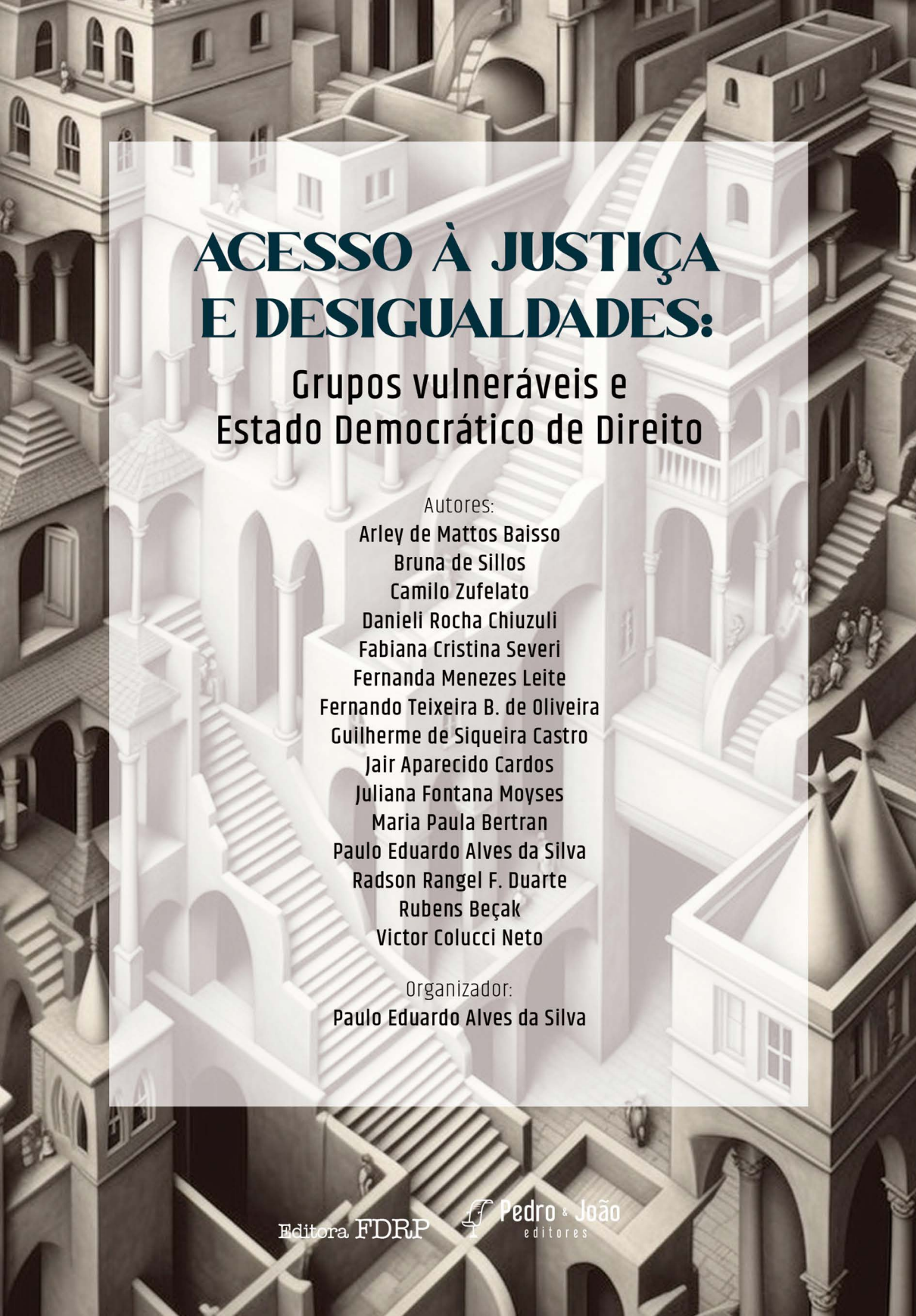




ACESSO À JUSTIÇA E DESIGUALDADES:

Grupos vulneráveis e Estado Democrático de Direito

Autores:

Arley de Mattos Baisso
Bruna de Sillos
Camilo Zufelato
Danieli Rocha Chiuzuli
Fabiana Cristina Severi
Fernanda Menezes Leite
Fernando Teixeira B. de Oliveira
Guilherme de Siqueira Castro
Jair Aparecido Cardos
Juliana Fontana Moyses
Maria Paula Bertran
Paulo Eduardo Alves da Silva
Radson Rangel F. Duarte
Rubens Beçak
Victor Colucci Neto

Organizador:

Paulo Eduardo Alves da Silva

**Acesso à justiça e desigualdades:
grupos vulneráveis e
Estado Democrático de Direito**

Editora FDRP


Pedro & João
editores

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP
Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento no
Estado Democrático de Direito

Projeto 1: Acesso à justiça e desigualdades

Linha de Pesquisa: Desenvolvimento, Democracia e Instituições

Autores:

Arley de Mattos Baisso
Bruna de Sillos
Camilo Zufelato
Danieli Rocha Chiuzuli
Fabiana Cristina Severi
Fernanda Menezes Leite
Fernando Teixeira B. de Oliveira
Guilherme de Siqueira Castro
Jair Aparecido Cardos
Juliana Fontana Moyses
Maria Paula Bertran
Paulo Eduardo Alves da Silva
Radson Rangel F. Duarte
Rubens Beçak
Victor Colucci Neto

**Paulo Eduardo Alves da Silva
(Organizador)**

**Acesso à justiça e desigualdades:
grupos vulneráveis e
Estado Democrático de Direito**



Editora FDRP


Pedro & João
editores



Copyright © Creative Commons 4.0

Esta obra é de acesso aberto. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e autoria e respeitando a Licença Creative Commons indicada.

Vários autores

Acesso à justiça e desigualdades: grupos vulneráveis e Estado Democrático de Direito. São Carlos: Pedro & João Editores e Editora FDRP, 2023. 270p. 16 x 23 cm.

ISBN: 978-65-265-0602-8 [Digital]

978-65-265-0619-6 [Impresso]

DOI: 10.51795/9786526506028

1. Acesso à justiça. 2. Desigualdades. 3. Vulnerabilidades sociais. 4. Estado democrático de direito. 5. Desenvolvimento. I. Título.

CDD – 340/370

Capa: Petricor Design

Ficha Catalográfica: Hélio Márcio Pajeú – CRB - 8-8828

Revisão: Karyn Rinaldi, Ingrid, Beatriz Nogueira, Gabrielle Ferreira e Lourdes Kaminski

Diagramação: Diany Akiko Lee

Editores: Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

Conselho Científico da Pedro & João Editores:

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/Brasil); Hélio Márcio Pajeú (UFPE/Brasil); Maria Isabel de Moura (UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil); Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil); Ana Cláudia Bortolozzi (UNESP/Bauru/Brasil); Mariangela Lima de Almeida (UFES/Brasil); José Kuiava (UNIOESTE/Brasil); Marisol Barenco de Mello (UFF/Brasil); Camila Caracelli Scherma (UFFS/Brasil); Luís Fernando Soares Zuin (USP/Brasil).

Editora FDRP
Av. Bandeirantes, 3900 Campus da USP
14040-906 Ribeirão Preto-SP
T | F 55 (16) 3315-4954
www.direitorp.usp.br



Pedro & João Editores
www.pedroejoaoeditores.com.br
13568-878 – São Carlos – SP

2023

Conselho Editorial da Editora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP

Mercedes García Montero (USAL-Instituto Interuniversitário de Iberoamérica/Espanha)

Rebecca Sandefur (Arizona State University/EUA)

Francisco Balager Callejón (Universidad de Granada/Espanha)

Gustavo Fondevila (Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)/México)

Mariagrazia Alabrese (Scuola Superiore Sant' Anna/Itália)

Antonio de Castro Caeiro (Universidade Nova de Lisboa/Portugal)

Ana Margarida Gaudencio (Universidade de Coimbra/Portugal)

Diego Poole Derqui (Universidad Rey Juan Carlos/Espanha)

Ana Maria Celis Brunet (PUC- Chile/Chile)

Maíra Machado (FGV/Brasil)

Lia Carolina Batista Cintra (Unifesp/Brasil)

Alexandre dos Santos Cunha (IPEA/Universidade Positivo/Brasil)

Thula Rafaela de Oliveira Pires (PUC-Rio de Janeiro/Brasil)

Aline de Miranda Valverde Terra (UERJ/Brasil)

Gisela Sampaio da Cruz (UERJ /Brasil)

André Correa (FGV /Brasil)

Fernanda Tartuce (Escola Paulista de Direito/Brasil)

Elival da Silva Ramos (FD-USP/Brasil)

Otávio Luiz Rodrigues Jr (FD-USP/Brasil)

Rodrigo Vitorino Souza Alves (UFU /Brasil)

Caetano Dias Corrêa (UFSC /Brasil)

José Garcez Ghirardi (FGV/Brasil)

Marcos Jorge Catalan (UniLaSalle/Brasil)

José Maurício Conti (FD-USP/Brasil)

Andrea Cristina Zanetti (FDRP-USP/Brasil)

Fabiana Cristina Severi (FDRP-USP/Brasil)

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (FDRP-USP/Brasil)

Paulo Eduardo Alves da Silva (FDRP-USP/Brasil)

Rubens Beçak (FDRP-USP/Brasil)

Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua (FDRP-USP/Brasil)

Iara Pereira Ribeiro (FDRP-USP/Brasil)

Gabriel Loretto Lochagin (FDRP-USP/Brasil)

Este livro foi publicado com o apoio da CAPES, entidade do Governo Brasileiro voltada para a formação de recursos humanos, no âmbito do seu Programa de Apoio à Pós-Graduação (PROAP)

SOBRE OS AUTORES

Arley de Mattos Baisso

Advogado. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - FDRP-USP (2020). Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2022). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP (2016). Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Direitos Humanos, Cidadania, Homoafetividade e Identidade de Gênero.

Bruna de Sillos

Graduada pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - USP (2014), Mestra no programa de Direito e Desenvolvimento na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - USP (2020). Advogada membra da rede feminista de juristas (2018-presente), sócia e fundadora do Vilela e Sillos Advogadas (2019 - presente), escritório especializado em direito civil, das famílias e das mulheres.

Camilo Zufelato

Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002), mestrado em Master Universitario II Livello - Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" (2006) e doutorado em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (2008). Atualmente é professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Danieli Rocha Chiuzuli

Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP) na área de Direito Processual. Pesquisadora Responsável no Núcleo de Justiça e Constituição da FGV-Direito SP. Mestra em Ciências pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP/USP na área de concentração Desenvolvimento no Estado

Democrático de Direito, sendo bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP (03/2019 - 10/2020). Desenvolveu pesquisa de mestrado na área de judicialização de políticas públicas de educação infantil em creche; direitos educacionais; acesso à justiça; e processo coletivo. Graduada em Direito pela mesma instituição, período em que teve bolsa de iniciação científica pela FAPESP (2014-2015).

Fabiana Cristina Severi

Professora do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP) e do Programa de Mestrado da mesma instituição. Livre Docente em Direitos Humanos pela FDRP-USP (2017). É responsável pelas disciplinas de Direito e relações de gênero, Teoria Geral do Estado, Direitos Humanos e Direito Constitucional. Realiza atividades de pesquisa e de extensão ligadas aos temas: Crítica jurídica feminista, acesso à justiça para mulheres e Teorias Democráticas. Líder do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, Democracia e Desigualdades da USP. Participante do Consórcio Lei Maria da Penha pelo fim da violência contra as mulheres baseada em gênero. Participou do Programa Sabático 2021-2022 do Instituto de Estudos Avançados da USP. Atualmente coordena o Projeto Reescrita de Decisões Judiciais em Perspectiva Feminista - Brasil, formado por uma rede de pesquisadoras e acadêmicas brasileiras de diversas regiões do país. Em período de Fellowship na Universidade de Münster (Dez/2022 a Mar/2023).

Fernanda Menezes Leite

Mestra e graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá CERS. Professora no curso de Direito da Universidade de Uberaba - UNIUBE.

Fernando Teixeira Baptista de Oliveira

Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), na área de concentração, "Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito", no campo do Direito Processual Coletivo e Políticas Públicas em articulação com a judicialização de direitos fundamentais sociais, em especial de políticas públicas de saúde (2020). Especialização em Direito Processual Civil pela

Fundação Armando Álvares Penteado (2008). MBA em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (2010). Graduação em Direito pela Universidade Paulista (2006). Atualmente, atuando como assessor jurídico de procurador da República do Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Município de Ribeirão Preto.

Guilherme de Siqueira Castro

Mestre em Direito pela FDRP/USP. Especialista em Processo Civil pela FDRP/USP. Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado e parecerista com experiência na área de direitos humanos, direito administrativo, mediação de conflitos, contencioso cível e criminal. Foi Chefe da Consultoria Jurídica do Instituto e Pesos e Medidas do Estado de São Paulo IPem/SP, Assessor na Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo - SJDC/SP e Assessor na Secretaria de Relações Institucionais do Estado de São Paulo - SRI/SP. Áreas de interesse: constitucionalismo e democracia; participação e deliberação no Estado Constitucional; Direitos Humanos, Tecnologia e Internet; Pesquisa Empírica no Direito; Direito e empreendedorismo. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB /SP, 30ª Subseção (São Carlos - SP). Membro da Associação dos Advogados de São Paulo - AASP. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. Membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD. Membro da Comissão de Direitos Humanos da 30ª Subseção da OAB/SP (São Carlos - SP).

Jair Aparecido Cardoso

Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SÃO PAULO (2006). Graduado e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Pós graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC -Campinas. Líder do grupo de pesquisa (CNPQ/2010) "A transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho", FDRP/USP. Membro do grupo de pesquisa RETRABALHO, Rede de grupos de pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (CNPQ). Autor de artigos e livros na área.

Juliana Fontana Moyses

Doutoranda no Programa de Direitos Humanos na Faculdade de Direito da USP. Mestra em Ciências (2018) pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, na área "Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito". Pesquisa com ênfase em violência doméstica e violência de gênero. Bacharelado em Direito (2016) na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP. Docente no curso de Direito no Centro Universitário UNIFAFIBE, em Bebedouro-SP. Participa do Grupo de Estudos em Direito, Democracia e Desigualdades.

Maria Paula Costa Bertran

Professora de Direito Econômico da Universidade de São Paulo, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Livre-Docente em Sociologia Jurídica pela Universidade de São Paulo desde 2015. Mestre e Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisa nas áreas de Direito e Economia, corrupção, regulação bancária e desenvolvimento humano. Membro do grupo Habeas Data de jurimetria, da Universidade de São Paulo. Fundadora e consultora da Acredito Think Tank, da Universidade de São Paulo Visiting Associate Professor (2020) na Stanford Law School, com apoio da Tinker Foundation. Distinguished Brazilian Fulbright Chair in Democracy and Human Development (2018) e Visiting Fellow no Kellogg Institute for International Studies (2018). Advogada e consultora.

Paulo Eduardo Alves da Silva

Professor Associado na Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Mestre (2002), Doutor (2006) e Livre-Docente (2018) em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante junto ao *Global Legal Studies Institute*, na *Universidade de Wisconsin/Madison* (2012), o *Center for Studies of Law and Society*, na *Universidade da Califórnia/Berkeley* (2016) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA; 2009-2011; 2019-2020). Membro fundador, Diretor Executivo (2011-2018) e membro do Conselho Científico (2019-) da Rede de Estudos Empíricos em Direito (REED). Editor da Revista de Estudos Empíricos em Direito (2013-2016). Pesquisador Associado ao CEBEPEJ - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (2003-). Especialista em pesquisas empíricas em direito, acesso à justiça, métodos de resolução de disputas e direito processual civil. Trabalhos publicados

nos temas: direito processual, reforma do Poder Judiciário, gerenciamento de processos judiciais, meios alternativos de resolução de conflitos, gestão do Poder Judiciário, burocracia judiciária, custeio de processos judiciais, ensino do direito, acesso à justiça, litigiosidade e administração de conflitos, juizados especiais cíveis, Justiça trabalhista, dentre outros. Autor de Gerenciamento de processos judiciais (Saraiva, 2010) e Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem (Forense-Gen, 2a ed. 2019) e Acesso à justiça e direito processual (Juruá, 2022).

Radson Rangel Ferreira Duarte

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (1996), com pós graduação lato sensu em direito processual civil e em tutela do meio ambiente do trabalho e saúde do trabalhador. Mestrando em Desenvolvimento no Estado Democrático pela Universidade de São Paulo / Ribeirão Preto. Juiz do trabalho vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região desde 1997. Professor universitário e autor de obras jurídicas.

Rubens Beçak

Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado nível III da Universidade de São Paulo - USP, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP - FDRP/USP (Graduação e Pós-graduação). É Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo - USP. É Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - campus de Franca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. É Assessor Técnico de Gabinete na Reitoria da Universidade de São Paulo - USP (desde 2022). Ex-Presidente da Comissão de Pós-graduação da FDRP-USP (2017-19). Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional e Eleitoral da USP (latu sensu). Entre 2010 e 2014, foi Secretário Geral da USP. Entre 2014 e 2017, foi Assistente Técnico de Gabinete da Pró-Reitoria de Cultura e Extensão Universitária - PRCEU da USP. É Professor visitante do Centro de Estudios Brasileños - CEB da Universidad de Salamanca - USAL, no curso Master en Estudios Brasileños. Pós-doutorado junto ao Instituto de Iberoamérica da Universidad de Salamanca-USAL (2022). É co-Editor da publicação internacional *Revista*

de Estudios Brasileños / Revista de Estudos Brasileiros (REB). Entre 2014 e 2018, foi Coordenador do Núcleo dos Direitos da Pró-Reitoria de Cultura e Extensão Universitária (PRCEU da USP).

Victor Colucci Neto

Pós-Graduação Stricto Sensu /Mestrado Acadêmico junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/SP - USP (julho 2019/dezembro 2021), Pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil pela UNAERP - Universidade de Ribeirão Preto-SP (2008/2009), Graduação em Direito pela Universidade Paulista - UNIP campus de Ribeirão Preto-SP (2000 - Dez/2004). Advogado sócio do Escritório Colucci e Colucci Advogados Associados.

APRESENTAÇÃO

Uma das tarefas prioritárias de qualquer política desenvolvimentista e de efetivação de um ideal de Estado democrático de direito é a de assegurar que todos cidadãos e cidadãs possam, indistinta e independente de suas capacidades socioeconômicas, reivindicar seus direitos e estar seguro de que há justiça naquela sociedade. Independente das matizes teóricas e definições conceituais que se possa adotar, o desenvolvimento no Estado Democrático de Direito passa pelo desenvolvimento das instituições, pela promoção do acesso da população à justiça e pela redução dos impactos das desigualdades – que infelizmente caracterizam, cada vez mais, as sociedades contemporâneas.

Este livro oferece análises de diferentes perspectivas temáticas e metodológicas sobre esse grande desafio de promover o desenvolvimento e assegurar a democracia pelo acesso à justiça.

Fruto de um primeiro ciclo produtivo do projeto “Acesso à justiça e desigualdades” no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (PPG/ FDRP/USP), o livro traz textos elaborados por egressos do Programa, agora mestres em variada atividade profissional e acadêmica, com seus/suas respectivos/as orientadores/as, com reflexões nascidas de suas próprias pesquisas junto ao Projeto.

Com fundamentação científica sofisticada, articulando-se pesquisa bibliográfica e pesquisa empírica – aliás, abordagem tradicional na USP /Ribeirão, amplamente presente na produção do Programa -, o livro cobre aspectos variados da temática que lhe dá título. Estruturado em duas seções, os textos oferecem dados esclarecedores, reflexões intrigantes e soluções inovadoras para os problemas envolvidos.

A primeira seção, chamada de “acesso à justiça e grupos vulneráveis”, reúne análises do acesso à justiça a partir do que Rebecca Sandefur chama de “bottom-up perspective”: um olhar

para o problema a partir das necessidades e percepções da sociedade e do cidadão comum – em oposição ao viés “de cima para baixo”, focado nas instituições e órgãos de estado e atores do topo da pirâmide social. Traz textos sobre como vítimas de violência doméstica mobilizam-se e as respostas que os tribunais lhes têm oferecido (Juliana Moyses e Fabiana Severi); como pessoas trans, encaram os trâmites burocráticos para alteração de nome social (Arley Baisso e Paulo Eduardo Alves da Silva); os desafios para a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho (Fernanda Menezes Leite e Jair Cardoso); e, por fim, como a população mobiliza seu direito à educação e como os gestores públicos municipais (no caso, de Ribeirão Preto) reagem a decisões judiciais que determinam a inclusão de pessoas em creches (Daniela Chiuzuli).

A segunda seção traz textos que olham ao acesso à justiça e as desigualdades pela lente da democracia e de um desenho efetivo de Estado Democrático de Direito. Reúne texto sobre a dinâmica entre os poderes Judiciário e Legislativo em torno do preenchimento, pelo primeiro, de omissões legislativas do segundo (Guilherme Castro e Rubens Beçak); sobre o potencial e os riscos de redes sociais sobre o funcionamento democrático (tema atualíssimo, aliás), a partir de um interessante caso concreto – a transformação do Elevado João Goulart, na cidade de São Paulo, em um parque público suspenso (Bruna de Sillos e Rubens Beçak); sobre a participação de litigantes individuais no planejamento da condução de instrumentos processuais de impacto coletivo, como os IRDR (Victor Colucci e Maria Paula Bertran) e, por fim, a relação complexa entre o acesso à justiça e a segurança jurídica a partir das regulação das relações trabalhistas (Radson Duarte e Jair Cardoso).

Recomenda a boa ciência que problemáticas complexas sejam encaradas coletivamente, recorrendo-se a um arranjo múltiplo de perspectivas e métodos de pesquisa. O PPG da FDRP e este projeto ilustram a hipótese: tanto a simbiose entre desenvolvimento, instituições e o Estado Democrático de Direito quanto, no caso, a intrínseca identidade entre desigualdades e acesso à justiça

escondem complexidades de destaque para a teoria do direito. Paralelamente, e de um ponto de vista mais prático, reunir e articular pesquisadores com atuação em diferentes sub-campos do direito em torno de uma problemática única também esconde suas muitas dificuldades. Este livro atende, pelo trabalho de Mestres pelo Programa com seus respectivos/as mestres, ao chamado com respostas criativas e inovadoras. E, nada trivial, dá um animador exemplo do potencial de produção coletiva, multimetodológica, empírica e dogmática e de alta relevância social para o campo do direito e, em particular, do acesso à justiça, democracia e desenvolvimento.

Paulo Eduardo Alves da Silva

Coordenador do Programa de Pós-Graduação da FDRP/USP

Coordenador do Projeto “Acesso à justiça e desigualdades”

PREFÁCIO

Com muita alegria é que aceitei o convite em elaborar o prefácio da presente obra, com o título Acesso à justiça e desigualdades: grupos vulneráveis e Estado Democrático de Direito, coordenada pelo Professor Paulo Eduardo Alves da Silva. O livro reúne artigos com resultados de diversas pesquisas produzidas no âmbito do mestrado acadêmico da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, ligadas ao Projeto de Pesquisa em Acesso à Justiça e Desigualdades, do qual também faço parte.

A criação formal do Projeto aconteceu em 2018, após o empenho do grupo de docentes do Programa em identificar eixos de trabalho em comum e em reconhecer a existência de trabalhos de pesquisa em conjunto já em curso naquele momento entre nós. O tema do acesso à justiça era objeto de estudos entre docentes atuantes em Direito Constitucional, Direito e relações de gênero, Direito do Trabalho e, como é o mais usual na literatura corrente, em Direito Processual e Sociologia do Direito. Nesse momento, eu estava na Coordenação do Programa de Mestrado da faculdade e uma das metas previstas no Planejamento anual do curso era a organização do corpo docente em torno de projetos de pesquisas que pudessem ser conduzidos em grupos.

Qual a qualidade do acesso à justiça oferecido pelas defensorias públicas na macrorregião de Ribeirão Preto? A implementação da Lei Maria da Penha vem favorecendo uma melhoria na qualidade do acesso à justiça para as mulheres? Quais os sentidos de acesso à justiça emergentes de lutas sociais ligadas a movimentos sociais brasileiros na contemporaneidade, tais como, movimento negro, movimento de mulheres, movimentos de luta por direitos de pessoas com deficiência, movimentos ambientalistas e movimentos LGBTQIAPN+, por exemplo? Quais os contornos jurídicos do direito constitucional de acesso à justiça, considerando, por exemplo, novos tipos de conflitos de massa e as

demandas por transparência e participação? Essas eram algumas das perguntas que guiavam a construção de hipóteses e de diversos desenhos de pesquisas na época por parte significativa de estudantes e docentes do Programa.

Além do reconhecimento de que o tema de acesso à justiça era caro para muitos de nós, também pudemos reconhecer dois outros pontos de convergência entre nossos trabalhos. O primeiro é que, sem desconsiderar a importância dos estudos institucionalistas sobre acesso à justiça, a maioria de nós estava focada em abordagens que buscavam entender o tema a partir da compreensão das pessoas usuárias e dos atores coletivos envolvidos em lutas sociais por direitos. Os desenhos normativos, dogmáticos ou teóricos propostos eram derivados, sobretudo, de análises derivadas desse tipo de estudo que, na literatura é nomeada como “de baixo para cima” (*Bottom up*). Nessa chave, o outro conceito ou palavra-chave que parecia mais recorrente, orientadora dos trabalhos, era desigualdades, no plural. Em outros termos, nosso interesse estava voltado a problematizar o desenvolvimento, termo chave no nosso Programa de Mestrado, a partir da sua aproximação com as interpelações feitas pelos estudos sobre desigualdades sociais.

O segundo ponto é derivado desse primeiro. Para se realizar esse tipo de estudo, em que importa a visão e percepções de pessoas usuárias e aquelas envolvidas nas lutas sociais por direitos sobre os temas estudados, tínhamos que nos aprofundar no uso de abordagens teórico-metodológicas próprias de estudos empíricos, assumir o desafio da interdisciplinaridade. A ênfase nos estudos sobre métodos de pesquisa era algo caro para todo o grupo. Procurar parcerias e diálogos com colegas da Antropologia, da Estatística, da Ciência da Computação, da Sociologia, da Ciência Política e da Administração era, naquele momento, algo parte do nosso cotidiano de trabalho.

Foi uma boa surpresa reconhecermos essas sinergias para que, a partir daí, pudéssemos potencializar a produção de trabalhos acadêmicos em conjunto. Identificar esses pontos em comum Para

mim, que desde a formação na graduação tenho buscado produzir conhecimento jurídico e sobre o direito que possa, de alguma maneira, contribuir com a transformação social, foi muito animador. De fato, de 2018 para cá, após a criação do Projeto “Acesso à justiça e desigualdades”, pudemos potencializar nossos trabalhos, gerar ricas sinergias, promover vários debates e impulsionar uma agenda de pesquisa cada vez mais inovadora e desafiadora no campo dos estudos sobre direito, desenvolvimento e desigualdades.

Esse livro reúne os resultados de pesquisas que, nesse momento de criação do Projeto, estavam em curso. São trabalhos derivados de pesquisas de mestrado e de projetos coletivos em curso naquele momento. Parte deles tomam como suporte empírico a realidade dos conflitos locais – estado de São Paulo ou macrorregião de Ribeirão Preto. Outra, configura-se como um esforço teórico-dogmático para lidar com questões que envolvem os desafios para o desenvolvimento do Estado democrático brasileiro.

Ele é um retrato, portanto, de um momento muito significativo de nossa pós-graduação, de reconhecimento de um lugar-comum, ou seja, um espaço formado pelo compartilhamento de problemas, ferramentas e reflexões críticas e autocríticas. Um lugar que aumenta nossa capacidade de produção de conhecimento que importa para nosso contexto local e para outras escalas translocais.

Temos já quatro anos completos de andamento do Projeto, com uma pandemia global de dois anos no meio. Além desse livro, foram muitas produções acadêmicas de relevância finalizadas, parte delas, inclusive, comprometidas com o estudo de temas derivados do momento de crise sanitária derivada do Covid-19. Podemos dizer que nos tornamos referência importante dentre as pós-graduações no país em estudos empíricos sobre acesso à justiça e desigualdades. Autoras e autores de diversos dos capítulos dessa obra que concluíram o mestrado conosco, finalizaram ou estão hoje finalizando doutorados em programas de diversas regiões do país, estão trabalhando na docência do ensino superior em distintas

instituições de ensino ou atuando como especialistas nos temas de pesquisa em diferentes profissões jurídicas.

A leitura de cada um dos capítulos desse livro permite identificarmos a qualidade da formação acadêmica oportunizada pelo Programa de Pós-graduação da FDRP, bem como o seu compromisso com temas decisivos para a agenda de debate sobre desenvolvimento do Estado democrático de direito. Para quem, portanto, quer não apenas ampliar o conhecimento sobre como os estudos sobre acesso à justiça têm se complexificado no país e incorporado outras questões e abordagens teórico-metodológicas, mas também ter a dimensão da importância do nosso Programa de Mestrado para o sistema de pós-graduação em direito brasileiro, esse livro é uma ótima sugestão. Boa leitura!

Fabiana Cristina Severi

Professora Associada na FDRP/USP

Coord. do Projeto "Acesso à justiça e desigualdades" (2018 a 2021)

SUMÁRIO

Seção I - Acesso à justiça e grupos vulneráveis

- 1. Os enquadramentos da violência contra as mulheres no componente estrutural da Lei Maria da Penha: análise de conteúdo de decisões de 2ª instância do TJ/SP sobre "violência baseada no gênero"** 25
Juliana Fontana Moyses e Fabiana Severi
- 2. Entre usos e resistências: um estudo sobre a consciência jurídica de pessoas transgêneras** 57
Arley de Mattos Baisso e Paulo Eduardo Alves da Silva
- 3. Inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho: desafios à efetivação do direito fundamental ao trabalho** 85
Fernanda Menezes Leite e Jair Cardoso
- 4. Efeitos da judicialização da educação infantil em creche: uma análise a partir do contexto do Município de Ribeirão Preto – SP** 115
Danieli Rocha Chiuzuli, Fernando Teixeira Baptista de Oliveira e Camilo Zufelato.

Seção II - Acesso à justiça e Estado Democrático de Direito

- 5. Diálogo constitucional entre o STF e o Congresso Nacional no controle de constitucionalidade por omissão na vigência da Constituição Federal de 1988** 165
Guilherme de Siqueira Castro e Rubens Beçak.
- 6. Redes sociais e democracia: um caminho para maior participação popular? Análise do debate online sobre os destinos do Minhocão** 197
Bruna de Sillos e Rubens Beçak
- 7. Decisão saneadora no IRDR em prol da participação** 225
Victor Colucci Neto e Maria Paula Bertran.
- 8. Inter-relações entre segurança jurídica e acesso à justiça** 245
Radson Rangel F. Duarte e Jair Aparecido Cardoso.

Seção I

Acesso à justiça e grupos vulneráveis

É PRECISO SER VULNERÁVEL PARA RECEBER PROTEÇÃO? ENQUADRAMENTOS PRESENTES EM APELAÇÕES DO TJSP SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA EM RELAÇÃO AO CONCEITO “VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO”

Juliana Fontana Moyses¹

Fabiana Cristina Severi²

Resumo: Neste texto, discutimos enquadramentos utilizados pela 2ª instância do TJSP em apelações no âmbito da Lei Maria da Penha para o conceito “violência de gênero”, a partir dos critérios “hipossuficiência” e “vulnerabilidade”. Os acórdãos foram coletados e tabulados com técnicas de mineração de texto com o uso de Linguagem R, e de seu inteiro teor foram selecionados trechos que continham as palavras-chave “hipo” e “vulnera”, a partir da técnica *keyword in context*, também com Linguagem R. Utilizamos a metodologia de análise de conteúdo para analisar os trechos, a partir de uma abordagem feminista de análise do Direito e do conceito de enquadramento proposto por Judith Butler. Encontramos enquadramentos dissonantes, ora presumindo a vulnerabilidade/hipossuficiência da mulher, ora exigindo sua comprovação para aplicação da proteção especial da Lei Maria da Penha. Discutimos as consequências da adoção do critério da vulnerabilidade/hipossuficiência para a proteção a mulheres, concluindo que os trechos analisados em geral reforçam enquadramentos negativos às mulheres.

Palavras-chave: Violência de gênero; Lei Maria da Penha; Análise de conteúdo; Decisão judicial; Enquadramento.

¹ Doutoranda em Direitos Humanos pela FD/USP. Mestra em Direito pela FDRP/USP. Docente no Centro Universitário UNIFAFIBE (Bebedouro/SP).

² Livre-docente pela FDRP/USP. Docente na FDRP/USP.

Abstract: In this text, we discuss the frameworks used by the second instance of the TJSP in appeals under the Maria da Penha Law for the concept "violence based on gender", based on the criteria "hyposufficiency" and "vulnerability". The decisions were collected and tabulated with text mining techniques using R Language, and passages containing the keywords "hipo" and "vulnera" were selected from their text, using the *keyword in context technique*, also with R Language. We used the content analysis methodology to analyze the passages, based on a feminist methodology of analysis of law and the concept of framework proposed by Judith Butler. We found dissonant frameworks, sometimes presuming the vulnerability/hyposufficiency of women, sometimes demanding its proof for the application of the special protection of the Maria da Penha Law. We discuss the consequences of the adoption of the vulnerability/hyposufficiency criterion for the protection of women, concluding that the passages found in general reinforce negative frameworks for women.

Keywords: Gender violence; Maria da Penha Law; Content Analysis; Court Decision; Framework.

1. INTRODUÇÃO

Este capítulo tem por objetivo refletir sobre os enquadramentos presentes em decisões judiciais no âmbito da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), em relação ao conceito "violência baseada no gênero" e, analisá-los criticamente sob uma perspectiva feminista. A partir de uma análise de conteúdo das decisões selecionadas, procuramos compreender os enquadramentos presentes nestas decisões, com o intuito de compreender se desafiam ou se constituem um enquadramento de subordinação feminina e violência contra as mulheres. Esta análise foi realizada no contexto da dissertação de mestrado intitulada "Os enquadramentos da violência contra as mulheres no componente estrutural da Lei Maria da Penha: análise de conteúdo de decisões de 2ª instância do TJ/SP sobre 'violência baseada no gênero'", elaborada pela primeira autora e orientada pela segunda, defendida e aprovada em 2018.

A Lei Maria da Penha (LMP) é fruto de décadas de mobilização feminista, integrando o que Fabiana Severi (2018) nomeia de “projeto jurídico feminista brasileiro”. Esta Lei adota uma perspectiva sobre a violência doméstica e intrafamiliar contra as mulheres como produzida em um contexto social de desigualdades de gênero, imbricadas por outros marcadores como raça, etnia e classe social, e determina medidas para enfrentar e modificar este contexto. A LMP expressa os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), no sentido de combater os estereótipos de gênero e os papéis desiguais e hierarquizados, bem como garantir que a prestação jurisdicional seja imparcial, sem influência desses estereótipos e que adotem uma perspectiva sensível a gênero.

A investigação sobre o comportamento do Judiciário em relação a esta Lei se justifica porque, apesar de tais compromissos, nem sempre se vê a adoção desta perspectiva teórica: Wânia Pasinato (2015), ao analisar as perspectivas de operadores jurídicos sobre a Lei Maria da Penha, observa que a compreensão sobre violência de gênero depende da sensibilidade de cada profissional, sendo que em geral predomina um ambiente de machismo institucionalizado e de ausência de capacitação em uma perspectiva de gênero. Outros trabalhos também abordam as resistências na adoção desta perspectiva na aplicação da Lei Maria da Penha³.

Partimos do conceito de “enquadramento” de Judith Butler (2017), que corresponde às normas interpretativas da realidade, ou seja, as normas decorrentes das organizações políticas, econômicas e sociais, que determinam os significados atribuídos aos

³ Ver Costa e Porto (2010), Vasconcellos (2013), Nascimento (2016), Bernardes e Albuquerque (2016), Cavalcante, Carlysson e Moreira (2017), Azeredo (2018), Silva e Carlos (2018).

fenômenos, às pessoas e aos grupos sociais. Por consequência, determinam quais grupos sociais são passíveis de proteção e cuidado, e quais não são, sofrendo consequências de violência, desproteção e exclusão. Utilizamos este conceito para analisar as percepções em relação à violência doméstica e interfamiliar contra as mulheres, ao invés de adotar o conceito de “estereótipos de gênero”, ideia mais comum nas abordagens de teorias feministas, porque entendemos que os estereótipos correspondem a concepções *individuais* (COOK; CUSACK, 2010), ao passo que os enquadramentos correspondem a concepções hegemônicas.

Assim, buscamos identificar os enquadramentos adotados pela 2ª instância do TJSP sobre o que é “violência baseada no gênero”, e suas consequências para as mulheres, buscando compreender quais mulheres são consideradas passíveis de proteção para estes julgadores.

2. O ENQUADRAMENTO DE VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES E A LEI MARIA DA PENHA

Judith Butler (2017) utiliza o conceito de “enquadramento” para analisar o motivo de algumas pessoas ou grupos sociais não terem suas condições de vida tão garantidas quanto outros. São pessoas e grupos com menos (ou nenhum) acesso à proteção, ao amparo, à garantia de condições de vida e sobrevivência, e à garantia de direitos, e que quando são mortos/feridos/violentados não geram tanta comoção (ou não geram comoção alguma). A autora interpreta este fenômeno afirmando que alguns grupos de pessoas não são reconhecidos como “vidas” dentro de determinados enquadramentos. Ela também afirma a existência de um “*continuum*” de “vida”, significando que entre as pessoas que são plenamente consideradas “vidas” e as que não são, há um contínuo de outros grupos que seriam considerados “mais ou menos” aptas à proteção (BUTLER, 2017).

O que define quem será considerado “vida”, para a autora, são os enquadramentos epistemológicos e políticos vigentes em uma

determinada sociedade, decorrentes das configurações políticas, sociais e econômicas desta. “Enquadramento” diz respeito às normas de interpretação da realidade, as normas que determinam os significados atribuídos à realidade, aos fenômenos, às pessoas e aos grupos sociais (BUTLER, 2017). Em outras palavras, ele contém as normas sobre quais comportamentos sociais são considerados “normais”, por exemplo, e quais serão considerados anormais e abjetos. O enquadramento, então, produz a realidade na medida em que determina como esta será interpretada e as consequências materiais desta interpretação.

O reconhecimento de uma pessoa ou grupo como “vida” depende do atendimento às “normas de inteligibilidade” de cada enquadramento, ou seja, as normas que determinam o que é ser uma vida apta à proteção. Butler afirma que as normas de gênero integram as normas de inteligibilidade dos enquadramentos vigentes em determinada sociedade. Desta maneira, o enquadramento determina o que é “ser mulher” e “ser homem”, os significados, papéis e expectativas atribuídos a estes conceitos. As pessoas que não se encaixam nestas categorias, performando o gênero de forma discrepante em relação a tais normas (performando feminilidades mais masculinizadas, ou não se encaixando na atribuição de papéis de gênero, como as pessoas trans, ou ainda subvertendo propositalmente estes papéis, como as *drags*), sofrem a perda de direitos e as consequências violentas de não preencherem as normas de inteligibilidade: o controle social e a violência desumanizante, bem como o desamparo do Estado, que é quem, muitas vezes, comete a violência contra estas pessoas (BUTLER, 2004).

Não é só o desencaixe nestas categorias que produz a desproteção e a violência: o preenchimento das normas de inteligibilidade também pode levar à violência quando determinada categoria já for enquadrada como menos apta à proteção. Em relação ao gênero, o significado do que é “ser homem” ou “ser mulher”, já de partida estabelece uma distinção no modo como estas categorias serão reconhecidas como “vidas”.

De acordo com Teresa de Lauretis, embora cada cultura tenha seus próprios significados atribuídos às categorias “homem” e “mulher”, elas sempre as concebem como mutuamente exclusivas, e de forma desigual. Um indivíduo ser significado como “masculino” ou “feminino” subentende sua posição social (LAURETIS, 1987). O mesmo pode ser dito em relação às categorias raciais, em que “ser branco” já significa uma maior aptidão à proteção do que pertencer a outra categoria.

Isto pode ser observado em termos materiais a partir de dados sobre as desigualdades enfrentadas por diferentes categorias sociais. A prevalência da violência contra as mulheres em ambiente doméstico e tendo por agressor seu companheiro, ex-companheiro ou parente, é verificada pelo *Mapa da Violência* de 2015 (WASELFSZ, 2015), que também demonstra que as mulheres negras são as mais atingidas por este tipo de violência. Esta mesma tendência é observada pelo *Atlas da Violência* de 2019, que analisa dados de 2007 a 2017 e mostra que neste período a taxa de homicídios de mulheres não negras cresceu 4,5%, ao passo que a taxa de homicídios de mulheres negras cresceu 29,9%, com as mulheres negras correspondendo a 66% de todas as mulheres assassinadas em 2017 (IPEA, 2019, p. 38-39)⁴.

Dentro deste contexto, pode-se perceber que as mulheres não preencheriam totalmente as condições para serem enquadradas como “vidas”, especialmente levando em conta a intersecção do gênero com outras categorias sociais, como raça, cor, etnia, classe, sexualidade, deficiência, identidade de gênero, entre outras. Mulheres, especialmente quando atravessadas por outros eixos de opressão, são enquadradas como passíveis de controle, violência e

⁴ Outras categorias sociais, como as mulheres lésbicas, nem figuram nas pesquisas, o que também demonstra seu enquadramento como “menos vida”. O *Dossiê do Lesbocídio no Brasil* afirma que as violências contra mulheres lésbicas “não costumam ser tratadas com a seriedade [...], as investigações sobre os casos não costumam ser consistentes, os dados disponíveis costumam estar incompletos e há um profundo descaso em todas as esferas para com estas mortes”. (PERES; SOARES; DIAS, 2018, p.18-19).

menos proteção. Utilizaremos esta categoria para analisar o fenômeno da violência e a LMP.

O papel do Direito em reproduzir estas relações de desigualdade, e seu potencial e limitações enquanto instrumento para superá-las, são estudados em diversos trabalhos dentro das teorias feministas, como foco especial na relação entre direito e gênero. Carol Smart (2000) afirma que o direito é uma “estratégia criadora de gênero”, na medida em que cria e *institucionaliza* representações sobre o que é adequado ou esperado de homens e mulheres, a partir da permissão ou proibição de condutas, julgamentos, determinação de significados. Para Smart, o direito não seria capaz de dismantelar uma estrutura de dominação com base no gênero, tendo em vista que a emancipação feminina não se alcançaria com os instrumentos jurídicos: o direito não é capaz de, por si só, resolver problemas sociais, pois institucionaliza relações de poder (e com isso, as invisibiliza), além de operar com base em conceitos como “neutralidade” e com a dicotomia público-privado, que operam a partir de perspectivas androcêntricas e que reforçam a subordinação feminina.

Por outro lado, Smart afirma que é necessário tomar o Direito como um lugar de luta, consistindo em focalizar na possibilidade de desafio e disputa dentro dele, de forma consciente de todos estes limites e da necessidade da articulação desta disputa com outras estratégias políticas. Significa partir de um “engajamento questionador da lei e, por sua vez, ampliar as formas de intervir discursivamente no direito, produzir ‘deslizamentos’ conceituais no raciocínio jurídico” (SEVERI, 2018, p. 68). Em outras palavras, significa reconhecer que o Direito tem o poder de institucionalizar os significados que atribui, e que é importante disputar a produção de tais significados, porém fazê-lo de forma crítica em relação aos seus limites e ao fato de que estes significados são disputados por diversos grupos sociais.

A Lei Maria da Penha é resultado, justamente de um processo de mobilização do projeto jurídico feminista brasileiro, que desafia o enquadramento hegemônico de subordinação e violência contra

as mulheres: ela reconhece a subordinação das mulheres e explicitamente se propõe a enfrentá-la, além de trazer as *mulheres*⁵ como seu foco. Fazendo isso, nega a noção de “sujeito universal”, reconhecendo que diferentes grupos sociais estão sujeitos a diferentes violências⁶, devendo o poder público intervir para enfrentá-las.

Buscamos na análise dos julgados compreender quais os enquadramentos adotados pelo componente estrutural da Lei Maria da Penha, e se estes confirmam o enquadramento vigente de violência contra as mulheres, ou adotam o enquadramento trazido pela LMP. O foco da análise voltou-se para o conceito de *violência baseada no gênero*, conceito presente no artigo 5º da LMP por entender que, se por um lado este é um conceito chave para o enquadramento da Lei, por outro percebemos em pesquisas exploratórias uma ausência de consenso, nas decisões judiciais, sobre seu significado.

3. ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS NO CONTEXTO DA LMP: RECORTE E MÉTODO

Coletamos os julgados no site do Tribunal de Justiça de São Paulo. Escolhemos analisar decisões de segunda instância porque os acórdãos são todos disponibilizados *online* (ao contrário do que ocorre na primeira instância, em que apenas algumas decisões compõem o banco de sentenças disponível), e também considerando que os/as desembargadores/as têm um maior poder de institucionalizar seu ponto de vista, na medida em que podem infirmar completamente as

⁵ O termo está no plural justamente para se desnaturalizar uma perspectiva de “mulher universal”, e ao invés disso reconhecer as intersecções do gênero com outros marcadores. Além disso, quando falarmos em “mulheres”, estamos nos referindo tanto a mulheres quanto a meninas.

⁶ Muito embora a perspectiva interseccional presente na Lei Maria da Penha não tenha sido suficiente para responder às especificidades que cada grupo de mulheres enfrenta no que diz respeito à questão da violência. A diferença na taxa de violência que atinge mulheres brancas e mulheres negras é um exemplo disso.

decisões inferiores. Por este mesmo motivo, escolhemos analisar apenas os julgados de recursos de apelação.

Selecionamos a opção “apelação” na classe do processo e utilizamos as palavras-chave “violência doméstica” e “gênero”. Não colocamos nenhum filtro relacionado às datas das decisões. Deste modo, coletamos todos os acórdãos disponíveis eletronicamente que se encaixavam nesses filtros. Chegamos a 1.361 acórdãos de apelação, extraídos e tabulados com técnicas de *webscraping* (raspagem na *web*) e mineração de texto em linguagem R.

Em seguida, utilizamos a técnica *kwic* (*keyword in context*), também em linguagem R, para selecionar e tabular os trechos em que apareciam palavras-chave no inteiro teor dos acórdãos. As palavras-chave escolhidas foram “hipo” (para que fosse possível encontrar tanto “hipossuficiente” quanto “hipossuficiência”) e “vulnera” (“vulnerabilidade”, “vulnerável”). Estas foram definidas a partir de uma pesquisa exploratória, em que percebemos que diversos acórdãos se referiam aos conceitos “hipossuficiência” e “vulnerabilidade” em referência à violência de gênero ou à mulher em situação de violência, afirmando que são critérios para a aplicação da LMP e para identificação de uma violência como sendo “baseada no gênero”. As palavras-chave, bem como as palavras imediatamente anteriores e posteriores (formando um trecho) foram tabuladas⁷.

Para analisar os trechos, utilizamos o método de análise de conteúdo (BARDIN, 1977), que serve para analisar qualquer tipo de enunciado e, mais do que apenas descrevê-lo, busca interpretá-lo, a partir da categorização e análise de seu conteúdo, para compreender suas condições de produção ou de recepção ou as consequências que provocará. A lente interpretativa utilizada para análise dos julgados selecionados se baseia, principalmente, na abordagem metodológica feminista proposta por Alda Facio (1999), que consiste em buscar, no texto analisado, quais mulheres estão

⁷ As tabelas se encontram na pasta do Google Drive de endereço: <https://drive.google.com/open?id=1-FUBenGPamIQSN6-y1RXN8pfRXEFoVYw>.

sendo representadas (implícita ou explicitamente) e quais as consequências daquele texto para as mulheres, levando em conta o contexto social de discriminação e subordinação. Complementando a metodologia de Facio, buscamos utilizá-la de maneira interseccional, partindo do reconhecimento que diferentes grupos de mulheres, atravessados por diferentes marcadores da diferença, sofrem violências e discriminações de maneiras diferenciais (CRENSHAW, 1989). Assim, buscamos as consequências das decisões analisadas aos vários grupos de mulheres, sem assumir que haja uma experiência padrão.

Com a análise de conteúdo dos trechos encontrados nas decisões selecionadas (751 trechos no total), a partir das palavras-chave, passamos à sua categorização e, quando possível, sua subcategorização. Descartamos trechos em que não se discutia o conceito de gênero, ou de violência de gênero, como por exemplo trechos que se referiam à hipossuficiência econômica como critério para deferimento da justiça gratuita, ou trechos que discutiam a vulnerabilidade ao tráfico de drogas.

Em relação aos trechos em que foi possível compreender os significados atribuídos a “violência de gênero”, a partir dos conceitos de “hipossuficiência” e “vulnerabilidade”, encontramos duas: a categoria que afirma que a hipossuficiência/vulnerabilidade da mulher em situação de violência deve ser comprovada em cada caso concreto, e a categoria que afirma que tal hipossuficiência/vulnerabilidade é presumida. Ambas afirmavam que a hipossuficiência/vulnerabilidade da mulher é um critério para aplicação da LMP, mas uma presume tal critério e a outra afirma ser necessário demonstrá-lo.

Dentro destas duas grandes categorias, foi possível encontrar diferentes significados, que foram separados em subcategorias. Quando os trechos não elaboravam os motivos pelos quais presumiam a hipossuficiência/vulnerabilidade ou exigiam sua comprovação, foram encaixados na subcategoria “genérica” (que em ambas as categorias, conteve o maior número de trechos). Na categoria “significações mistas” foram incluídos trechos que

traziam mais de um significado à ideia de violência baseada no gênero e na vulnerabilidade/hipossuficiência. Também foi possível categorizar trechos que não se encaixavam nas duas grandes categorias (presunção e comprovação): “hipossuficiência deve ser protegida, não tutelada”, “estupro de vulnerável” e “Lei Maria da Penha para homens”. Estas foram analisadas à parte, pois traziam considerações relevantes ao objeto de nossa análise.

Os resultados foram categorizados da seguinte maneira:

Tabela 1

Categorias da Palavra-chave “Hipo”

Categoria	Frequência
Justiça gratuita (descartado)	3
Hipossuficiência do acusado para dosimetria da pena (descartado)	3
Significação indefinida (descartado)	10
Hipossuficiência deve ser comprovada (subcategorias)	51
Presunção de hipossuficiência (subcategorias)	79
Significações mistas (subcategorias)	15
Hipossuficiência deve ser protegida, não tutelada	7
Total de categorias	168
Descartes	16
Total analisado	152
Dividido em subcategorias	145

Fonte: Autoras

Tabela 2

Categorias e Subcategorias da Palavra-chave “Hipo”

Categoria	Sub-categoria	Frequência
Hipossuficiência deve ser comprovada	Agressões mútuas mostram ausência de hipossuficiência	1
Hipossuficiência deve ser comprovada	Fragilidade física deve ser demonstrada	4
Hipossuficiência deve ser comprovada	Determinado tipo de relação não tem hipossuficiência	8
Hipossuficiência deve ser comprovada	Genérica	38
Presunção de hipossuficiência	Fragilidade física é presumida	6

Presunção de hipossuficiência	Hipossuficiência histórica	11
Presunção de hipossuficiência	Idade presume hipossuficiência	2
Presunção de hipossuficiência	Hipossuficiência presumida <i>ipso facto</i>	29
Presunção de hipossuficiência	Senso comum presume hipossuficiência	1
Presunção de hipossuficiência	Genérica	30
Significações mistas	Hipossuficiência deve ser comprovada, fragilidade física é presumida	12
Significações mistas	Hipossuficiência histórica, fragilidade física é presumida	3
	Total	145

Fonte: Autoras

Tabela 3

Categorias da Palavra-chave “Vulnera”

Categoria	Frequência
Vulnerabilidade em relação a armas (descartado)	112
Vulnerabilidade do autor (descartado)	4
Vulnerabilidade ao tráfico (descartado)	1
Uso corrente do termo (descartado)	11
Significação indefinida (descartado)	36
Estupro de vulnerável	8
Lei Maria da Penha para homens	3
Presunção de vulnerabilidade (subcategorias)	178
Vulnerabilidade deve ser comprovada (subcategorias)	214
Significações mistas (subcategorias)	16
Total de trechos	583
Descartes	164
Total analisado	419
Dividido em subcategorias	408

Fonte: Autoras

Tabela 4

Subcategorias da Palavra-chave “Vulnera”

Categoria	Sub categoria	Frequência
Vulnerabilidade deve ser comprovada	<i>Animus vulnerandi</i> deve estar presente	3
Vulnerabilidade deve ser comprovada	Agressões mútuas mostram ausência de vulnerabilidade	6
Vulnerabilidade deve ser comprovada	Embora exista parentesco, não há vulnerabilidade pois não há motivação	2
Vulnerabilidade deve ser comprovada	Vulnerabilidade pela idade	2
Vulnerabilidade deve ser comprovada	Determinado tipo de relação não tem vulnerabilidade	6
Vulnerabilidade deve ser comprovada	Jurisprudência do STJ (motivação de gênero)	8
Vulnerabilidade deve ser comprovada	Genérica	187
Presunção de vulnerabilidade	Vulnerabilidade vem da condição feminina	34
Presunção de vulnerabilidade	Fragilidade física é presumida	5
Presunção de vulnerabilidade	Vulnerabilidade histórica	8
Presunção de vulnerabilidade	Vulnerabilidade presumida <i>ipso facto</i>	27
Presunção de vulnerabilidade	Genérica	102
Presunção de vulnerabilidade	Exigir representação é deixar mulher mais vulnerável	2
Significações mistas	Vulnerabilidade deve ser comprovada, vulnerabilidade vem da condição feminina	12
Significações mistas	Vulnerabilidade deve ser comprovada, vulnerabilidade é histórica	1
Significações mistas	Vulnerabilidade é histórica, fragilidade física é presumida	3
Total		408

Fonte: Autoras

4. ANÁLISE DOS RESULTADOS: TRECHOS E SUBCATEGORIAS

As categorias “Hipossuficiência deve ser comprovada” e “Vulnerabilidade deve ser comprovada” reúnem trechos em que se considera que é necessária a comprovação de que aquela violência teve por base o gênero, em oposição a uma violência “comum”. A ideia de fundo aqui é que não basta ser uma mulher sofrendo a violência para que ela seja baseada em desigualdade de gênero; pelo contrário, defende-se que haveria como se comprovar se a violência tinha essa base ou não. Isso aparece na subcategoria “genérica” da categoria “Hipossuficiência deve ser comprovada”, ao repetir-se o argumento de que “não basta ser mulher”:

Certo é que a violência versada na lei qualifica-se. Para conferir o original, acesse o site pela opressão ao gênero, situação que decorre sempre de uma condição de hipossuficiência ou vulnerabilidade da ofendida para com o ofensor, não bastando, pois, o fato de se tratar de vítima mulher no contexto de relação de parentesco entre as partes. (Trecho nº 111, Hipo)

São diversos os elementos aludidos pelos trechos como capazes de comprovar se a violência se baseava no gênero ou não. Em primeiro lugar, temos a subcategoria “Agressões mútuas mostram ausência de hipossuficiência/vulnerabilidade”, que se repete nas duas categorias:

O Superior Tribunal de Justiça assim tem decidido: Delito de lesões corporais envolvendo agressões mútuas entre namorados não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade. (Trecho nº 127, Hipo)

Tribunal de Justiça assim tem decidido: Delito de lesões corporais envolvendo agressões mútuas entre namorados não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade. (Trecho nº306, Vulnera)

Sobre a ideia de agressões físicas, na categoria da Hipossuficiência, apareceram trechos, todos com exatamente as mesmas palavras, que entram na subcategoria “Fragilidade física deve ser demonstrada”:

O cenário é delicado, pois a Lei nº 11.340/06 é um instrumento totalmente voltado à proteção daquela mulher hipossuficiente e frágil diante da superioridade física masculina, situação que também não se vislumbra plenamente na presente demanda. (Trecho nº 90)

Uma subcategoria que se repete tanto na pesquisa sobre Hipossuficiência quanto sobre Vulnerabilidade é a “Determinado tipo de relação não tem hipossuficiência/vulnerabilidade”. Nestas, as relações de parentesco ou vizinhança não foram consideradas passíveis de produzir violência baseada no gênero. Notadamente, tratava-se sempre de relações entre duas mulheres:

1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica. (Trecho nº 6, Hipo)

Na espécie, não me parece razoável a conclusão acerca da vulnerabilidade ou da hipossuficiência da vítima em relação à agressora baseada no gênero, tratando-se agressões ocorridas entre familiares ligados pelo vínculo do cunhadio. (Trecho nº 26, Hipo)

[...] processar e julgar a denúncia por ameaças proferidas por sogra contra nora, que não caracterizam violência familiar doméstica baseada no gênero ou condição de hipossuficiência da vítima. Senão ocorre situação de vulnerabilidade ou inferioridade entre partes que sequer moram sob o mesmo teto, inexistente a dependência econômica ou relação de afeto ou de consanguinidade capaz de atrair a incidência da Lei Maria da Penha. (Trecho nº 92, Vulnera)

Uma subcategoria que também trata do parentesco é a “Embora exista parentesco, não há vulnerabilidade pois não há motivação”, dentro da categoria Vulnerabilidade. A especificidade desta subcategoria é que não se considerou a vulnerabilidade da mulher pela *ausência de relação íntima de afeto, motivação de gênero e/ou vulnerabilidade*, e não por características daquele tipo de relação.

Subsidiariamente, pleiteia a inaplicabilidade da Lei nº 11.340/2006, entendendo que, embora exista relação de parentesco entre as partes (tio e sobrinha), não estão presentes os requisitos cumulativos da relação íntima de afeto, motivação de gênero e vulnerabilidade e, consequentemente, afastando-se a condenação pela Lei Maria da Penha [...]. (Trecho nº374, Vulnera)

A ideia de motivação ou intenção do agressor também aparece nas subcategorias “*Animus vulnerandi* deve estar presente” e “Jurisprudência do STJ (motivação de gênero)”, ambas da categoria Vulnerabilidade:

no mérito, 2) o reconhecimento da atipicidade da conduta por ausência de *animus vulnerandi* comprovado pelas provas encartadas nos autos Palavra da vítima Peculiar importância no esclarecimento dos fatos relativos aos crimes cometidos sob o véu da clandestinidade, como nas hipóteses de violência doméstica. (Trecho nº429, Vulnera)

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, tratando-se de crime cometido no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, motivado pelo gênero ou vulnerabilidade da ofendida em razão da sua condição de mulher, a competência para o processamento da ação penal é da Vara especializada, tal como estabelece a Lei n. 11.340/06. (Trecho nº 302, Vulnera)

Na subcategoria “Vulnerabilidade pela idade”, que aparece na categoria Vulnerabilidade, foram incluídos os trechos que afirmam que a vulnerabilidade da menina agredida se dá em razão de sua idade, e não de seu gênero. A idade aparece como elemento a comprovar que a violência não se deu em razão de gênero:

doutrina e jurisprudência sejam cediças na aplicação do primeiro diploma acima aludido, nos casos em que mulheres sejam agredidas por outras mulheres, na hipótese vertente, a dita vítima não o foi em razão do gênero; mas sim, na condição, também vulnerável inerente à faixa etária de 13 para 14 anos, no cotejo de uma genitora adulta. (Trecho nº233, Vulnera)

Em relação às categorias “Hipossuficiência deve ser comprovada” e “Vulnerabilidade deve ser comprovada”, é possível verificar enquadramentos que não se coadunam com a perspectiva protetiva da Lei Maria da Penha. Pelo contrário, é possível verificar

enquadramentos que desprotegem as mulheres e reforçam estereótipos. Em primeiro lugar, destacamos que em diversos trechos aparece a ideia de “motivação de gênero”, ou seja, a ideia de que uma violência só é baseada no gênero se o/a agressor/a tem uma motivação específica de cometer uma violência contra uma mulher. Esta ideia contraria o conceito de discriminação trazido pela CEDAW, que fala que discriminação é qualquer ato ou omissão que tenha por objeto *ou resultado* o descumprimento dos direitos humanos das mulheres. Segundo Facio (1999), isto significa que as discriminações não são necessariamente intencionais, bastando, para sua configuração, que haja uma violação dos direitos das mulheres. Este ponto é importante, pois, estando imersos em um contexto sociocultural de subordinação das mulheres, nem toda violência ou discriminação contra estas será expressamente intencional. De outro lado, não ficam claros os critérios para aferir a intencionalidade de uma violência.

Outro enquadramento que apareceu foi o reforço ao estereótipo de uma “vítima ideal”, que é explicitamente frágil e indefesa, fazendo com que mulheres que não se encaixem nesse ideal – ao não terem uma fragilidade física em relação a quem a agride (e notamos que não fica claro como os julgadores aferem isto) ou a tomarem parte em agressões mútuas – não sejam consideradas merecedoras da proteção da LMP. A “vítima ideal” encaixa-se no que Carol Lee Bacchi (2007) categorizou como “síndrome da mulher agredida”: uma mulher fragilizada e passiva, sem capacidade de agência – desprotegendo-se mulheres que não se encaixam nesta representação.

Aparecem também enquadramentos que afirmam que a questão de gênero não interfere na violência cometida contra meninas (“vulnerabilidade pela idade”) ou na violência cometida entre mulheres, em relacionamentos não românticos (irmãs, cunhadas, sogra e nora, etc). Isto ignora o contexto sociocultural de subordinação feminina, no qual as normas de gênero formam as subjetividades e o modo como as pessoas enxergam umas às outras; em outras palavras, as mulheres também são afetadas por

um contexto que justifica a violência contra elas, e também podem reproduzir tais violências.

Por sua vez, as categorias “Presunção de Vulnerabilidade” e “Presunção de Hipossuficiência” reúnem trechos em que se considera que a vulnerabilidade/hipossuficiência da mulher que sofre uma violência é presumida, não sendo necessária a comprovação. Os motivos para esta presunção também são vários. Uma primeira subcategoria, que se repete em ambas as categorias, é a “Hipossuficiência/Vulnerabilidade histórica”, que afirmam que presume-se a vulnerabilidade das mulheres em razão da história de subordinação:

Quando esta está inserida em um contexto de gênero feminino, inferiorizada em uma relação de poder, ou seja, em condições de hipossuficiência em decorrência das relações patriarcais. Nesse diapasão, a violência doméstica é exemplo clássico de subordinação da mulher, que surge no espaço privado, com a conduta do homem orientada pela ideia de posse ao ponto de isso se refletir na integridade. (Trecho nº166, Hipo)

Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. (Trecho nº 479, Vulnera)

Na subcategoria “Fragilidade física é presumida”, que se repete em ambas as categorias, foram incluídos os trechos em que se afirma que a presunção da vulnerabilidade feminina se dá em razão de sua fragilidade física:

E mais. Não há qualquer dúvida de que a superioridade física diferença esta de gênero, possibilitou que as agressões se dessem, sem que houvesse reações por parte da ofendida, por ser hipossuficiente. (Trecho nº 98, Hipo)
O que a Lei “Maria da Penha” pretendeu foi exatamente tornar efetiva a punição de homens que agem da forma do acusado, ou seja, que, covardemente, se valem de sua maior força física para constranger, humilhar e vulnerar a integridade física da mulher indefesa. (Trecho nº 22, Vulnera)

Na subcategoria “Presunção em razão da idade”, da categoria Hipossuficiência, incluímos os trechos em que se presumiu a hipossuficiência a partir da idade da mulher agredida:

É completamente infundada a alegação, já que o crime foi cometido pela mãe contra a filha de quatro anos. Impossível cogitar mais evidente relação de afeto, hipossuficiência dependência ou vulnerabilidade. (Trecho nº103, Hipo)

Na subcategoria “vulnerabilidade presumida *ipso facto*” foram incluídos os trechos que tinham quase exatamente as mesmas palavras, e afirmavam que a vulnerabilidade das mulheres se presume *ipso facto*, ou seja, como consequência obrigatória do fato:

A situação de vulnerabilidade e fragilidade da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, nas circunstâncias descritas pela lei de regência, se revela *ipso facto*. Com efeito, a presunção de hipossuficiência da mulher, a implicar a necessidade de o Estado oferecer proteção especial para elas. (Trecho nº226, Vulnera)

Na subcategoria “senso comum presume hipossuficiência”, incluímos o trecho que afirma que a hipossuficiência das mulheres decorre do senso comum, atribuindo-se, assim, uma significação de naturalização à hipossuficiência feminina:

tentativa da Defesa de afastar a incidência da Lei Maria da Penha, sob o pretexto de inexistência de violência de gênero, tampouco deve subsistir. Não há necessidade de comprovar a superioridade do homem no caso concreto; a fragilidade e a hipossuficiência da mulher decorrem do senso comum e foram presumidas pela lei. Neste sentido, basta apenas conferir o teor do artigo 5º, inciso III, da Lei 11.340/06. (Trecho nº43, Hipo)

Na subcategoria “Presunção em razão da condição feminina”, da categoria Vulnerabilidade, foram incluídos os trechos em que se refere a uma ideia de vulnerabilidade própria do gênero feminino:

Tendo as instâncias ordinárias concluído, com base nos elementos de prova carreados aos autos, que o crime praticado foi motivado por questões de gênero, considerando que a vítima estaria em situação de vulnerabilidade por ser do sexo feminino, para se chegar à conclusão diversa do julgado seria

necessário o revolvimento de todo o acervo fático-probatório, o que esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ. (Trecho nº 33, Vulnera)

Foram, portanto, perpetradas no âmbito das relações domésticas, ‘contra a mulher e em razão da sua condição de sexo feminino’, restando delineada a vulnerabilidade que determina a incidência da Lei Maria da Penha. Assim, incide no caso em concreto o regime jurídico da Lei Maria da Penha. (Trecho nº 59, Vulnera)

Na subcategoria “exigir representação é deixar a mulher mais vulnerável”, da categoria Vulnerabilidade, foram incluídos os trechos em que se presumiu que a exigência de representação reforça a vulnerabilidade da mulher:

Exigir da mulher que represente não é protegê-la, mas deixá-la vulnerável ‘mais vulnerável ainda’ (*verbis*). Ora, aquele resultado autoriza a invocação da máxima história, *Roma locuta causa finita*. (Trecho nº541, Vulnera)

Em relação às categorias “Presunção de Vulnerabilidade” e “Presunção de Hipossuficiência”, é possível verificar que, em geral, partem de enquadramentos que reforçam estereótipos de fragilidade feminina. As subcategorias “Fragilidade física é presumida”, “senso comum presume hipossuficiência” e “Presunção em razão da condição feminina” todas partem do pressuposto de que as mulheres são marcadas pela fragilidade, hipossuficiência e/ou vulnerabilidade. Embora esta presunção seja usada a seu favor, garantindo a proteção da LMP, ela ao mesmo tempo reitera a ideia de que mulheres são essencialmente frágeis, o que significa que se reforça o enquadramento da subordinação feminina.

A única subcategoria que explicitamente foge deste enquadramento é a “Hipossuficiência/Vulnerabilidade histórica” que, ao afirmar explicitamente que a hipossuficiência que justifica a proteção especial às mulheres existe em decorrência de um contexto histórico de dominação, consegue garantir a proteção especial da LMP sem reforçar estereótipos de fragilidade. As outras duas categorias, “idade presume vulnerabilidade” e “vulnerabilidade presumida *ipso facto*”, garantem a proteção das mulheres, mas não é possível verificar qual enquadramento

reforçam: aquela por presumir vulnerabilidade de uma criança pequena e esta por dizer que o fato da violência presume a vulnerabilidade da mulher. Nas duas, não é possível verificar o enquadramento em relação ao gênero.

Além dessas duas grandes categorias, criamos também a categoria “significações mistas”, tanto para Hipossuficiência quanto para Vulnerabilidade. Esta categoria reúne trechos que misturam a ideia de presunção ou comprovação, ou misturam a “presunção se dar por motivos históricos” e por um reforço ao estereótipo de fragilidade feminina. Então temos as subcategorias “hipossuficiência deve ser comprovada, fragilidade física é presumida” e sua correspondente “vulnerabilidade deve ser comprovada, vulnerabilidade vem da condição feminina”; “hipossuficiência histórica, fragilidade física é presumida”; “vulnerabilidade deve ser comprovada, vulnerabilidade é histórica”; e “vulnerabilidade é histórica, fragilidade física é presumida”. Elas são representadas, respectivamente, pelos trechos:

RÉU E CONTRA SENHORA QUE A ACUDIU. NAMORO. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. CARACTERIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. ART. 5.º, INCISO III, E ART. 14 DA LEI N.º 11.340/06. PRECEDENTES DO STJ. VÍTIMA MULHER DE RENOME DA CLASSE ARTÍSTICA. HIPOSSUFICIÊNCIA. E VULNERABILIDADE AFASTADA PELO TRIBUNAL 'A QUO' PARA JUSTIFICAR A NÃO-APLICAÇÃO DA LEI ESPECIAL. FRAGILIDADE QUE É ÍNSITA À CONDIÇÃO DA MULHER HODIERNA. (Trecho nº54, Hipo)

e prevenir a violência doméstica praticada contra a mulher, buscando a igualdade substantiva entre os gêneros, fundou-se justamente na indiscutível desproporcionalidade física existente entre os gêneros, no histórico discriminatório e na cultura vigente. Ou seja, a fragilidade da mulher, sua hipossuficiência ou vulnerabilidade, na verdade, são os fundamentos que levaram o legislador a conferir proteção especial à mulher e por isso têm-se como presumidos. (Trecho nº163, Hipo)

[...] igualitário e digno à mulher, superando-se estigmas históricos e enraizados socialmente, que, no mais das vezes, redundam em atos de violência contra as mulheres. Tal a ratio da norma, conferir tratamento juridicamente peculiar às mulheres à vista de sua especial vulnerabilidade superando-se desigualdades concretas. Não é esta, contudo, a hipótese dos autos. A despeito da condição feminina da vítima, e de os fatos terem se

dado em âmbito familiar, a lesão narrada na peça acusatória não se deu em virtude [...]. (Trecho nº229, Vulnera)

a violência doméstica praticada contra a mulher, buscando a igualdade substantiva entre os gêneros, fundou-se justamente na indiscutível desproporcionalidade física existente entre os gêneros, no histórico discriminatório e na cultura vigente. Ou seja, a fragilidade da mulher, sua hipossuficiência ou vulnerabilidade na verdade, são os fundamentos que levaram o legislador a conferir proteção especial à mulher e por isso têm-se como presumidos. (Precedentes do STJ e do STF) (Trecho nº559, Vulnera)

Assim, na categoria “significações mistas”, identificamos o reforço aos enquadramentos já referidos acima, com a observação adicional de ausência de consenso, por vezes no mesmo julgado, sobre o enquadramento da violência baseada no gênero.

Por fim, as categorias analisadas à parte foram: “hipossuficiência deve ser protegida, não tutelada”, “estupro de vulnerável” e “Lei Maria da Penha para homens”. A categoria “estupro de vulnerável” reúne trechos que tratam da ocorrência deste crime. A maioria deles se limita a apenas mencionar o tipo penal, mas apareceram dois enquadramentos conflitantes quanto à aplicação da Lei Maria da Penha, em que um afirma que esta lei não deveria ser aplicada (mesmo se tratando de um agressor da família da vítima), e outra afirmando o contrário. Percebemos, no enquadramento que afasta a incidência da LMP, a consequência de ignorar as relações de gênero presentes no estupro em um contexto intrafamiliar.

Desse modo, não há dúvida que a situação fática retratada nos autos crimes de estupro de vulnerável e lesão corporal praticado pelo pai contra a filha - não enseja a incidência da Lei nº 11.340/06. (Trecho nº 231, Vulnera)

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE CONCLUIU PELA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO - ESTUPRO DE VULNERÁVEL PERPETRADO POR PADASTRO CONTRA ENTEADA - CRIME COMETIDO NO AMBIENTE DOMÉSTICO-FAMILIAR - INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.340/2006 (MARIA DA PENHA). (Trecho nº 565, Vulnera)

Na subcategoria “Lei Maria da Penha para homens” reunimos trechos que discutiam a possibilidade de aplicação desta lei para homens, encontrando dois enquadramentos: o primeiro afirmando que a vulnerabilidade específica de cada homem deve ser provada para a aplicação das medidas protetivas da LMP; e o segundo afirmando que a LMP não se aplica a meninos, mesmo reconhecendo-se que eles são vulneráveis, o que demonstraria um tratamento injusto e desigual por parte da lei:

E, ainda que se falasse em sua aplicação de medidas protetivas de urgência em prol dos homens, somente seria possível quando constatada sua vulnerabilidade o que não é o caso dos autos. (Trecho nº474, Vulnera)

Bem salientou o MP que haveria incoerência, se a vítima fosse outro filho do sexo masculino; o qual, apesar de também vulnerável pelo desenvolvimento incompleto, não teria a proteção da Lei Maria da Penha; o que também fugiria à isonomia constitucional. (Trecho nº 233, Vulnera)

Identificamos que o primeiro enquadramento se trata de uma construção que não está presente no texto da lei, que se dirige apenas a mulheres. Em termos de consequências para as mulheres, a aplicação de medidas protetivas a homens que estejam em situação de violência não significa uma desproteção às mulheres (não é como se houvesse um número limitado de medidas protetivas que podem ser deferidas), e não necessariamente implica em deixar de reconhecer a prevalência feminina neste tipo de violência e o enquadramento de subordinação e desigualdade que a gera. Quanto ao segundo, por sua vez, este justamente desconsidera este enquadramento de subordinação feminina e a necessidade de proteção especial às mulheres.

Por fim, na categoria “Hipossuficiência deve ser protegida e não tutelada”, juntamos trechos que tinham exatamente as mesmas palavras:

Nas palavras de Leda Maria Hermann, em Maria da Penha: lei com nome de mulher: Reconhecer a condição de hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica invalidar sua capacidade de reger a própria vida e administrar os próprios conflitos. (Trecho nº 10, Hipo)

Esta citação afirma que reconhecer a hipossuficiência de uma mulher em situação de violência não implica negar-lhe autonomia, o que à primeira vista parece adotar um enquadramento conforme a LMP. Porém, não é possível identificar se este reconhecimento se dá em cada caso, ou se é presumido. Em outras palavras, não é possível identificar qual significação é atribuída a hipossuficiência, se é presumida ou se deve ser comprovada; só o que se sabe é que reconhece-la, seja por presunção ou comprovação, não significa negar a autonomia feminina.

5. DISCUSSÃO: ENQUADRAMENTOS DISSONANTES

A partir da análise dos trechos encontrados, pudemos constatar, em primeiro lugar, que nem sempre era possível identificar a que os trechos analisados correspondiam: uma citação de jurisprudência, apresentação dos fatos, reprodução da petição acusatória ou defensiva, ou argumentação emitida pelo julgador ou julgadora. Por este motivo, ao invés de considerar que as conclusões a que chegamos refletem apenas os enquadramentos adotados pelos julgadores e julgadoras do caso em questão, consideramos que eles refletem enquadramentos adotados pelos diversos atores do Sistema de Justiça: juízes e juízas, advocacia, promotoria, defensoria, entre outros.

Em segundo lugar, podemos dizer que os enquadramentos adotados por tais atores alteraram o enquadramento presente no texto da Lei Maria da Penha, uma vez que nele não há menção à “hipossuficiência” ou à “vulnerabilidade”. Tais termos foram utilizados como forma de atribuir conteúdo ao critério (esse sim presente na lei) “qualquer ação ou omissão *baseada no gênero*”, ou seja, a hipossuficiência/vulnerabilidade da mulher em situação de violência foi utilizada como critério para compreender o que é “violência *baseada no gênero*”, ora presumindo a hipossuficiência, ora exigindo sua comprovação, mas de todo modo afirmando que

há violência baseada no gênero quando há hipossuficiência por parte da mulher.

Esta alteração do enquadramento vem do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19: a LMP foi recebida com disputas por seus significados, com alguns setores jurídicos e não-jurídicos defendendo que tal lei seria inconstitucional por proteger de forma especial as mulheres, o que seria uma discriminação aos homens (SEVERI, 2018). A resposta dada pelo STF foi de unanimemente declarar constitucional a diferenciação promovida pela LMP, justificando-se no seguinte: as mulheres precisam de proteção especial porque elas são *hipossuficientes, mais vulneráveis* à violência doméstica. O principal teor dos votos foi tentar justificar o tratamento desigual criado pela Lei Maria da Penha como necessário para alcançar a igualdade material, e para isso, os ministros e ministras buscaram comprovar a desigualdade material das mulheres em relação aos homens, comparando a LMP com outros microssistemas jurídicos de proteção ao *polo hipossuficiente de uma relação jurídica*, como se vê exemplificado no voto da Ministra Rosa Weber:

Sem consideração à dimensão material [...] da igualdade, não teríamos os sistemas de proteção dos direitos do consumidor e dos direitos do trabalhador, **ambos informados pela hipossuficiência do ocupante de um dos polos da relação jurídica e, por isso mesmo, pela vulnerabilidade.** (STF, 2012, p. 25, grifos nossos)

A hipossuficiência aparece como um critério que justifica a proteção especial a determinados grupos: para recebê-la, é preciso constatar que são hipossuficientes ou vulneráveis em relação ao(s) outro(s) polo(s) da relação jurídica. Carmen Hein de Campos afirma que o Direito é marcado por uma lógica dualista, que divide e classifica o mundo em pares opostos e antagônicos (CAMPOS, 2011). O raciocínio do voto referido se encaixa nesta lógica: a ideia da proteção especial a determinados grupos sociais se ancora na dualidade forte/fraco, em que é preciso se encontrar no polo “fraco” para ser garantida a discriminação positiva. Para garantir a

proteção diferencial das mulheres em situação de violência, é preciso colocá-las no polo “fraco”, ou no caso, “hipossuficiente”. Este é um afastamento ao enquadramento da LMP na medida em que a mulher deixa de ser enquadrada como “sujeito de direitos humanos” (o que por si só garantiria a proteção) e sim como “polo hipossuficiente”.

Quanto aos resultados encontrados nas subcategorias analisadas, o uso do critério hipossuficiência/vulnerabilidade para determinar a existência de violência de gênero tem como consequência majoritariamente (com exceção da “presunção histórica”) o reforço de estereótipos de gênero (como a “síndrome da mulher agredida” e o binômio “homem forte/mulher fraca”), o que leva ao enquadramento de negação da autonomia das mulheres e a desproteção das que não se encaixam dentro do estereótipo da vítima frágil e submissa. Nos enquadramentos encontrados, constroem-se normas de inteligibilidade em torno da ideia de um “tipo ideal de vítima”, que será considerada apta à proteção da lei. Suas características referem-se à imagem de passividade, fragilidade e falta de autonomia, sejam estas presumidas ou comprovadas. Outras normas de inteligibilidade encontradas foram a pouca idade (usada tanto para caracterizar como para descaracterizar a violência de gênero), o tipo de relacionamento em que seu deu a violência (notadamente, a violência em relacionamentos entre mulheres é desqualificada), ou a motivação do agressor ou agressora.

O uso do enquadramento que exige a comprovação da hipossuficiência/vulnerabilidade – assim, a comprovação de corresponder ao “tipo ideal de vítima” – pode desproteger mulheres que se mostrem insubmissas ou ativas, e pode ser especialmente prejudicial a mulheres atravessadas por outros marcadores da diferença, que já são enquadradas como menos dignas de proteção e/ou menos frágeis, insubmissas. As mulheres negras, por exemplo, em geral não são significadas como “frágeis”, como as mulheres brancas; pelo contrário, são significadas muitas vezes de forma dicotômica, como “sofredoras” ou “guerreiras”, o

que naturaliza a violência sofrida por elas (ROMIO, 2013, p. 134-135). Ademais, estas mulheres já são significadas por si só como “menos vidas” por conta do marcador raça, o que pode significar⁸ uma maior propensão a não encaixá-las no “tipo ideal de vítima”, digna de proteção. Isto também pode atingir categorias significadas como “menos vidas”, como mulheres lésbicas e mulheres trans.

Mesmo quando se utiliza o enquadramento que presume a hipossuficiência/vulnerabilidade das mulheres – o que a princípio significa que todas terão a proteção da lei aplicadas a si –, o reforço a um “tipo ideal de vítima” pode ser prejudicial em outros momentos do processo não analisados por esta pesquisa, como na oitiva da vítima, na coleta de provas, na instrução do processo em geral. Isso porque uma mulher que não se encaixe neste “tipo ideal” pode ser levada menos a sério em outros momentos processuais, mesmo que se presuma a sua vulnerabilidade, podendo comprometer o resultado do processo – na contramão do que preconiza a Recomendação Geral nº 33 da CEDAW, que determina aos Estados-parte a adoção de uma perspectiva sensível a gênero. Além disso, o fato de a proteção especial ser justificada pela fragilidade das mulheres reforça estereótipos negativos, caindo no que Martha Minow (1990) chama de “dilema da diferença”.

Os enquadramentos encontrados sobre a hipossuficiência/vulnerabilidade das mulheres em situação de violência se dividiam quase igualmente entre exigir a comprovação dessa hipossuficiência ou presumi-la. Isso demonstra uma diversidade de entendimentos sobre os termos no campo da violência doméstica, mas uma diversidade que de modo geral produz uma ideia excludente de quem é merecedora da proteção da lei.

⁸ Os acórdãos não trazem informações sobre raça/etnia, classe, orientação sexual das mulheres, de modo que a análise fica limitada.

6. CONCLUSÃO

Neste artigo tivemos o objetivo de compreender quais os enquadramentos adotados pelo TJSP nas apelações no âmbito da Lei Maria da Penha, em relação ao conceito “violência de gênero”. Percebemos o uso dos conceitos “hipossuficiência” e “vulnerabilidade” como critérios para aferir se determinada violência seria baseada no gênero. Concluímos que o TJSP, bem como outros atores do Sistema de Justiça (promotoria, defensoria, advocacia), não têm um consenso em relação ao que seria violência baseada no gênero, e de maneira geral adotam um enquadramento contrário ao proposto pela LMP.

O uso dos critérios “hipossuficiência” e “vulnerabilidade” para justificar a proteção especial às mulheres é uma quebra ao enquadramento da Lei Maria da Penha, no qual as mulheres são sujeitos de direitos humanos, o que por si só é o suficiente para lhes garantir a proteção. A lei traz o entendimento da violência contra as mulheres como derivado de um enquadramento de subordinação, que as atinge enquanto grupo, e que precisa de mecanismos específicos para a prevenção, proteção e enfrentamento. Afirmar que elas precisam de uma proteção específica por serem hipossuficientes, por outro lado, trouxe por consequência o reforço de estereótipos negativos às mulheres, a perspectiva de individualização da questão que afirma que cada mulher específica deve comprovar sua hipossuficiência/vulnerabilidade, a ideia de que os agressores e agressoras têm motivações explicitamente e conscientemente baseadas em razões de gênero.

De todos os enquadramentos adotados, o que presume a hipossuficiência/vulnerabilidade é o que mais se aproxima do enquadramento buscado pela Lei Maria da Penha, na medida em que reconhece que a “hipossuficiência” das mulheres se baseia em um contexto histórico de subordinação, que justifica a proteção específica a elas. De todo modo, argumentamos que o ideal, pela Lei Maria da Penha, seria um enquadramento que reconheça tal

contexto sem enquadrar as mulheres como hipossuficientes/vulneráveis – e sim, como sujeitos de direitos humanos.

De maneira geral, identificamos que os trechos analisados dão à LMP uma interpretação domesticada, em um enquadramento que não desafia as relações de subordinação e violência contra as mulheres – na verdade, até o reforça, ao reiterar estereótipos negativos às mulheres, que podem ser ainda mais nocivos a mulheres atravessadas por outros marcadores da diferença. Este enquadramento não só dificulta o acesso das mulheres à justiça e à proteção da violência, mas também se contrapõe aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

AZEREDO, Caroline M. de Oliveira. Lei Maria da Penha: análise crítica da categoria gênero nas decisões do TJRS. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v.5, n.2, mai-ago. 2018.

BACCHI, Carol Lee. **Women, Policy and Politics**. The Construction of Policy Problems. SAGE Publications, 2007.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Presses Universitaires de France, 1977.

BERNARDES, Márcia Nina; ALBUQUERQUE, Mariana Imbelloni Braga. Violências interseccionais silenciadas em Medidas Protetivas de Urgência. **Direito e Práxis**, v. 7, n. 3, p. 715, 2016.

BENOIT, K. *et al.* quanteda: **Quantitative analysis of textual data** [Computer software manual]. 2017.

BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

BUTLER, Judith. **Undoing gender**. Nova Iorque: Routledge, 2004.

CAMPOS, Carmen Hein de (org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTE, Larissa de Moura; GOMES, Carlysson Alexandre Rangel; MOREIRA, Lisandra Espíndula. Uma análise das construções de gênero na jurisprudência alagoana. **Revista Polis e Psique**, 2017.

CHENG, Xueqi *et al.*. Btm: Topic modeling over short texts. **IEEE Transactions on Knowledge & Data Engineering**, n. 1, p. 1-1, 2014.

CIDH, **Convenção Interamericana para Prevenir, punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 02 out. 2015.

COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. **Estereótipos de Género**. Perspectivas Legales Transnacionales. Profamilia, 2010.

COSTA, Madge, PORTO, Francisco Pereira. **Lei Maria da Penha**: as representações do judiciário sobre a violência contra as mulheres. *Estudos de Psicologia*, Campinas 27(4), outubro-dezembro 2010, p. 479-489. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v27n4/06.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

FACIO, Alda. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. In: FACIO, Alda; FRÍES, Lorena (eds.). **Género y Derecho**. Santiago de Chile: Ediciones LOM, 1999, pp. 99-136.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Tradução por Coletivo Sycorax. Editora Elefante: 2017.

IPEA. **Atlas da Violência 2019**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

LAURETIS, Teresa de. A Tecnologia do Gênero. In: HOLLANDA, H.B. **Tendências e Impasses**. O feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

NASCIMENTO, Flávia Passeri. **A possibilidade de aplicação das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha por analogia *in bonam partem* às vítimas hipossuficientes ou em situação de vulnerabilidade em um relação doméstica, intrafamiliar ou íntima de afeto a partir da análise jurisprudencial dos Tribunais dos Estados de Minas Gerais e São Paulo**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado). Faculdade de Direito de Franca. Ribeirão Preto, 2016.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 22, p. 407-428, jul-dez. 2015.

PADMAJA, C. H.; NARAYANA, S. Lakshmi; DIVAKAR, C. H. Probabilistic Topic Modeling And Its Variants–A Survey. **International Journal of Advanced Research in Computer Science**, v. 9, n. 3, 2018.

ROMIO, Jackeline Aparecida Ferreira. A Vitimização de Mulheres por Agressão Física, Segundo Raça/Cor no Brasil. In: MARCONDES, Mariana Mazzini *et. al.* **Dossiê mulheres negras**: retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil. Brasília: Ipea, 2013. p. 133-158.

SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

SILGE, Julia; ROBINSON, David. tidytext: Text mining and analysis using tidy data principles in r. **The Journal of Open Source Software**, v. 1, n. 3, p. 37, 2016.

SILVA, Vanessa Ramos da; CARLOS, Paula Pinhal de. Violência de gênero e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: o que é gênero segundo o discurso dos desembargadores e desembargadoras e qual seu reflexo na aplicação da Lei Maria da Penha. **Brazilian Journal of Empirical Legal Studies**, v. 5, n. 1, 2018.

SMART, Carol. La teoria feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée (Comp.). **El Derecho en el Género y el Género en el Derecho**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000, p. 31-72.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. A família, a violência e a justiça. Conflitos violentos familiares, Lei Maria da Penha e concepções jurídicas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 13, n. 1, p. 136-153, 2013.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília: Flacso Brasil, 2015.

A CONSCIÊNCIA JURÍDICA DE PESSOAS TRANSGÊNERAS NO BRASIL

Arley de Mattos Baisso¹

Paulo Eduardo Alves da Silva²

Resumo: O presente estudo investiga como pessoas transgêneras vivenciam, interpretam e compreendem o direito, especialmente no contexto em que se encontram, marcado por marginalização social e jurídica. Essa investigação se baseia em pesquisa teórico-bibliográfica e empírica. O referencial teórico que ancora a delimitação do problema e a análise dos dados coletados se baseia nos esquemas interpretativos propostos por Patricia Ewick e Susan Silbey na obra *The Common Place of Law: Stories from everyday life*: “diante do direito”, “junto ao direito” e “contra o direito”, que traz como uma de suas principais premissas o fato de o direito se apresentar de formas variadas e, muitas vezes, contraditórias no cotidiano das pessoas comuns. O levantamento empírico se baseia em entrevistas qualitativas com seis indivíduos, de diferentes posições sociais, etnias, sexualidades e vivências com o fenômeno jurídico. Os dados levantados sugerem que os tipos de consciência jurídica não mantêm entre si uma relação de oposição, o que implica dizer que a legalidade se apresenta de maneiras diversas e até mesmo contraditórias, variando conforme os cenários em que os indivíduos estão imersos. Ademais, embora estejam insertas, de modo geral, em contextos de marginalização sociojurídica, pessoas transgêneras nem sempre expressam formas de consciência resistentes, em contrariedade a uma das premissas que nortearam essa investigação, a de que esses indivíduos, explícita e frequentemente, manifestam resistência

¹ Advogado, bacharel em ciências jurídicas e sociais pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), mestre em direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP) e pós-graduado em direito civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

² Mestre e Doutor em Direito (USP). Professor Associado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP/USP). Professor permanente do PPGD da FDRP/USP. Advogado.

contra o poder hegemônico do direito. As análises realizadas permitem concluir que na maior parte dos relatos das pessoas entrevistadas predominam esquemas de consciência jurídica que retratam uma concepção hegemônica de legalidade. Ademais, em tais narrativas, constata-se que o direito nem sempre exerce um papel central na vida de pessoas transgêneras. No que tange aos procedimentos legais, por fim, conclui-se que a esfera administrativa/extrajudicial é mais propensa a nivelar reivindicações de sujeitos pertencentes a classes sociais distintas. A esfera judicial, a seu turno, afigura-se mais suscetível a arbítrios e a influências externas, havendo, em relação a ela, uma incerteza permanente em relação à justiça possível no tocante às demandas relativas à identidade de pessoas transgêneras.

Palavras-chave: Consciência jurídica; Transgeneridade; Acesso à justiça; Interdisciplinaridade; Pesquisa empírica em Direito.

Abstract: The present study investigates how transgender people experience, interpret and understand law, especially in the context in which they stand, marked by social and legal marginalization. This investigation is based on theoretical-bibliographic and empirical research. The theoretical framework that anchors the delimitation of the problem and the analysis of the collected data are based on the interpretative schemes proposed by Patricia Ewick and Susan Silbey in the book *The Common Place of Law: Stories of everyday life*: “before the law”, “with the law” and “against the law”, which has as one of its main premises the fact that the law presents itself in different and often contradictory ways in the everyday life of ordinary people. The empirical survey is based on qualitative interview with six individuals, from different social positions, ethnicities, sexualities and experiences with the legal phenomenon. The data collected made clear that the types of legal consciousness do not maintain an opposing relationship with each other, which implies that legality presents itself in different and even contradictory ways, varying according to the scenarios in which individuals are immersed. Furthermore, although they are generally inserted in contexts of sociolegal marginalization, transgender people do not always express resistant forms of consciousness, contrary to one of the premises that guided this investigation, that these individuals, explicitly and frequently, express resistance against the hegemonic power of law. It is concluded that in most of the stories of the people interviewed

predominates schemes of legal consciousness that portrays a hegemonic conception of legality. Furthermore, in such narratives, it appears that the law does not always play a central role in the lives of transgender people. With regard to legal procedures, finally, it is concluded that the administrative/extrajudicial sphere is more likely to level claims of subjects belonging to different social classes. The judicial sphere, in turn, seems to be more susceptible to arbitrations and external influences, with a permanent uncertainty in relation to possible justice in relation to the demands related to the identity of transgender people.

Keywords: Legal consciousness; Transgenderity; Access to justice; Interdisciplinarity; Empirical research in Law.

1. INTRODUÇÃO

Qual é o papel exercido pelo direito em nossas vidas? Ele é visto da mesma maneira por cada um de nós? A ideia de acesso à justiça é capaz de fazer sentido a todos indistintamente? Como esse fenômeno é lido, ou melhor, vivido, por aqueles que, de certa forma e por muito tempo, eram (e ainda são) tidos como transgressores de suas normas?

Uma mulher se sente injustiçada em relação à irmã porque esta recebia com exclusividade a pensão deixada por seu falecido pai, militar que integrava os quadros do exército brasileiro. Considerando-se apta a perceber tal benefício em condições de igualdade, já que cumpria todos os requisitos legais – era mulher e filha de militar –, apresentou a documentação pertinente à Pagadoria de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica, na cidade de São Paulo. “Eu também sou filha desse pai”, pensava. Foi então que um simples requerimento administrativo ganhou ares de “segredo de justiça militar”, condição que a privou de obter informações sobre o andamento do pedido.

Após dez meses de tramitação, sobreveio uma indesejável resposta: o requerimento havia sido indeferido. Segundo o órgão responsável, a situação jurídica da requerente, no ano de falecimento do instituidor do benefício, não era a condizente com a

atual. A chamada “situação” nada mais era do que o gênero. Embora juridicamente fosse mulher, assim como a irmã, tal acontecimento serviu para mostrar que o direito não lhe havia “resguardado de nada”. Em outras palavras, acreditava que, na prática, por não fazer parte de determinada maioria, teria sempre de enfrentar “regrinhas internas”.

A personagem dessa história é uma mulher transgênera.

2. DESENVOLVIMENTO

O relato contido na introdução deste artigo ajuda a entender como o fenômeno jurídico pode ser vivenciado de maneiras diversas, até mesmo contraditórias, pelas pessoas comuns. Esse tem sido o objetivo dos estudos da consciência jurídica (*legal consciousness*) ao longo dos últimos trinta anos, tendo como expoentes Susan S. Silbey e Patricia Ewick que, a partir de *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, publicado em 1998, procuram mapear e compreender a variedade do direito no cotidiano.

Para a consecução dessa tarefa, as autoras se dedicaram a uma análise que projetava o direito para fora do âmbito das instituições jurídicas formais, concentrando suas investigações nas formas, símbolos e linguagens que esse fenômeno pode assumir cotidianamente. No âmbito dos estudos em *Law and Society*, tratava-se de uma mudança significativa no objeto de estudo, muito presente a partir do final da década de 1980.

Em síntese, busca-se compreender os significados que um conceito ou instituto jurídico assume ao se tornar objeto de reivindicação ou disputa no meio social. Aqui, esse referencial teórico é utilizado como uma lente para investigar as relações que pessoas transgêneras estabelecem cotidianamente com o fenômeno jurídico, sobretudo em razão da particularidade de suas demandas.

Situações diariamente vivenciadas por pessoas transgêneras, com destaque para aquelas em que se almeja o reconhecimento de determinado prenome e/ou gênero, muito embora pareçam diretamente relacionadas apenas a aspectos da personalidade,

possuem implicações jurídicas diversas, como, por exemplo, a utilização de espaços marcados pelo gênero, a submissão a situações constrangedoras, de violência e discriminação.

Pode-se dizer, resumidamente, que a ação de reivindicar permanentemente o respeito à própria identidade, como na apresentação de documentos pessoais e na utilização de espaços generificados, traduz-se em um estigma que caracteriza a existência desses indivíduos.

O direito exerce, portanto, um papel relevante nas vidas desses sujeitos. A despeito da existência de um ideal de igualdade, calcado em princípios constitucionais, esse grupo social ainda experimenta verdadeira situação de marginalização sociojurídica, mesmo havendo uma paulatina aceitação política e social de seus integrantes. Dessa forma, pautado nos termos de sua imparcialidade e acessibilidade, é possível contar uma história acerca do direito, mais precisamente, uma crítica à justiça que é possível se obter através dele.

Susan Silbey e Patricia Ewick (1998) apresentam-nos o conceito de consciência jurídica como sendo a participação no processo de construção da legalidade³ – construção que ocorre sempre quando um fato é interpretado a partir de conceitos ou terminologias jurídicas – o que pode incluir a manutenção ou mesmo inovações em relação à legalidade.

A consciência jurídica é constituída e expressa por meio do conhecimento prático que os indivíduos têm da vida em sociedade. A consciência envolve, portanto, pensamento e ação: contar uma história, reclamar um direito, trabalhar, casar-se, divorciar-se, processar um vizinho ou recusar-se a acionar a polícia. À medida em que esquemas culturais são invocados e recursos empregados,

³ Essa tarefa de explorar o fenômeno jurídico fora do âmbito das instituições exige certo esclarecimento do ponto de vista conceitual. Aqui, o termo “legalidade” serve para designar significados, fontes de autoridade e práticas culturais comumente reconhecidas como jurídicas. Cf. EWICK, Patricia; SILBEY, Susan S. *The commonplace of law: stories from everyday life*. Chicago/US: The University Of Chicago Press, 1998, p. 22.

literalmente está-se a (re)produzir estruturas sociais. (EWICK; SILBEY, 1998)

Embora trate-se, em parte, de um produto da vontade humana, a consciência jurídica não é inteiramente individual ou subjetiva, mas uma construção coletiva que ao mesmo tempo expressa, utiliza e cria entendimentos trocados publicamente, o que se denomina esquemas. Em sua obra, Ewick e Silbey (1998) identificam três tipos predominantes de consciência jurídica: diante do direito (*before the law*), junto ao direito (*with the law*) e contra o direito (*against the law*).

Nesse livro, as histórias figuram, ao mesmo tempo, como objeto e método de estudo; trata-se de relatos que foram utilizados como uma espécie de lente para estudar direito na vida cotidiana e também como uma metáfora para representar o que havia sido descoberto a partir desse levantamento empírico⁴.

Silbey (2005) ressalta que esses esquemas nada mais são do que construtos dos pesquisadores, abstraídos dos relatos dos entrevistados e ressintetizados em narrativas de legalidade. Trata-se, assim, de “conjunto de ferramentas culturais a partir do qual são construídos os entendimentos populares de legalidade”. (*op. cit.*)

No primeiro deles, o direito é retratado como um sistema formal de regras e procedimentos, comumente apartado do cotidiano das pessoas comuns, e que se legitima por sua característica soberana. Já no segundo, o direito é concebido como sendo um jogo, manobrado de acordo com o interesse individual e visando a obtenção de ganhos estratégicos. Por fim, no terceiro esquema o direito aparece como sendo um domínio arbitrário, em relação ao qual procura-se escapar de seu poder influência, sendo predominantes, nessas narrativas, práticas de resistência e contra-hegemônicas.

⁴ Para uma melhor compreensão do papel da narrativa em diversos contextos sociais, incluindo o conhecimento acadêmico sociojurídico, Cf. EWICK, Patricia; SILBEY, Susan S. Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narrative. *Law & Society Review*, v. 29, n. 2, p. 197-226, 1995.

A tarefa de captar a variedade das representações do direito no cotidiano das pessoas comuns, finalidade precípua dos estudos da consciência jurídica, leva-nos a investigar como pessoas transgêneras vivenciam, interpretam e compreendem esse fenômeno, especialmente no contexto em que se encontram, marcado por marginalização social e jurídica. (BAISSO, 2020)

Para Kathleen Hull (2016), o estudo da consciência jurídica de pessoas LGBT denota o que significa ser crítico nesse campo de pesquisa. A autora aponta para a necessidade de uma maior atenção ao nível institucional e aos processos de produção cultural, sendo necessário, portanto, o desenvolvimento de retratos mais amplos do lugar que o direito e a legalidade ocupam na vida de atores sociais marginalizados, devendo a pesquisa se abrir à possibilidade de estes não serem fatores centrais e influentes em suas vidas. (HULL, 2016)

É relevante, portanto, investigar o fenômeno da consciência jurídica a partir de relatos de pessoas transgêneras. Essa tarefa importa em compreender como esses indivíduos vivenciam, interpretam e compreendem o direito em um contexto marcado por marginalização sociojurídica, e como as formas de consciência jurídica, diante do direito, junto ao direito e contra o direito, relacionam-se com suas reivindicações.

Concentramos nossa atenção no cotidiano de pessoas trans – seres humanos que, de alguma maneira, desafiam as normas impostas pelo dispositivo binário de gênero e que compõem, na prática, um conjunto diverso e heterogêneo. A preferência por essa definição mais abrangente visa construir uma abordagem antiessencialista e antibiologizante e que não reduza esses indivíduos apenas às identidades travestis e transexuais, por exemplo. (JESUS, 2014)

Pensar a existência das normas de gênero implica em evocar seu caráter regulador, proibitivo, restritivo e punitivo. Para Bento (2008), essas normas só conferem inteligibilidade – aqui entendida como vida – àqueles sujeitos que se encontram “alocados em gêneros apropriados aos corpos sexuados”. (BENTO, 2008)

Portanto, do ponto de vista sociojurídico, esse fator explica a razão pela qual pessoas transgêneras ainda lidam com violências e exclusões estruturais.

Desafiar os limites dessa norma é colocar-se em posição de risco e ocupar uma posição de inferioridade; é inserir-se em um contexto onde todo e qualquer traço de humanidade é escamoteado: “o afastamento desses pontos qualificadores de humanidade reduz a capacidade de o sujeito entrar na esfera dos direitos e de reivindicá-los”. (*op.cit.*)

Precisamente no contexto da sociedade brasileira, pessoas trans historicamente convivem com índices precários de empregabilidade, segurança e expectativa de vida – fatores que, não raro, exercem impacto direto em sua capacidade de formular demandas de natureza jurídica.

A fim de refletir sobre a naturalização e a idealização dessas corporalidades e identidades de gênero, a ponto de sequer serem nomeadas, Vergueiro (2015) discorre sobre o conceito de cisgeneridade, ideia que abarca “compreensões socioculturais ocidentais e ocidentalizadas de gênero tidas como naturais, normais e biológicas, que são por sua vez as compreensões que fundamentam as leituras sobre vivências e corpos em termos de gênero”. (VERGUEIRO, 2015)

Essa categoria analítica (cisgeneridade) tem de ser compreendida a partir de três aspectos interdependentes: pré-discursividade, binariedade e permanência dos gêneros. A construção discursiva desses traços como características dos gêneros naturalizados e idealizados caracterizam a cisgeneridade, ao passo em que estigmatizam, marginalizam e desumanizam os gêneros inconformes. (*op. cit.*)

Lanz (2014) assinala que diante das normas de conduta ditadas pelo dispositivo binário de gênero, o indivíduo tem diante de si somente duas possibilidades de ação: a observância ou a transgressão. (*op. cit.*)

O cumprimento da norma diz respeito às buscas por conformidade e, evidentemente, às recompensas dela advindas. A

transgressão, por sua vez, reserva ao indivíduo as sanções decorrentes de seu descumprimento, o que resulta em marginalização, discriminação, intolerância e exclusão. Em resumo, a partir do momento em que transgridem a norma cisgênera, pessoas transgêneras enfrentarão violências e discriminações estruturais que lhes são próprias.

O exercício ao direito do nome, por tratar-se de um dos elementos identificadores do sujeito, pode ser considerado como uma das questões de maior envergadura jurídica. Reivindicar esse direito, em se tratando do indivíduo transgênero, traduz-se em uma disputa por identidade; isto é, por inteligibilidade.

O referencial teórico adotado exigiu atenção a determinadas diretrizes: um discurso interdisciplinar que abarcasse elementos das ciências sociais e humanidades; uma investigação que se distanciasse das instituições jurídicas formais a fim de se abrir aos ambientes cotidianos em que circula o direito, a exemplo de comunidades, espaços públicos, locais de trabalho, famílias, escolas etc.; uma atenção a aspectos do cotidiano geralmente ignorados pela pesquisa jurídica tradicional, como a obediência a normas de convivência, a utilização de espaços generificados (como os banheiros públicos), a adoção de determinados vocativos durante a abordagem pessoal, as formas de atendimento nos serviços de saúde etc.; um esclarecimento conceitual e inovação linguística, a exemplo do conceito de legalidade; e a análise dos dados coletados à luz dos esquemas interpretativos propostos por Ewick e Silbey (1998), sem que isso implique em um apego desmedido a essa tipologia, ou seja, tendo em mente que tais esquemas podem não ser completamente aplicáveis aos dados sob análise.

Cumprе salientar que no contexto do direito civil brasileiro, o prenome das pessoas naturais, via de regra, é imutável. Por essa razão, sua modificação é possível apenas em situações excepcionais – hipóteses estas que jamais contemplaram de maneira expressa a transgeneridade, circunstância capaz de levar determinada pessoa a não se identificar com o prenome e/ou gênero contidos em seu registro de nascimento. Ademais, na quase totalidade dos casos, a

apreciação dos requerimentos caberia à autoridade judiciária, mediante a apresentação de pedido fundamentado.

Historicamente, essa excepcionalidade por parte da legislação brasileira e a jurisprudência decorre da observância ao chamado princípio da imutabilidade relativa do prenome, extraído do artigo 58 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). Por décadas, decisões judiciais se pautaram por essa perspectiva patológica, condicionando, em muitos casos, a procedência dos pedidos de retificação de registro civil à submissão a procedimentos cirúrgicos e/ou patologizante.

Nota-se que mesmo após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em 2018 e a edição do Provimento nº 73 do Conselho Nacional de Justiça no mesmo ano, que tornaram dispensáveis a obrigatoriedade da adoção da via judicial e a submissão a procedimentos cirúrgicos e/ou patologizantes, a modificação de prenome e/ou gênero por pessoas trans passou a estar sujeita, em primeiro plano, ao conhecimento da autoridade cartorária, responsável pela análise, processamento e controle de requerimentos dessa natureza.

As mudanças procedimentais ocorridas nos últimos anos não pressupõem, todavia, que a esfera judiciária se encontre totalmente apartada de tais requerimentos. Pelo contrário, na medida em que é responsável pela emissão de certidões de natureza cível e criminal, por exemplo, o Poder Judiciário ainda figura como uma arena inseparável das demandas de pessoas transgêneras. Ademais, não se olvida que o indeferimento de um pedido de alteração de prenome e/ou gênero na esfera extrajudicial pode dar ensejo a um conflito cuja apreciação compete à autoridade judiciária.

Em segundo lugar, é preciso atentar-se para o fato de que pessoas trans ainda se encontram insertas em um contexto de marginalização social e jurídica, o que inevitavelmente conduz à constatação de que os recentes avanços no panorama dos direitos desses indivíduos estão longe de contemplar parte considerável de suas demandas, que incluem a utilização de espaços generificados,

medidas de combate a preconceito, violência e discriminação, o acesso ao mercado formal de trabalho e às instituições de ensino, atenção integral à saúde, dentre outras.

Partindo da premissa de que o cotidiano de pessoas transgêneras tem o potencial de oferecer uma gama relevante de interações com o direito, principalmente de restrições e interdições, o fio condutor da pesquisa foram reivindicações relativas à identidade pessoal, sobretudo, mas não somente, os requerimentos judiciais ou extrajudiciais de retificação de prenome e/ou gênero no registro civil.

Na consecução dessa tarefa, foram selecionados seis indivíduos de diferentes posições sociais, etnias, sexualidades e vivências com o fenômeno jurídico: Mariano, Laerte, Fernanda, Márcia, Neon e Karen.

Mariano é um homem branco que vive no interior de São Paulo e ganha a vida como vendedor em uma loja de um *shopping* da cidade. Ele requereu a alteração de seu registro civil em outubro de 2019, por intermédio de um procedimento extrajudicial realizado diretamente em cartório. Esse requerimento é disciplinado pelo Provimento nº 73 do CNJ, que regulamentou a alteração de prenome e gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoas transgêneras.

Até pouco tempo, Mariano desconhecia a possibilidade de modificar o registro civil extrajudicialmente, ou seja, sem recorrer à esfera judicial. Ele afirma que se sentiu desorientado em relação à extensa lista de documentos que deveria providenciar, muitos dos quais sequer conhecia ou tinha ouvido falar a respeito. O resultado negativo das certidões criminais, por exemplo, era um indicativo de que se encontrava “dentro da lei”, fato esse que lhe causava certa sensação de alívio.

Questionado sobre outras experiências com o judiciário, ele conta sobre a ocasião em que ingressou com uma ação judicial no ano de 2015. A demanda foi proposta após Mariano ser vítima de agressões físicas por três homens em sua cidade. Os agressores, contudo, não chegaram a ser responsabilizados pelas lesões

corporais, o que o levou a acreditar que a influência que aquelas pessoas exerciam na localidade tenha sido um fator determinante no resultado do processo.

A obtenção de documentos que retratassem verdadeiramente sua identidade foi, segundo Mariano, um passo decisivo em seu processo de transição. Para ele, ser reconhecido por “ele” no meio social simbolizou a concretização de um sonho; era finalmente alcançar um objetivo que há certo tempo almejava.

Laerte é uma cartunista paulistana que assumiu publicamente sua identidade de gênero em meados de 2010. Desde então participa de debates sobre transgeneridade em diversos veículos de comunicação e eventos públicos. Mesmo sem modificar o registro civil, ela obteve judicialmente a procedência de um pedido de indenização por danos morais em decorrência de ofensas transfóbicas em artigo publicado por um jornalista e amplamente divulgado nos meios de comunicação.

Questionada sobre essa experiência em particular, Laerte disse que, a princípio, havia decidido apenas publicar uma resposta irônica, embora não fosse essa a primeira vez em que publicamente esse jornalista lhe dirigia ofensas. Sua pouca experiência e conhecimento sobre leis e procedimentos jurídicos pesou como um fator limitante: Laerte pensou apenas em solucionar a questão no campo da ofensa pessoal.

A história ganhou novos contornos quando, convencida por seus amigos e parceiros de militância, Laerte resolveu discutir as ofensas judicialmente. Ela passou a compreender que a violência não fora dirigida à charge em particular, mas à sua condição de pessoas transgênera, o que para ela se traduziu em uma ofensa a toda uma coletividade. Embora consciente do aspecto coletivo das ofensas dirigidas contra si, ela conta que a decisão de propor uma ação judicial não foi fácil de ser tomada. Essa insegurança, segundo ela, decorreu de seu pouco traquejo com o aparato jurídico, seus símbolos, linguagens e instrumentos.

Em suma, a linguagem jurídica, os ritos processuais, a divisão de competências, as movimentações estratégicas, tudo para ela

tinha um certo “sabor de folclore”; a ação se assemelhava à partida de um jogo, na qual se sentia mais espectadora do que propriamente jogadora.

Laerte narra também uma outra ocasião, em que o jornal no qual trabalhava foi demandado judicialmente por conta de uma tira sua, taxada de racista. Mesmo convicta de que a publicação não possuía qualquer caráter discriminatório, Laerte relembrou o temor que sentira naquele momento, sensação retratada em expressões como “prender”, “decapitar”, “parar na cadeira elétrica” e “bens arrestados”.

Fernanda é uma mulher branca, travesti e professora concursada da rede estadual de ensino público, onde leciona artes. Atualmente, com 39 anos de idade, vive no interior de São Paulo, na cidade de São Joaquim da Barra.

Em 2019, Fernanda se dirigiu ao cartório de registro civil de sua cidade para retificar seus documentos extrajudicialmente, valendo-se da prerrogativa prevista no provimento nº 73 do CNJ. Ao dar entrada em seu requerimento, Fernanda já havia reunido informações técnicas suficientes tanto sobre os trâmites do cartório, quanto do material que deveria instruir o seu pedido. Para ela, essa possibilidade de requerer extrajudicialmente a alteração do registro civil, sem se submeter previamente a procedimentos cirúrgicos e/ou patologizantes, é sinônimo de conforto, praticidade e, sobretudo, de autonomia.

Por ser funcionária pública, Fernanda desenvolveu certa habilidade para lidar com exigências burocráticas. A experiência acumulada em sua função pública a dotou da aptidão necessária para manejar a quantidade de documentos requeridos pela autoridade cartorária.

Filiada a um sindicato de professores, Fernanda conta que a decisão de alterar o registro civil se deu após a aprovação de reformas pelo governo do Estado, que elevaram a idade mínima para aposentadoria em sua categoria. Por identificar-se como travesti, Fernanda fazia questão de manter a grafia original de seus

documentos, o que, na sua visão, seria uma maneira didática de as pessoas compreenderem e respeitarem sua identidade.

Em um contexto marcado por reformas que, na sua opinião, ceifaram os seus direitos enquanto trabalhadora, Fernanda se valeu estrategicamente da possibilidade de alterar seu gênero e se enquadrar na regra de aposentadoria por menor tempo de idade, válida somente para as pessoas do gênero feminino. Fernanda se viu forçada a forçar a sucumbir à normatividade e ao binarismo e assim sacrificar seu documento de identidade, recurso empregado na reivindicação de sua identidade travesti.

Ela fala também sobre outras experiências com o sistema de justiça. Reagindo a determinadas ofensas e agressões à sua identidade, Fernanda, no passado, revidava a violência sofrida por meio da força física. Embora não tenha se arrependido dessa postura, confessa que atualmente agiria de modo diverso, procurando solucionar os problemas de uma “forma judiciária e justa”.

Em um desses episódios, após um ataque transfóbico durante um atendimento médico, Fernanda respondeu judicialmente por dano patrimonial. Esse fato a obrigou a participar de uma audiência na presença de um juiz e de um promotor de justiça, membro do Ministério Público. Fernanda narra que a todo momento, durante a audiência, foi tratada como culpada. Desacompanhada de advogado, conta que não houve qualquer oportunidade para se manifestar, expor sua versão dos fatos ou mesmo compreender adequadamente a dinâmica daquele ato. Foi dessa forma que ela se viu obrigada a prontamente acatar as imposições do promotor de justiça.

Márcia é uma mulher travesti branca, advogada, empresária e um nome conhecido do ativismo transgênero no país. Fundadora de um projeto de empregabilidade, também encabeçou o requerimento que resultou na aprovação da Resolução nº 5/2016 do Conselho Federal da OAB, medida que autorizou a utilização de nome social nos quadros da entidade.

Para Márcia, a decisão de propor a demanda junto a sua entidade profissional não foi difícil de ser tomada. O requerimento,

cuja elaboração contou com o auxílio de colegas advogados e membros de comissões internas da OAB, deveria espelhar a identidade de Márcia, que se identifica como travesti.

O seu objetivo era incluir em sua carteira profissional dois nomes, o nome de registro e o social. Ela jamais pretendeu alterar seus demais documentos, tanto por uma questão de ativismo, como também em razão da burocracia, já que é proprietária de diversas empresas. Era suficiente, para ela, utilizar o nome social no exercício de sua profissão.

Ela também acredita que o fato de o requerimento ter obtido a chancela da OAB, instituição marcada por certa seriedade e tecnicismo, possibilitou o alcance de outras conquistas em relação às demandas da população transgênera.

Neon se define como mulher transgênera, negra, ameríndia, publicitária e diretora de arte. Dentre as notícias relacionadas a processos judiciais movidos por pessoas transgêneras, a sua história certamente é uma das mais conhecidas no país. Seu caso gerou muita repercussão, tanto pelo ineditismo da tese jurídica, quanto pela própria pessoa por trás desse pedido, que há muito tempo integra o movimento negro e transfeminista.

Neon requereu judicialmente a retificação de registro civil através de um advogado particular. Neon sentiu, em um primeiro momento, a necessidade de dialogar com um Estado que, segundo ela, não assumia a responsabilidade pela violência sofrida por pessoas trans no Brasil. Dessa forma, frisou que não se submeteria a qualquer procedimento cirúrgico e/ou patologizante, requerendo, subsidiariamente, um pedido de morte assistida, caso essa condição não fosse acatada.

Ela critica a visão e a postura de boa parte dos juristas que, segundo ela, está comprometida com o paradigma da patologização. Enfrentar essas questões, na prática, corresponderia a um enfrentamento de biopoder. Para Neon, o resultado da ADIN nº 4.275 corresponde uma migalha, justamente por ainda representar uma medida que se encontra distante da realidade da maioria das pessoas transgêneras.

Ao retomar o assunto da ADIN, Neon afirma que não é possível aplaudir a decisão proferida pelo STF, pois acredita que os direitos das pessoas trans sempre estiverem abarcados pela Constituição Federal. Em outros termos, é como se essa ação dissesse o óbvio. Nesse momento, Neon revela como enxerga o direito: excludente, burguês, branco, cisgênero, normativo e elitista.

Propor a demanda judicial não foi, para Neon, uma decisão difícil de ser tomada, já que Neon se sentia morta perante o Estado. Insatisfeita com a maneira pela qual os direitos das pessoas trans eram discutidos no país, a escolha de Neon foi animada pela consciência de que essa ação poderia beneficiar toda uma coletividade.

Neon, por outro lado, considera que sua experiência com o judiciário pode ser descrita como um fenômeno, sobretudo por postular o deferimento de um pedido de morte assistida na hipótese de o pedido de alteração de nome e gênero não ser aceito unicamente com base na autodeclaração, isto é, sem submissão a procedimentos patologizantes.

Após obter uma sentença de procedência do pedido, Neon pôde enfim retificar seus documentos da maneira que desejava. Ela, contudo, ainda não se enxerga como alguém que é possuidor de humanidade, mas tão somente de um simples benefício social.

Karen é uma mulher trans branca que vive na cidade de Ribeirão Preto, interior de São Paulo, onde trabalha como cabeleireira.

Quando os procedimentos cirúrgicos de transgenitalização e as ações judiciais para retificação de prenome e gênero se tornaram um pouco mais acessíveis no país, Karen passou a participar, em meados de 2008, de palestras e estudos clínicos da área de psicologia. Em uma dessas ocasiões, conheceu um defensor público, que lhe perguntou sobre o interesse na propositura de uma ação judicial para requerer a modificação de seus documentos, mesmo sem ter se submetido previamente a qualquer cirurgia.

Karen conta que o processo judicial foi moroso e repleto de fases, dentre elas, a realização de uma perícia médica no Instituto

de Criminalística. Depois de 7 anos de tramitação, Karen finalmente obteve o direito à alteração de nome e gênero no registro civil, uma verdadeira surpresa para ela.

A perícia a que Karen foi submetida teve por finalidade diagnosticar algum dos chamados transtornos de identidade de gênero, considerados na época como condição necessária ao deferimento do pedido de alteração de nome e gênero. Ela, por sua vez, em momento algum se recusou a ser patologizada, e acredita, inclusive, que os procedimentos de patologização podem dar guarida às identidades transgêneras, assegurando-lhes a fruição de determinados direitos.

Na sua visão, a manutenção das identidades trans nos manuais diagnósticos seria uma forma de obrigar o Estado a assegurar direitos básicos a esses indivíduos, mesmo à contragosto dos grupos reacionários, sobretudo em tempos que, segundo Karen, impera no país uma pauta conservadora de costumes. Ela também acredita que o exame clínico pode resguardar essas identidades, que contariam com o referendo das ciências biológicas e humanas para lhes atestar a própria verdade.

O diagnóstico consubstanciado no laudo do Instituto de Criminalística não seria útil apenas na constituição da identidade de Karen perante a autoridade judiciária durante a fase instrutória do processo. Essa produção de verdade, segundo ela, é reaproveitável em seu cotidiano, assegurando-a em termos de inteligibilidade. A intenção de Karen ao retificar seus documentos era efetivamente garantir o respeito à sua identidade em espaços públicos, sobretudo, em razão dos episódios de preconceito e intolerância que havia experimentado no passado.

Como um desdobramento de seu processo de retificação de registro civil, Karen fala sobre os conflitos familiares que envolveram uma disputa pela pensão militar deixado por seu pai, integrante das Forças Armadas. Embora o benefício fosse originalmente titularizado por sua irmã, um acordo familiar determinava que esse valor deveria ser partilhado proporcionalmente entre os irmãos.

Contudo, ao longo dos anos, a irmã de Karen, titular do benefício, passou a descumprir o acordo, fato que desencadeou o mencionado conflito. Karen destinava sua quota-parte da pensão para o custeio de um plano de previdência privada, pois já vislumbrava a impossibilidade de se aposentar através da seguridade social.

Diante dessa situação, Karen rompeu com sua irmã, instituidora do benefício. Na ocasião, por já possuir os documentos retificados, incluindo o gênero feminino, decidiu pleitear administrativamente uma parte do benefício deixado por seu genitor, concorrendo, assim, de forma direta com sua irmã.

Ela, contudo, não obteve o êxito que esperava. Segundo o órgão responsável pela análise do requerimento, Karen não poderia ser incluída como beneficiária da pensão, mesmo sendo legalmente mulher, pois o critério prevalecente seria sua situação jurídica no ano de falecimento do genitor. Foi a partir desse momento que Karen passou a enxergar os documentos retificados e, em maior grau, o próprio direito, de outra maneira. Em outras palavras, esse episódio levou Karen a acreditar que até mesmo sua condição de mulher na sociedade era relativa.

Diante do insucesso junto ao órgão que administrava a pensão militar deixada por seu pai, Karen não enxergou outra alternativa a não ser se reconciliar com sua irmã e solucionar o conflito amigavelmente. Karen, aos quarenta e um anos de idade, voltou a contribuir com seu plano de previdência privada, na esperança de que consiga se aposentar dignamente um dia. Ela sente que somente agora foi possível se tornar uma pessoa de verdade, capaz de responder juridicamente por si, sem fissuras ou ambiguidades.

A diretriz inicial das entrevistas, que se relacionava diretamente ao objetivo geral da pesquisa, concentrou-se em uma pergunta bastante abrangente sobre a experiência havida com o fenômeno jurídico e como esta poderia ser descrita. Em outros termos, as entrevistas eram iniciadas com questões atinentes a aspectos gerais de determinada interação que os participantes

tiveram com o direito: requerimentos em cartórios, ações judiciais, procedimentos administrativos etc.

Nesse primeiro momento foram explorados aspectos gerais da própria demanda, como o conteúdo, os fundamentos e os objetivos, além de detalhes sobre a tramitação, os tempos e os custos, bem como a interação com os profissionais que nelas atuaram, como advogados, juízes, promotores, escreventes, dentre outros. Na sequência, os participantes eram indagados sobre experiências semelhantes, mas também sobre aspectos subjetivos e cotidianos, como, por exemplo, o apoio de amigos ou familiares, experiências discriminatórias e também sobre o impacto que as demandas propostas exerceram em suas vidas.

Na análise dos dados, partiu-se em busca de trechos que poderiam se coadunar com os esquemas interpretativos propostos por Ewick e Silbey (1998), “diante do direito”, “junto ao direito” e “contra o direito”, tendo em consideração que os dados sob análise poderiam sequer conter a descrição de algum desses esquemas.

Procurou-se identificar as formas pelas quais o direito era retratado por essas pessoas quando falavam abertamente sobre demandas relativas à identidade pessoal, quando descreviam outras experiências havidas com o direito ou com sistema de justiça, mesmo quando simplesmente tratavam de experiências aparentemente banais do cotidiano.

Por fim, como forma de elucidar o alcance e o significado dos esquemas interpretativos, as histórias dos entrevistados foram aglutinadas de acordo com os tipos prevalentes em cada relato, observando-se, contudo, a natureza multifacetada desse fenômeno, que faz com que determinada pessoa geralmente seja capaz de exprimir mais de um tipo de consciência jurídica.

As narrativas dos entrevistados permitem esclarecer aspectos das diferentes interações que as pessoas comuns podem ter com o direito e o sistema de justiça em geral. Essas interações quase nunca são homogêneas e uniformes, variando em muitos dos seus aspectos conforme os sujeitos envolvidos e, mais do que isso, as circunstâncias episódicas de cada caso.

Ainda assim, a sistematização construída pelos estudos sobre a "consciência jurídica" e a "construção social da legalidade" permitem um exercício de classificação que viabiliza o posterior isolamento de fatores que influenciam as diferentes percepções e comportamentos das pessoas com o fenômeno jurídico.

3. CONCLUSÃO

Estudar a consciência jurídica nos leva a compreender como o direito é vivenciado cotidianamente por pessoas transgêneras no Brasil. Esse objetivo geral contém em si dois aspectos merecedores de especial atenção: primeiramente, é possível constatar que, em se tratando de demandas relativas à identidade pessoal, como são exemplo os requerimentos de retificação de prenome e/ou gênero no registro civil, o direito, nesse contexto, impõe-se como um mecanismo indispensável para torná-los viáveis ou mesmo possíveis.

A partir da análise dos dados coletados foi possível compreender, primeiramente, que os tipos de consciência jurídica não mantêm entre si uma relação de oposição. Isso importa em dizer que a legalidade se apresenta de maneiras diversas e até mesmo contraditórias, variando conforme os cenários em que os indivíduos se encontram imersos. Ademais, embora estejam insertas, de modo geral, em contextos de marginalização sociojurídica, pessoas transgêneras nem sempre expressam formas de consciência resistentes, em contrariedade à ideia de que esses indivíduos, explícita e frequentemente, manifestam resistência contra o poder hegemônico do direito.

Nota-se que em todas as histórias contadas foi possível identificar a presença dos tipos de consciência jurídica sintetizados por Ewick e Silbey (1998): "diante do direito", "com o direito" e "contra o direito". Dessa primeira espécie de interação com a legalidade, o direito se apresenta como uma arena desconhecida, um labirinto que não é possível de trilhar sem o apoio técnico daqueles que dentro dele se encontram.

Aqui se encontra a sensação de encontrar-se desorientado e confuso ante a exigências burocráticas, mas ao mesmo tempo aliviado e satisfeito ao reconhecer-se como cumpridor da lei e com as obrigações civis em situação de regularidade. O direito também pode aparecer como um aparato complexo, solene, autoritário e distante do cotidiano.

É comum que muitas demandas sequer tomem a forma de uma ação judicial diante da incapacidade de as pessoas enxergar os fatos do dia-a-dia pelas lentes do fenômeno jurídico.

Nota-se a centralidade que os profissionais habituados à burocracia inerente a essa narrativa de legalidade ocupam, por exemplo, no cumprimento das exigências para o procedimento de retificação do registro civil tal como prevê o Provimento nº 73 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Outra característica marcante é o papel exercido por advogados na interação com seus clientes. Muitos indivíduos apenas aceitam ingressar com ações judiciais quando convencidas por seus futuros procuradores, profissionais que passam a atuar ao longo do procedimento judicial como guias e intérpretes da linguagem e dos ritos processuais.

Dessa interação com a legalidade (“diante do direito”), extrai-se as seguintes características: a burocracia, materializada na exigência de documentos diversos e estranhos, dos quais pouco ou nada se tenha ouvido falar; a linguagem e os métodos próprios de um sistema autônomo e excessivamente formal; e a soberania que o direito exerce, como na satisfação e no alívio experimentados por encontrar-se “dentro da lei” e com o “nome limpo”, ou mesmo quando relatado o temor de ser “preso”, “decapitado” ou ter os “bens arrestados”.

O segundo tipo de interação com a legalidade (“diante do direito”), por sua vez, surge sempre que o direito é descrito como um instrumento acessível e manipulável, que pode ser manobrado para a consecução de determinados objetivos. Trata-se da imagem do direito como uma arena, onde os interesses em jogo são dependentes do emprego de determinados recursos materiais e

imateriais, tais como experiência acumulada, poderio financeiro e influência pessoal dos envolvidos.

Aqui, os limites que se pensa existir entre o direito e a vida cotidiana são compreendidos como relativamente porosos; é como se os instrumentos do direito fossem manobrados a fim de se alcançar interesses privados.

São colhidos relatos onde o emprego de ações estratégicas, por intermédio de recursos jurídicos, é predominante. Tudo o que se quer é a consecução de um objetivo próprio, como a aposentadoria em menor tempo idade ou a possibilidade de utilizar o nome social em um órgão de classe.

De maneira semelhante, pode-se enxergar uma certa desconfiança em relação ao sistema de justiça, que sucumbiria ao poder financeiro e a influência pessoal das partes envolvidas. É como se tais recursos fossem mais relevantes, na solução de um caso, que o conjunto de provas reunidas para a persuasão racional do juiz, por exemplo.

O terceiro tipo de narrativa (“contra o direito”) é percebido nas práticas de resistência e contra hegemônicas que são empregadas para combater, mesmo que relativamente, a legalidade. Aqui, as pessoas são levadas a criar soluções que não seriam capazes de obter a partir de esquemas e recursos convencionais.

Nesses relatos, preponderam determinados valores, como, por exemplo, ações políticas destinadas a combater o paradigma da patologização das identidades trans, o que corresponderia a um enfrentamento de biopoder; ou mesmo a fazer valer um ideal de igualdade, que garantiria (ou deveria garantir) igual tratamento a pessoas transgêneras e cisgêneras (como no exemplo das pensões a que filhas de militares teriam direito).

Nesse intento, os sujeitos são capazes de lançar mão dos mais variados recursos, a exemplo do pedido judicial, em tese juridicamente vedado, de morte assistida, da divulgação de informações processuais sigilosas em veículos de imprensa ou até mesmo a subversão de normas estatutárias próprias das Forças

Armadas, como a de pleitear o recebimento de pensão militar após a retificação do gênero no registro civil.

O que se constata, na prática, é que na maior parte dos relatos das pessoas entrevistadas predominam esquemas de consciência jurídica que retratam uma concepção hegemônica de legalidade (“diante do direito” e “junto ao direito”). Juntos, esses tipos de consciência fazem da legalidade hegemônica uma característica naturalizada e incontestada da vida em sociedade.

Outro fator que prepondera nessas narrativas é a constatação de que o direito nem sempre exerce um papel central na vida de pessoas transgêneras. Trabalhava-se com a ideia segundo a qual a retificação de nome e gênero seria uma necessidade premente e um intento desejável para esses indivíduos, além de existir um consenso quanto à despatologização dessas identidades.

Boa parte dos relatos, todavia, apresenta pessoas transgêneras que portavam documentos civis em suas grafias originais, sem que esse fato lhes causasse qualquer incômodo, constrangimento ou frustração. Pelo contrário, para alguns dos entrevistados, a ambiguidade existente entre o registro civil e a manifestação da identidade pessoal, por vezes, funcionava como um recurso estratégico de autoafirmação – exemplo disso são as pessoas que se identificam socialmente como travestis.

A despatologização das identidades, de maneira semelhante, não se trata de um fator capaz de aglutinar tais identidades. Os relatos dos entrevistados variam desde uma recusa peremptória à qualquer concepção patológica, passando por outras que sequer sobre ela se debruçavam, até um relato onde se advogava pela manutenção do diagnóstico de gênero como uma manobra tática empregada no assecuramento de direitos, sobretudo no âmbito do sistema único de saúde.

No que tange aos procedimentos legais, por fim, é possível afirmar que a esfera administrativa/extrajudicial é mais propensa a nivelar reivindicações de sujeitos pertencentes a classes sociais distintas. A esfera judicial, a seu turno, afigura-se mais suscetível a arbítrios e a influências externas, havendo, em relação a ela, uma

incerteza permanente em relação à justiça possível no tocante às demandas relativas à identidade pessoal de pessoas transgêneras.

REFERÊNCIAS

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Acesso à justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro**. Tese (Livre-docência - Departamento de Direito Privado e Processo Civil) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2018.

BENTO, Berenice. A diferença que faz a diferença: corpo e subjetividade na transexualidade. **Bagoas - estudos gays**: gênero e sexualidades. v. 3 n. 04 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2298>. Acesso em: julho de 2021.

BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008. pp. 163/165.

BUTLER, Judith. Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do sexo. In: LOURO, Guacira Lopes [org.]. **O corpo educado**. Pedagogias da sexualidade. 2ª edição. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

EWICK, Patricia; SILBEY, Susan S. Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narrative. **Law & Society Review**, vol. 29, n. 2, pp. 197-226, 1995. Disponível em: www.jstor.org/stable/3054010 Acesso em abril de 2020.

EWICK, Patricia; SILBEY, Susan S. **The commonplace of law: stories from everyday life**. Chicago/US: The University Of Chicago Press, 1998.

FAUSTO-STERLING, Anne. Dualismos em duelo. **Cadernos Pagu**. n. 17-18. pp. 9/79, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n17-18/n17a02> Acesso em julho de 2021.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**,

Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, pp. 37-49, jan./jun., 2015. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/6>. Acesso em julho de 2021.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente:** especulações sobre os limites da transformação no direito [livro eletrônico]. São Paulo: FGV Direito, 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HULL, Kathleen E. Legal Consciousness in Marginalized Groups: The Case of LGBT People. **Law & Social Inquiry**, v. 41, n. 3, pp. 551-572, 2016. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/law-and-social-inquiry/article/legal-consciousness-in-marginalized-groups-the-case-of-lgbt-people/F3863C779C748D863A56CD22E00B28D1>. Acesso em: julho de 2021.

ISRAËL, Liora. O que significa ter direito? Mobilizações do direito sob uma perspectiva sociológica. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. v. 6, n. 1, mai/2019. pp. 162-174. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-6-no-1/>. Acesso em: junho de 2019.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Gênero sem essencialismo: feminismo transgênero como crítica do sexo. **Universitas humanística**, v. 78, n. 78, pp. 241-258, 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/791/79131632011.pdf>. Acesso em: julho de 2021.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Pessoas transexuais como reconstrutoras de suas identidades: reflexões sobre o desafio do direito ao gênero. **Anais do Simpósio Gênero e Psicologia Social:** diálogos interdisciplinares. pp. 80-89, 2010.

KNAUER, Nancy J. Legal consciousness and LGBT research: the importance of law in the everyday lives of LGBT individuals. **Journal of Homosexuality**, v. 59, n. 5, pp. 748-756, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/224964758_Legal_Consciousness_and_LGBT_Research_The_Role_of_the_

Law_in_the_Everyday_Lives_of_LGBT_Individuals. Acesso em: junho de 2019.

LANZ, Leticia. **O Corpo da roupa**: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. Dissertação (mestrado). Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, 2014.

LANZ, Leticia. Ser uma pessoa transgênera é ser um não-ser. **Revista Periódicus**, v. 1, n. 5, pp. 205-220, 2016. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/view/17188>. Acesso em: julho de 2020.

LAQUEUR, Thomas Walter. **Inventando o sexo**: corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

LAQUEUR, Thomas Walter. **Gênero, sexualidade e educação**. Uma perspectiva pós-estruturalista. Petrópolis: Vozes, 2017.

LAQUEUR, Thomas Walter. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). **O corpo educado**: pedagogias da sexualidade. 2ª edição. Autêntica: Belo Horizonte, 1999.

LAQUEUR, Thomas Walter. Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. **Pro-Posições**, v. 19, n. 2, pp. 17-23, mai/ago, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072008000200003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: agosto de 2019.

LOVELL, George I. The myth of the myth of rights. In: SARAT, Austin (org.). **Special Issue: The Legacy of Stuart Scheingold**. Emerald Group Publishing Limited, 2012.

SANDEFUR, Rebecca L. Access to civil justice and race, class, and gender inequality. **Annual Review of Sociology**, v. 34, pp. 339-358, 2008. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.soc.34.040507.134534>. Acesso em: julho de 2020.

SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. Beyond the Great Divide: Forms of Legal Scholarship and Everyday Life. In: SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. (org.). **Law In Everyday Life**. Ann Arbor/US: University of Michigan Press, 1993. E-Book. Disponível em: [https://www.fulcrum.org/epubs/707958363?locale=en#/6/18\[Chapter02_9\]/4/2/2\[LawinEverydayL_chap-2\]/1:0](https://www.fulcrum.org/epubs/707958363?locale=en#/6/18[Chapter02_9]/4/2/2[LawinEverydayL_chap-2]/1:0). Acesso em: julho de 2020.

SARAT, Austin. The law is all over: power, resistance and the legal consciousness of the welfare poor. **Yale JL & Human.**, v. 2, pp. 343-379, 1990. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/yallh2&div=28&id=&page=>. Acesso em: julho de 2020.

SEWELL JR, William H. **Logics of history**: Social theory and social transformation. Chicago/US: University of Chicago Press, 2005.

SILBEY, Susan. After legal consciousness. **Annual Review of Law and Social Science**. v. 1, pp. 323-368, 2005. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.lawsocsci.1.041604.115938>. Acesso em: julho de 2021.

SILBEY, Susan S. Everyday life and the constitution of legality. **The Blackwell Companion to the Sociology of Culture**. Malden/USA: Blackwell, pp. 332-345, 2005. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/9780470996744.ch22>. Acesso em: julho de 2020.

SILBEY, Susan S. Law and Society Movement. **Legal Systems of the World: A Political, Social and Cultural Encyclopedia**. Volume II. E-L. Santa Barbara, California: ABC CLIO. pp. 860-863, 2002. Disponível em: <http://web.mit.edu/ssilbey/www/pub.html>. Acesso em: julho de 2020.

VERGUEIRO, Viviane. **Por inflexões decoloniais de corpos e identidades de gênero inconformes**: uma análise autoetnográfica da cisgeneridade como normatividade. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação em Cultura e Sociedade, Universidade Federal da Bahia, Salvador/BA, 2015. p. 61.

TRABALHO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE PELA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Fernanda Menezes Leite²

Jair Aparecido Cardoso³

Resumo: Vigora no Brasil um arcabouço legislativo, nacional e internacional, muito amplo e protetivo, que assegura o direito fundamental ao trabalho das pessoas com deficiência. Mais do que isso, desde 1991 existe no ordenamento jurídico pátrio uma lei de cotas que estabelece que as empresas privadas com 100 ou mais empregados estão obrigadas a preencher uma porcentagem de suas vagas de emprego com trabalhadores com deficiência, sob pena de serem multadas. Contudo, ainda há um número expressivo de pessoas com deficiência que não estão inseridas no mercado de trabalho. Desse modo, o presente texto apresenta os dados de uma dissertação de mestrado desenvolvida na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), na qual foi feita uma pesquisa empírica, com abordagem qualitativa, a fim de se identificar quais são os desafios que dificultam a inclusão das

¹ Os dados deste artigo foram retirados da seguinte dissertação de mestrado: LEITE, Fernanda Menezes. *Inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho: desafios à efetivação do direito fundamental ao trabalho*. 2018. 157 p. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá; fernanda.menezes.leite@alumni.usp.br.

³ Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SP (2006). Graduado e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Líder do grupo de pesquisa GEDTRAB, da FDRP/USP, cadastrado no CNPq sob o nome de "A transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho". Presidente da Comissão de Cultura e Extensão da FDRP/USP (2019/2021), Presidente do Programa de Pós-Graduação da FDRP/USP (2022/2023). Autor de artigos e livros na área.jaircardoso@usp.br.

pessoas com deficiência nas empresas privadas brasileiras. Ao final, conclui-se que, embora a política de cotas deva ser mantida, a simples prescrição de leis para assegurar a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho não irá mudar a sua realidade se os fatores que dificultam a efetivação do direito fundamental ao trabalho desses indivíduos não forem detectados, discutidos e minimizados por meio de uma ação conjunta entre o indivíduo, a família, a sociedade e o governo.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência; Inclusão; Mercado de Trabalho; Desafios.

Abstract: In Brazil there is a very broad and protective legislative framework, national and international, that ensures the fundamental right to work for people with disabilities. More than that, since 1991 there has been a quota law in the national legal system that establishes that private companies with 100 or more employees are obliged to fill a percentage of their job vacancies with workers with disabilities, under penalty of being fined. However, there is still an expressive number of people with disabilities who are not inserted in the labor market. Thus, this article presented data from a master's thesis developed at the University of São Paulo at Ribeirão Preto Law School (FDRP-USP), in which an empirical research was carried out, with a qualitative approach, in order to identify what are the challenges that hinder the inclusion of people with disabilities in Brazilian private companies. In the end, it is concluded that, although the quota policy must be maintained, the simple prescription of laws to ensure the inclusion of people with disabilities in the labor market will not change their reality if the factors that hinder the realization of the fundamental right to the work of these individuals are not detected, discussed and minimized through a joint action between the individual, the family, society and the government.

Keywords: People with disabilities; Inclusion; Labor market; Challenges.

1. INTRODUÇÃO

Segundo a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada pela Assembleia da ONU em 2006, e ratificada pelo Brasil, são pessoas com deficiência aquelas “que têm

impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Para estes indivíduos, apesar da existência de vários instrumentos legislativos internacionais e nacionais que incentivam e amparam sua empregabilidade, ingressar no mercado de trabalho ainda é uma tarefa difícil.

Segundo o Relatório Mundial sobre Deficiência, divulgado em 2011 pela Organização das Nações Unidas (ONU), as pessoas com deficiência têm maior probabilidade de ficarem desempregadas e, mesmo quando empregadas, geralmente ganham menos (GOVERNO DO..., 2013). Além disso, é mais difícil para as essas pessoas se beneficiarem do desenvolvimento e saírem da pobreza devido à discriminação no trabalho, acesso limitado ao transporte, e falta de acesso aos recursos para promover o auto emprego e atividades que garantam sua subsistência.

No intuito de promover a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, vigora no Brasil um sistema de reserva de vagas nas empresas privadas que possuem 100 ou mais empregados. Apesar da publicação desta lei, as empresas ainda apresentam muitas dificuldades em cumprir a cota, e o número de pessoas com deficiência contratadas é muito baixo quando comparado ao que está definido em legislação.

Assim, para compreender as principais barreiras que dificultam a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho brasileiro, no âmbito de uma dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP) foi realizada uma pesquisa empírica, de abordagem qualitativa, da qual foram retirados os dados que serão demonstrados neste artigo.

Somente assim, por meio da observação da realidade fática e das práticas que retratam os principais desafios enfrentados para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho,

acreditou-se ser possível obter respostas fidedignas e conclusivas ao tema em estudo.

2. DIREITO AO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito ao trabalho recebeu várias definições ao longo da história, conforme a ideologia política adotada em cada momento histórico. Atualmente, dois diplomas normativos internacionais buscam trazer uma definição do que seria o direito ao trabalho: o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) de 1988.

No primeiro documento, o direito ao trabalho é definido em seu artigo 6.1 como o direito de toda pessoa de ter a oportunidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito. Já no Protocolo de São Salvador, o direito ao trabalho é previsto no artigo 6º como a oportunidade que toda pessoa tem de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa pelo desempenho de atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.

No Brasil, somente após Constituição de 1988 o direito social ao trabalho ganhou a dimensão de direito humano fundamental. Conforme explica Sergio Pinto Martins (2012), na Carta de 1988 os direitos trabalhistas foram incluídos no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, ao passo que, nas Constituições anteriores, os direitos trabalhistas sempre eram inseridos no âmbito da ordem econômica e social.

Especificamente em relação aos direitos sociais trabalhistas, a Constituição Federal de 1988 elenca os direitos individuais trabalhistas no Capítulo II, consagrados no artigo 7º, e os direitos coletivos trabalhistas nos artigos 8º a 11. Assim, os direitos sociais dos trabalhadores podem ser classificados em direitos trabalhistas individuais e em direitos trabalhistas coletivos.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado (s.d.) afirma que os direitos sociais trabalhistas ostentam a natureza de direito e garantias individuais dos trabalhadores, uma vez que a sua titularidade específica é atribuída a cada indivíduo delimitado, no universo dos contratos de trabalho existentes. Contudo, evidenciam igualmente a dimensão de direitos e garantias de natureza coletiva, uma vez que tendem a abranger, de maneira geral, as categorias profissionais em que se inserem os trabalhadores, além da comunidade trabalhista dos estabelecimentos e das empresas.

Além dos artigos mencionados acima, os direitos sociais trabalhistas também são encontrados no *caput* do artigo 170 da Carta Magna, que estabelece os princípios da ordem econômica: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”. Ainda, o artigo 193 desse mesmo diploma estabelece que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Por fim, o artigo 205, ao estatuir a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, estabelece que o ensino visa o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Esse artigo ressalta o vínculo existente entre o desenvolvimento da personalidade, educação para a cidadania e qualificação para o trabalho. Logo, não há como se conceber a dignidade da pessoa humana como fundamento nuclear de todo o ordenamento jurídico, sem se contemplar a intensa vinculação com o trabalho enquanto dimensão essencial dessa dignidade.

Explícito, pois, o vínculo direto entre dignidade e direito ao trabalho. No discurso constitucional brasileiro o trabalho excede em muito a dimensão do ter, por meio de benefícios, mas diz respeito diretamente à dimensão do ser, dos aspectos mais essenciais da existência digna, a serviço da qual se coloca a ordem normativa (WANDELLI, 2013). Segundo Airton Pinto (2006), a

cidadania e a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho, enquanto princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, imbricam-se para formar um espaço privilegiado de exercício e de reconhecimento de direitos outros, como os direitos humanos sociais.

Assim, pode-se dizer que o direito ao trabalho é um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de uma inserção familiar e social. O direito ao trabalho é um dos mais importantes direitos fundamentais, pois está estreitamente relacionado à vida e a dignidade humana.

Ademais, a atividade de trabalho, além de consistir no cumprimento de uma obrigação e, ainda, a par de ser plataforma de acesso a bens socialmente distribuídos, é também o exercício de um direito indispensável para o desenvolvimento das capacidades e da personalidade, para a conquista da identidade e autonomia e para o aprendizado moral e político. Logo, é inquestionável que, na atual conjuntura jurídica brasileira, é reconhecido o direito humano e fundamental ao trabalho.

Por esta razão, é inviável garantir efetiva centralidade à pessoa humana na vida econômica, social e institucional, tangendo-se sua dignidade, sem lhe assegurar patamar civilizatório mínimo no mundo do trabalho que caracteriza a economia e a sociedade reais. Segundo José Cláudio Brito Filho (2018), o trabalho tem de comportar o conjunto mínimo de direitos que permitam ao ser humano viver com dignidade, pois com o reconhecimento do mínimo essencial é que se pode falar que o trabalho dignifica o homem.

Em relação as pessoas com deficiência, a garantia da eficácia do direito fundamental ao trabalho merece destaque, uma vez que a integração desse grupo na vida economicamente ativa de um país, a par de se mostrar como um gesto de solidariedade e fraternidade, representa um ganho expressivo na qualidade de vida delas, ao mesmo tempo em que traz resultados positivos para os demais membros da sociedade.

Neste contexto, o jurista Luís Antônio Melo (2013) analisa que, quando incluídas no mercado de trabalho, as pessoas com deficiência se tornam capazes de garantir seu próprio sustento e não precisam demandar os benefícios sociais oferecidos pelo Estado, exercendo menos pressão sobre os serviços da seguridade social.

Além dos reflexos positivos para a sociedade, a inserção laboral das pessoas com deficiência contribui para o resgate da autoestima das mesmas. Nas palavras de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca,

as deficiências, que sempre foram fatores de exclusão social nas relações sociais do trabalho, passam a um segundo plano, visto que a pessoa que trabalha é respeitada como igual. Trata-se, assim, do mais eficiente mecanismo de libertação e inclusão social. (FONSECA, 2006)

Neste contexto, as normas nacionais e internacionais de proteção do direito ao trabalho da pessoa com deficiência devem ser compreendidas como um incentivo ao processo de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Por essa razão, no próximo tópico serão analisadas essas normas que reforçam a proteção do direito ao trabalho da pessoa com deficiência, com o intuito de contribuir para uma maior visibilidade social das necessidades desses indivíduos.

3. NORMAS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3.1 Âmbito Internacional

A chamada globalização, que se iniciou na economia e hoje invade vários aspectos da vida das nações, mostra, por vezes, consequências positivas. Em que pese o fato de uma crise econômica em determinado país se disseminar pela comunidade mundial, os reflexos positivos podem ser percebidos pela

propagação de entendimentos construtivos comuns em torno da dignidade humana (ROMITA, 2014).

Dessa forma, é importante que haja uma legislação internacional forte, efetiva e que proteja o direito ao trabalho. Os direitos humanos - como o manancial mínimo que garante a dignidade humana - são utilizados como o elemento definidor dos critérios escolhidos para a formação do substrato normativo de cada país. Nesse sentido, Arnaldo Süssekind (2000) afirma que o Direito Internacional do Trabalho visa promover, por meio de uma cooperação internacional, a melhoria das condições de vida do trabalhador e à harmonia entre o desenvolvimento técnico-econômico e o progresso social.

As primeiras normas internacionais que abordaram a questão da inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho provieram da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Tal organização, em 1925, aprovou a Recomendação n. 22, que sugeria aos Estados membros a adoção, em suas legislações nacionais, de obrigação de pagamento de indenização por acidente de trabalho que resultasse em incapacidade para desempenho de atividade produtiva (LEAL, 2008).

Em 1944 a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a Recomendação n. 71, denominada Recomendação sobre a Organização do Emprego, a qual, entre os seus princípios gerais, consignou no item X que os trabalhadores inválidos deveriam dispor de amplas facilidades de orientação profissional especializada, de formação e reeducação profissional, e de colocação em um emprego útil (*op. cit.*).

Não obstante, foi a Recomendação n. 99 da OIT, de 22 de junho de 1955, a primeira norma internacional a tratar da reabilitação profissional das pessoas com deficiência. Em tal documento, foi declarado que todos os indivíduos com limitações, de qualquer origem ou natureza, tem direito aos meios de reabilitação profissional para que possam exercer um labor adequado às suas limitações (MELO, 2004). Segundo Glaucia Lopes (2005), apesar do cunho assistencialista, a Recomendação n. 99 foi um documento

importante para que se começasse a pensar na reintegração das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho.

Em sequência, veio a Convenção de n. 111 da OIT (que foi complementada por uma recomendação da mesma data e que recebeu o mesmo número - Recomendação n. 111), a qual visou afastar a discriminação no âmbito laboral. Tal documento estabeleceu o compromisso dos países signatários (entre eles, o Brasil) quanto à formulação e aplicação de uma política nacional voltada a promover a igualdade de oportunidades e tratamento em matéria de emprego. Nesse sentido, Glaucia Lopes (2005) afirma que os estados-membros se comprometeram a elaborar uma política nacional com vistas à promoção da igualdade, principalmente quanto às profissões, e a eliminação de toda desigualdade neste campo.

Em 1976, a ONU aprovou uma resolução proclamando 1981 como o Ano Internacional das Pessoas Deficientes. Além disso, elegeu como tema “Participação e Igualdade Plenas” e adotou um Programa Mundial de Ação, relativo às pessoas com deficiência, no qual se prevê uma série de medidas, tanto no plano nacional quanto no plano internacional, para a inclusão desses indivíduos na vida social e no progresso, sempre em igualdade de condição com as demais pessoas (LEAL, 2008). Aprovou, ainda, a Resolução n. 37/52, proclamando o decênio 1983-1992 como a Década das Nações Unidas para as Pessoas com Deficiência (*United Nations Decade of Disabled Persons*).

Como reflexo da nova dinâmica e da nova visão implementadas pelas ações da ONU, a OIT aprovou em 1983 a Convenção n. 159 sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas com Deficiência (ratificada pelo Brasil em 1990), a qual determina que todo Estado que a ratificar deve formular e aplicar uma política nacional sobre readaptação profissional e emprego de pessoas com deficiência, e garantir que as medidas, efetivamente, beneficiem todos os que se encontram nessa condição. Assim as políticas internacionais de incentivo ao trabalho das pessoas com deficiência vão desde a reserva obrigatória de vagas até incentivos

em favor de fundos públicos destinados ao custeio de programas de formação profissional, nos âmbitos público e privado (VASCONCELOS, 2005).

Importante observar que, conforme destacado acima, inicialmente a pessoa com deficiência era tratada sob o enfoque assistencialista, em que a OIT analisava formas de assistir a pessoa com deficiência para que esta se ajustasse às necessidades do mercado de trabalho. Contudo, com a Convenção n. 159, passou-se a enfatizar a necessidade de um desenvolvimento dinâmico da comunidade na busca da promoção de serviços de habilitação e reabilitação profissional, assim como de oportunidades de trabalho para as pessoas com deficiência. Logo, a deficiência começa a ser vista como um fenômeno resultante da interação entre pessoas e as barreiras sociais que impedem a plena participação em sociedade, indo além do indivíduo e evidenciando a importância chave do ambiente para sua manifestação. (GOVERNO DO..., 2013)

Assim como a OIT, visando também a concretização do direito ao trabalho da pessoa com deficiência, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou, em junho de 1999, a “Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência”, a qual foi ratificada pelo Brasil em 2001, e tem por objetivo prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência e propiciar a sua plena integração à sociedade.

Por fim, chegou-se a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados pela 61ª Assembleia Geral da ONU em 13 de dezembro de 2006. O Brasil assinou esses documentos em 30 de março de 2007 e os promulgou por meio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, o qual ganhou destaque por ter sido a primeira convenção internacional com equivalência de emenda à Constituição brasileira.

Essa Convenção representa um novo paradigma na forma pela qual se encara a deficiência, pois o assunto passou a ser abordado como questão de direitos humanos. Contudo, Carla Leal (2008),

esclarece que o documento em análise não institui direitos novos, mas muda o enfoque do assunto, realçando os direitos existentes, de forma a atender às necessidades e às situações que envolvam a pessoa com deficiência. Além disso, a Convenção cria obrigações para os Estados membros que a ratificaram, os quais são obrigados a adotar medidas destinadas a promover os direitos das pessoas com deficiência e a efetivar práticas não discriminatórias. Assim, sem dúvida, deve ser considerado um avanço bastante expressivo no trato do assunto.

Diante do que foi exposto, nota-se que todos os antecedentes normativos citados contribuíram, decisivamente, para a composição da política atual voltada para as pessoas com deficiência. Logo, as pessoas com deficiência não só têm o direito ao trabalho consagrado em tais instrumentos, como também têm reconhecido o direito de exercê-lo em condições de igualdade com os demais indivíduos.

Dessa forma, mostrou-se relevante o estudo das normas internacionais de proteção do direito ao trabalho da pessoa com deficiência, com o intuito de aperfeiçoar a extensão e profundidade da força normativa destas normas na vida humana e na realidade socioeconômica do Brasil. Isto porque esses documentos internacionais, que também estão inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, devem ser analisados conjuntamente com a legislação nacional produzida sobre o tema, a qual será tratada com mais detalhes no próximo tópico.

3.2 Âmbito Nacional

Conforme demonstrado no tópico anterior, as normas internacionais baseiam-se no princípio de que as pessoas com deficiência são membros da sociedade e tem o direito de permanecer nas comunidades e ali receber os serviços de educação, saúde, bem como ter emprego, como os demais habitantes. Tais dispositivos internacionais influenciaram as legislações domésticas de todo o mundo, inclusive no Brasil.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é expressa ao prever no artigo 7º, inciso XXXI, a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. Também dizem respeito ao direito ao trabalho da pessoa com deficiência o artigo 37, inciso VIII da Constituição, que determina a reserva de um percentual de vagas para as pessoas com deficiência nos cargos e empregos públicos; e o artigo 227, §1º, inciso II que estimula políticas públicas para a educação profissional de adolescentes com deficiência, com o fito de incluí-los no mercado de trabalho.

Complementando o plano constitucional, a legislação infraconstitucional também busca garantir o direito à igualdade de forma ampla e proteger as pessoas em situações desvantajosas por questões de deficiência. Dentre os diplomas legais que visam assegurar a inclusão laboral das pessoas com deficiência, pode-se citar a Lei n. 7.853/1989, regulamentada posteriormente pelo Decreto n. 3.298/1999; a Lei n. 12.470/2011; e a Lei n. 13.146/2015, esta última conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Todo este aparato legal buscou colocar em prática os valores constitucionais da isonomia de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade humana e do bem-estar.

No entanto, a principal política nacional de incentivo ao trabalho das pessoas com deficiência envolve a imposição de uma reserva de vagas de trabalho para esses indivíduos nas instituições públicas e nas empresas privadas brasileiras. Assim, no âmbito da administração pública federal, a Lei n. 8.112/1990, em seu artigo 5º, parágrafo segundo, assegura às pessoas com deficiência não só o direito de se inscreverem em concursos públicos cujas atribuições sejam compatíveis com sua deficiência, como também garante a reserva de até 20% das vagas oferecidas nesses concursos para essas pessoas⁴.

⁴ Vale mencionar que a reserva de cargos e empregos, no percentual indicado, somente se aplica aos órgãos da Administração Pública na área federal, e cada unidade da federação deve disciplinar a matéria em seu âmbito, embora seja

Já na esfera privada o artigo 93 da Lei n. 8.213/1991 estabelece que as empresas que possuem 100 ou mais funcionários estão obrigadas a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com trabalhadores reabilitados ou pessoas com deficiência habilitadas, na seguinte proporção: 2% até 200 empregados; 3% de 201 a 500 empregados; 4% de 501 a 1.000 empregados; e 5% de 1.001 empregados em diante.

Esse dispositivo, que sofreu alterações em sua redação pela Lei n. 13.146 de 2015, também estabelece que a dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social;

Ainda dispõe que ao Ministério do Trabalho incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados. Por fim, deixa claro que para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

No entanto, apesar de evidente no ordenamento jurídico brasileiro a importância do trabalho como meio de inclusão do indivíduo com deficiência na sociedade, ao analisar dados estatísticos oficiais, ainda é possível observar uma ínfima porcentagem de participação ativa no mercado de trabalho.

No Brasil, os resultados apresentados pelo Censo Demográfico 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apontaram que 23,9% da população brasileira possui

inegável seu papel de norma inspiradora para as legislações estaduais e municipais. (LEAL, 2008, p. 194)

alguma deficiência – aproximadamente 45,6 milhões de pessoas (INSTITUTO..., 2010). Contudo, segundo a Relação Anual de Informações Sociais - 2016 (RAIS 2016), do Ministério do Trabalho, do total de 46,06 milhões de vínculos empregatícios formais no país, 418,5 mil foram declarados como pessoas com deficiência, ou seja, apenas 0,9% do total. (MINISTÉRIO DO..., 2016)

Pelo exposto neste tópico, todavia, é possível perceber que os problemas que os indivíduos com deficiência enfrentam para sua inclusão no mercado de trabalho brasileiro não dizem respeito à ausência de mecanismos e dispositivos legais.

Desse modo, para compreender quais seriam as principais barreiras que dificultam esta inclusão, no âmbito de uma dissertação de mestrado apresentada a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP) foi realizada uma pesquisa empírica⁵, pois somente observando a realidade concreta acreditou-se ser possível obter respostas fidedignas e conclusivas ao presente empasse.

Neste estudo, de desenho qualitativo, participaram 28 sujeitos dentre pessoas com deficiências, funcionários do setor de recursos humanos das empresas privadas⁶ e membros de entidades de apoio e fiscalização ao trabalho da pessoa com deficiência. Para o exame dos dados empregou-se a técnica de análise de conteúdo, resultando na identificação dos seguintes desafios para a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho: falta de acessibilidade; preconceito e discriminação; preferência das pessoas com deficiência por benefícios assistenciais; baixa qualificação desses indivíduos; e falta de atuação do poder público

⁵ É importante mencionar que o referido estudo foi submetido à análise pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FFCLRP-USP) e aprovado em 25 de agosto de 2017, pelo protocolo CAAE 69686917.9.0000.5407.

⁶ Cumpre destacar que, no mencionado estudo, foi analisado o sistema de cotas somente no âmbito privado, uma vez que a referente pesquisa investiga a inclusão em um trabalho inserido no contexto econômico capitalista.

- os quais serão analisados com mais detalhes no próximo tópico deste artigo.

4. DESAFIOS PARA A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO

4.1 Falta de Acessibilidade

Diversas normas tratam sobre a questão da acessibilidade para as pessoas com deficiência. Contudo, o conceito mais recente de acessibilidade está presente no inciso I do artigo 3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), segundo o qual:

Acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

A Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência (Decreto n. 6.949/09) destaca a importância de se assegurar a acessibilidade às pessoas com deficiência em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a fim de possibilitar que esses indivíduos possam viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida social.

No entanto, vários participantes da referida pesquisa apontaram a questão da falta ou da insuficiência de acessibilidade como um grande obstáculo para a efetivação do direito ao trabalho das pessoas com deficiência. Isso porque, sem que tenham acesso aos transportes públicos, às escolas, aos meios de comunicação, aos prédios, dentre outros, as pessoas com deficiência não podem ser incluídas com independência na sociedade.

Como bem alerta Glaucia Lopes (2005), muitas pessoas com deficiência deixam de procurar ou aceitar empregos, exclusivamente, por não poderem locomover-se dignamente para

o local de trabalho. Assim, segundo a mesma autora, o problema da insuficiência de meios de transporte e acessos adaptados à locomoção acaba sendo um grande entrave na inserção da pessoa com deficiência, o que é realidade não só em cidades pequenas e no meio rural, mas em alguns grandes centros urbanos. (LOPES, 2005)

Nesse contexto, Luiz Eduardo Mendonça (2010) observa que de nada adianta criar leis que assegurem o direito a postos de trabalho se o trabalhador não consegue ter assegurados direitos mínimos, como o de ir e vir livre e dignamente, sem precisar da caridade alheia como forma de compensar a deficiência no transporte, no acesso aos edifícios e principalmente nas ruas.

Além da questão da locomoção ao trabalho, a garantia da acessibilidade também envolve a necessidade de um meio ambiente de trabalho inclusivo, ou seja, de um local viável para as pessoas que ali laboram, garantindo saúde, higiene e segurança a todos. Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira (1998), para obter uma sadia qualidade de vida, o homem necessita conviver em um meio ambiente de trabalho acessível, uma vez que é ali onde ele passa a maior parte do seu dia útil.

Assim, a garantia da acessibilidade é indispensável para a efetivação do direito fundamental ao trabalho por permitir que a pessoa com deficiência se capacite nas mesmas condições acessíveis aos outros. Conforme mencionado por participantes da pesquisa, o argumento da falta de perfil ou habilidade muitas vezes está relacionado com métodos utilizados pela empresa e pela falta de vontade política para efetuar as adaptações necessárias para que a pessoa com deficiência desenvolva seu trabalho de forma satisfatória.

Contudo, somente quando o ambiente laboral for acessível haverá equiparação de oportunidades, uma vez que a autonomia e a funcionalidade das pessoas com deficiência poderão ser de fato potencializadas e exploradas. Dessa forma, é importante que as empresas se preocupem mais com a questão da acessibilidade, pois a medida que elas consigam tornar seus ambientes laborais mais

inclusivos, o processo de integração das pessoas com deficiência no mercado de trabalho também será mais fácil e eficaz.

4.2 Barreiras Atitudinais

De acordo com o artigo 3º, inciso IV, letra “e”, do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), são barreiras atitudinais as “atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas”. Logo, as barreiras atitudinais na sociedade podem ser encontradas sob a forma de preconceitos, estigmas, estereótipos e discriminações⁷. Além disso, elas podem se manifestar de forma direta, por meio de uma fala, ou de maneira indireta, como através de um simples olhar ou do isolamento.

Independentemente de sua forma de exteriorização, as barreiras de cunho atitudinal são uma das mais significativas no processo de exclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Isso porque o mito da incapacidade da pessoa com deficiência, por mais que seja combatido por diversos setores, ainda permanece na cultura brasileira, limitando a mentalidade social na hora de se contratar um profissional com deficiência.

Segundo Katia Regina Cezar (2010), há várias notícias e inclusive decisões judiciais que demonstram a crença na impossibilidade de acesso das pessoas com deficiência ao uso de

⁷ Segundo José Claudio Monteiro de Brito Filho (*op. cit.*, p. 119-120), o estigma caracteriza-se com uma marca real, mas não necessariamente física, que leva as pessoas a perceberem negativamente o outro, e que pode levar à sua rejeição ou à sua exclusão; já o estereótipo consiste em imputar determinadas características aos integrantes de grupos específicos, de forma que a eles seja dirigida uma análise negativa; o preconceito seria um fenômeno psicológico, uma visão negativa a respeito de pessoas ou grupos; e, por fim, a discriminação seria o “preconceito exteriorizado”, ou seja, a transposição, para o mundo exterior, em forma de ação ou omissão, da visão preconceituosa, negativa, a respeito de pessoas ou grupos.

computadores, à navegação na internet etc., alimentando indiretamente o estereótipo da incapacidade para o trabalho.

Nesse sentido, em estudo realizado em 2014 pelas empresas Catho e iSocial, com apoio da ABRH (Associação Brasileira de Recursos Humanos), constatou-se que 60% dos 2.949 profissionais de Recursos Humanos entrevistados acreditam que as pessoas com deficiência sofrem preconceito no ambiente de trabalho, seja por colegas, gestores ou clientes (SOLUÇÕES EM..., 2014). Tal situação também restou clara na análise do discurso dos participantes da referida pesquisa.

Ainda que a lei de cotas aumente o número de vagas nas empresas, as barreiras atitudinais construídas pelas representações sociais negativas acerca dos indivíduos com deficiência tornam mais difícil a convivência social e, consequentemente, o exercício pleno da cidadania dessas pessoas. Dessa forma, a coletividade e, principalmente, os sujeitos que vão ter contato com as pessoas com deficiência precisam ser trabalhados para desmistificar paradigmas e ampliar o conhecimento sobre as potencialidades e dificuldades que envolvem o universo da deficiência.

Ao trabalhador com deficiência precisa ser dada a oportunidade de ser avaliada e aferida sua capacidade, assim como ocorre com o trabalhador sem deficiência. Não se trata aqui de uma obrigação de contratar uma pessoa que não possua capacidade técnica para exercer determinada função. Mas de aferir esta capacidade dentro dos critérios de acessibilidade elencados pela legislação nacional e internacional.

Isto é, antes de ceifar suas possibilidades de desenvolvimento ou afirmar que uma pessoa com deficiência não possui habilidades para trabalhar em determinada função, é preciso fornecer oportunidades para que ela possa desempenhar suas reais habilidades, devendo ser observada inclusive a adaptação dos postos de trabalho (GENOFRE, 2013).

Na ótica do direito ao trabalho, a verdadeira sociedade inclusiva passa a tratar a pessoa com deficiência como cidadãos

hábeis, sendo suas qualidades como profissional valorizadas e respeitadas as limitações de suas deficiências.

4.3 Preferência pelo Benefício

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a assistência social tem como um de seus objetivos a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (art. 203, V, CF/88)

Por sua vez, a lei que veio estatuir o referido benefício foi a Lei de n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), regulamentada pelo Decreto n. 6.214, de 26.09.2007. De acordo com essas normas, a concessão do benefício de prestação continuada (BPC), no valor mensal de um salário mínimo, depende do preenchimento de dois requisitos cumulativos: (i) ser pessoa com deficiência ou idoso com 65 anos ou mais; (ii) não possuir meios de prover a própria manutenção nem tê-la provida por sua família.

Por se tratar de um benefício assistencial, não é necessário que a pessoa com deficiência tenha contribuído aos cofres públicos para ter direito ao BPC. No entanto, a LOAS estabelece que o BPC será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual (art. 21-A). Isso porque, caso comece a trabalhar, presume-se que a pessoa com deficiência passará a possuir meios próprios de prover a sua própria manutenção.

Por mais que a LOAS preveja apenas uma suspensão do BPC no caso de exercício de atividade remunerada pela pessoa com deficiência, admitindo a sua reaquisição automática na ocorrência de desemprego, muitos participantes da referida pesquisa apontaram a existência do benefício ou, pelo menos, o modo como ele é disciplinado, como um fator que dificulta a plena inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Isto porque, muitas pessoas com deficiência não estariam dispostas a trabalhar para, ao final, receberem salários quase equivalentes ao benefício previdenciário que já receberiam mesmo sem estar trabalhando. Conforme esclarece Luiz Eduardo Mendonça (2010), não se pode ignorar o fato da grande maioria das pessoas com deficiência serem contrárias ao registro na Carteira de Trabalho da Previdência Social (CTPS), já que grande parte das atividades promovidas pelas empresas são simples e, como tal, os salários definidos por negociação coletiva encontram-se proporcionalmente definidos em bases mais modestas.

Além da questão remuneratória, o ingresso no mercado de trabalho representa um risco para as pessoas com deficiência, uma vez que o indivíduo pode perder o emprego a qualquer momento e se deparar com uma situação em que não possuirá nenhuma das duas fontes de renda. Em relação a isso, Sumiko Shimono (2008) salienta que em muitas situações observa-se que as pessoas com deficiência preferem não se arriscar no mercado formal de trabalho para não perder o benefício, o que também justificaria a dificuldade das empresas em contratar pessoas com deficiência para cumprir o que é estabelecido na Lei de Cotas.

Além disso, Cristiano Pedroso e Milton Shinohara (2010) constataram que várias famílias fazem a interdição de seus filhos, de modo que os benefícios que o governo oferece são incorporados como renda ou suplemento de renda, razão pela qual muitas famílias não querem que as pessoas com deficiência trabalhem.

Dessa forma, observa-se que existe uma parcela de pessoas com deficiência que está apta para ser inserida no mercado de trabalho, mas que recusa empregos ou mesmo não quer registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social para não perder benefícios do governo, o que deflagra um alarmante paradoxo nos direitos sociais. Assim, o modo como o BCP está disciplinado na legislação atual transforma-o em um entrave para a plena efetivação do direito ao trabalho da pessoa com deficiência.

Por esta razão, defende-se uma revisão do instituto do BPC, a fim de retirar as características que fazem dele atualmente uma

barreira à inclusão. O BPC atingiria níveis mais desejáveis de promoção se não tivesse caráter de renda exclusiva e sim complementar, pois geraria uma maior segurança às pessoas com deficiência e permitiria que elas se expusessem e se arriscassem mais na busca por um emprego.

Tal medida traria benefícios a todos os envolvidos: à pessoa com deficiência, que se sentiria mais motivada a trabalhar e se qualificar, diante do aumento da sua renda; às empresas, que conseguiriam encontrar pessoas com deficiência suficientes para cumprirem com o percentual previsto na lei de cotas e, ainda, sem maior oneração do custo da mão-de-obra; e, por fim, aos cofres públicos, na medida em que mais pessoas estarão trabalhando e será pago a elas apenas um adicional de renda, e não o valor integral do benefício.

4.4 Baixa qualificação das Pessoas com Deficiência

De modo geral, pode-se afirmar que o conjunto de leis voltadas à educação das pessoas com deficiência busca garantir a estas o direito à educação especial, preferencialmente na rede regular de ensino (portanto, sem segregação) e com os suportes de acessibilidade, currículos, método, técnicas, recursos didáticos e organização apropriadas para satisfazer as necessidades destes indivíduos (DOVAL, 2006).

No entanto, os resultados parecem não ser exatamente estes, uma vez que o direito das pessoas com deficiência de estudar em escolas regulares não está totalmente garantido. Além de fatores arquitetônicos, como a insuficiência de laboratórios e materiais pedagógicos adaptados ou a falta de transporte público adequado, há uma escassez de profissionais da educação capacitados para oferecer adequadas condições educacionais aos alunos com deficiência. Segundo Rosana Glat e Júlio Ferreira (2005), embora a maior parte dos sistemas escolares invistam na capacitação docente, esta ainda não atende às necessidades da escola inclusiva.

Neste contexto, Francisco Gødke (2010), ao comparar os dados apresentados pelo MEC e pelo IBGE no ano de 2006, chegou à conclusão de que estavam matriculados em escolas regulares pouco mais de 325 mil pessoas com deficiência de um total de 4,16 milhões de indivíduos em idade escolar que compõem este grupo. Isto é, mais de 3,8 milhões de pessoas com deficiência poderiam estar fora das escolas regulares. Além disto, o referido autor constatou também que as matrículas das pessoas com deficiência declinavam conforme avançavam os níveis de ensino (GÖDKE, 2010).

Assim, a baixa qualificação das pessoas com deficiência foi reiteradamente apontada na referida pesquisa de mestrado como um dos principais entraves à contratação destes indivíduos. Como consequência desta baixa qualificação, as vagas oferecidas às pessoas com deficiência são, principalmente, voltadas para atividades produtivas e operacionais, que demandam baixo nível de instrução.

No entanto, conforme demonstrado no tópico anterior, essa oferta de atividades simples estimula a pessoa com deficiência a permanecer fora do mercado do trabalho, reduzindo a oferta de mão de obra, uma vez que em termos econômicos não faz muita diferença para o indivíduo com deficiência estar trabalhando ou recebendo o benefício do governo.

Neste sentido, para evitar que a baixa qualificação das pessoas com deficiência continue sendo um entrave para a inclusão destes indivíduos no mercado de trabalho, é preciso que as escolas realmente se tornem instituições inclusivas, uma vez que a capacitação tende a promover o potencial dos indivíduos com deficiência no mercado de trabalho, de modo a melhorar suas oportunidades de inclusão profissional.

Dessa maneira, a educação inclusiva é um dos primeiros passos para a inclusão trabalhista. Isto é, desde pequenas as pessoas com deficiência devem ser incluídas em todas as esferas sociais para que futuramente não sejam excluídas devido a desconhecimentos e preconceitos em outros ambientes como, por exemplo, o de trabalho.

4.5 Atuação do Poder Público

Apesar do reconhecimento dos benefícios decorrentes das iniciativas legais (que implementou, por exemplo, o sistema de cotas), elas não são tudo o que o governo pode fazer. As principais críticas em relação a atuação do poder público apontaram para a falta de acessibilidade das vias e dos transportes públicos e para a baixa qualificação das pessoas com deficiência. No entanto, outros aspectos relacionados com a atuação do poder público também foram apontados pelos participantes da mencionada pesquisa como entraves à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, a exemplo da falta de estímulo governamental.

Neste sentido, Luiz Eduardo Mendonça (2010) defende que deveria ser estendido ao empresariado brasileiro estímulos econômicos (como a renúncia fiscal, créditos tributários e ajuda financeira) para que os empregadores apoiem a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. O mesmo autor ainda afirma que a maioria dos países europeus que adotam as cotas compulsórias garante aos empresários bônus e estímulos para a contratação de pessoas com deficiência, como forma de minimizar os gastos disso resultantes (*op. cit.*).

Sandra Costa (2008) também defende a necessidade de uma contrapartida financeira ao empresariado, para que não haja uma sobrecarga ao lado patronal, uma vez que a contratação de pessoas com deficiência implica, normalmente, modificações arquitetônicas, aquisição de equipamentos especiais, treinamento dos trabalhadores, entre outros gastos. Em suas palavras, “o sistema de cotas se torna eficiente quando acompanhado de medidas complementares que estimulem e criem condições para a empresa contratar e manter nos seus quadros as pessoas com deficiência de uma forma respeitosa e digna”. (*op. cit.*)

A adoção de incentivos fiscais para as empresas que cumprem a lei de cotas poderia se dar, por exemplo, mediante redução da contribuição previdenciária patronal sobre a folha de salário das pessoas com deficiência, ou ainda, com a dedução dos valores

despendidos pela empresa com a habilitação ou reabilitação do profissional (KALUME, 2005).

Outra medida que poderia ser implementada consiste na redução de alíquotas de impostos para a empresa na aquisição de bens ou instrumentos de trabalho voltados ao atendimento da acessibilidade da pessoa com deficiência (tecnologias assistivas). Da mesma forma, a disponibilização de linhas de crédito de recursos públicos destinados à compra/financiamento de equipamentos e adequação do meio ambiente de trabalho.

Segundo Lutiana Nacur Lorentz (2016), esse sistema de ajuda-adaptação (em que as empresas recebem incentivos fiscais para tornarem seus ambientes mais acessíveis) é primordial, pois tão importante quanto estipular que as empresas contratem pessoas com deficiência, é viabilizar a permanência dessas pessoas no trabalho e a obtenção de bons resultados, sob pena de as mesmas se tornarem vítimas de uma discriminação ainda maior.

Por último, cabe esclarecer que o sistema de ajuda-adaptação ou de incentivos tributários não deve ser visto como uma indenização a empresa que contratou uma pessoa com deficiência. Pelo contrário, esse benefício deve ser utilizado para que a empresa possa fazer uma adequação ambiental de modo a conferir à contratação um viés não só de real trabalho com bons resultados, mas também de inclusão, de segurança e de saúde laboral para estes cidadãos (LORENTZ, 2016).

5. CONCLUSÃO

Embora o tema da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho não seja novo, a necessidade de estudá-lo permanece atual, uma vez que ainda há um número expressivo de pessoas com deficiência que não estão inseridas no mercado de trabalho. Desse modo, o presente artigo procurou analisar elementos que envolvem a questão da efetivação do direito ao trabalho das pessoas com deficiência.

A princípio, demonstrou-se que vigora no Brasil um arcabouço legislativo, nacional e internacional, muito amplo e protetivo, que assegura o direito fundamental ao trabalho das pessoas com deficiência. Mais do que isso, desde 1991 existe no ordenamento jurídico pátrio uma lei de cotas que estabelece que as empresas privadas com 100 ou mais empregados estão obrigadas a preencher uma porcentagem de suas vagas de emprego com trabalhadores com deficiência, sob pena de serem multadas.

No entanto, o sistema de reserva de vagas vigente nunca será suficiente para garantir o direito ao trabalho das pessoas com deficiência enquanto subsistirem outros desafios que impeçam ou dificultem a inclusão desse grupo no mercado de trabalho. Dentre essas barreiras, com base nos dados apresentados em uma dissertação de mestrado na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), foram apontados problemas relacionados à falta de acessibilidade, ao preconceito e à discriminação, à preferência das pessoas com deficiência por benefícios assistenciais, à baixa qualificação desses indivíduos e à falta de atuação do poder público nessa temática.

Assim, conclui-se que, embora o sistema de cotas seja um passo importante para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, ele por si só não irá resolver os problemas que essa população terá que enfrentar para conquistar um lugar no mercado de trabalho. Ademais, as cotas não são garantia de inclusão, pois incluir não é apenas conceder uma vaga a uma pessoa com deficiência, mas sim, oportunizar o seu crescimento e desenvolvimento na instituição.

Logo, faz-se necessário um esforço conjunto de todos os envolvidos – das pessoas com deficiência, do Estado, das empresas e da sociedade em geral – e não a simples prescrição de leis, como a única forma de se assegurar a plena efetivação do direito fundamental ao trabalho das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho Decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2018.

CEZAR, Katia Regina. **As pessoas com deficiência intelectual e o direito à inclusão no trabalho: a efetividade da lei de cotas**. 2010. 225 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2010.

COSTA, Sandra Morais de Brito. **Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Democracia, Estado Democrático de Direito, Constituição Federal de 1988 e Direito do Trabalho no Brasil**. Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Texto Bibliográfico III, p. 19. Disponível em: <http://www.udf.edu.br/wp-content/uploads/2016/01/Texto-Bibliogr%C3%A1fico-III-Maur%C3%ADcio-Godinho-DELGADO.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

DOVAL, Jorge Luiz Moraes. **Inclusão de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho: desafios e tendências**. 2006. 199 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre, 2006.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2006.

GENOFRE, Gisele Accarino Martins. **A inclusão social e laboral da pessoa deficiente**. 2013. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GLAT, Rosana; FERNANDES, Edicléa Mascarenhas. **Da Educação Segregada à Educação Inclusiva: uma Breve Reflexão sobre os Paradigmas Educacionais no Contexto da Educação Especial**

Brasileira. **Revista Inclusão**. n. 1, 2005, MEC/SEESP. Disponível em: <https://pt-static.z-dn.net/files/df5/ac5f60b62303b5061bfba7c01690e129.pdf>. Acesso em 03 dez. 2018.

GÖDKE, Francisco. **A inclusão excludente dos trabalhadores com deficiência nos processos produtivos industriais**. 2010. 172 f. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Setor de Educação, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Relatório Mundial sobre a Deficiência**. São Paulo, 2013. Disponível em: http://www.afro.who.int/sites/default/files/2017-06/9788564047020_por.pdf. Acesso em: 26 out. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <http://censo2010.ibge.gov.br/resultados>. Acesso em: 01 dez. 2018.

KALUME, Pedro de Alcântara. **Deficientes: ainda um desafio para o governo e para a sociedade: habilitação, reabilitação profissional, reserva de mercado de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

LEAL, Carla Reita Faria. **Proteção Internacional do Direito ao Trabalho da Pessoa com Deficiência**. 2008. 278 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2008.

LOPES, Glaucia Gomes Vergara. **Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho: a efetividade das leis brasileiras**. São Paulo: LTr, 2005.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Luís Antônio Camargo de. A pessoa com deficiência e o Direito do Trabalho. **Revista do Advogado**, n. 121, p. 159-164, nov., 2013.

MELO, Sandro Nahmias. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência**: ação afirmativa, o princípio constitucional da igualdade. São Paulo: LTr, 2004.

MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. **Lei de cotas**: pessoas com deficiência: a visão empresarial. São Paulo: LTr, 2010.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho - PDET. **Relação Anual de Informações Sociais – 2016**. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/rais?view=default>. Acesso em: 02 dez. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 315.

OLIVEIRA. Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 2 Ed. São Paulo: LTr, 1998.

PEDROSO, Cristiano. SHINOHARA, Milton Hideo. Educação para e pelo trabalho: a inclusão da pessoa com deficiência intelectual no mercado de trabalho. **Cadernos de Pós-Graduação em Distúrbios do Desenvolvimento**. Programa de Pós-Graduação em Distúrbios do Desenvolvimento. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 138-145, 2010.

PINTO, Airton Pereira. **Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a constituição federal**. São Paulo: LTr, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2014.

SHIMONO, Sumiko Oki. **Educação e trabalho**: caminhos da inclusão na perspectiva da pessoa com deficiência. 2008. 118 f. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em

Educação. Área de Concentração: Educação Especial) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

SOLUÇÕES EM INCLUSÃO SOCIAL – I.SOCIAL. CATHO EMPRESAS. **Profissionais de recursos humanos: expectativas e percepções sobre a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.** 2014. Disponível em: http://isocial.com.br/download/prof_rh-expectativas_percepcoes_mercado_trabalho-2014.pdf. Acesso em: 03 dez. 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho.** 3ª ed. atual [e com novos textos]. São Paulo: LTr, 2000.

VASCONCELOS, Fernando Donato. **Ironias da desigualdade: Políticas e práticas de inclusão de pessoas com deficiência física.** Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.

WANDELLI, Leonardo Vieira. A reconstrução normativa do direito fundamental ao trabalho. **Revista TST**, Brasília, n. 4, v. 79, p. 96-122, out./dez. 2013.

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ACESSO À JUSTIÇA: UMA REFLEXÃO A PARTIR DE PESQUISAS EMPÍRICAS

Camilo Zufelato¹

Danieli Rocha Chiuzuli²

Fernando Teixeira Baptista de Oliveira³

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar uma agenda de pesquisa sobre o tema da judicialização de políticas públicas a partir de duas pesquisas de mestrado desenvolvidas no âmbito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Mestrado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Tratam-se de pesquisas na área da judicialização da saúde e da educação infantil em creche que desenvolveram uma perspectiva empírica sobre os temas e com recortes específicos de análise. Após a narrativa sobre as pesquisas e a articulação de suas confluências e desafios, o capítulo propõe duas questões que considera importantes de serem observadas na agenda de pesquisa na área: a interdisciplinaridade e a continuidade/aprofundamento dos estudos empíricos. Esses dois aspectos relacionam-se, em termos gerais, com o desafio central de ambas as pesquisas: produção e análise das desigualdades em interação com o sistema de justiça nos contextos de análise da judicialização.

Palavras-chave: Judicialização de políticas públicas; Saúde; Educação Infantil; Pesquisa empírica; Interdisciplinaridade.

Abstract: This article aims to analyze a research agenda on the subject of the judicialization of public policies based on two master's degree research projects developed in the context of the Master's Degree Program of the Law School of Ribeirão Preto of the University of São Paulo. These

¹ Professor Titular da FDRP/USP.

² Doutoranda em Direito Processual pela FD/USP. Graduada e mestra pela FDRP/USP, período em que desenvolveu pesquisa sob fomento da FAPESP.

³ Mestre pela FDRP/USP. Assessor jurídico no Ministério Público Federal em Ribeirão Preto/SP.

are researches on the judicialization of health and on early childhood education in day care centers that developed an empirical perspective on the themes and with specific clippings for analysis. After the narrative on the research and the articulation of its confluences and challenges, the article proposes two issues that it considers important to be observed in the research agenda in the area: interdisciplinarity and continuity/depth empirical studies. These two aspects are related, in general terms, to the central challenge of both researches: the production and analysis of inequalities in interaction with the justice system in the contexts of judicialization analysis.

Keywords: Judicialization of public policies; Health; Early childhood education; Empirical research; Interdisciplinarity; Research agenda.

1. INTRODUÇÃO

O capítulo tem como objetivo apresentar uma agenda de pesquisa sobre o tema da judicialização de políticas públicas a partir do desenvolvimento de pesquisas empíricas no âmbito do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, mais especificamente duas pesquisas que tiveram como foco a judicialização da saúde (“Acesso a remédios pela via judicial no TJ/SP e igualdade: perfil da judicialização da saúde a partir do medicamento ranibizumabe e seus impactos nas políticas públicas de saúde”) e da educação infantil (“Efeitos da judicialização da educação infantil em creche: uma análise a partir do contexto do Município de Ribeirão Preto - SP, Danieli Rocha Chiuzuli”), ambas sob orientação do autor Camilo Zufelato⁴. Dessa forma, o texto objetiva articular a ampla e complexa agenda de pesquisa do tema e propor, a partir dos desafios teóricos e

⁴ Ambas as pesquisas foram apresentadas e tiveram parte de seu desenvolvimento publicado nos *Anais do I Seminário de Pesquisa “Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”* do Programa de Pós-Graduação da FDRP/USP, no ano de 2020. A publicação está disponível em: https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/FDRP-CVI-EP_Anais_PagUnica_R01.pdf

metodológicos encontrados no curso das pesquisas, questionamentos que possam vir a compor esta agenda.

O texto tem, portanto, uma estrutura explanatória e propositiva, refletida da seguinte forma: momento teórico das pesquisas em judicialização de políticas públicas; narrativa específica sobre as pesquisas; articulação das pesquisas e reflexão sobre confluências e desafios; e propostas em aberto para a agenda de pesquisa. A partir desse desenvolvimento, pretende-se refletir sobre as confluências e os desafios que as pesquisas apresentaram, sendo essa análise conjunta ainda mais interessante diante do fato de que foram pesquisas que desenvolveram diferentes perspectivas da judicialização de políticas públicas sob diferentes bases metodológicas, na medida em que uma delas tratou-se de uma pesquisa quantitativa, e a outra qualitativa.

Conclui-se sobre a necessidade de pesquisas que articulem perspectivas interdisciplinares sob um enfoque empírico, de modo a atender aos questionamentos em aberto que instigam o campo de estudos da judicialização de políticas públicas e que também crie bases mais sólidas para construção de análises que articulem as desigualdades de acesso à justiça nas perspectivas de análise do fenômeno, de modo a desvelar se o sistema de justiça pode ser considerado uma via adequada para a redução de desigualdades complexamente consideradas no acesso a direitos sociais e políticas públicas.

2. ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE AS PESQUISAS EM JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A judicialização de políticas públicas consiste em fenômeno que alçou/alça grande destaque nas pesquisas em diferentes áreas do conhecimento, não sendo diferente no campo do Direito. As pesquisas na área, ao mesmo tempo que conjugam achados e diferentes conclusões para o enriquecimento das perspectivas, abrem novos questionamentos que trazem um panorama complexo de análise desse fenômeno.

A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) consiste em um marco do fenômeno, na medida em que lançou o que se pode considerar como as bases institucionais de seu desenvolvimento no contexto de “juridificação” das relações sociais que embasam o processo de inserção do sistema de justiça em pautas políticas outrora reputadas aos poderes Executivo e Legislativo (OLIVEIRA, 2019).

Os estudos do direito que focalizaram o fenômeno dentro de uma perspectiva processual trouxeram os principais resultados no que se refere a análise do processo coletivo e, posteriormente, dos processos estruturais. Foi um campo estreado, sobretudo, com os escritos de Grinover (1984; 2000; 2010) e Watanabe (2013), que lançaram as primeiras bases para o estudo do processo coletivo e, e em alguma medida, relacionado ao controle de políticas públicas.

Os estudos que se adensaram focaram, sobretudo, em como pensar uma tutela efetivamente coletiva em desafio a uma perspectiva essencialmente individualista na qual esses procedimentos estavam regulamentados.

As pesquisas sobre o tema primaram por instrumentos de participação consistentes que trouxessem maior legitimidade para as decisões de impacto coletivo e em políticas públicas e que agregassem todas as complexidades que essa espécie de processo judicial englobava, considerando a contradições como mínimo existencial e reserva do possível, representatividade autor da ação, legitimados coletivos, entre outras questões (GRINOVER, 2010; CANELA JUNIOR, 2011; WATANABE, 2013; ZUFELATO, 2013; ZUFELATO, 2016; COSTA; FERNANDES, 2017; ARENHART, 2017).

Diante dessas bases institucionais-normativas e dos encaminhamentos no campo do Direito, estudos de outras áreas também incorporaram perspectivas na análise do fenômeno da judicialização e suas complexidades. Oliveira e Madeira (2021), no campo da ciência política, traçam o que consideram três momentos para a agenda de pesquisa em judicialização da política: em um primeiro momento, os trabalhos estrearam a análise e refletiram

sobre a possibilidade de intervenção do Judiciário na esfera política e quais as decisões oriundas desses processos que poderiam ser aferidos em termos de desestabilização do status quo e das diferentes dimensões da política. O segundo momento teórico focalizou o fenômeno da judicialização sublinhando “a importância de se atentar para os diferentes momentos de interferência do Judiciário no jogo político, assim como explicar as causas dessa interferência” (OLIVEIRA; MADEIRA, 2021, p. 5). Por fim, o terceiro momento trabalhou com o fenômeno da judicialização com foco nas políticas públicas, estudos inicialmente deflagrados e concentrados no âmbito da saúde, com o processo ulterior de incremento das diversas políticas públicas que passaram a ser mobilizadas pela judicialização (OLIVEIRA; MADEIRA, 2021).

Logo, ambas as pesquisas estão situadas em termos de agenda no terceiro movimento de estudos da judicialização da política, tendo como foco a análise das políticas públicas de saúde e educação infantil, além de partilharem dos pressupostos teóricos do campo do direito no que se refere a análise de processos coletivos (e/ou potencialmente estruturais). Em termos de agenda específica de cada área, no tópico destinado às narrativas de cada pesquisa haverá a exposição desses caminhos.

Como se verá nas exposições da pesquisa, áreas específicas de cada temática de judicialização também passaram a olhar esse fenômeno com atenção, na medida em que este passou a influenciar o processo de formulação e implementação de políticas públicas nos respectivos campos. Esse enriquecimento de perspectivas ao mesmo tempo que respondia às questões principais sobre o fenômeno e complexificava suas perspectivas de análise, paulatinamente abria outras que compõem as agendas de pesquisa no campo e se colocam como desafios aos pesquisadores e às pesquisadoras da área.

3. NARRATIVAS SOBRE AS DUAS PESQUISA EMPÍRICAS: JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E DA EDUCAÇÃO INFANTIL

Diante das reflexões acerca da agenda geral do tema da judicialização de políticas públicas, neste momento do artigo serão expostas as principais linhas teóricas, metodológicas e resultados das pesquisas de mestrado mencionadas na **Introdução**, de forma a refletir o quanto as experiências situadas do pesquisador e da pesquisadora se articulam com a agenda de pesquisa e também deixam caminhos abertos nas respectivas áreas.

3.1 Acesso a remédios pela via judicial no TJ/SP e igualdade: perfil da judicialização da saúde a partir do medicamento Ranibizumabe e seus impactos nas políticas públicas de saúde

3.1.1 Aportes teóricos para a escolha das estratégias metodológicas

Dizer que há muito se observa o crescente ajuizamento de ações que buscam algum tipo de prestação de saúde a ser entregue pelo poder público, já não é novidade dentro do extenso conjunto de pesquisas que se desenvolvem em diferentes campos do conhecimento, entre os quais o campo jurídico.

A sociedade se estabelece sobre bases de desenvolvimento e com anseios de contínua equalização do atendimento de suas necessidades, especialmente quanto à saúde, o que, no entanto, não se observa concretizado. Em consequência, até frágeis conquistas de diminuição do abismo que a desigualdade social provoca, alcançadas por esforço de ações governamentais voltadas para esse fim, experimentam em anos recentes nítido declínio, lançando milhões de volta à indigência quanto a direitos sociais como aqueles pertinentes à moradia, alimentação, saúde e educação.

Uma outra consequência que acompanha esse movimento, é a agudização das demandas judiciais que inflam o sistema de justiça brasileiro na busca de que as prestações que envolvem os direitos sociais sejam implementadas, denotando deficiência nos

programas de governo que desenham as políticas públicas constitucionalmente garantidas, mas efetivamente escasseadas.

O fenômeno da judicialização da saúde, portanto, transcende o universo jurídico, visto que a Sociologia e a Política, de outras perspectivas, tentam explicar as origens e as repercussões sobre as políticas públicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

As investigações acadêmicas têm se mostrado mais adequadas quando analisam desde o surgimento das necessidades no campo da saúde pública, como fato social, passando pelo reconhecimento destas pelas ações governamentais que as estudam e que planejam políticas específicas em um contexto de construção democrática com a comunidade participante, como fato político, até que determinada omissão, deficiência ou insuficiência não identificada, seja levada a juízo dos órgãos judiciários para que providenciem a implementação que se entenda cabível.

A Constituição Federal brasileira ao enunciar que a saúde, além de ser direito de todos, também é um dever do Estado, constituindo uma complexa matriz jurídica para a concretização de um direito social fundamental que se identifica como um direito público subjetivo do cidadão e um direito transindividual titularizado por toda a sociedade, que se expressa através do planejamento e execução de políticas públicas próprias submetidas à função fiscalizatória pelas diferentes expressões do poder estatal, na linha da clássica tripartição montesquiana.

Tais políticas públicas se desenvolvem, por excelência, no âmbito do Poder Executivo, que tem as atribuições de direção política do governo e de gestão da máquina administrativa que permitem a execução daquelas ações. No entanto, sujeitas à discricionariedade dos gestores políticos, verificam-se omissões e deficiências na execução das já existentes e inércia na criação de novas políticas públicas à vista de necessidades sociais ainda não identificadas pelos agentes oficiais.

No campo multiforme das políticas públicas, o Direito traça os contornos e métodos que podem permitir a descrição e análise da racionalidade subjacente a esses programas de ação governamental

com o fim de que os direitos fundamentais e sociais descritos na Constituição sejam concretizados para além dos enunciados normativos.

A partir da configuração constitucional do direito à saúde que se apresenta como um direito social complexo que envolve aspectos de direito individual e de direito coletivo em sentido amplo, a presente pesquisa situou-o no conceito ampliado de acesso a direitos e à justiça.

O tema da judicialização da saúde conflui, em certa perspectiva, com o tema do acesso à justiça quando identificado como acesso ao Judiciário e aos instrumentos jurídico-processuais, apenas, o que se tem constatado como insuficiente para a compreensão mais acurada dos mecanismos que envolvem esse intrincado conjunto de causas e efeitos. O acesso à justiça deveria ser compreendido para além do momento intraprocessual, abrangendo também os momentos anteriores e posteriores, o que englobaria a investigação das causas da excessiva adjudicação, bem como as consequências sociojurídicas e sobre o redesenho – ou não – das políticas públicas a que se relacionam.

A pesquisa então se deu a partir de marcos teóricos que convergem com as concepções tradicionais do acesso à justiça⁵ e aquelas mais atualizadas que tangenciam o contexto sociopolítico brasileiro⁶ em diálogo com os estudos sobre a judicialização do direito à saúde.

O marco teórico mais tradicional sobre o tema é o decorrente do chamado Projeto Florença dos anos 1970, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que desenvolveu pesquisa de abrangência global a partir de análises comparadas pelos seus diversos pesquisadores, os quais empreenderam suas investigações para além da atividade do Judiciário, abarcando

⁵ Ferraz *et al.* (2017); Cappelletti (2008); Costa (2016); Economides (1999); Junqueira (1996); Galanter (2015); Dallari (2009).

⁶ Estudos de Sadek (2008); de Oliveira e Cunha (2016); Montes (2014); Mendes e Silva (2015); Costa (2016); Chasin (2013); Lauris (2009 e 2015).

também os problemas sociais verificados na realidade, identificando barreiras de acesso aos tribunais e as respectivas causas, para propor medidas de incremento do acesso à justiça.

A análise crítica dos dados obtidos por essa extensa pesquisa, de proporções inéditas, especialmente das soluções normativas para tais problemas sociais, tratou de medir a repercussão desse (des)encontro sobre a efetivação de garantias e direitos fundamentais, o que evidenciou a dimensão social do acesso à justiça proposta por Cappelletti, pois que tem o potencial transformador da situação socioeconômica dos membros da sociedade.

De fato, houve a expansão de mecanismos legais dirigidos à promoção de direitos civis, entre o fim dos anos 1940 até meados dos anos 1970, facilitando que novos sujeitos acessem o Judiciário em busca de uma resposta estatal para suas necessidades jurídicas não atendidas. Foi nessa lógica que Galanter (2015, p. 39) entendeu o conceito de acesso à justiça como uma categoria que exige a perspectiva do sujeito que busca a realização de direitos e solução do conflito resultante, dos obstáculos que encontra para atingir essa satisfação, e do impacto socioeconômico, jurídico e político, que evidencia a articulação com a análise do desenvolvimento democrático.

O acesso à justiça, na forma e conteúdo compreendido por Lauris (2009, p. 125), liga-se principalmente à garantia da igualdade, o que permitiria aos sujeitos compreenderem suas demandas como problemas jurídicos passíveis de terem a resolução de suas necessidades e conflitos buscada e efetivamente atendida.

Em sintonia com esse entendimento mais moderno proposto por Lauris, no Brasil, Junqueira já havia desenvolvido estudos sobre o tema, pelos quais identificou que, no país, a análise da categoria de acesso à justiça advinha mais dos movimentos sociais emergentes no início dos anos 1980 que debatiam a desigualdade como causa central da privação de direitos sociais básicos da população (JUNQUEIRA, 1996, p. 390).

Com o advento da Constituição de 1988, os direitos fundamentais sociais se tornaram estrutura básica do Estado e da sociedade brasileira servindo de fundamento para demandas por deveres prestacionais estatais, em ampliação da litigância pela implementação de direitos, através de um novo aparato institucional e normativo substancial e procedimental (COSTA, 2016, p. 41).

Observa-se, assim, dentro de uma linha temporal desde o Projeto Florença, que serviu de inspiração aos estudos de Galanter (2015) e Economides (1999), que desenvolveram e atualizaram a teorização então proposta, que o acesso à justiça se refere à articulação da análise das barreiras de acesso aos tribunais com a realidade sociopolítico-econômica dos contextos de cada ordem jurídica.

Na concepção brasileira, destacam-se dois eixos de análise sobre o acesso à justiça: um relacionado com o acesso ao Judiciário, e outro, relacionado com a assistência jurídica, com a busca da efetivação de direitos sociais garantidos constitucionalmente e com o potencial de desenvolvimento democrático por meio dessa dinâmica processual (OLIVEIRA; CUNHA, 2016, p. 324-325).

O primeiro eixo, identificado como garantia de ampliação de meios de litigância e de legitimidade processual, foi aprofundado pelos processualistas brasileiros entre os anos 1970 e 1980, ao ensejo do caráter instrumental que identificaram nas “ondas renovatórias de acesso à justiça” então tratadas por Cappelletti nos relatórios do Projeto Florença, em especial no que dizia respeito à resolução informal dos conflitos e simplificação de procedimentos menos complexos.

Watanabe foi quem, de forma pioneira, ampliou o alcance da concepção de acesso à justiça tratado pelos demais processualistas contemporâneos a ele, entendendo-o como acesso à ordem jurídica justa, a qual se volta para, além da admissão de uma demanda em juízo, o alcance de efetivo resultado para a crise de direito subjacente ao processo, guardando o potencial de promover igualdade ao incluir a perspectiva da realidade socioeconômica, além de mera eficiência (WATANABE, 1988, p. 128 e 135).

A evolução dos estudos sobre o tema levou o conceito de acesso à justiça ao patamar de parâmetro para os estudos e para a efetiva implementação da expansão de direitos, em compasso com as necessidades jurídicas que nascem dos movimentos da sociedade, e em acréscimo à busca pela efetivação daqueles já positivados na ordem jurídica estabelecida.

É na integração dos estudos tradicionais com as pesquisas mais recentes que se entrevê uma compreensão do acesso à justiça como integrante da busca por igualdade social. Ampliar o conteúdo dessa categoria pretende estabelecer uma conceituação que parta do ângulo da igualdade de oportunidades e também da igualdade de resultados, para que, idealmente, o sistema seja acessível a todos e disponibilize meios de promoção de justiça social. Ao restringi-lo, a desigualdade já vigente, aprofunda seus efeitos.

O que se observa, portanto, é que a despeito de a concepção tradicional de acesso à justiça ter sido estruturada de forma consistente, com influência ainda sentida no limiar do século XXI, os estudos mais recentes aportam contribuição relevante para a amplificação das categorias de análise para as políticas de acesso com fundamento no contexto social.

Há espaço para a incorporação de outras subcategorias que ajudem a construir a racionalidade que informará as tomadas de decisões concernentes às políticas públicas de fomento ao acesso, ensejando também em arcabouço de conhecimento sobre a natureza qualitativa e quantitativa das demandas que chegam aos sistemas de justiça, garantindo-se transparência e fiscalização.

Um conceito ampliado de acesso à justiça parte do ajuizamento de uma demanda no Judiciário, mas adentra o fluxo processual para estabelecer o controle da adequada representação de indivíduos pertencentes às classes menos privilegiadas e garantir que o tratamento judicial do objeto em litígio esteja em consonância com o desenho jurídico constitucional e com o correspondente desenho político da ação governamental empregada na sua concretização.

Dentro desse panorama teórico que o trabalho se debruçou sobre o fenômeno da judicialização da saúde, conclui-se que um dos reflexos seria o desequilíbrio entre as dimensões individual e social, com possível prejuízo à construção e implementação das políticas públicas sanitárias.

A relação da evolução histórica do direito à saúde com o conceito ampliado de acesso a direitos e à Justiça é constatada, sobretudo, a partir da Constituição de 1988 que contemplou um complexo desenho jurídico da saúde pública resultante de um esforço ativo de movimentos populares de sanitaristas pela normatização um programa sólido de políticas de saúde, cujo conteúdo estabeleceu-se como direito fundamental de eficácia imediata (DALLARI, 2009, p. 10), embora há quem o compreenda dentro das características de norma de eficácia contida, porquanto a estruturação de limites prescritos pela norma referir-se-iam a uma normatização infraconstitucional (WERNER, 2008, p. 94-95).

A disposição normativa do art. 6º da Constituição configura o direito à saúde como um direito social a exigir que seja efetivado por meio de ações concretas exigíveis do Estado, assim como subjaz a compreensão de ser um direito subjetivo público que legitima os indivíduos a buscarem a sua realização, inclusive pela via judicial. E mais, o conteúdo jurídico-constitucional dessa categoria pressupõe a participação popular na formulação e na execução das políticas sanitárias, o que dá à compreensão do direito à saúde aspectos de direito individual e de direito coletivo (DALLARI, 2009, p. 13).

Nessa interseção é que se deve levar em consideração os critérios que o conceito mais ampliado de acesso a direitos e à justiça fornece, podendo servir como um parâmetro de análise para o recorrente fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, especialmente para análise do modo pelo qual o controle judicial de políticas sanitárias tem acontecido nos tribunais brasileiros e dos impactos quantitativos e qualitativos da judicialização sobre a ação governamental.

3.1.2 Definição do campo empírico e construção da base de dados

A judicialização de demandas no campo da saúde pública, pelas quais se busca variadas prestações jurisdicionais a serem custeadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) é um fenômeno que já foi objeto de extenso conjunto de pesquisas acadêmicas que se desenvolveram no mesmo passo em que essas demandas se avolumaram no Poder Judiciário.

Essa miríade de pesquisas tem como tema macro a judicialização da saúde, mas se desenvolveram a partir de variadas estratégias metodológicas, conforme a área de estudo sob a qual estavam abrangidas, seja na Sociologia, no Direito, na Ciência Política ou na Saúde Pública.

De fato, a tematização do crescente ajuizamento de ações judiciais com a finalidade de satisfazer uma pretensão ligada à saúde, sugere investigação interdisciplinar e um esforço do pesquisador em percorrer diferentes perspectivas.

A inovação sobre a problemática, portanto, não parece ser objetivo em que se conseguirá bem suceder, a não ser que se invista em delimitações pontuais apoiadas em procedimentos metodológicos adequados ao principal campo do conhecimento em que a pesquisa se insere para clarear determinada particularidade componente de um fenômeno complexo e multifatorial.

Com isso, pode-se buscar contribuir para a compreensão da configuração de um fato social dinâmico, que se altera no tempo na razão do comportamento da sociedade, em termos de saúde e doença, assim como em virtude do progresso científico que desenvolve tecnologias mais eficazes para atender as demandas sanitárias, sejam elas de natureza profilática, terapêutica ou de natureza emergencial, a exemplo da eclosão de epidemias e pandemias.

Aquela dinamicidade também se reflete sobre o controle das políticas públicas de saúde que são desenhadas pela administração pública à vista das necessidades que a sociedade e seus representantes elegem como prioritárias, mas que não acompanham com presteza o desenvolvimento tecnológico de

medicamentos, insumos e técnicas, tratamentos em geral, e antes que o processo de tomada de decisão dos entes estatais resulte na incorporação, ou não, das novidades ao sistema de saúde pública, o reclamo pela prestação chega pela via judicial.

O estudo, pois, teve por objetivo a análise do perfil da judicialização de demandas para o fornecimento de medicamentos pelo SUS, e na perspectiva do acesso à justiça, verificar se as ações individuais ampliavam ou reduziam desigualdades entre os demandantes em face dos demais usuários em potencial do sistema público que não acessam o Judiciário, considerando o custo econômico-financeiro do medicamento buscado e da movimentação do aparato estatal que decorrem do processo judicial.

De maneira secundária, tendo em conta que o ordenamento jurídico brasileiro contempla a legitimidade processual dos indivíduos titulares de direitos – por meio do ajuizamento de ação individual –, e a legitimidade processual em favor de grupo, classe ou categoria de pessoas com interesses comuns pertinentes a essa coletividade (GRINOVER, 2000) – valendo-se do instrumento das ações coletivas – traçou-se um paralelo entre esses dois tipos de demandas com vistas a indicar se as individuais, propostas em número muito superior ao de coletivas, acabariam por causar distorções.

A investigação dirigiu-se assim balizada pela indagação sobre se o grande volume de ações individuais para fornecimento de medicamento pelo poder público, tal como observada em sua realidade fática, ampliaria ou reduziria desigualdades e se o resultado dessas demandas impactou a respectiva política pública existente. Ainda no mesmo plano, subsiste o questionamento se uma ação coletiva de mesmo objeto, na perspectiva do custo econômico-financeiro e de efetividade do direito almejado seria instrumento processual mais adequado.

O problema, portanto, remeteu a uma pesquisa preponderantemente empírica, com abordagem quantitativa como estratégia principal, que abrange a realização do direito em um contexto social específico, analisando mecanismos do sistema de

justiça sobre as desigualdades no campo das políticas públicas de saúde (IGREJA, 2017, p. 11-14), enquadrando-se em vertente jurídico-sociológica que busca compreender o perfil das demandas e possíveis efeitos, no plano do acesso à justiça, dos instrumentos processuais e de repercussão sobre ações governamentais (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 22).

Em razão de o problema de pesquisa impor que a fonte principal fosse a base de dados de documentos judiciais, que têm capacidade de fornecer elementos para o esclarecimento da hipótese de trabalho (SILVA, 2017, p. 280), a construção dos dados empíricos deu-se pela opção de coletar informações das ações que tivessem por objeto o fornecimento de um determinado medicamento, porque tal estratégia facilita a delimitação da amostra e permite extrair análise mais uniforme que pode ser adaptável e contribuir parcialmente para o entendimento do fenômeno macro.

Após levantamento inicial de dados oficiais, obtidos nos relatórios da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec)⁷ e aqueles disponibilizados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), no que se refere ao quantitativo de julgados que apontou para o ranibizumabe (nome comercial “Lucentis®”), como sendo objeto de milhares de ações judiciais, decidiu-se pelo caso desse medicamento. Este é um fármaco de alto custo, já registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas que não integrava a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) nem outro programa de medicamentos da Assistência Farmacêutica no SUS, até aquele marco temporal da coleta de dados da pesquisa, a qual se deu no ano de 2019.

⁷ A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec) é órgão de assessoramento técnico ao Ministério da Saúde, especialmente quanto à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (PCDT), tendo sido criada pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011.

Consta do Relatório de Recomendação nº 24, de outubro de 2012, elaborado pela Conitec, que a indicação do ranibizumabe é para a degeneração macular neovascular (exsudativa ou úmida) relacionada à idade (DMRI), uma das chamadas doenças da retina, embora conste uso offlabel para outras doenças da retina (BRASIL, 2012, p. 10).

Dada a variabilidade das doenças que motivam a prescrição do medicamento, a causa de pedir das ações judiciais analisadas não foi verificada (se para o tratamento da DMRI ou de outra), desde que a droga não foi incorporada na dispensação gratuita do SUS para nenhuma dessas indicações, conforme se concluiu da análise dos documentos disponibilizados pelo Ministério da Saúde, dentro do interregno em que a pesquisa foi conduzida, entre os anos de 2019 e 2020.

Analizou-se, também, as edições da Rename de 2014 (publicada em 2015), 2017 e 2018, onde estão descritos os medicamentos que foram incorporados, os que foram excluídos e os que foram mantidos no conteúdo da política pública a partir dos estudos técnico-científicos a cargo da Conitec. Naquela primeira, após o Relatório de Recomendação nº 24, o ranibizumabe (Lucentis®) não foi incorporado ao SUS para dispensação para o tratamento da DMRI (BRASIL, 2015, p. 213)⁸.

Nos anos seguintes, não houve nova solicitação de incorporação do ranibizumabe, fato que motivou a escolha por explorar o caso desse medicamento, que envolve evidências científicas de soluções diversas para uma mesma finalidade, assim como uso da droga para finalidades antes não previstas, o que se relaciona com a inovação tecnológica de maior custo financeiro em confronto com tecnologia mais antiga e menos custos.

O estudo de caso, segundo Yin (2001, p. 58), tem por objetivo formular generalizações analíticas de um conjunto particular de resultados para uma teoria ampla, identificando-se com a definição

⁸ Portaria SCTIE (Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos), nº 48, de 23 de novembro de 2012.

que se emprega do método indutivo. Para Gil (2002, p. 137), inspirado em Yin, “o estudo de caso instrumental é aquele desenvolvido com o propósito de auxiliar no conhecimento ou redefinição de determinado problema. O pesquisador não tem interesse específico no caso, mas reconhece que pode ser útil para alcançar determinados objetivos”. Por essa razão que para o presente trabalho, compreendeu-se o estudo de caso somente como estratégia complementar a outras técnicas (MACHADO, 2017, p. 358), como a análise documental de bases oficiais e a análise quantitativa de banco de dados estruturado⁹.

As abordagens metodológicas clássicas poderiam ser adotadas de maneira hermética para a investigação desenvolvida pesquisa de mestrado, mas considerada a complexidade do fenômeno sociojurídico da judicialização da saúde e a delimitação da tema, impôs-se a construção de método próprio baseado no pluralismo metodológico e na combinação de estratégias que dessem a validação científica para a construção da pesquisa¹⁰.

O uso de metodologias adjuvantes mostrou-se necessária na medida em que a judicialização de políticas públicas, de modo geral, oferece múltiplas perspectivas e uma realidade complexa, que se mostra de mais desafiante abordagem a depender do objeto adjudicado. Mesmo no tema do direito à saúde, as diferentes

⁹ “Caso é uma construção intelectual que busca oferecer uma representação de um fenômeno jurídico, em um contexto específico, a partir de um leque amplo de dados e informações” (MACHADO, 2017, p. 357).

¹⁰ Nesse sentido, não se trata de um estudo de caso como tradicionalmente se entende a referida estratégia, mas que usa de suas balizas em auxílio da análise dos dados quantitativos coletados, dos dados obtidos de banco de dados secundários e da análise de documentos oficiais. Nesse sentido, a pesquisa assume um método de construção global predominantemente dedutivo, eis que “parte-se de uma teoria relacionada com o fenômeno estudado, da qual se deduz uma (ou mais) hipótese(s), destinadas a ser verificadas através da observação”, haja vista que “o raciocínio dedutivo é o processo que faz referência aos dados de nossa experiência ou às normas e regras em relação a leis e princípios gerais e ao maior número de casos que a eles possa ser referidos” (MACHADO, 2017, p. 361-373; GUSTIN; DIAS, 2013, p. 22).

prestações demandadas em juízo perfazem subcategorias próprias, a exemplo dos litígios envolvendo a saúde suplementar e aqueles atinentes à saúde pública, que exigem estratégias metodológicas fora de prescrições limitantes dos manuais, sem abandonar o rigor que dá consistência às investigações científicas.

É nesse sentido que a abordagem quantitativa foi adotada para descrever o perfil das ações judiciais que tinham como pedido o fornecimento do medicamento ranibizumabe, a partir da análise das sentenças proferidas pelos juízos das comarcas do TJSP, um dos foros com o maior volume de demandas judiciais do país e situado em região territorial onde o programa de pós-graduação está, cumprindo-se uma das finalidades sociais da pesquisa, a de contribuir para o desenvolvimento da comunidade.

Ao se embarcar na coleta de dados judiciais de grande volume, alguns obstáculos surgem, como a impossibilidade da análise da integralidade dos autos do processo dentro do espaço de tempo disponível para a execução do trabalho. O prazo para consecução da pesquisa tanto as acadêmicas vinculadas a algum programa de graduação ou pós-graduação, quanto aquelas fomentadas por entidades não acadêmicas, é fator fundamental para o desenho da investigação e em muitas das vezes o principal limitador.

O caso do medicamento ranibizumabe mostrou-se mais viável de ser investigado com predominância da estratégia quantitativa, haja vista a numerosa quantidade de processos instaurados para obrigar o SUS a fornecê-lo, o que é comum para as ações que veiculam fornecimento de medicamentos e de insumos de saúde, variando de acordo com a incidência do agravo à saúde que motiva a busca pelo tratamento.

Nesse panorama é que vem em auxílio, também das pesquisas no campo jurídico, as ferramentas produzidas por acelerado desenvolvimento tecnológico, que se aprimora com incrível rapidez, na área da análise de dados mais atuais mediante a coleta, categorização e organização automatizadas por meio de programação computacional.

Outros ramos do conhecimento já têm intimidade com análise estatística de dados e o crescente uso pelas Ciências Sociais e mais modernamente pelo Direito, permite a construção de um conhecimento muito mais afim à realidade dos variados campos de pesquisas, que se converterá em resultados relevantes e rigor metodológico.

A etapa de coleta e organização dos dados nas pesquisas quantitativas é a mais sensível e uma das mais dispendiosas, podendo ser inviabilizada sem o aparato tecnológico que permita a construção da amostra, sobretudo quando o tema investigado exige delineamentos por meio de procedimentos de natureza estatística.

Para a realização do presente trabalho, derivado da pesquisa em grau de mestrado do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, foi empregado o aplicativo Myrthes¹¹, então desenvolvido em caráter experimental pelo Laboratório de Pesquisa Empírica em Direito (LabPED), por meio de pesquisadores docentes, discentes e de pós-doutorado, bem como especialistas externos, para essa finalidade de apoio às pesquisas empíricas vinculadas a essa instituição de ensino¹². Isso foi fundamental para a etapa de coleta e de organização de dados extraídos da base jurisprudencial do TJSP em interface com a referida linguagem computacional, imprescindível para o manejo de dados massivos (*big data*).

O aplicativo disponibilizou informações de acesso livre da página eletrônica do TJSP possibilitando os dados da busca de forma mais rápida e organizados em planilha segundo os critérios de cada pesquisa à frente mencionados. A vantagem da obtenção dos dados por esse meio é a possibilidade de configurar funções de

¹¹ O aplicativo Myrthes foi assim nomeado em homenagem à Myrthes Gomes de Campos. Ela foi primeira mulher a exercer profissionalmente a advocacia no Brasil e considerada uma jurista feminista pioneira.

¹² Referências extraídas do sítio na internet da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/fdrp-cria-aplicativo-para-melhoria-de-pesquisas/>. Acesso em: 05 jun. 2019.

mineração de texto que conferem maior precisão nos resultados. Esse conjunto de funções foi criado dentro do ambiente de programação estatística com código aberto e gratuito, ensejando na reprodutibilidade da pesquisa.

Sendo um dos objetivos secundários, a aferição da possível primazia das ações coletivas na judicialização da saúde, enquanto instrumento previsto no ordenamento jurídico brasileiro para o processamento de causas afetas aos direitos transindividuais, em cujo espectro está o direito à saúde, de início uma busca exploratória preliminar sobre acórdãos existentes no segundo grau de jurisdição do TJSP em ações civis públicas, foi útil para precisar a relevância quantitativa do tema, confirmando o recorte pelo caso do medicamento ranibizumabe, previamente definido a partir da pesquisa documental.

Em pesquisa realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), fomentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que resultou na publicação em 2019 de relatório para a série Justiça Pesquisa, cujo principal objetivo foi a análise da judicialização da saúde em escala nacional, a partir do perfil das demandas e de suas causas, tendo em conta as variações regionais, identificou-se que a maioria dos repositórios de jurisprudência dos tribunais não disponibilizam as decisões de modo padronizado.

Ora tornam públicos apenas os acórdãos dos julgamentos em sede recursal, não o fazendo quanto às sentenças de primeiro grau, ora não disponibilizam o integral universo de todas as decisões proferidas, sem divulgarem critérios transparentes para essa limitação. Para os autores da pesquisa, isso representa uma limitação à investigação empírica porque “muitos dos pleitos se resolve em primeira instância ou ainda na forma de tutela antecipada” (CNJ, 2019, p. 16).

No mesmo sentido, a pesquisa de Veçoso *et al.* (2014) no repositório eletrônico de jurisprudência do STJ e do STF concluiu não ser disponibilizada a totalidade das decisões no sistema de busca externa. Esse filtro empregado pelos próprios tribunais, é um ponto de desafio para as pesquisas que se valem da análise desses

documentos, já que a integralidade dos julgados é o que pode possibilitar a aferição mais adequada dos objetivos dessas investigações, seja na perspectiva quantitativa ou qualitativa.

Esse achado fundamentou mais uma delimitação do campo empírico, que foi a análise documental das sentenças de processos judiciais que tramitaram no primeiro grau de jurisdição, pois que se levou em conta que é na primeira instância que a demanda judicial tem início e que pode ter seu fim definitivo após a eventual concessão do medicamento requerido pela parte autora em sede de medida liminar antecipatória do mérito da ação. Não raro, em se tratando de tutela satisfativa da questão de fundo, a sentença viria a apenas ratificar o provimento liminar e a causa pode não ser submetida a julgamento revisional em segunda instância. Assim, considerou-se que os dados da primeira instância poderiam definir um universo de análise mais robusto, o que foi corroborado ao final.

O TJSP disponibiliza no portal e-SAJ a busca por julgados de segunda instância, no campo de consulta completa de jurisprudência e possibilita acesso ao banco de sentenças por meio de consulta de julgados de primeiro grau por uso de parâmetros como classe e assunto, entre outros filtros. No entanto, não está claro se o resultado da busca retorna o exato número de sentenças efetivamente proferidas, o que foi assumido como um obstáculo de menor relevância, ante ao expressivo número de sentenças consultadas. Isso deve ser considerado para aquelas pesquisas em que a amostra empírica é de menor extensão e que exigem mais precisão estatística, podendo não representar de forma suficiente o universo das ações judiciais pesquisadas.

A busca no repositório de sentenças de primeiro grau do tribunal foi filtrada pelos critérios indicativos das ações judiciais de fornecimento do ranibizumabe, gerando uma planilha contendo os dados tais como disponibilizados pelo próprio sistema de automação judicial do TJSP, tendo retornado um universo de mais de mil ações, das quais apenas 4% eram de ações coletivas e o restante representado por ações individuais.

Nessa etapa, a ferramenta de pesquisa automatizada apresentou dois desafios: não categorizar a concessão de decisão liminar; e coletar sentenças que continham no seu texto a palavra “ranibizumabe”, mesmo quando essa fazia parte da transcrição de ementa de julgado, sem que fosse o objeto propriamente dito daquela ação, impondo a pesquisa manual em cada uma das decisões.

A leitura das sentenças foi realizada com aplicação de indicadores elaborados com fundamento em variáveis de análise dispostas em formulário de coleta de dados em que as categorias foram listadas na forma de questões, elencadas cerca de vinte categorias de análise, a exemplo da classe processual, réu demandado, concessão de justiça gratuita e de antecipação de tutela, representação técnica da parte autora e procedência ou não do pedido.

Em pesquisa realizada por Werner (2008), sobre o posicionamento prevalente na jurisprudência brasileira quanto ao tratamento em juízo do direito à saúde, em especial quanto ao fornecimento de medicamentos, a autora indica alguns dos fundamentos que motivaram as sentenças de primeiro grau, tais como: a dimensão subjetiva (individual) do direito à saúde, a relação indissociável deste com a vida, a servir de vetor positivo para o fornecimento de medicamentos, a condição econômica do demandante, a atuação do Ministério Público em ação civil pública ajuizada no interesse de um único indivíduo e o efeito multiplicador das demandas individuais (WERNER, 2008, p. 105).

De modo semelhante o formulário aqui utilizado foi desenvolvido a partir dessa perspectiva, permitindo que as sentenças componentes da amostra empírica fossem lidas na integralidade e para cada foi preenchido um documento específico em plataforma digital de acesso livre¹³, previamente configurado para registrar todas as categorias do estudo¹⁴. Nessa mesma etapa,

¹³ Foi utilizada a plataforma *Google Forms*, de acesso livre.

¹⁴ Essa estratégia de coleta de dados pelo uso de formulário também foi inspirada pelo percurso metodológico apresentado no estudo desenvolvido por Passos e Gomes (2017), sobre a judicialização de medicamentos no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

processou-se a limpeza da base de dados, excluindo aqueles inservíveis ao trabalho, mas trazidos pela coleta automatizada, o que formou o banco de dados definitivo de sentenças proferidas entre 2010 e 2019, marco temporal definido no cronograma de execução da pesquisa de mestrado.

3.1.3 Desenvolvimento da análise sobre os dados e os achados de pesquisas essenciais

O mapeamento obtido possibilitou agrupamentos das categorias que compuseram o questionário aplicado a cada sentença, representando os diferentes aspectos do fenômeno processual da judicialização do medicamento ranibizumabe, cujos resultados encontrados foram analisados conjuntamente.

No que concerne àqueles que podem retratar o perfil da judicialização da política pública de fornecimento do medicamento ranibizumabe pelo SUS no seu caráter procedimental e formal, verificou-se que a maioria das ações ajuizadas no TJSP entre os anos de 2010 e 2019 foram pleitos individuais processados pelo procedimento comum, com prevalência significativa da atuação de advogados constituídos. A despeito da representação processual por meio de advogado particular, o benefício da justiça gratuita foi deferido na quase totalidade da amostra analisada.

Outras classes processuais como, o mandado de segurança e o procedimento do Juizado Especial Cível, foram utilizadas com menos frequência, a despeito de, pelo sistema dos Juizados, a parte que o acessa está isenta, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de despesas forenses em geral, bem como, caso vencida, não será condenada a arcar com honorários de advogado, salvo os casos de litigância de má-fé e de recurso¹⁵.

O procedimento menos utilizado foi o previsto para as ações civis públicas e em sua integralidade foram ajuizadas pelo Ministério Público, ainda que haja outros legitimados para a

¹⁵ Disposição que decorre dos art. 54 e 55 da Lei nº 9.099/1995.

propositura das ações coletivas, a exemplo da Defensoria Pública, e de associações de direito privado¹⁶.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo atuou nas ações individuais, mas, ainda assim, em patamar baixo, do que se depreende que os seus assistidos, hipossuficientes em vulnerabilidade socioeconômica, ingressaram menos do que aqueles assistidos por advogado particular.

Um modo de perquirir com mais segurança a hipossuficiência econômica do autor, para o ingresso em juízo e para a aquisição do medicamento buscado, é uma avaliação cruzada com os dados sobre a representação processual e a taxa de gratuidade quanto ao pagamento das despesas processuais, concedida pelo juízo. O reconhecimento da hipossuficiência econômica da parte autora pela concessão da gratuidade de justiça está solidificada como uma das características marcantes da judicialização do acesso a medicamentos pelo SUS.

O dado apurado neste estudo coaduna-se com outras pesquisas que, ao cuidarem dessa variável, observam que “mesmo considerando que as normas legais de acesso gratuito são diferenciadas nos sistemas de justiça e de saúde, pode-se inferir que o reivindicante também não possui condições para arcar com os custos de seu tratamento” (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 90), tendo em conta que as despesas judiciais em geral são episódicas e menores do que aquelas exigidas por certos tratamentos de saúde.

Outro agrupamento de categorias permitiu a análise da essência do processo, que é a prestação jurisdicional entregue pelo Judiciário propriamente dita, considerando-se prestada a tutela jurisdicional com a concessão de medida liminar em cognição sumária e com a procedência do pedido inicial em sede de sentença de mérito proferida ao final do trâmite processual.

Quase a totalidade das sentenças analisadas remeteu à concessão de tutela antecipada para o fornecimento do fármaco

¹⁶ Disposição que decorre do art. 9º da Lei nº 9.099/1995.

antes da fase de julgamento, obrigando o ente público demandado a disponibilizá-lo no prazo assinalado pelo juízo com todas as repercussões econômicas que a medida envolve, sendo baixa a probabilidade de reversão por recurso ao se cotejar a alta taxa de manutenção dos efeitos da decisão liminar também em sede de decisão definitiva, pressuposto para a execução provisória da tutela.

Esse achado confirmou a conclusão de outros estudos que já haviam identificado a prevalência em praticamente todas as ações judiciais de fornecimento de medicamentos¹⁷, o que demonstra que a técnica de antecipar os efeitos da tutela definitiva em razão das circunstâncias fáticas reclamarem urgência por haver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, é indispensável para a efetividade do processo. Apesar disso, o provimento em sede de decisão liminar é provisório, podendo ser desconstituído por juízo de reconsideração do próprio magistrado prolator – o que foi identificado em ao menos uma das sentenças da amostra – e, principalmente, pela instância recursal.

A discussão, assim, recai sobre risco de irreversibilidade da tutela liminarmente deferida, porquanto depois que o medicamento foi concedido e obtido pela parte autora, por sua natureza consumível a partir da administração daquele que necessita da droga para iniciar ou manter tratamento de doença em curso, é inviável recompor o status quo ou exigir que o beneficiado recomponha os custos despendidos pelo ente estatal.

O resultado mais interessante em torno disso é que, com frequência, o juízo tem pendido a favor da probabilidade de vulneração ao direito à vida, associado ao direito à saúde em detrimento desse risco de irreversibilidade, denotando que o prejuízo econômico eventualmente suportado pelo ente estatal é mais aceitável do que o agravamento do estado de saúde do demandante.

A alta taxa de concessão antecipatória se refletiu na procedência final dos pedidos, tendo sido identificado patamar

¹⁷ Ver por todos: Ventura; Simas; Pepe; Schramm (2010), e Araújo; Machado (2020).

ainda maior de concessão por ocasião do julgamento do que em sede liminar, representando quase a integralidade da amostra empírica. Com a análise dos fundamentos comuns expostos pelos juízos nas sentenças, deduziu-se que o medicamento foi concedido sem que houvesse sequer menção à política pública de assistência farmacêutica, nem sobre o impacto econômico sobre o orçamento dos entes federados demandados. Tal dado pode ser considerado uma possível causa de desigualdade na distribuição dos recursos aplicados na política pública específica.

No mesmo sentido, a análise da classe processual das ações civis públicas concluiu que esse instrumento, especializado em deduzir em juízo as demandas de natureza transindividual com o objetivo de uniformidade do provimento jurisdicional, garantindo tratamento equânime aos titulares, determinados ou determináveis, de direitos, como o direito social à saúde, não foi empregado em consonância com a norma legal e com a conceituação teórica tradicional.

Nas ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público objetivando o fornecimento do ranibizumabe, as sentenças, congruentes com o pedido deduzido na petição inicial, limitaram-se a dar procedência para concedê-lo a um indivíduo, em vez de a coletividade dos pacientes necessitados do medicamento, sem possibilidade de expansão subjetiva dos efeitos da decisão judicial.

Esta prática representa um fator relevante para a multiplicação do número de ações individuais que são ajuizadas buscando o mesmo objeto e que por essa mesma razão, deveriam ser organizadas e tratadas como uma situação fática agrupável e de alcance coletivo e, portanto, solucionável no âmbito de um verdadeiro processo coletivo.

A causa de pedir originada de interesses ou direitos transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos) que justifica uma ação contra uma conduta comissiva ou omissiva de ente público violadora de direitos da mesma natureza, é mais adequadamente deduzida no bojo de um processo coletivo, no qual a sentença de procedência fará coisa julgada erga omnes.

São esses parâmetros que estabelecem uma autêntica demanda coletiva para tutela de interesses ou direitos de natureza transindividual. Caso veicule pretensão exclusivamente individual que não sejam referentes a interesses individuais homogêneos, poderá ser denominada incorretamente de coletiva, sendo uma ação pseudocoletiva, na terminologia adotada por Araújo Filho (2000, p. 200).

No sentido contrário, muitas ações individuais são ajuizadas e têm por causa de pedir uma situação jurídica de origem comum em que é deduzido pedido de abrangência coletiva que seria melhor tratado em um processo coletivo molecularizado, mas acabam por se atomizarem em centenas ou milhares de ações *pseuindividuais*¹⁸ que irão sobrecarregar o Judiciário e estarão sujeitas a decisões conflitantes.

Além disso, há o alto custo do medicamento, que é um elemento crucial na formulação e planejamento da política de assistência farmacêutica, sendo que as análises de impacto econômico que embasam a tomada de decisões dos gestores da saúde pública vai além do que o mero valor nominal do fármaco, havendo indicativos de que a reiterada intervenção judicial causa desequilíbrios no sistema de saúde.

¹⁸ “Muitos erros têm sido cometidos na práxis forense pela desatenção dos operadores do direito às peculiaridades da relação jurídica material em face da qual é deduzido o pedido de tutela jurisdicional, como a inadmissível fragmentação de um conflito coletivo em múltiplas demandas coletivas, quando seria admissível uma só, ou senão a propositura de demandas pseudoindividuais fundadas em relação jurídica substancial de natureza incindível.

Um caso paradigmático desses equívocos na atualidade, que vem causando enormes embaraços a nossa Justiça, é o pertinente às tarifas de assinatura telefônica. Num só Juizado Especial Cível da capital de São Paulo foram distribuídas mais de 30.000 demandas individuais dessa espécie, que em nosso sentir, na conformidade das ponderações a seguir desenvolvidas, são demandas pseudoindividuais. Em todo o Estado de São Paulo, há mais de 130.000 feitos dessa natureza, que são idênticos aos ajuizados, aos milhares, em vários outros Estados da federação” (WATANABE, 2006, p. 32).

O que se pode concluir é que a judicialização, neste caso, contribuiu para a perpetuação da desigualdade entre aqueles que conseguem romper barreiras sociais e econômicas logrando acessar o sistema de justiça na busca de satisfazer suas necessidades jurídicas não atendidas e os que não têm essa oportunidade. Uma esperada interação entre instituições como Ministério Público e Defensoria Pública com o Judiciário, a partir de protocolos de cooperação extrajudicial, por exemplo, não foi constatada, tampouco entre este e o Executivo, a quem incumbe a construção dos programas de ação estatal, resultando em deliberações contraditórias e sem efetividade.

De outro lado, esse cenário reforça a ideia de que uma ação coletiva de mesmo objeto é instrumento processual mais adequado, quanto ao custo econômico-financeiro e à efetividade do direito almejado, desde que o processo coletivo também seja entendido em uma nova realidade, aproximando-se mais da origem teórica que o trouxe para o ordenamento brasileiro, enquanto avança na perspectiva de que litígios de interesse público sejam conduzidos de forma diferente da que a experiência empírica tem demonstrado.

Necessário se faz que as decisões judiciais em litígios dessa natureza, que penetram os processos decisórios de gestão da máquina administrativa e nas estruturas institucionais, sejam conduzidas num espaço processual em que se desenvolvam planejamentos consensuais mediados pelos juízes, conquistando-se decisões estruturantes que possibilitem repercussões mais positivas para o aperfeiçoamento da ação governamental e que minimizem os efeitos perniciosos. O devido processo legal que abrange a ampla defesa e o contraditório pressupõe um substrato cooperativo tendente a resolver o litígio com o máximo de proveito para todos os envolvidos.

Dentro da agenda de pesquisas sobre a judicialização de políticas públicas de saúde, portanto, há campo para que novos estudos empíricos sejam futuramente desenvolvidos em torno da investigação sobre a efetividade do modelo de litígio coletivo (ou

mesmo individual) guiado por consenso baseado em evidências, por estudos aplicados, em diálogo do Estado com organizações da sociedade e com outros agentes dos setores públicos e privados, medindo-se o alcance positivo sobre a pauta dos direitos sociais.

E nesse sentido, as pesquisas de cunho quantitativo e mesmo qualitativo, se mostram como excelentes estratégias de investigação, visto que, como se demonstrou no percurso metodológico empreendido neste estudo, podem oferecer um vasto conjunto de dados que permitem achados de contribuição relevante para a construção do conhecimento em torno do tema.

3.2 Efeitos da judicialização da educação infantil em creche: uma análise a partir do contexto do município de Ribeirão Preto - SP

3.2.1 Desenho da pesquisa: problema de pesquisa e recortes de análise

A pesquisa de mestrado teve como objetivo analisar os efeitos da judicialização da educação infantil em creches no Município de Ribeirão Preto. Tratou-se de uma pesquisa empírica qualitativa de análise documental, desenvolvida a partir das técnicas da análise de conteúdo (BARDIN, 2016). A composição do *corpus* (BARDIN, 2016), de documentos que foram analisados na pesquisa foi feita a partir de diferentes fontes de dados, sobretudo de órgãos do sistema de justiça, administração pública municipal e bases de dados educacionais oficiais. O recorte temporal basal foi de 2014 a 2018, sendo que esses limites foram determinados pela própria disponibilidade dos documentos.

A pesquisa, portanto, construiu o seguinte *corpus* de documentos:

Tabela 1

Documentos Seleccionados para Análise

Nome do documento	Origem
Tabela de ações distribuídas com assunto “vaga em creche” na Vara da Infância de Ribeirão Preto entre os anos de 2014-2019	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo via Portal de Solicitações
Autos das Ações Cíveis Públicas da Vara da Infância, Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto	Vara da Infância, Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto via pedido formal de acesso aos autos
Documentos do MPSP constante dos autos das ACPS	Vara da Infância, Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto via pedido formal de acesso aos autos
Dados da Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto acerca do número de matrículas no Município de Ribeirão Preto (2016-2019)	Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto via Portal de Acesso à Informação
Dados da Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto acerca do número de crianças na fila de espera por vagas em creche (2016-2019)	Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto via Portal de Acesso à Informação
Dados da Prefeitura de Ribeirão Preto acerca do número de matrículas por ordem judicial (2019)	Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto via Portal de Acesso à Informação
Dados do Laboratório de Dados Educacionais acerca das matrículas em creche em Ribeirão Preto (2014-2019)	Laboratório de Dados Educacionais (https://dadoseducacionais.c3sl.ufpr.br/#!/indicadores)
Dados do Laboratório de Dados Educacionais sobre as matrículas em creche por perfil racial das crianças (2014-2019)	Laboratório de Dados Educacionais
Notícias locais relacionadas ao tema da pesquisa	Fontes diversas

Fonte: elaboração própria¹⁹.

Os recortes da pesquisa foram desenvolvidos a partir de dois eixos centrais: um primeiro, o recorte espacial, foi feito por meio de uma pesquisa exploratória local que indicou que os problemas

¹⁹ Esta tabela, da mesma forma como consta neste artigo, está presente no tópico de “Aspectos metodológicos” do texto integral da dissertação.

relativos à falta de vagas no Município de Ribeirão Preto eram históricos e sistemáticos apresentavam números elevados de crianças nas filas de espera por vaga (demanda reprimida). Somado a isso, a judicialização para a obtenção de vagas em creche ganhara ao longo dos anos diferentes e contraditórias formulações, desde tentativas extrajudiciais de solução do problema, até a configuração de uma litigância por vaga individual e coletivamente individualizada. Todas essas nuances fizeram da análise desse contexto uma importante possibilidade de pesquisa.

No que se refere ao recorte seguinte, isto é, aquele referente ao problema de pesquisa em termos de análise, foi desenvolvido a partir do processo de imersão e aprofundamento na bibliografia específica do campo da judicialização da educação infantil, conjugando estudos da área do direito (MARINHO, 2009; CORREA, 2014; COSTA, 2016), da educação (XIMENES, 2014; TAPOROSKY, 2017; TAPOROSKY; SILVEIRA, 2018) e das políticas públicas (OLIVEIRA, 2019; XIMENES; OLIVEIRA; SILVA, 2019; OLIVEIRA; SILVA; MARCHETTI, 2018). Nesse processo, o foco da análise foi centrado nos efeitos da judicialização, tomando para isso um referencial de judicialização enquanto fenômeno interacional e dotado de complexidades decorrentes da sua análise imbricada ao processo de políticas públicas.

A partir disso, foi possível identificar com mais precisão os objetivos da pesquisa. Como objetivo geral, a pesquisa pretendeu **analisar os efeitos da judicialização da educação infantil em creche a partir do contexto do Município de Ribeirão Preto - SP**. Como objetivos específicos traçou-se: (a) Efetuar uma revisão bibliográfica que permitisse a abordagem dos principais temas relacionados ao problema de pesquisa não apenas no campo das produções em direito, mas também em alguns campos que tivessem uma interface significativa com a análise proposta; (b) Identificar, sistematizar e analisar os documentos públicos, processuais e administrativos, que compuseram o campo que guardam pertinência com o problema exposto, bem como conectar

o campo com a revisão de literatura a partir da construção de categorias exploratórias e de análise.

São os objetivos específicos que abrem as exposições a seguir sobre os eixos teóricos de análise e os principais resultados.

3.2.2 Eixos teóricos de análise: pensando as desigualdades estruturais do acesso à creche e do acesso à justiça

A pesquisa desenvolveu alguns eixos teóricos que permitiram o processo de construção de análises sobre os dados descritos acima. A primeira parte da pesquisa destinou-se a elaboração do processo de construção histórica do direito à educação infantil em creche e as disputas que marcaram o seu processo de conquista enquanto direito no âmbito da Constituição Federal de 1988 e demais legislações, problematizando esse caminho com a contraditória implementação de políticas públicas de baixo custo no âmbito da educação infantil (ROSEMBERG, 1999; ROSEMBERG, 2002; ROSEMBERG, 2003), e que lançam as bases para a questão chave desse eixo: a garantia do direito à creche enquanto direito não encerrou seu processo de disputa em termos de realização em políticas públicas consistentes desse direito fundamental social²⁰.

A segunda parte da pesquisa foi responsável pela elaboração do **marco teórico** de análise que lançou as principais linhas para a leitura do primeiro e do que será exposto a seguir e dos próprios dados da pesquisa. Tratou-se do desenvolvimento de perspectivas teóricas críticas sobre o direito e que trouxeram consigo a articulação de marcadores sociais de produção de desigualdades no contexto da educação infantil em creche no

²⁰ Este eixo teórico da pesquisa teve seu andamento publicado em formato de trabalho completo em coautoria entre orientanda e orientador nos *Anais do IV Encontro Internacional de Participação, Democracia e Políticas Públicas (PDPP)*. O trabalho pode ser acessado em: <https://sinteseeventos.com/site/index.php/acervo/anais/anais-pdpp/143-acervo/encontro-internacional-participacao/edicoes-antteriores/293-anais4pdpp>.

contexto das infâncias (ROSEMBARG, 1996; ROSEMBERG, 2012; ROSEMBERG, 2015), e das mulheres-mães (SORJ, 2013; FERNANDES; GIMENES, 2017). É um capítulo que se conecta com o anterior, pois foi possível perceber, por meio da historicização das configurações das políticas públicas e das lutas por esse direito, que esses marcadores foram forjados historicamente e permaneciam nas dinâmicas de acesso a esse direito. Categorias dos estudos críticos feministas - contestação dos binários, politização do privado e desnaturalização de categorias legais (SEVERI, 2018) - foram utilizadas para a problematização dos termos gerais a partir do qual esse direito era expresso²¹.

Por fim, o terceiro eixo teórico consistiu na elaboração das principais discussões acerca da judicialização da educação infantil em creche em uma perspectiva que colocasse em interface estudos do direito, da educação e da ciência política. Do direito, foi possível a construção de debates acerca da formatação processual, a resistência do Judiciário às demandas coletivas e o quanto a coletivização das demandas ainda estaria fundada em uma perspectiva processual individual (MARINHO, 2009; CORREA, 2014; COSTA, 2016). Da educação, houve a incorporação de um diagnóstico que problematiza em que termos as decisões sobre educação infantil são proferidas e o quanto não contemplam a dimensão da qualidade desse direito em suas previsões (XIMENES, 2014; TAPOROSKY, 2018; TAPOROSKY; SILVEIRA, 2019). Por fim, da área das políticas públicas, foi possível identificar os deslocamentos/efeitos que a judicialização da educação infantil tem potencial de gerar das políticas públicas e sua análise de forma

²¹ Este eixo teórico da pesquisa teve seu andamento publicado em formato de trabalho completo em coautoria entre orientanda e orientador nos *Anais Eletrônicos do Seminário Internacional Fazendo Gênero 12 - Lugares de fala: direitos, diversidades, afetos*. O trabalho pode ser acessado em: https://www.fg2021.eventos.dype.com.br/resources/anais/8/fg2020/1613694160_ARQUIVO_6dfd54738cf78cb237aed681eb013423.pdf.

imbrincada ao processo de políticas públicas (XIMENES; OLIVEIRA; SILVA, 2019; SILVEIRA *et. al.*, 2020).

A conjugação dessas frentes de análise permitiram a construção de categorias do campo empírico que contemplassem diferentes dimensões do fenômeno em termos locais.

3.2.3 Análise empírica e discussão dos resultados

A partir da conjugação dos dados levantados com os eixos teóricos desenvolvidos acima, foi possível a elaboração de categorias exploratórias e categorias de análise que possibilitaram a reflexão sobre os efeitos da judicialização da educação infantil em creches no Município de Ribeirão Preto. São reflexões que, sobretudo, seguiram um processo de enriquecimento da leitura dos dados dentro do que pode ser considerado as fases da análise de conteúdo.

As categorias exploratórias foram as primeiras construídas para fins de organização e sistematização dos dados e elencaram os principais contextos da judicialização no Município. Foram categorias desenvolvidas com base nos dados sobre matrículas e ações: número de ações por ano e por modalidade de ação; respostas do Poder Judiciário às demandas - Índice de procedência das ações; matrículas por ano em Ribeirão Preto; demanda reprimida total e por subsetor da cidade; matrículas realizadas por liminar.

Por sua vez, foram categorias exploratórias desenvolvidas com base na análise dos autos das ACPs: padronização processual; tempo médio até decisão liminar e sentença; perfil individual das ACPs; atuação do MPSP em termos extrajudiciais (Procedimento Administrativo de Acompanhamento; Inquérito Civil e I Fórum de Educação Infantil); participação dos atores sociais nas audiências públicas do I Fórum de Educação Infantil; principais sentidos de educação infantil dados pelos órgãos do sistema de justiça; principais argumentos dados pela administração pública; e pessoas responsáveis pelo registro das crianças no cadastro por vagas em creche.

A partir da conjugação dessas categorias exploratórias, que já traziam uma carga analítica importante sobre os dados, elaborou-se categorias de análise que passaram, de fato, a nomear e explicar os efeitos identificados com relação ao fenômeno. Essa tipologia de efeitos, especialmente, baseou-se sobretudo no eixo teórico mencionado acima da judicialização no campo das políticas públicas que têm desenvolvido uma agenda de pesquisa nessa área de efeitos (XIMENES; OLIVEIRA; SILVA, 2019; OLIVEIRA; SILVA; MARCHETTI, 2018; OLIVEIRA *et. al.*, 2020).

Foram eles: contextos de desigualdades, sentidos de interação entre sistema de justiça e administração pública; efeitos na implementação; efeitos judiciais; efeitos institucionais; e efeitos mediatos. Essas análises circunscrevem uma ideia geral de que a judicialização da educação infantil em creche no Município persiste ainda dentro de uma lógica de coletivização individualizada que gera um efeito “fura-filas” da repriorização das filas administrativas sem que para tanto seja estruturada uma respectiva política pública consistente de expansão das vagas. Isso decorre de uma judicialização em que as formas de interação entre sistema de justiça e administração pública estavam configuradas (à época dos dados) em um sentido de interação por distanciamento (OLIVEIRA, 2019), além de outros contextos explorados no texto da referida dissertação como um todo.

As conclusões gerais da pesquisa ainda indicam questões em aberto sobre o tema, especialmente no que se refere ao aprofundamento de análises qualitativas com a prospecção de novos dados relativos, sobretudo, aos deslocamentos concretos da judicialização na ponta da política pública e seus impactos nas desigualdades sociais pré-existentes.

4. REFLETINDO SOBRE UMA AGENDA DE PESQUISA EM JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A NECESSIDADE DA INTERDISCIPLINARIDADE E DOS MÉTODOS EMPÍRICOS

Dessa articulação das pesquisas, duas questões principais são enunciadas como necessidades nas agendas de pesquisa de judicialização de políticas públicas: a **interdisciplinaridade** e o **aprofundamento dos estudos empíricos**.

As pesquisas em torno da judicialização da saúde, principalmente no campo da saúde pública, envolvem um aprofundamento do pesquisador no conteúdo e nas formas metodológicas das investigações que constroem o conhecimento médico-científico em estreita intimidade com os aspectos sociológicos do contexto dos beneficiários dos serviços públicos. Essa articulação interdisciplinar não desnatura a pesquisa em direito, mas traz para o campo jurídico um manancial mais rico de perspectivas que serão determinantes na interpretação dos dados coletados.

Nesse ponto, a interdisciplinaridade se combina sobremaneira com as pesquisas empíricas ao ampliar as possibilidades de investigação sobre o fenômeno da judicialização de políticas públicas. A interação com o fenômeno pesquisado pode não ser tão intensa se o projeto de pesquisa se limitar a abordagem puramente bibliográfica, conquanto interdisciplinar, ou se empreender metodologias empíricas, mas restritas a uma área de concentração rígida, em verdadeiro monólogo.

No esforço de compreender o conflito judicializado do fornecimento de medicamentos não disponibilizados pelo SUS, a pesquisa teve que dialogar com outras pesquisas do campo da saúde pública e da sociologia que voltam os olhos a essa complexa relação entre os reclamos de preservação da integralidade da vida daqueles indivíduos que se encontram nos estratos sociais que sofrem os efeitos mais agudos da desigualdade social, econômica e também jurídica.

A análise do conteúdo das decisões judiciais que compõem a amostra coletada mostrou que, na maioria, procedeu-se com o julgamento antecipado da lide superando a fase probatória, representando o entendimento de que o conflito entre o demandante e o poder público resumia-se a matéria de direito e prescindiria da produção de perícia médica e de estudo social sobre a hipossuficiência econômica da parte autora, dois pontos cruciais nesses litígios: necessidade daquele remédio específico e impossibilidade de custeá-lo.

Além disso, foram poucas as sentenças que mencionaram a política pública de assistência farmacêutica ou contemplaram a organização administrativa de incorporação de novas tecnologias pelos órgãos sanitários, ignorando o conhecimento técnico que pressupõe que qualquer insumo que seja disponibilizado pelo SUS é submetido à verificação de eficácia e de impacto econômico.

Da perspectiva dos potenciais usuários do sistema público de saúde, entende-se que aqueles que acessam o sistema de justiça representam apenas uma parcela do conjunto de hipossuficientes. Os referenciais teóricos do acesso à justiça aqui empregados indicam que aqueles hipervulnerabilizados sequer têm discernimento que suas necessidades são também jurídicas e, portanto, possíveis de serem reivindicadas, não tendo oportunidade de buscar assistência nem de ingressar no Judiciário.

São achados que têm probabilidade de remeter a uma acentuação das desigualdades, mas que se mostram como um desafio ainda em aberto das pesquisas empíricas em judicialização da saúde, no sentido de demonstrar com mais precisão uma relação de causalidade e em que aspectos isso se daria.

Sendo a judicialização de políticas públicas o objeto de investigação, os processos judiciais se mostram como campo de pesquisa que apresenta como as relações e as questões jurídicas se desenvolvem e como se dá o desempenho do sistema de justiça, mas representa apenas parte dessas relações sociais e das disputas que originam, já que outro tanto não chega ao Judiciário e escapa da análise do pesquisador.

A análise da íntegra dos autos do processo judicial pode fornecer uma percepção mais complexa do fenômeno que as estratégias qualitativas podem abordar. Já o recorte pela análise das decisões judiciais, em especial, das sentenças que põem fim ao litígio, funciona como critério de levantamento quantitativo e de seus métodos de coleta e análise que poderá também suscitar o uso de técnicas qualitativas, por ser o documento que contempla uma síntese dos discursos dos demais atores processuais e que a tomada de decisão pela intervenção propriamente dita na política pública.

No campo da judicialização da educação infantil, identificou-se desafios similares aos relatados na pesquisa anterior. O desenvolvimento de um estudo do direito em interface com a educação foi essencial para construção de categorias de análise que levassem em consideração elementos das políticas públicas de educação infantil e que, por sua vez, analisassem os dados de forma mais contextual. Como analisar processos judiciais que impactam nas políticas públicas de educação infantil sem considerar as especificidades do campo da educação? Alguns efeitos nas políticas públicas escapam às projeções que podem ser feitas de categorias estritamente legais.

Isso pôde ser observado em duas dimensões: a primeira sobre como a qualidade da educação infantil poderia ser incorporada à análise, a partir justamente dos tensionamentos que os estudos da educação sobre a judicialização traziam acerca da falta de técnica das pesquisas na área do direito sobre o conceito de educação infantil e todas as suas dimensões constitutivas, especialmente a qualidade. Outra dimensão consistiu no processo de compreensão do histórico de precarização das políticas públicas de educação infantil em creche, fato que permitiu uma análise que contemplasse os diversos marcadores sociais de produção de desigualdade forjados historicamente e que ainda permaneciam na lógica de elaboração das políticas públicas na área.

A pesquisa de mestrado tentou desenvolver essas perspectivas, mas reconhece a necessidade de aprofundamento e de uma conexão ainda mais direta com o campo da educação, tanto em termos de

pesquisas, mas especialmente sobre quais atores sociais são levados em consideração nas pesquisas e em quais âmbitos de análise se desenvolvem. Isso coloca em perspectiva a necessidade de aprofundamento das perspectivas empíricas sobre o campo, sobretudo qualitativas, que permitam um enriquecimento da análise da judicialização da educação infantil por meio da busca ativa de atores sociais que ocupam cifras ocultas hoje nos estudos do campo do direito e de âmbitos nos quais as decisões judiciais desaguardam, como a política pública em sua implementação - no caso desta pesquisa, as instituições de creche e seu dia-dia.

Essas duas questões - interdisciplinaridade e pesquisa empírica - circunscrevem uma dificuldade analítica comum a ambas as pesquisas: a formulação de inferências sobre desigualdades sociais em interação com o sistema de justiça. Analisar se a judicialização tem de fato contribuído para redução de desigualdades pré-existentes ou, ao contrário, para a reprodução ou criação de novas desigualdades é um ponto latente e ainda desafiador nos estudos do campo (SANDEFUR, 2008). Nesse sentido, o aprofundamento de perspectivas empíricas qualitativas coloca-se como um caminho importante nesses estudos com o potencial de construção de dados mais aprofundados sobre o tema e considerando uma amplitude maior de atores sociais - dentro e fora do sistema de justiça - e de espaços nos quais a judicialização repercute (política pública em si e suas instituições).

Isso suscita com mais ênfase o esforço colaborativo entre os pesquisadores que se dedicam a mesma agenda de pesquisa, assim como o debate sobre as limitações das variadas técnicas, reforçando o proveito interdisciplinar e a construção gradual de um conhecimento não apenas a respeito do objeto das investigações, mas também das estratégias metodológicas, em avanço do aprendizado para futuras pesquisas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível observar neste texto, o campo de estudos da judicialização de políticas públicas tem tido uma análise cada vez mais profunda e com diferentes recortes. O presente trabalho pretendeu propor alguns questionamentos que foram identificados nas respectivas pesquisas de mestrado aqui descritas. Essas questões se conectam com uma agenda geral de pesquisa no campo e com os próprios desafios identificados ao longo das pesquisas próprias.

A despeito da amplitude do tema que permitiria elencar uma diversidade de questões, recortou-se para a proposta deste texto duas questões que coexistiram em ambas as pesquisas e se destacaram: a necessidade da interdisciplinaridade e dos métodos empíricos nos estudos sobre judicialização de políticas públicas. Ambas as questões circunscrevem um desafio geral mais amplo e que consiste em uma pauta pulsante nos estudos de acesso à justiça e judicialização: a construção de inferências sobre desigualdades em interação com o sistema de justiça e o tensionamento da narrativa estritamente judicial do conflito. Refletir sobre as desigualdades de acesso à justiça - e de uma forma mais ampla, do acesso a políticas públicas sobre direitos sociais - coloca no horizonte de análise outra perspectiva sobre garantia de direitos que depende de como qualitativamente este direito é garantido em termos de política pública (diálogo com outras áreas técnicas) e a quem esse direito é garantido (ou tem o potencial de ser).

REFERÊNCIAS

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Pesquisas em processos judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAÚJO, Izabel Cristina de Souza; MACHADO, Felipe Rangel de Souza. A judicialização da saúde em Manaus: análise das demandas judiciais entre 2013 e 2017. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 29, n. 1, e190256, 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. Os processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coords.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 475-492.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. **Relatório de Recomendação do Conitec nº 24**. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. 44 p. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Incorporados/Ranibizumabe-DMRI-final.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: Rename 2014**. 9. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2015. 228 p. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2015/julho/30/Rename-2014-v1.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2018.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2013, p. 225-236.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Trad. de Hermes Zanetti Júnior. Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 161-177, jan./mar. 2008.

CHASIN, Ana Carolina da Matta. **Juizados especiais cíveis um estudo sobre a informalização da justiça em São Paulo**. São Paulo: Alameda, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) (Brasil). **Ações coletivas no Brasil**: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/799b01d7a3f27f85b334448b8554c914.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) (Brasil). **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

CORRÊA, Luiza Andrade. **A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COSTA, Susana Henriques da Costa; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas – Relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coords.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 359 – 381.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no

Município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2, mai./ago., 2016, p. 38-68.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008/fev. 2009.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?. In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYNSZPAN, Mario. **Cidadania, Justiça e Violência**. Trad. Paulo Martins Garchet. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1999, p. 61-76.

FERNANDES, Fabiana Silva; GIMENES, Nelson; DOMINGUES, Juliana dos Reis. Mulheres e filhos menores de três anos: condições de vida. **Cadernos de Pesquisa**, v. 47, n. 163, jan./mar., 2017, p. 320-341.

FERRAZ, Leslie Shérída; GABBAY, Daniela Monteiro; ECONOMIDES, Kim; ALMEIDA, Frederico; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; CHASIN, Ana Carolina; COSTA, Susana Henriques da; CUNHA, Luciana Gross; LAURIS, Élida; TAKAHASHI, Bruno. Mesa de debates: “Repensando o acesso à Justiça: velhos problemas, novos desafios”. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. vol. 4, n. 3, out. 2017, p. 174-212.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun. 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, São Paulo, v. 7, n. 7, 2010, p. 9 – 37.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 97, p. 9-15, mar. 2000.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

IGREJA, Rebecca Lemos. O direito como objeto de estudo empírico: o uso dos métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, dez. 1996. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025>. Acesso em: 22 nov. 2019.

LAURIS, Élide. Entre o social e o político: A luta pela definição do modelo de acesso à justiça em São Paulo. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, [online], n. 87, 2009. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/1464>. Acesso em: 02 nov. 2019.

LAURIS, Élide. Uma questão de vida ou morte: para uma concepção emancipatória de acesso à justiça. **Revista Direito e Práxis**, v. 6, n. 1, p. 412-454, mar. 2015. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15412/11720>. Acesso em: 10 dez. 2019.

MACHADO, Máira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais**: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1827-1858, 2015.

MONTES, Priscila Silva. **As fronteiras do acesso à justiça**. 2014. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciencias Humanas e Sociais, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/131890>. Acesso em: 20 nov. 2019.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil. **Opinião Pública**, Campinas, v. 22, n. 2, p. 318-349, ago. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762016000200318&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 01 nov. 2019.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Apresentação. In: OLIVEIRA, Vanessa Elias de. **Judicialização de políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019, p. 15-39.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da; MARCHETTI, Vitor. Judiciário e políticas públicas: o caso das vagas em creche na cidade de São Paulo. **Educ. Soc.**, v. 39, n. 144, jul./set., 2018, p. 652-670.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; MADEIRA, Lúgia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à COVID-19: um novo padrão decisório? **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 35, p. 1-44, 2021.

PASSOS, Daniela Veloso; GOMES, Valéria Bastos. A judicialização da saúde e as políticas públicas para fornecimento de

medicamentos: uma análise a partir das decisões do TRF da 5ª Região. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. v. 4, n. 3, p. 98-110, out. 2017.

ROSEMBERG, Fúlvia. A cidadania dos bebês e os direitos de pais e mães trabalhadoras. In: FINCO, Daniela; GOBBI, Marcia Aparecida; FARIA, Ana Lúcia de Goulart (orgs.). **Creche e feminismo: desafios atuais para uma educação descolonizadora**. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 2015, p. 163-183.

ROSEMBERG, Fúlvia. A criança pequena e o direito à creche no contexto dos debates sobre infância e relações raciais. In: BENTO, Maria Aparecida Silva (org.). **Educação infantil, igualdade racial e diversidade: aspectos políticos, jurídicos, conceituais**. São Paulo: CEERT, 2012, p. 11-46.

ROSEMBERG, Fúlvia. Educação infantil, classe, raça e gênero. **Cadernos de Pesquisa**, n. 96, fev., 1996, p. 58-65.

ROSEMBERG, Fúlvia. Expansão da educação infantil e processos de exclusão. **Cadernos de Pesquisa**, n. 107, jul., 1999, p. 7-40.

ROSEMBERG, Fúlvia. Organizações multilaterais, estado e políticas de educação infantil. **Cadernos de Pesquisa**, n. 115, mar., 2002, p. 25-63. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0100-15742002000100002&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 06 mar. 2020.

ROSEMBERG, Fúlvia. Sísifo e a educação infantil brasileira. **Proposições**, v. 14, n. 1, jan/fev, 2003, p. 177-194.

SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: visão da sociedade. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 65, n. 198, p. 271-279, 2008.

SANDEFUR, Rebecca L. Access to Civil Justice and Race, Class, and Inequality. **Annu. Rev. Sociol.**, 34, 2008, p. 339-358.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. *et. al.* Efeitos da judicialização da educação infantil em diferentes contextos subnacionais. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 50, n. 177, jul./set., 2020, p. 718-737.

SORJ, Bila. Arenas de cuidado nas intersecções entre gênero e classe social no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, v. 43, n. 149, mai./ago., 2013, p. 478-491.

TAPOROSKY, Barbara Cristina Hanauer. **O controle judicial da qualidade da oferta da educação infantil**: um estudo das ações coletivas nos Tribunais de Justiça do Brasil. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

TAPOROSKY, Barbara Cristina Hanauer. SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. A qualidade da educação infantil como objeto de análise nas decisões judiciais. **Educação em Revista**, v. 34, 2018, p. 1-31.

VEÇOSO, Fabia F. Carvalho; PEREIRA, Bruno Ramos; PERRUSO, Camila Akemi; MARINHO, Carolina Martins; DE OLIVEIRA BABINSKI, Daniel Bernardes; WANG, Daniel W. Liang; GUERRINI, Estela Waksberg; DE PALMA, Juliana Bonacorsi; SALINAS, Natasha S. Caccia. A pesquisa em Direito e as Bases Eletrônicas de Julgados dos Tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. v. 1, n. 1, p. 105-139, jan. 2014.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis* - **Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100. 2010.

VITOVSKY, Vladimir Santos. O Acesso à justiça em Boaventura de Sousa Santos. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 13, n. 1, 2017.

WATANABE, Kazuo (Coords.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2013, p. 213-224.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 139, p. 28-35, set. 2006.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 2, p. 92-131, 1 jul. 2008. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i2p92-131>.

XIMENES, Salomão Barros. O conteúdo jurídico do princípio constitucional da garantia de padrão de qualidade do ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. **Educ. Soc**, v. 35, n. 129, out./dez., 2014, p. 1027-1051.

XIMENES, Salomão Barros; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da. Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o Sistema de Justiça e a Administração Pública. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 29, mai./ago., 2019, p. 155-188.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. trad. Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZUFELATO, Camilo. A busca por soluções jurídicas consensuais em tema de controle judicial de políticas públicas: reflexões à luz do Projeto de Lei nº 8.058/2014. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (org.). **Controles da administração e judicialização de políticas públicas**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 307-319.

GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2013, p. 309-331.

Seção II

Acesso à justiça e Estado Democrático de Direito

DIÁLOGO CONSTITUCIONAL ENTRE O STF E O CONGRESSO NACIONAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Rubens Beçak¹

Guilherme de Siqueira Castro²

Resumo: O presente texto tem o objetivo de analisar o funcionamento da teoria do diálogo constitucional, no contexto do sistema de controle de constitucionalidade por omissão criado na Constituição Federal de 1988. A teoria do diálogo constitucional foi recepcionada na doutrina brasileira como uma síntese da polêmica sobre a quem cabe a primazia da interpretação constitucional: juízes ou legisladores. No presente trabalho defende-se que a teoria do diálogo é vista de modo benigno, mistificando os conflitos entre poderes. Recorrendo-se a teoria dos jogos, os autores procuram desenvolver uma análise da relação entre os poderes como uma interação estratégica entre jogadores, no qual pouco importa na prática se os atores envolvidos na interpretação constitucional aderem a teorias monológicas ou dialógicas do controle de constitucionalidade. A partir dessa metodologia, os autores concluem que o jogo entre o STF e o Congresso Nacional no suprimento das omissões legislativas é um jogo estratégico, sequencial, sem possibilidade de hegemonia de um dos atores ou diálogo deliberativo entre os poderes.

Palavras-Chave: Interpretação constitucional; Separação dos poderes; Teoria dos jogos.

Abstract: This text aims to analyze the functioning of the theory of constitutional dialogue, in the context of the system of control of constitutionality by omission created in the Federal Constitution of 1988.

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Associado da Universidade de São Paulo (USP). Contato: prof.becak@usp.br

² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP / USP. Contato: guicastrosp@gmail.com.

The theory of constitutional dialogue was received in the Brazilian doctrine as a synthesis of the controversy about whom has the primacy of constitutional interpretation: judges or legislators. In the present work, it is argued that the theory of dialogue is seen in a benign way, mystifying the conflicts between powers. Using game theory, the authors seek to develop an analysis of the relationship between powers as a strategic interaction between players, in which it matters little in practice whether the actors involved in the constitutional interpretation adhere to monological or dialogic theories of constitutionality control. Based on this methodology, the authors conclude that the game between the STF and the National Congress in supplying legislative omissions is a strategic, sequential game, with no possibility of hegemony by one of the players or deliberative dialogue between the powers.

Keywords: Constitutional interpretation; Separation of powers; Game theory.

INTRODUÇÃO

A questão sobre quem tem a última palavra na interpretação constitucional é um tema que entrou na agenda pública brasileira. Segundo um discurso corrente, caberia ao Supremo Tribunal Federal – STF o direito de errar por último, de decidir em definitivo o que é constitucional / inconstitucional. Subjacente ao debate público, na literatura política-constitucional o tema também é tratado de maneira polarizada: há os defensores da supremacia judicial e os partidários da supremacia legislativa.

Em apertada síntese, para os primeiros a interpretação efetuada pelos Tribunais dos dispositivos constitucionais deve ser compreendida como definitiva para os demais poderes e a sociedade (BRANDÃO, 2017, p. 21). Já os defensores da supremacia legislativa negam que o único intérprete final da Constituição seja o Poder Judiciário. Ao contrário, defendem a possibilidade do *legislative override*, ou seja, a possibilidade de o Parlamento aprovar lei ordinária idêntica a declarada inconstitucional ou contrária a interpretação constitucional dos Tribunais.

Este debate pode ser personificado por dois autores: Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Enquanto Ronald Dworkin defende a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, justificado pela leitura moral da Constituição e do modelo de juiz Hércules (DWORKIN, 1977, p. 116-117), Jeremy Waldron, em contraposição, argumenta a favor da supremacia do Legislativo porque este respeita o ideal de democracia fundado na soberania popular (WALDRON, 1999a, p. 04).

Uma terceira via entre os dois modelos surgiu e rapidamente ganhou força de síntese dialética. Trata-se da teoria do diálogo constitucional. Não há uma definição clara na doutrina sobre o que seria o diálogo constitucional. Meuwese e Snel chegam a declarar que o conceito de diálogo constitucional envolve muitas vezes concepções mutualmente excludentes e o termo é tão disputado quanto o conceito de democracia (MEUWESE; SNEL, 2013, p. 124). Entretanto, a despeito das concepções divergentes do conceito, a teoria do diálogo constitucional tem um *leitmotiv* claro: a ideia de que ramos diferentes do Estado (executivo, legislativo e judiciário) e a sociedade interagem para moldar no tempo a interpretação constitucional dominante.

O apelo da expressão diálogo constitucional é forte, enfatiza o vínculo entre constitucionalismo e democracia ao legitimar uma participação ampla na interpretação constitucional. Expressões como “última palavra sobre a interpretação constitucional” e “quem erra por último” não encontram guarida em um modelo dialógico de interpretação constitucional. Portanto, a expressão diálogo constitucional cumpre um papel simbólico, muito caro aos juristas, ao atribuir um caráter harmônico e racional para a interpretação constitucional, um espaço de deliberação onde o melhor argumento é construído por meio de contribuições de diversos atores.

Nesse sentido, o modelo dialógico cumpriria a promessa constitucional brasileira que afirma, solenemente, que os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si (artigo 2º, Constituição Federal). Não é obra do acaso que tantas obras tenham sido publicadas sobre o assunto nos últimos anos no Brasil, sendo

o uso dominante no Brasil da expressão diálogo institucional em detrimento da expressão diálogo constitucional.

Todavia, o problema surge quando uma discussão em sistema jurídico estrangeiro é trazida ao Brasil sem a devida adaptação. No Brasil temos um Executivo forte que praticamente controla a agenda do parlamento, fragmentado em muitos partidos, e a Carta Magna de 1988 expressamente confere ao STF o papel de guardião da Constituição (artigo 102, *caput*, da Constituição Federal). A exceção é o controle de inconstitucionalidade por omissão.

No caso de omissões normativas inconstitucionais, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional pelo STF, será dada ciência ao legislador para tomada das providências cabíveis. Ainda que o STF tenha revisto sua jurisprudência sobre os efeitos concretos e normativos da decisão proferida em mandado de injunção, o fato é que nesses 30 anos de Constituição Federal houve uma interação explícita entre nossa Corte Constitucional e o Congresso Nacional. Essa interação entre os poderes cumpre os pressupostos fáticos da teoria do diálogo constitucional.

Há vozes doutrinárias no Brasil que enxergam na teoria do diálogo constitucional um modelo de controle constitucional deliberativo, uma espécie de colóquio argumentativo racional entre os poderes na interpretação constitucional (MENDES 2008; VICTOR, 2015; VALLE, 2016; GODOY, 2017). Nesse texto, pretende-se problematizar esse discurso dialógico e sua aplicabilidade no Brasil, com base na tese de democracia agonista de Chantal Mouffe e na teoria dos jogos.³

A pesquisa é, eminentemente, teórica, sem perder um viés crítico com vistas a produzir uma perspectiva própria da interação entre os poderes. Dito de outra forma, busca-se desvendar os quadros teóricos de referência e o contexto ideológico que condiciona o significado construído de diálogo constitucional pela

³ Oportuno esclarecer que será evitada a formalização matemática da teoria dos jogos para facilitar a compreensão dos não iniciados na matéria.

doutrina brasileira. Nossa crítica principal está baseada no fato que o que determina cooperação ou conflito na interpretação constitucional é a interação estratégica entre os poderes, não adesão a um modelo teórico, supostamente benigno. Pelo contrário, a teoria do diálogo constitucional enfatiza uma espécie de consenso institucional pós-político ou antipolítico perigosos para a democracia. Disputa, antagonismo e hegemonia podem não se adequar ao ideal humanista de consenso racional universal, mas são fatos inerentes a disputa política-constitucional. Negá-los não promove o consenso, pelo contrário contribui para o antagonismo ao recusar a legitimidade de projetos diversos do modelo hegemônico.

O objetivo central é analisar uma alternativa explicativa para a interação entre os poderes no controle de constitucionalidade sem recorrer a teoria do diálogo constitucional. Toda essa discussão sobre supremacia judicial, supremacia legislativa ou síntese dialógica na interpretação constitucional tem dois problemas. Em primeiro lugar, é deveras abstrata, posto que deixa de levar em consideração idiosincrasias do sistema democrático brasileiro, tal como o presidencialismo de coalizão. Em segundo lugar, é uma ideia fora do lugar, tributária da filosofia política e do direito constitucional da metrópole, algo típico do bacharelismo brasileiro. Não se nega a influência da doutrina estrangeira no pensamento jurídico nacional, mas analisar o Direito brasileiro como uma construção precária em relação ao sistema europeu ou americano (que falta muito para que ele se torne, ao final, igual ao direito estadunidense ou alemão) é de uma subalternidade teórica que transforma a pesquisa em crença.

2. DO MONÓLOGO AO DIÁLOGO

2.1 A dificuldade Contramajoritária

A visão tradicionalista da separação de poderes é aquela que acredita que há mesmo uma divisão em que as atividades do Estado são distribuídas de forma estanque e bem definida entre os

três poderes. Esta visão não considera a unidade do poder do Estado e vê o executivo e o legislativo como detentores das atividades políticas e o judiciário como uma instância de neutralidade jurídica entre eles.

O exercício do controle de constitucionalidade da legislação pelo poder judiciário é um tema controverso, em virtude do questionamento a respeito de sua legitimidade democrática. Esse controle de natureza judicial teve seu marco inicial na decisão do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A interpretação desenvolvida pelo *Chief Justice* John Marshall no caso foi de importância fundamental e de profundo caráter inovador: enunciou a supremacia da constituição, afirmou a nulidade da lei que viola à constituição, e impôs o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à constituição (BARROSO, 2019b, p. 31).

A decisão de Marshall é paradigmática. Todavia, ao estabelecer que uma constituição escrita e rígida é hierarquicamente superior aos atos legislativos produzidos pelos Congresso, muitos viram no precedente judicial o começo da polarização entre constitucionalismo e soberania popular, posto que a Constituição dos EUA não conferia à Suprema Corte daquele país a atribuição de julgar a constitucionalidade das leis.

Nessa toada, o papel contramajoritário das Cortes Constitucionais em um sistema democrático é um tema caro para a teoria constitucional contemporânea. Desde a enunciação da tese *countermajoritarian difficulty*, em um ensaio seminal de Alexander Bickel, originalmente publicado em 1962 (BICKEL, 1986), a academia estadunidense produz uma ampla gama de estudos, tanto normativos como empíricos, sobre o papel da Suprema Corte dos EUA na elaboração de políticas (*policymaking*).

Bickel inaugurou uma tradição analítica que enxerga o *judicial review* como um problema de legitimidade decisória dos Tribunais que desvirtua a vontade da maioria e, por conseqüência lógica, o funcionamento da democracia representativa. Para o autor, a despeito da complexidade do sistema democrático, com seus

grupos de pressão, lobbys e competição partidária, ninguém pode negar que o poder de elaborar políticas é dos órgãos representativos, formados a partir do processo eleitoral, enquanto o *judicial review* trabalha contra esta premissa (BICKEL, 1986, p. 19). Para o autor, *judicial review* pode ser conceituado como “o poder de aplicar e construir a Constituição contra a vontade da maioria legislativa do momento, que é incapaz de afetar a decisão judicial” (BICKEL, 1986, p.21).

2.2 Monólogos

A definição de *judicial review* utilizada por Alexander Bickel sintetiza um fenômeno muito estudado na teoria constitucional contemporânea denominado de déficit democrático das decisões judiciais de controle de constitucionalidade. Uma variedade enorme de estudiosos formulou teorias para tentar, de algum modo, enfrentar o problema da dificuldade contramajoritária dos tribunais. Essas teorias podem ser divididas em dois grandes grupos, cada qual com as diversas subespécies: as monológicas e as dialógicas.

As monológicas partem da premissa que há uma decisão final relativa à interpretação constitucional. A polêmica neste tópico é definir qual órgão estatal seria responsável pela ‘palavra final’ sobre a interpretação das normas constitucionais: os órgãos políticos ou os tribunais. Analisaremos essa polêmica a partir da disputa intelectual de dois jusfilósofos: Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

2.2.1 Supremacia Judicial

Para os defensores da supremacia judicial, a participação de juízes na interpretação constitucional é benigna, promove a proteção de minorias e a edificação de um núcleo essencial de direitos fundamentais que limita a arbitrariedade estatal. O grande trunfo do controle judicial de constitucionalidade, que redundará para muitos analistas em uma supremacia judicial, é incorporar conceitos de justiça substantiva ao conceito de democracia como

regra da maioria, institucionalizado através da supremacia do Parlamento.

Uma democracia constitucional, na qual direitos das minorias são entrincheirados em uma lei superior e zelados por tribunais insulados da política através da jurisdição constitucional, pode evitar que o sistema político se degenere em uma tirania. Desse modo, haveria um nítido efeito incremental da jurisdição constitucional no fortalecimento da democracia, ao equilibrar assimetrias políticas.

A supremacia judicial seria, ainda, necessária para a estabilidade de qualquer sistema democrático, pois previne uma anarquia interpretativa da Constituição e garante o acesso à justiça. O fato de que o judiciário não atua sem que seja provocado já é suficiente para que a harmonia entre os poderes seja preservada e um governo dos juízes seja impedido.

Ademais, ainda que os juízes constitucionais não sejam agentes públicos eleitos, sua atuação se legitima como representante argumentativo da sociedade, dentro de uma concepção de democracia deliberativa. Neste sentido, a legitimidade política não decorre apenas do procedimento eleitoral, mas deriva também de uma legitimidade argumentativa ou discursiva (BARROSO, 2019a, p. 463).

Nesse ponto, destaca-se a visão de Ronald Dworkin sobre democracia e o papel dos tribunais em uma comunidade política (DWORKIN, 2002, p. 221). Como ensina Mendes, o conceito de direito de Dworkin está vinculado ao conceito de interpretação judicial, e esta interpretação não causa danos a democracia, ao contrário, pode aperfeiçoá-la na medida em que a argumentação judicial é de tipo superior, fundada na moralidade e justiça imanentes dos direitos fundamentais (MENDES, 2008, p. 33).

Para Ronald Dworkin, as decisões judiciais devem ser justificadas por argumentos de princípio, que justificam a decisão política mostrando sua conformidade aos direitos fundamentais do indivíduo, e não por argumentos de política (*policy*), que justificam a decisão política em função de um objetivo coletivo. Os direitos

fundamentais são o núcleo intangível da sociedade democrática, ou em termos dworkianos, são os trunfos (*rights as trumps*) perante a maioria, um trunfo, que não se permuta, não se negocia nem se barganha, mas se respeita (DWORKIN, 2002, 558).

Dessa maneira, não há espaço para o juiz *bouche de la loi*, tampouco para a supremacia do parlamento. Dworkin necessita de um juiz com grande capacidade interpretativa, que faça jus a imensa tarefa hermenêutica de interpretar os princípios morais e de justiça. Na parte mais idealista de sua teoria, Dworkin conceberá um juiz Hércules para dar conta deste grandioso trabalho (2002, p. 165).

Como fica claro, Dworkin compreende o direito como interpretação e, conseqüentemente, encoraja uma postura judicial arrojada na interpretação dos valores constitucionais estatuídos nos princípios, principalmente para os chamados casos difíceis (*hard cases*). Os casos difíceis são aqueles nos quais não há uma regra de direito clara, estabelecida previamente pelo legislador, logo os juízes teriam um ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra.

Porém, para ficar na metáfora da mitologia grega, os princípios têm um rosto de Janus: se, por um lado, visam reduzir a discricionariedade judicial nos casos difíceis; por outro, podem servir de base para uma atuação judicial sujeita a parâmetros jurídicos muito tênues (BRANDÃO, 2017, p. 75).

Para responder a esta crítica, Dworkin recorrerá a outra metáfora, a do romance em cadeia, para enfatizar a necessidade de a decisão judicial aplicadora de princípios morais abstratos se inserir na tradição jurídica do país, buscando, assim, conferir coerência e integridade ao sistema jurídico (DWORKIN, 1999, p. 276).

2.2.2 Supremacia Legislativa

O esforço teórico mais abrangente para colocar o legislador em papel de primazia na reflexão do direito constitucional é formulado por Jeremy Waldron, que discute a legitimidade do princípio majoritário na solução de disputas constitucionais (WALDRON,

2003, p. 180). Para este teórico, os constituintes estão em posição original quando redigem uma Carta Constitucional, então os direitos são muitas vezes descritos de maneira vaga e minimalista. Isso leva a um problema de escolha política dos destinatários das normas constitucionais, pois há um amplo leque de opções sobre o que é justiça e qual a extensão dos direitos.

Waldron concede um grande peso ao julgamento individual, o que leva a ideia de desacordo moral entre os indivíduos. Pessoas razoáveis e bem-intencionadas podem ter interpretações divergente sobre os princípios, bem como sobre as políticas públicas. Jeremy Waldron argumenta que em razão do desacordo moral, a melhor solução para o caso difícil não pode ser dada por um juiz, posto que o desacordo moral atinge não só questões de *policy*, mas também de princípios, para ficar na linguagem dworkiana (WALDRON, 1999, p. 182).

Deste modo, o juiz Hércules não pode chegar a um resultado correto. Aliás, não há um resultado correto sobre questões de princípio em uma sociedade democrática e pluralista na concepção waldroniana. O desacordo moral leva a um problema de legitimidade decisória dos tribunais.

A solução vislumbrada por Waldron é adotar a regra da maioria como processo deliberativo destinado a resolver os conflitos políticos, inclusive os constitucionais. A vantagem da solução pela regra da maioria é a preservação da igualdade entre os sujeitos de direito, já que atribui igual peso à participação dos indivíduos, além de respeitar visões de mundo divergentes (WALDRON, 2018, p. 124).

Basicamente, o pensamento de Waldron se contrapõe ao modelo de juiz Hércules de Ronald Dworkin. Para o autor, a combinação de argumentos favoráveis aos juízes e desfavoráveis aos legisladores, sem a devida consideração da sua recíproca, ou seja, do apontamento dos desacertos de juízes e da capacidade robusta dos legisladores também interpretar as normas constitucionais, é uma cilada retórica.

O resultado deste tipo de argumentação é a mistificação da figura do juiz e demonização do papel do legislador. Em outras palavras, é injusto comparar o juiz Hércules de Dworkin, dotado de todo o tempo e conhecimentos necessários para interpretar princípios constitucionais sob a melhor forma possível, com um inábil legislador, insensível aos preceitos constitucionais.

Por outro lado, Waldron atribui ao Parlamento a tarefa de resolver os conflitos sobre a natureza concreta dos direitos, à vista de sua composição plural refletir tais desacordos, e a responsabilidade eleitoral dos seus membros incorporar o espírito de autogoverno do povo. Ademais, o Legislativo tem significativa capacidade de coletar informações das mais diversas fontes, ouvir especialistas e ponderar interesses variados, sendo o foro mais adequado para resolver conflitos.

Ao contrário, os Tribunais, diante da natureza adversarial do processo judicial e dos efeitos das suas decisões entre as partes, tendem a ficar subordinados às informações e aos pontos de vista apresentados pelas partes do processo, apresentando maior dificuldade para perceber todas as implicações e interesses que gravitam em torno de conflitos constitucionais.

Waldron aponta, também, um paradoxo na posição dos defensores do *judicial review*. Para aqueles que apontam arbitrariedade no uso da decisão por maioria não levam em conta que quando juízes discordam entre si, a decisão também é adotada pela regra da maioria (WALDRON, 2003, p. 153).

Sem prejuízo da pertinência de determinados argumentos, uma análise global dos fundamentos teóricos da supremacia parlamentar conduz à mesma conclusão obtida em relação à supremacia judicial; refere-se ao recurso seletivo a argumentos favoráveis ao ator institucional que os seus adeptos querem privilegiar e desfavoráveis àquele que querem criticar. Todavia, se nem os juízes nem os legisladores apresentam, em sua plenitude, as capacidades que as teorias lhes atribuem, o que fazer? A resposta seria a teoria dos diálogos constitucionais?

2.3 A solução dialógica

As teorias monológicas têm várias aporias que não conseguem solucionar, na prática, os problemas do déficit democrático do *judicial review*. Uma crítica geral que pode ser endereçada aos monólogos constitucionais, independentemente do viés, é que a abordagem teórica é normativa. Dito de outro modo, os monólogos constitucionais estão preocupados em prescrever como deveria ser a interpretação constitucional, estão baseados em uma idealização da sociedade e suas instituições. Cuida-se de teorias apriorísticas, não empíricas e preocupadas em preceituar uma hipótese.

Por seu turno, uma abordagem teórica positiva pretende descrever como a interpretação constitucional efetivamente se realiza no contexto político-institucional. Nesse sentido, as teorias dialógicas são vistas como uma terceira via no debate entre supremacia judicial e supremacia legislativa ao abordar o tema de maneira positiva.

As teorias do diálogo constitucional se diferenciam, essencialmente, das teorias monológicas ao focar no processo institucional em que a interpretação constitucional é realizada, sugerindo uma solução partilhada entre o judiciário e os atores políticos (BATEUP, 2006, p. 11). Ao contrário do que se advoga nas teses monológicas, a decisão do judiciário não é final e, conseqüentemente, não é contramajoritária.

O conceito de diálogo constitucional é bastante equívoco. Em linhas gerais, as teorias do diálogo constitucional enfatizam que o Poder Judiciário não pode e, tampouco, não deve ter o monopólio da interpretação constitucional (HOGG e BUSHELL, 1997, p. 81; BATEUP, 2006, p. 2; MENDES, 2008, p. 165). Assim, o exercício do controle judicial de constitucionalidade não é um fim em si mesmo, mas parte de um processo de interpretação constitucional maior, interativo, interconectado e dialético entre os diversos atores políticos (juízes, parlamentares, executivo, grupos de pressão, eleitores).

Na década de 1970, Bickel já defendia uma interlocução da Suprema Corte com os outros ramos governamentais e a sociedade civil, uma forma de extrair respostas adequadas para os litígios constitucionais em uma espécie de colóquio socrático (BICKEL, 1986, p. 70). O colóquio socrático intuía muito do que se tornou as teorias dialógicas.

Uma definição de diálogo constitucional que nos interessa para os fins desse artigo é a formulada por Peter Hogg e Alisson Bushell, em artigo sobre o tema publicado no *Osgoode Hall Law Journal*, em 1997. In verbis:

At first blush the word 'dialogue' may not seem particularly apt to describe the relationship between the Supreme Court of Canada and the legislative bodies. After all, when the Court says what the Constitution requires, legislative bodies have to obey. Is it possible to have a dialogue between two institutions when one is so clearly subordinate to the other? Does dialogue not require a relationship between equals? The answer, we suggest, is this. Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent legislative body as a dialogue. (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 81)

No pequeno trecho transcrito, os autores colocam os vários pontos do debate. Primeiro, tratam, ainda que superficialmente, do tema da supremacia judicial e colocam a questão: como pode haver diálogo em relações, a princípio, hierarquizadas e assimétricas? Essa questão formulada há 22 (vinte dois) anos ainda é atual. Em segundo lugar, os autores problematizam a supremacia judicial e reconhecem a capacidade do corpo legislativo de reverter, modificar ou evitar a decisão proferida pela Corte Constitucional, sem aderir expressamente a tese da supremacia do legislativo, ao contrário, enfatizando o aspecto relacional entre juízes e legisladores como um diálogo.

Portanto, o diálogo que culmina em uma decisão democrática existe porque a decisão judicial que declara uma lei como inconstitucional pode ser revertida, modificada ou evitada pelo parlamento (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 80). Segundo os autores, geralmente há uma lei alternativa que está em discussão no

parlamento, o que permite atingir o objetivo legislativo originalmente almejado, embora por meios diferentes.

Christiane Bateup avalia que características estruturais distintivas da Carta de Direitos do Canadá de 1982 levaram os estudiosos canadenses a procurar formas alternativas de compreender a relação entre os tribunais e Legislativos (federal e estaduais) em litígios sobre a Carta. Uma das abordagens mais proeminentes sugerem que o controle de constitucionalidade canadense é uma interação dialógica entre juízes e legisladores (BATEUP, 2006, p. 2). Uma dessas características distintivas é a cláusula não obstante (*no withstanding*) prevista na seção 33 da Carta de Direitos do Canadá de 1982. A cláusula permite, expressamente, que o Parlamento ou uma legislatura estadual imponham limites a interpretação dos direitos fundamentais do tribunal constitucional canadense (DIXON, 2009, p. 4).

Além disso, quando o Tribunal anula uma lei, frequentemente oferece uma sugestão de como a lei pode ser modificada para resolver os problemas constitucionais. O parlamento canadense geralmente segue essa sugestão, ou arquiteta uma lei diferente que também contorna as barreiras constitucionais (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 80).

No Brasil, a ideia de diálogo foi segmentada para incluir contextos diferentes do original. Por um lado, fala-se em diálogo institucional para enfatizar a inter-relação entre os poderes constituídos na interpretação constitucional. Já o termo diálogo social realça a participação dos cidadãos nos processos de controle de constitucionalidade perante o STF, influenciando no processo decisório da Corte por meio de audiências públicas. Discorre-se, ainda, sobre o diálogo interjurisdicional para examinar o impacto dos precedentes judiciais de decisões de Cortes Internacionais nas jurisdições dos Estados-nação.

Ao utilizar a palavra diálogo, os autores promoveram, ainda que indiretamente, uma síntese forte e relativamente simples de um amplo debate sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade de leis. O grande potencial da teoria do diálogo

constitucional é oferecer uma solução a dificuldade contramajoritária do *judicial review*.

No Brasil, Conrado Hübner Mendes, que trabalha o tema do diálogo constitucional em diversos textos, tenta conciliar a ideia de provisoriedade das decisões com uma ideia de última palavra mitigada, a qual se expressaria por meio do grau de durabilidade da decisão no tempo e não pela imutabilidade por ser proferida por uma corte constitucional. O autor maneja o conceito de rodada procedimental, ou seja, há uma interação ao longo do tempo entre legislativo e judiciário, havendo, entretanto, um nível decisório último, porém provisório, além do qual não há recurso, exceto pelo reinício do processo, em uma nova rodada procedimental (MENDES, 2008, p. 165).

Desse modo, quem decide por último (seja a legislatura ou os tribunais), decide por último em uma rodada, mas como pode haver outra rodada, a decisão pode ser modificada, decide-se por último de maneira definitiva dentro de uma rodada procedimental, mas a última palavra é provisória justamente porque pode ser desafiada em novas rodadas se as partes recalcitrantes tiverem disposição para mobilizar a máquina político-estatal, como, por exemplo, o Congresso Nacional contestar a declaração judicial de inconstitucionalidade de uma lei pelo STF por meio da edição de uma emenda constitucional.

Conrado Hübner Mendes formulará, ainda, o conceito de separação de poderes deliberativa, a ideia de um esquema fluído de interações entre os poderes (MENDES, 2008, p. 210). Para o autor (MENDES, 2008, p. 185), é impossível qualquer constituição regular de maneira restrita ou fechada a divisão de poderes, os poderes negociam seus respectivos limites por meio de ações ora ativistas ou de autolimitação contingentes, ditadas pela política e não por um manual de hermenêutica jurídica.

Outro expoente da tese do diálogo como deliberação democrática é Antônio Francisco Gomes de Oliveira, que defende expressamente os diálogos constitucionais como terceira via entre o ativismo e a autocontenção judicial. O autor sustenta que o uso

informal das técnicas dialógicas pode contribuir para a produção de melhores soluções sobre o significado dos direitos dentro de um verdadeiro círculo virtuoso entre os diversos intérpretes da constituição (OLIVEIRA, 2016, p. 181).

2.4 Críticas ao Diálogo Constitucional Deliberativo

Em linhas gerais, demonstrou-se que o que está em debate são formas de racionalizar o controle de constitucionalidade no tempo e as maneiras de participação de todos os agentes envolvidos. Nas teorias monológicas, persiste uma noção de tempo linear, na qual a partir das normas constitucionais uma solução interpretativa é dada ao final, uma solução definitiva, seja pela Corte Constitucional ou pelo Parlamento. Nas teorias dialógicas, por sua vez, há uma noção de tempo cíclica, na qual a interpretação inicial oferecida por juízes constitucionais faz parte de um jogo interativo entre tribunais e jurisdicionados, que pode ter mais de uma rodada procedimental.

Uma concepção dialógica do controle de constitucionalidade admite que a interpretação judicial pode e deve ser desafiada por legisladores, governos e cidadãos, por meio de emendas constitucionais, leis, políticas públicas, protesto popular ou ajuizamento de nova ação (a depender é claro da lei processual).

Como um meme, a metáfora do diálogo constitucional tornou-se ubíqua. Caríssima Mathen capta o poder da metáfora para Suprema Corte canadense, comentário que também vale para nosso STF, ao afirmar que:

The elegance and simplicity of this thesis was attractive to the Supreme Court, which in recent years has been the subject of strident criticism. I have argued elsewhere that 'dialogue' casts the Court in a more benign light than the power-mad institution commonly invoked by opponents of judicial activism.
(MATHEN, 2007, p. 127)

A teoria do diálogo funcionava como uma metáfora da interrelação entre agentes políticos na interpretação constitucional,

lembrando que a Corte Constitucional é um agente político. Todavia, ao estabelecer o diálogo constitucional como uma sequência de rodadas deliberativas entre juízes e políticos surgem novos problemas.

Se o diálogo constitucional é deliberativo, significa que é uma conversa entre dois ou mais interlocutores que partem de ponto de vista diferentes, em tese, seria possível fazer o controle argumentativo do diálogo constitucional, por meio de teorias comunicativas-discursivas, como a razão comunicativa de Jürgen Habermas ou a teoria da argumentação de Robert Alexy, de tal sorte a alcançar um consenso racional.

Salvo melhor juízo, a teoria do diálogo constitucional não é, pelo menos em sua expressão original, um entendimento discursivo entre as instituições. O diálogo constitucional opera em um ambiente de freios e contrapesos destinado a evitar a guerra ao invés de ser destinado a promover a cooperação entre os Poderes. Se para alguns autores (OLIVEIRA, 2016, p. 50) a teoria do diálogo tem uma ligação direta com as concepções democráticas deliberativas, consequentemente, o diálogo constitucional possui muitos dos problemas dessas mesmas teorias deliberativas.

Com todo respeito as opiniões em contrário, o diálogo constitucional deve ser examinado sob uma perspectiva democrática agonista, na feliz expressão de Chantal Mouffe (2015). Ao enfatizar o discurso racional, as teorias deliberativas-comunicativas deixam de lado um elemento central, que é o papel crucial desempenhado por paixões e auto-interesse na garantia das instituições democráticas.

Ademais, o objetivo do arranjo institucional de freios e contrapesos é evitar a opressão de um Poder sobre o outro, um arranjo de feições não colaborativas, agonal. Nesta linha, James Madison defendeu em “Os Federalistas nº 51” que para evitar-se a concentração excessiva de poder a solução seria conferir a cada um dos poderes os mesmos meios constitucionais de resistir e responder às ingerências do outro (HAMILTON; MADISON; JAY, 1999, p. 317).

Essa ideia de separação entre os Poderes não favorece uma ação cooperativa, dialógica, deliberativa e de troca de razões entre executivo, legislativo e judiciário. Ao contrário, tal arranjo encara os Poderes como rivais e se destina a evitar a guerra entre eles. Não é possível, tampouco desejável um consenso sem contestação como a teoria do diálogo constitucional parece oferecer em sua feição deliberativa.

Salvo melhor juízo, muitos constitucionalistas interpretaram a metáfora literalmente, o que é um erro. A metáfora do diálogo é útil na medida que permite visualizar o processo de interpretação constitucional como uma interação estratégica entre as diversas instituições envolvidas. Não é necessariamente um processo deliberativo-consensual no qual o melhor argumento racional vence, pelo contrário, cuida-se de um cenário multipolar de decisão estratégica, o que uma instituição decide influencia o seu próprio resultado almejado, assim como o resultado das demais instituições.

3. TEORIA DOS JOGOS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO BRASIL: PRESSUPOSTOS DE UMA ANÁLISE ESTRATÉGICA

3.1 A questão das escolhas estratégicas e o fenômeno da Inconstitucionalidade por Omissão

Em linhas gerais, a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não faz algo positivamente imposto pela constituição (CANOTILHO, 2001, p. 331). O pressuposto para a compreensão do tema é entender a Constituição como uma norma jurídica superior e não como mera carta de intenções. Isso significa que todas as normas constitucionais são dignas de normatividade, significação e protagonismo, sem embargo as distintas cargas de eficácia de cada preceito constitucional.

A doutrina pontua que não se trata de um simples dever geral de legislar para justificar uma omissão inconstitucional. Importante consignar, neste ponto, que a liberdade de conformação do

legislador não é o correlato, a nível legislativo, do poder discricionário, a nível administrativo (CANOTILHO, 2001, p, 174).

Em uma democracia constitucional, o legislador tem um amplo espaço de atuação, mas a vinculação constitucional implica no dever do legislador em realizar os preceitos constitucionais impositivos; regular, por meio de norma infraconstitucional, as matérias que na constituição são objeto de injunção, obedecendo os ditames constitucionais. Deste modo, a discricionariedade do legislador deve ser interpretada como uma esfera decisória ampla, mas regulada por uma reserva de imposições previstas pelo texto constitucional. Isso significa que o legislador não tem imunidade para fazer, não fazer ou fazer de qualquer maneira o que a Constituição ordena. Cuida-se de uma exigência constitucional de ação legiferante em sentido estrito, suficientemente precisa, diferente de um simples dever geral de legislar.

Todavia, na prática há dificuldades. No início do século, Carl Schmitt, em sua obra Teoria Constitucional, afirmou que a Constituição alemã de Weimar, apesar de conter decisões políticas fundamentais sobre o modo de existência política do povo alemão, possuía em seu texto uma série de compromissos e obscuridades que não representava qualquer decisão, mas, pelo contrário, cuja decisão foi adiada.

Esses compromissos foram denominados por Schmitt de *compromissos formais dilatórios* (SCHMITT, 2008, p. 85). Para o autor, trata-se de norma sem substância que fornece valor ilusório ao dispositivo constitucional, mera manipulação linguística sem normatividade que redunde em dificuldades interpretativas da Constituição (SCHMITT, 2008, p. 87).

Os constituintes de 1988 percorreram caminho análogo ao utilizar de maneira pródiga normas de eficácia limitada (que demandam a edição de normas infraconstitucionais para produzirem efeitos jurídicos) para conceder direitos e atingir o consenso político-ideológico mínimo necessário para a promulgação da Carta Magna.

Essa forma de postergar o debate sobre direitos fundamentais foi corretamente denunciada como uma batalha regulamentar entre neutralização e efetividade dos novos direitos sociais previstos na Constituição de 1988 (FARIA, 1989, p. 67). A batalha regulamentar é uma discussão de fundo político, em que se disputa o modelo de Estado adotado pela Constituição (liberal-burguês ou social-democrata).

O aludido fenômeno teria, ainda, incentivado o empenho de constituintes ligados aos setores mais populares na criação/aprovação do mandado de injunção (FARIA, 1989, p. 67), ação constitucional criada para garantir os direitos que aguardam regulamentação e são relacionados com o modelo de Estado Social, em que há necessidade de prestação positiva por parte do Estado.

Por outra perspectiva, ao se discutir os resultados desta batalha regulamentar, está-se levando a questão do papel do Poder Judiciário no Estado Social e seu relacionamento com os demais poderes na efetivação da Constituição. Assim, as escolhas normativas adiadas na constituinte serão submetidas ao exame jurisdicional, com um agravante: os tribunais têm o dever de decidir (princípio *non liquet*), não podem adiar a tomada de decisão tal como ocorre no âmbito da política legislativa (CAMPILONGO, 2002, p.117).

3.2 Teoria dos Jogos e Interpretação Constitucional

Pode parecer contrafactual, mas as Cortes Constitucionais também estão submetidas a constrangimentos institucionais e políticos que impedem, na prática, o governo dos juízes em matéria constitucional. As decisões dos tribunais em matéria constitucional dependem muito de apoio político ou adesão voluntária dos demais atores governamentais.

Afinal, legisladores podem propor novos projetos de lei na mesma matéria que testam os limites da decisão judicial ou os relativizam. Juízes também podem ser ameaçados ou punidos por agentes políticos pela via do *impeachment*. Ademais, em algumas

democracias, tal como o Canadá, a Constituição expressamente prevê instrumentos para o parlamento desconsiderar as decisões judiciais em matéria constitucional.

Por outro lado, há um custo em desafiar os tribunais, o que impediria o abuso dos agentes políticos. Deste modo, havendo saídas institucionais e políticas para as decisões tomadas no controle de constitucionalidade das leis pelos órgãos judiciais, não se poderia falar em supremacia de um órgão estatal em detrimento do outro.

Fica evidente que o destino de um agente depende tanto de sua própria ação quanto da ação do outro agente, ou seja, o resultado depende de uma interação estratégica entre tribunal / legislador a depender da matéria constitucional em disputa. Acrescente-se o fato que a interação estratégica entre esses atores na interpretação constitucional não se encerra em uma única oportunidade, mas em várias ou infinitas oportunidades na qual um agente se adapta ao outro constantemente, o que leva ao constante remanejamento de expectativas decisórias, temos um cenário mais complexo que canonizações abstratas supõe.

Cooperação ou conflito na interpretação constitucional depende pouco de idealização teórica sobre o modelo ideal de relacionamento entre os poderes, se é dialógico ou monológico. O que se está em jogo é compreender que a interpretação constitucional é interdependente, decorre de um processo de tomada de decisão de agentes que interagem entre si em um ambiente de incerteza e assimetria de informação.

Cuida-se de visão heterodoxa, baseada na teoria dos jogos, que retira o véu de ingenuidade muitas vezes presentes nas disputas dogmáticas do direito. Não se trata de ser a favor ao diálogo constitucional ou aderir a supremacia judicial em detrimento da interpretação legislativa, mas entender o comportamento dos jogadores. Em última instância, o Tribunal quer que o acórdão seja cumprido pelos jurisdicionados; o Legislador deseja que a lei entre em vigor, que não seja fulminada em decisão judicial de controle de constitucionalidade.

Daí o recurso à teoria dos jogos para entender como são tomadas as decisões no controle de constitucionalidade por omissão, partindo-se da premissa que o comportamento dos agentes (juízes, legisladores, chefes de governo) é estratégico, envolve táticas e recompensas em um ambiente de interação frequente.

Para Fiani (2004, p. 14) “a teoria dos jogos ajuda a desenvolver a capacidade de raciocinar estrategicamente, explorando as possibilidades de interação racional dos agentes, possibilidade estas que nem sempre correspondem à intuição”. Jogador é qualquer indivíduo ou organização envolvido em um processo de interação estratégica que tenha autonomia decisória.

Todo jogo tem uma recompensa, uma utilidade (dinheiro, poder, prestígio) que o jogador obtém ao final do jogo. A estratégia é o plano de ação de um jogador para obter a vitória, determina como o jogador vai agir, baseada na antecipação de o que significa, para o adversário, antagonista ou competidor, naquele jogo, vencer (ROSA, 2017, p. 94).

Na teoria dos jogos se fala em estratégia dominante e em estratégia dominada. A estratégia dominante é a melhor escolha para um jogador, independentemente das escolhas dos demais jogadores (ROSA, 2017, p. 99). A estratégia dominada é aquela que resulta em uma escolha pior em relação a estratégia dominante do jogador. Se um jogador tem uma estratégia dominante, seu curso de ação é muito simples: seguir a estratégia dominante sem se preocupar com os rivais. Se o jogador tem uma estratégia dominada, deve fugir dessa escolha durante o jogo.

A estratégia dominante da Corte Constitucional é fazer valer sua interpretação constitucional. Analogamente, a estratégia dominante do Congresso Nacional é garantir que o conteúdo normativo de uma lei aprovada pelo Parlamento prevaleça. A princípio, a estratégia dominante entre os jogadores é antagônica, o que levaria a conclusão de que se trata de um jogo de competição de soma zero, no qual para um jogador ganhar outro deve necessariamente perder.

Todavia, há espaço para cooperação na interação estratégica entre os poderes, visto que o jogo não é de rodada única, mas sequencial. Jogos sequenciais são caracterizados na teoria dos jogos como jogos de compromisso. Nesse tipo de interação estratégica, o jogador que faz o primeiro movimento deve antecipar a resposta que o adversário formulará e usá-la no seu cálculo decisório. No controle de inconstitucionalidade por omissão, o agir estratégico significa que o STF sabe que o Congresso Nacional tem capacidade de resistir a sua decisão, de modo que para não padecer de desprestígio institucional moldará sua escolha em função da capacidade de retaliação do Congresso Nacional.

Juristas podem objetar em relação a adoção dessa metodologia com base na suposta neutralidade política da jurisdição constitucional ou no fato da disputa entre os poderes constituídos ser lateral, pois responde a um projeto maior e preestabelecido na Constituição comum a todos os Poderes Constituídos. Trata-se de uma visão ingênua. Na realidade, os membros de cada Poder têm uma perspectiva distinta sobre a efetividade Constituição.

Ademais, o que está em conflito nas omissões normativas inconstitucionais é uma disputa de projetos político-institucionais que remete a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, com temas que foram discutidos pelos constituintes sem consenso, o que levou a adoção de normas constitucionais que delegam para o legislador futuro o poder de decisão sobre o tema.

Ao quedar-se inerte, o poder constituído descumpre a Constituição e pode ser acionado judicialmente. Portanto, no âmbito do controle de constitucionalidade por omissão há interação estratégica entre o legislativo e o STF. A teoria dos jogos é uma forma de modelar essa interação entre o Congresso Nacional e o STF, de verificar como esses agentes se relacionam entre si em busca do melhor resultado.

3.3 Cooperação e rivalidade entre Legislativo e Judiciário em uma Democracia Constitucional: o caso da Inconstitucionalidade por Omissão no Brasil

O jogo entre Legislativo e Judiciário no controle de inconstitucionalidade por omissão tem nítidos contornos sequenciais, no qual os jogadores realizam seus movimentos em uma ordem predeterminada. Deve-se analisar as restrições institucionais sobre o comportamento de cada órgão estatal estudado e o papel sutil que decisões pretéritas tiveram no comportamento atual do STF e do Congresso.

Se uma instituição conseguir se libertar das amarras dos *checks and balances*, certamente exercerá maior parcela de poder, no sentido que terá maior possibilidade de fazer valer seus atos, sem que estes sejam contestados em caso de dúvida ou conflitos de interesses, normais em uma democracia.

Seja no caso de monólogo, exercendo a última palavra sobre a constituição, seja dialogando com os demais poderes da República, para o Supremo Tribunal Federal proteger direitos, garantir a separação de poderes, proteger o pacto federativo ou, em uma perspectiva mais cética, proteger sua visão dessas questões, a estratégia dominante (estratégia que leva a vitória na teoria dos jogos) do tribunal é possuir poder de fato para fazer valer sua vontade em um litígio constitucional, a despeito da resistência dos demais atores.

Talvez pareça evidente, mas se a Corte Constitucional não tem poder, pode não ter a capacidade ou a disposição de intervir em disputas constitucionais, e quando intervém, é passível de ser ignorada. A definição supra sugere que duas dimensões devem ser consideradas na avaliação da estratégia do Supremo. A primeira dimensão significa que o STF deve ser capaz de desenvolver e perseguir “a sua própria vontade”. A segunda dimensão diz respeito ao ambiente institucional no qual o tribunal está perseguindo essas metas, a capacidade de retaliação dos demais órgãos envolvidos na disputa.

O STF tem a competência de resolver conflitos constitucionais em casos de omissão constitucional, tanto de maneira difusa (Mandado de Injunção – MI) como de forma abstrata (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO). Se é verdade que no controle concentrado de constitucionalidade os legitimados ativos compõem um rol restrito, o mandado de injunção pode ser manejado por qualquer cidadão, sindicato e associação com interesse de agir na colmatação de uma lacuna técnica no ordenamento jurídico-constitucional.

Em linhas gerais, julgado um MI ou uma ADO, o Tribunal notifica o Congresso Nacional sobre a mora legislativa. O efeito mínimo dessa decisão judicial é constituir o legislador em mora. Pode haver casos em que a sentença vai além, pode determinar prazo ao legislador para a criação da lei regulamentadora, ou, ainda, a decisão judicial pode produzir efeitos concretos para os jurisdicionados até o advento da regulamentação infraconstitucional.

A constituição do legislador em mora é a primeira rodada de diálogo entre os poderes ou, em termos da teoria dos jogos, a primeira ação de um jogador no jogo sequencial. O parlamento pode tomar uma decisão a partir de três alternativas: reconhecer a mora e editar a regulamentação exigida na decisão judicial, oferecer solução constitucional de modo diverso via emenda ou simplesmente ignorar a decisão judicial.

Há vários casos que as decisões do STF em controle de constitucionalidade por omissão foram ignoradas pelo Congresso Nacional. Esses casos variam: de direitos sociais, como a regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal); organização político-administrativa do Estado, consistente na edição de lei específica para criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios (artigo 18, §4º, da Constituição Federal); direitos do servidor público, tanto a aposentadoria especial do servidor público (artigo 40, § 4º, da Constituição Federal) e direito de greve (artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal); até organização dos

poderes, relativo a instituição das carreiras de auditores e membros do Ministério Público do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (artigo 73, §2º, incisos I e II, e 75 da Constituição Federal).

Considerando a estratégia dominante do Congresso Nacional, de fazer valer sua interpretação constitucional, a simples mora legislativa determinada pelo STF não impactava a capacidade do legislativo de determinar a interpretação constitucional. Ao decidir não fazer nada, mesmo após notificação da Suprema Corte, a palavra final sobre a regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada estava sob o controle legislativo.

Uma análise teórica poderia vislumbrar, a princípio, que essa casuística é prova da supremacia legislativa na interpretação constitucional. Todavia, tal conclusão seria precipitada, principalmente, diante da seguida inércia do legislador, o STF passou a regulamentar concretamente os casos enquanto não houver norma regulamentadora editada pelo Congresso Nacional (v. g. direito de greve dos servidores públicos).

Se a princípio, logo após a promulgação da Constituição de 1988, o STF tinha uma posição conservadora sobre os seus poderes concretista em caso de omissão normativa constitucional do Congresso, essa posição foi se modificando ao passar dos anos. Atualmente, a Corte não tem pudor de oferecer soluções concretistas com eficácia *erga omnes*, comportando-se como legislador positivo frente a inércia do Parlamento brasileiro. Isso denota um reposicionamento estratégico da Corte no jogo estratégico sequencial disputado com o Congresso Nacional.

Isso tem pouca relação com teorias da supremacia judicial. Trata-se de uma nova tática do STF para fazer valer sua interpretação constitucional, posto que sua estratégia dominante é possuir poder de fato para fazer valer sua vontade em litígios constitucionais. Se na prática o Congresso ignora as decisões do tribunal em muitos casos de omissão normativa constitucional, a Corte recalibra sua tática para “vencer” a disputa constitucional.

Por outro lado, a adesão a tese concretista no julgamento das omissões normativas constitucionais não foi o único expediente

adotado de retaliação. O STF divulga em seu sítio eletrônico,⁴ desde 2018, 30 (trinta) casos em que declarou a mora legislativa, mas que se encontram pendentes de regulamentação pelo legislador (Vide tabela 1).

Tabela 1

Decisões em que se declarou a mora do legislador e cuja matéria se encontra pendente de disciplina pelo legislador.

Processo	Relator	Data do julgamento
<u>MI 788</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 795</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 796</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 797</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 808</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 809</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 815</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 825</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 828</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 841</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 850</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 857</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 879</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 905</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 927</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 938</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 962</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 998</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 758</u>	Min. Marco Aurélio	1/7/2008
<u>MI 670</u>	Min. Maurício Corrêa	25/10/2007
<u>MI 708</u>	Min. Gilmar Mendes	25/10/2007
<u>MI 712</u>	Min. Eros Grau	25/10/2007
<u>MI 721</u>	Min. Marco Aurélio	30/8/2007
<u>ADI 3682</u>	Min. Gilmar Mendes	9/5/2007
<u>MI 695</u>	Min. Sepúlveda Pertence	1/3/2007
<u>ADI 3276</u>	Min. Eros Grau	2/6/2005
<u>MI 278</u>	Min. Carlos Velloso	3/10/2001

⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em: 18 abr. 2019.

<u>MI 95</u>	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
<u>MI 124</u>	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
<u>MI 369</u>	Min. Sidney Sanches	19/8/1992

Fonte: STF

A divulgação desta lista pode ser interpretada de dois modos. A princípio é uma forma de facilitar o acesso as informações sobre os processos, no âmbito do controle de constitucionalidade por omissão, o que homenageia o princípio constitucional da publicidade.

Todavia, é possível uma interpretação cética das intenções de transparência do tribunal. Salvo melhor juízo, a divulgação dos 30 (trinta) casos que se encontram pendentes de regulamentação configura uma forma de constranger o Congresso Nacional, de criar um embaraço institucional ao legislador. Adicionalmente, a lista dos casos que se encontram pendentes de regulamentação legitima uma postura concretista do STF nos futuros casos em que será provocado a se manifestar sobre a omissão do legislador.

4. CONCLUSÃO

Nos limites estritos do trabalho aqui proposto, procurou-se demonstrar os limites e as possibilidades das teorias dialógicas no âmbito do controle de constitucionalidade por omissão, sem incorrer em canonizações abstratas de modelos interpretativos, como tivemos a chance de apontar ao tratar dos modelos teóricos da supremacia judicial e da supremacia do legislativo.

A metáfora dialógica tem o papel salutar de reintroduzir a questão do papel da política na dogmática constitucional. Constituição e política são temas interconectados. As teorias do diálogo permitem a contextualização do relacionamento interorganizacional dos Poderes da República e pode facilitar a identificação de pontos de estrangulamento para a eficácia das normas constitucionais.

Por outro lado, a recepção da teoria dos diálogos constitucionais no debate constitucional brasileiro deve avançar com base nos desafios nacionais, não no estudo abstrato de modelos estrangeiros, para não redundar em uma ideia fora do lugar. Isso significa em tratar o diálogo como um modelo de interação estratégica entre os poderes, sem pretensão de uma hegemonia de um deles. Se há harmonia, ela decorre do relacionamento estratégico entre os órgãos estatais, não de uma terceira via benigna, neutra e despolitizada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019a.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019b.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, Nova York, 71, n. 3, 2006. 1109-1180. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso em: 18 Jun. 2018.

BEÇAK, Rubens. **Democracia**: hegemonia e aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2014.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2ª edição. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**, Working Paper n.º 284, 2009. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory?utm_source=chicagounbound.uchicago.edu%2Fpublic_law_and_legal_theory%2F346&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 16 jun. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituente**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**: para cursos de administração e economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. Edited by Clinton Rossiter. New York: Penguin Books, 1999.

HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, v 35, nº 01, primavera de 1997, p. 75-124. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>. Acesso em: 05 de julho 2018.

MATHEN, Carissima. "Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on "Charter Dialogue Revisted"." **Osgoode Hall Law Journal**, 45.1 (2007), p. 125-146.

Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/6>. Acesso em: 25 abril 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. Constitutional Dialogue: An Overview. **Utrecht Law Review**, v. 9, Issue 2 (March) 2013.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

OLIVEIRA, Antônio Francisco Gomes de. **Jurisdição constitucional: diálogo institucional como terceira via entre o ativismo e a autocontenção judicial**. Curitiba: Juruá, 2016.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **A teoria dos jogos e o processo penal – a short introduction**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Durham / London: Duke University Press, 2008.

VERSTRAELEN, Sarah. Constitutional dialogue in the case of legislative omissions: who fills the legislative gap? **Utrecht Law Review**, Utrecht, v. 14, n. 1, p. 61-81, 09 fev. 2018. ISSN 1871-515X. Disponível em: <http://doi.org/10.18352/ulr.421>. Acesso em: 30 set. 2018.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Traducción de Leonardo Garcíajaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virgüez Ruiz. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999b.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DESTINOS DO ELEVADO JOÃO GOULART: UM DEBATE ONLINE E JUDICIAL

Rubens Beçak¹
Bruna de Sillos²

Resumo: Trata-se de um debate expandido da dissertação *Redes Sociais e Democracia: um caminho para maior participação popular? Análise do debate online sobre os destinos do Minhocão*, que utilizou o marco teórico da democracia participativa, a e-democracia, para entender os limites e as potencialidades do debate online relacionado aos destinos do Elevado João Goulart. O objetivo do presente trabalho é analisar o diálogo entre os debates em redes sociais e o processo judicial existente para análise da constitucionalidade da Lei que cria o Parque Minhocão, entender se o processo serve de insumo para a discussão e se a população interessada no tema se apropria dos termos da demanda judicial. Trata-se de uma extensão dos dados da dissertação de mestrado vinculada à análise documental do processo judicial. Observa-se um distanciamento entre a discussão judicial e o debate público, as postagens não adentram com profundidade as discussões judiciais. Ainda, no debate judicial propriamente dito, a consulta popular é pouco mencionada, embora outros aspectos sejam sopesados como possíveis danos ao orçamento municipal na construção de um parque.

Palavras-Chave: Democracia Participativa; E-democracia; Redes Sociais; Minhocão; Parque Minhocão.

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP - Secretário Geral da Universidade de São Paulo (2010-14). Professor Visitante na Universidad de Salamanca no Centro de Estudios Brasileños.

² Bacharela na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – USP. Mestra pelo Programa de Desenvolvimento no Estado de Direito FDRP/USP.

Abstract: This is an expanded debate of the dissertation Social Networks and Democracy: a path to greater popular participation? Analysis of the online debate on the destinations of Minhocão, which used the theoretical framework of participatory democracy and democracy to understand the limits and potential of the online debate related to the destinations of Elevado Joao Goulart. The objective of this work is to analyze the dialogue between social networks debates and the existing judicial process to analyze the constitutionality of the Law that creates the Parque Minhocão to understand whether the process serves as an input for the discussion and the population interested in the subject appropriates the terms of the lawsuit. An exploratory analysis with secondary data and documental analysis of the judicial process. As for the results, there is a gap between the legal discussion and the public debate, the posts do not delve deeply into the legal discussions, dealing with arguments and important documents brought to the file. Still, in the legal debate itself, popular consultation is rarely mentioned, although other aspects are weighed as possible damage to the municipal budget in the construction of a park.

Keywords: Participatory Democracy; E-democracy; Social networks; Minhocão; Parque Minhocão.

INTRODUÇÃO

Trata-se de um debate expandido em relação à dissertação de mestrado “Redes Sociais e Democracia: um caminho para maior participação popular?”, de autoria dos mesmos autores desse texto, que buscava compreender se as redes sociais podem representar uma possibilidade de maior participação popular, necessária para a Democracia, nas decisões de interesse público, supostamente cumprindo assim maior legitimidade à democracia.

Por essa razão, foi feita uma análise documental do debate que ocorreu de maneira online sobre os destinos do Elevado João Goulart (Minhocão) na rede social *Facebook*. As discussões aconteceram no *Facebook* pelos grupos “Cecílias e Buarques”, “SP sem Minhocão” e “Parque Minhocão”, e foram observadas as principais postagem. Além disso, foi feita à análise documental da

legislação ligada ao tema e histórica de demais movimentações provenientes da cyberdemocracia.

Objetivo do presente trabalho é analisar o diálogo entre os debates em redes sociais e o processo judicial existente para análise da constitucionalidade da Lei que cria o Parque Minhocão, entender se o processo serve de insumo para a discussão e se a população interessada no tema se apropria dos termos da demanda judicial. Trata-se de uma extensão dos dados da dissertação de mestrado vinculada à análise documental do processo judicial de número 2129887-42.2019.8.26.0000. Isso porque, observa-se um distanciamento entre a discussão judicial e o debate público, as postagens não adentram com profundidade às discussões judiciais.

No discurso, os integrantes dos grupos, frequentemente citam a Ação Direta de Inconstitucionalidade que recebeu o número 2129887-42.2019.8.26.0000. Por essa razão, neste estudo, foi analisado o conteúdo desse processo em relação ao quanto ele leva em consideração o debate popular sobre a temática e sua relevância como material para os possíveis destinos do Elevado.

2. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA ERA DIGITAL: OS IMPACTOS DAS REDES SOCIAIS NA PARTICIPATIVIDADE

Com o presente trabalho, propõe-se pensar a intersecção de instrumentos judiciais e a participação popular a partir de pesquisa prévia realizada em dissertação de mestrado *Redes sociais e democracia: um caminho para maior participação popular? Análise do debate online sobre os destinos do Minhocão*, na qual se observa a discussão online em relação aos destinos do *Minhocão*, uma importante estrutura urbana de locomoção automobilística localizado na capital paulista.

Essa discussão impulsiona aspectos democráticos, como a participação popular. Sob a ótica de uma democracia participativa e

da Ciberdemocracia³, diversos são os fatores que motivam e impulsionam a ação de grupos organizados, sendo que eventuais decisões judiciais podem mudar o curso do pleito popular, visto que modificam situações iniciais, dando maior legitimidade ao posicionamento de determinados grupos populares (SILLOS, 2020).

É necessário apontar a latente relação entre legitimidade⁴ e participação democrática (COMPAGNON, 2011). Dessa forma, será primordial entender quais instrumentos são capazes de fomentar maior participação dos cidadãos em decisões institucionais relacionadas a temas de interesse público, sendo que o caminho contrário também alberga uma relação intrínseca, visto que decisões institucionais, igualmente, mobilizam grupos da sociedade civil.

Acredita-se que o advento da tecnologia online, que possibilitou a criação das redes sociais, há muito analisada por diferentes teóricos, possa representar um meio pelo qual haja maior articulação política dos cidadãos e, possivelmente, abra espaço para deliberações de temas de relevância social. Contudo, esse

³ As implicações da *Internet* para a democracia já se configuram como importante campo de estudos que têm sido denominado de ciberdemocracia (ou e-democracia). A e-democracia pressupõe envolvimento e participação política por meio de ferramentas digitais e mídias. O que, por sua vez, demandaria entender a experiência prática, as formas de usos (e efeitos dos usos) das mídias digitais que envolvem diferentes sujeitos, múltiplos interesses e contextos. Trata-se de uma discussão sobre as implicações políticas e democráticas das novas configurações sociais oriundas de uma sociedade baseada no conhecimento, na informação e comunicação.

⁴ A legitimidade democrática é tema inafastável da modernidade revolucionária e comporta leituras absolutamente distintas e, por vezes, antagônicas na perspectiva dos jacobinos, dos conservadores e dos reacionários franceses dos séculos XVIII e XIX. Sobre o período, diz Compagnon, que lê a partir do que ele denomina de antimodernos: “A contrarrevolução tem fascínio pela Revolução, tal como a fidelidade à tradição é oposta ao culto do progresso, o pessimismo do pecado original se insurge contra o otimismo do homem bom, os deveres do indivíduo ou os direitos de Deus em conflito com os direitos do homem. A contrarrevolução pesa sobre a Revolução ou contra ela, como a defesa da aristocracia ou da teocracia contra a escalada da democracia”. (COMPAGNON, 2011, p. 25).

instrumento padece de vícios como concentração de vozes⁵ (LONGHI; BEÇAK, 2012), tanto por conglomerados que provêm os meios de comunicação, como pela perpetuação da influência de opiniões que já são hegemônicas, como as de jornalistas, advogados e outros profissionais intelectuais⁶ (LONGHI, 2017).

Um ponto eleito para reflexão foi a extensão da possibilidade da participação online, visto que existem outros desafios da internet e das redes sociais, como assimetrias de acesso populacional, sobrecarga de informações, ocorrência de filtragem, polarização e fragmentação, há pouco engajamento político, além da tecnicização do debate e tecnologia para o controle.

Na discussão, quanto à estrutura urbana, qual seja o elevado João Goulart, popularmente conhecido como *Minhocão*, há diversos insumos que condicionam uma reflexão em relação à participação popular em meio digital. É este o caso eleito, porque permite analisar a instrumentalização das redes sociais para a construção do debate público sobre um tema de relevância social e política, contribuindo, desse modo, para a produção de conhecimento sobre limites e potencialidades da e-democracia.

Os documentos que influenciaram a discussão popular quanto aos destinos possíveis da estrutura urbana foram: i) o Projeto de Lei n. 10/14; Lei n. 16.822/2018, que criou o Parque Municipal do

⁵ Longhi e Beçak apontam que poucos conglomerados empresariais - como Google, Facebook, Apple - constituem-se grupos praticamente hegemônicos no ramo do mercado e se beneficiam de um “vazio de normas de ordem pública”. (LONGHI; BEÇAK, 2012)

⁶ Longhi em sua análise das TIC como meio de interação para a formação do processo legislativo aponta que é possível detectar a formação de uma elite “online”, de forma que os ativistas, nesse ambiente, reproduzem suas opiniões ocasionando a prevalência de grupos sociais na esfera pública conectada. O autor se pauta em Hindamn, que após larga pesquisa, concluiu que as opiniões mais ouvidas na internet diferem pouco do perfil das vozes mais eloquentes do passado. Assim, é nítido o caráter não pluralista dos atores mais influentes na esfera pública conectada; para o autor, a maioria da população, que já não participava ativamente da vida pública, passa a participar agora, por meio da internet, mas o faz de maneira insuficiente.

Minhocão; ii) o Projeto de Lei n. 01-00336/2019, que revogou a Lei n. 16.822/2018; iii) o Projeto de Decreto Legislativo 02-00093/2019, que convoca consulta pública, via plebiscito, sobre o destino do Elevado Presidente João Goulart – Minhocão; iv) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN de número 2129887-42.2019.8.26.0000) e v) Plano Diretor do município de São Paulo, aprovado em 2014, que desativou seu uso.

Em um regime democrático, a participação ativa da população é condição necessária para que as tomadas de decisões no âmbito das instituições reflitam os anseios populares. Para Beçak (2014), a democracia moderna emerge em contraposição ao absolutismo e guarda similitude com o sistema existente na Antiguidade.

Ainda para o referido autor, os centros urbanos atuais apresentam números populacionais na casa de milhões, destaque-se que a cidade de São Paulo tem cerca de 12,2 milhões de habitantes. Por essa razão, aponta o autor no sentido de que pensar a democracia moderna implica afastar-se do modelo ateniense antigo. Segundo Botelho (2017), a própria cidade de Atenas, atualmente, tem cerca de 3,3 milhões de habitantes e, por exemplo, durante a Guerra do Peloponeso, havia cerca de 40 mil pessoas. Ao mesmo tempo, nos EUA, considerando apenas a população sem moradia, o valor atingia 553 mil pessoas (dados de 2017).

Existe a possibilidade, então, de uma democracia semidireta, que se trata de uma variação chamada de democracia representativa, na qual é o povo quem concede um mandato a alguns cidadãos para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões como se os próprios estivessem governando, usa-se dos expedientes dos institutos pautados da democracia direta, ou seja, como se houvesse participação mais direta de cada cidadão nas tomadas de decisões de interesse público (DALLARI, 2011).

Na esteira dessa racionalidade, considerando a democracia como um processo dinâmico influenciado por diversos atores, a fim de que haja maior proximidade da vontade popular e das decisões tomadas pelo poder público, devem ser discutidas as

potencialidades da democracia participativa, como possibilidade de aproximar as vontades dos representantes e dos representados, empregando maior legitimidade ao sistema democrático.

Na participação reside uma função educativa, entendida como a maneira com que os cidadãos passam a buscar a participação ativa em esferas políticas locais e nacionais; essas funções reforçam a possibilidade de otimização do sistema democrático, que, em tese, beneficiaram objetiva e subjetivamente os cidadãos.

Autores signatários da democracia participativa defendem que a experiência da participação torna o sujeito, psicologicamente, mais preparado para continuar contribuindo com a vida política e pública de sua comunidade. Por essa razão, evocamos, para a análise, o conceito de “senso de eficácia política” ou “senso de competência política”, caracterizado como o sentimento de que a ação política do indivíduo tem, ou pode ter, um impacto sobre o processo político.

Carole Pateman, em sua obra *Participação e teoria democrática*, apresenta a ideia de que os indivíduos somente exercem o máximo controle sobre o seu ambiente e, em última instância, sobre suas vidas, se as estruturas de autoridade forem organizadas de tal forma que os membros possam compor a tomada de decisões (PATEMAN, 1992). Para tanto, faz-se necessária a igualdade econômica, de forma a compor uma condição ideal, na qual o indivíduo teria independência e segurança necessárias para a participação.

Frisa-se que na teoria participativa de Pateman (1992), em que a participação é caracterizada pela igualdade na tomada de decisões e igualdade política, como consequência, haveria uma igualdade de poder na determinação das consequências das decisões. Essa definição difere das teorias contemporâneas. Para a autora:

Pode-se caracterizar o modelo participativo como aquele onde se exige o *input* máximo (a participação) e onde o *output* inclui não apenas as políticas (decisões), mas também o desenvolvimento das capacidades sociais e políticas de cada indivíduo, de forma a haver um *feedback* do *output*, para o *input*, de forma que existe (exista) um “*feedback*” do *output* para o *input* (PATEMAN, 1992, p. 66).

Embora acredite ser necessária uma estrutura complexa para que haja a participação, a autora questiona a real possibilidade de termos uma sociedade pautada na democracia participativa e aponta a dificuldade da própria definição exata de participação, principalmente em contextos em que a representatividade se faz necessária. Para a autora, a experiência da participação torna o sujeito psicologicamente mais preparado para continuar contribuindo com a vida política e pública de sua comunidade:

As pessoas com o senso de eficácia política têm mais probabilidade de participar de política do que aquelas que carecem desse sentimento, e se descobriu também que subjacente ao senso de eficácia política está uma sensação geral de eficiência pessoal, que envolve autoconfiança na relação do sujeito com o mundo. (PATEMAN, 1992, p. 66)

Por essa razão, um importante conceito a ser trabalhado é o de “senso de eficácia política” ou “senso de competência política”, descrito acima como o sentimento de que a ação política do indivíduo tem, ou pode ter, um impacto sobre o processo político, ou seja, que valeria a pena cumprir alguns deveres cívicos. Isso porque o referido senso tem como potencialidade a motivação do indivíduo a expor seus ideais em melhoria de seu contexto, seja mais distante ou próximo.

Em uma análise material das condições para que a participatividade exista, Beçak (2014, p. 82), defende que “temos trabalhado vendo como a via virtual, e especificamente, aquela proporcionada pela internet e as redes sociais, propicia ganho de qualidade e aumento do espectro decisional democrático”.

Em *Redes sociais e democracia: um caminho para maior participação popular? Análise do debate online sobre os destinos do Minhocão*, discutiu-se o impacto na democracia por meio das redes sociais, especialmente pela participação popular em debates de interesse público.

Essa discussão foi pautada pelas implicações da *Internet*, especialmente das redes sociais, para maior legitimidade do modelo democrático brasileiro, orientada pelo questionamento: as redes

sociais provêm potencialidade para ampliar a participação popular nas decisões de interesse público e, desse modo, corroborar a legitimidade da democracia brasileira? (SILLOS, 2020).

Para tanto, a referida dissertação analisou os impactos das redes sociais na participação popular em debates de interesse público por meio da análise de um caso concreto. Foi objeto de pesquisa o debate online na rede social *Facebook* sobre os destinos do Elevado Presidente João Goulart, popularmente chamado de Minhocão.

Mais especificamente, foram observados três grupos do *Facebook*: i) Parque Minhocão, com 10470 seguidores; ii) SP sem Minhocão!, com 1865 seguidores e iii) Cecílias e Buarques, com 11342 seguidores. Foram filtradas, utilizando a ferramenta própria da plataforma, as discussões que abrangiam a temática: *destinos no Minhocão*.

O debate tem como objeto os possíveis destinos do Elevado João Goulart, sendo que, embora historicamente essa discussão sempre esteve em pauta dos grupos organizados e da gestão pública local, ganhou evidência a partir do momento em que o Plano Diretor do município de São Paulo, aprovado em 2014, desativou seu uso, sendo o seu futuro, a problemática envolvendo a estrutura (ASSUNÇÃO, 2016).

Na observação dos fatores que podem influenciar qual decisão será tomada sobre o destino do Elevado, merece especial importância a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN de número 2129887-42.2019.8.26.0000), que corre no Tribunal de São Paulo em face da Lei nº 16.833, de 07 de fevereiro de 2018, do Município de São Paulo. Cumpre destacar que o Minhocão, como parque municipal, foi criado pela referida Lei, de projeto dos vereadores e da vereadora: José Police Neto (PSD), Eduardo Matarazzo Suplicy (PT), George Hato (PMDB), Goulart (PSD), Nabil Bonduki (PT), Ricardo Young (REDE), Sâmia Bonfim (PSOL) e Toninho Vespoli (PSOL), que se encontra em disputa judicial. Há, ainda, a possibilidade da convocação, via plebiscito, sobre o destino do Minhocão.

O caso do Elevado Presidente João Goulart tornou-se importante objeto de pesquisa por expor o papel das redes sociais na construção do debate público de um tema de relevância política, contribuindo para produção de conhecimento, evidenciando as potencialidades da e-democracia para o fortalecimento do processo democrático brasileiro e se alinhando, assim, aos objetivos dessa discussão.

Perpassa pela análise da mobilização dos referidos grupos e da sua relação com as intuições públicas dentro de um sistema democrático e tomada de decisões, a possibilidade de uma e-democracia institucional e uma não institucional. As interações pelo *Facebook* estavam albergadas na lógica não institucional da e-democracia, contudo, a discussão quanto aos destinos do Elevado João Goulart teve o seu aspecto institucionalizado em consultas populares em sites.

Embora sem a pretensão de apresentar mapeamento exaustivo – pois a cada minuto renovam-se as experiências em e-democracia em todo o mundo – buscou-se categorizar algumas formas de e-democracia. Evocando aqui o conjunto de experiências realizadas pela sociedade com objetivos políticos ou cívicos, mas sem interação formal com o Estado, a vertente não institucional da e-democracia abarca as seguintes categorias: (i) mobilização eleitoral, (ii) ativismo social, (iii) jornalismo cidadão e (iv) transparência. De forma breve, relatamos aspectos importantes de cada categoria. (SILLOS, 2020, p. 96)

Assim, como descrito acima, nenhuma discussão é isolada. No caso do Minhocão, foram encontrados aspectos de jornalismo cidadão, ao nível de insumos para a argumentação e ativismo social, visto que são grupos criados organicamente por cidadãos que não estão investidos de nenhuma função pública para o debate em específico.

Importante destacar que nos estudos atinentes à e-democracia, autores como Faria (2012), apontam que, embora a *Internet* e as ferramentas *web* alberguem um potencial para maior participação democrática, vistos os diversos exemplos possíveis de encontrar na história recente, como a “Primavera Árabe” e as “Jornadas de julho

de 2013”, no Brasil, esses espaços não são neutros, pois apresentam vícios que podem afetar a discussão mais ampla. Exemplos deles são: a concentração de informação de um grande conglomerado que engloba não apenas o *Facebook*, mas outras mídias sociais como *Instagram* e *WhatsApp*. Outro ponto a ser observado é o fenômeno do filtro-bolha, a polarização das discussões, entre outros potenciais problemas.

Faria (2012) defende que a e-democracia corrobora diferentes situações no sentido de melhorar a transparência no processo político, inclusive para melhorar a qualidade da formação de opinião pela possibilidade de abertura de novos espaços de informação e deliberação.

Essas são possibilidades que, somadas à sociedade civil organizada, facilitam o envolvimento direto da participação dos cidadãos. No entanto, é notório que existem assimetrias próprias do acesso à Internet, a despeito da grande quantidade de seguidores presentes nos grupos e redes sociais. Segundo a pesquisa TIC Domicílio (COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL, 2018), o acesso à Internet por usuários com Ensino Superior atinge 95%, por outro lado, aqueles que possuem o Ensino Fundamental, o percentual de acesso atinge 57%. Trata-se de uma diferença expressiva, sobretudo se considerarmos o aumento de 14 pontos percentuais observado nos últimos anos na proporção de usuários da rede entre indivíduos com até Ensino Fundamental, que, em 2015, era de 43%.

Assim, inserido no debate sobre a e-democracia e com maior participação popular, está o caso da organização online de grupos que discutem o destino do *Minhocão*, estrutura urbana nos bairros centrais na cidade de São Paulo. Na sequência faremos uma breve apresentação desse debate bem como os grupos participantes e sua relação com o judiciário.

2.1 Atuação judicial no Caso Minhocão e a repercussão nos grupos em disputa

Para que se chegue ao cerne da discussão é importante apresentar o histórico relacionado ao Elevado João Goulart, que foi inaugurado em janeiro de 1971, depois de 15 meses de trabalhos contínuos, com o nome original de Elevado Costa e Silva, mas que ficou popularmente conhecido por *Minhocão*.

A extensão do Elevado era de aproximadamente 3,5 km, com 5 m de altura e quatro pistas (duas em cada sentido), a construção atravessa uma região privilegiada da cidade. A estrutura foi construída sobre avenidas com prédios contínuos dos dois lados, com fachadas e janelas muito próximas, cerca de cinco metros do viaduto. Trata-se de uma região central com três estações de metrô – República, Santa Cecília e Marechal Deodoro –, terminais e pontos de ônibus, além de ciclovias por praticamente todo seu percurso (SILVA, 2017).

A estrutura foi construída dentro de uma lógica funcionalista do urbanismo moderno, na qual a velocidade de deslocamento era sinônimo de sucesso. O modelo estava pautado em uma lógica desenvolvimentista, cujas políticas de subsídios englobavam empresas do setor automobilístico e de favorecimento do transporte individual em detrimento do coletivo. Por essa razão, houve a necessidade de vias expressas, viadutos e túneis. Zaidler Jr complementa que a cidade organizada funcionalmente,

Concebe o lugar como pontos de partida ou chegada, destinos individuais: lugar de trabalho, de moradia, de estudo, de lazer. O deslocamento entre lugares, antes feitos por ruas, alamedas, avenidas, cada vez mais se dá por acessos, corredores, interligações, vias expressas, complexos viários, pelos quais se deve passar sem parar, a não ser em obediência à sinalização de tráfego e nos inevitáveis congestionamentos. (ZAIDLER JR, 204; p. 94)

A estrutura foi construída sem uma considerável escuta popular, sendo assim, foco de discussão dos moradores da cidade de São Paulo, desde a sua construção. Em reportagem do jornal O

Estado de S. Paulo, de primeiro de dezembro de 1970 (menos de dois meses antes da inauguração do *Minhocão*), com a manchete “Elevado, o triste futuro da avenida”, produziam-se as questões implicadas na construção do elevado.

A matéria destacava “a situação caótica em que estava a Avenida São João”, vislumbrava os diversos problemas que a construção do elevado poderia gerar, como a poluição sonora, a degradação ambiental e urbana da região. Na época, outras reportagens também questionavam a necessidade e “utilidade” da obra, além de criticarem o desconhecimento do público sobre estudos de viabilidade durante a fase de pré-projeto do *Minhocão*.

Desde então, foram inúmeros os questionamentos e relatórios que demonstravam o impacto da obra na região, como o seu esvaziamento demográfico⁷ e desvalorização imobiliária de parte dos bairros de Vila Buarque e Santa Cecília, com diminuição gradativa dos preços dos imóveis que ocorrem logo após a implantação do *Minhocão* e a crescente ocupação da região por população mais pobre, um processo de “gentrificação às avessas” (SILVA, 2017).

Além dos fatores supracitados, ainda houve um impacto elevado na vida cultural e artística. Isso porque o elevado cobre a tradicional Avenida São João, conhecida como local de resistência ao regime ditatorial e que tinha uma vida cultural ativa, com cinemas, restaurantes, hotéis e bares. E, “a sombra do elevado sobre o leito das ruas diretamente afetadas fez a vitalidade nas calçadas diminuir drasticamente, reduziu a diversidade comercial da área e expulsou os antigos moradores” (ASSUNÇÃO, 2016).

⁷ Cabe pontuar que esse processo, que acompanhou o deslocamento das classes dominantes para outros setores da cidade, acompanhadas pelo comércio e serviços e elas relacionados, começou antes de 1980. O centro histórico, formado pelos distritos Sé e República, que até a década de 1960 era praticamente a única centralidade da metrópole, ganhou a concorrência de novas centralidades, em especial da região sudoeste da cidade: Avenida Paulista, Avenida Brigadeiro Faria Lima, Avenida Luís Carlos Berini e Marginal Pinheiros (ASSUNÇÃO, 2016, p. 200).

Assim, como uma alternativa para melhor qualidade de vida da população do entorno, já na década de 1990, o elevado passou a ser fechado para automóveis aos finais de semana. A partir dos anos 2000, a região voltou a atrair novos moradores e investidores, inclusive nos arredores do *Minhocão*. As ações promovidas pelo governo Marta Suplicy (2001-2004), em especial devido ao Programa Ação Centro, e, pela perspectiva de contrato de financiamento com o Banco Interamericano de Desenvolvimento, gerou certa confiança do mercado imobiliário e consequentemente da população de classe média para um possível retorno a ocupação do entorno no *Minhocão*. Naquele momento também houve a tentativa de incentivar novos usos do *Minhocão*, por meio do projeto “Domingo no *Minhocão*”⁸.

Importante observar que esse retorno à ocupação da referida região trouxe novos moradores de classe média e muitos moradores que estavam na região vista como “decadente”, até então, que, nas décadas anteriores, acabaram sendo expulsos devido ao aumento do valor dos aluguéis na região.

O contexto da estrutura urbana foi profundamente alterado com as alterações legais do município de São Paulo, com ênfase ao aprovado na gestão de Marta Suplicy, intitulado Plano Diretor Estratégico – PDE, Lei n. 13.430, coordenado pelo urbanista Jorge Wilhelm.

No governo de Fernando Haddad, iniciou-se a discussão do Novo Plano Diretor Estratégico, com participação popular encabeçado pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano – SMDU, sob coordenação do arquiteto Fernando de Mello Franco. Após um ano de discussões públicas e de processo legislativo, o novo Plano Diretor foi aprovado em julho de 2014 – Lei n. 16.050/2014.

⁸ Nesse momento também houve a tentativa de incentivar novos usos do *Minhocão*, por meio do projeto “Domingo no *Minhocão*”, a gestão municipal buscava tornar o *Minhocão* um espaço de lazer e prática de esportes.

Com a aprovação do Plano Diretor do Município de São Paulo, a discussão sobre o *Minhocão* ganhou novo impulso. Isso porque a legislação deu destaque aos eixos de estruturação da transformação urbana, sendo estrutural o aspecto do transporte coletivo, a partir do qual se buscou

alterar os padrões da produção imobiliária promovida pela iniciativa privada, [...] [que, com efeito,] instituiu[-se] um conjunto de mecanismos que certamente irão influenciar a formatação dos novos empreendimentos [...] demarcados junto aos corredores de ônibus e no entorno de estações de trens e de metrô. (NAKANO, 2021, p. 142)

O processo de aprovação é um dos exemplos de e-democracia institucional, sendo nesse caso, uma modalidade de e-consulta. A minuta construída por meio de consulta pública foi enviada para a Câmara Municipal, onde ocorreu a aprovação de um texto complementar aprovado em votação no legislativo em 30 de junho de 2014.

No que tange à questão do *Minhocão*, o Plano Diretor dispõe sobre a proteção de áreas do entorno do Elevado (chamadas zonas) de modo a observar os objetivos e as diretrizes pela rede de estruturação da transformação urbana e pela rede hídrica ambiental. Essas disposições estão no artigo 32 da Lei n. 16.050/2014:

Art. 32. O zoneamento do Município deverá incluir, dentre outras, as seguintes zonas:

- I – Zona Exclusivamente Residencial – ZER;
- II – Zonas Predominantemente Residenciais – ZPR;
- III – Zonas Mistas – ZM;
- IV – Zonas de Centralidades – ZC;
- V – Zona de Desenvolvimento Econômico – ZDE;
- VI – Zona Predominantemente Industrial – ZPI;
- VII – Zona de Ocupação Especial – ZOE;
- VIII – Zona de Preservação e Desenvolvimento Sustentável – ZPDS;
- IX – Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS;**
- X – Zonas Especiais de Preservação Cultural – ZEPEC;
- XI – Zonas Especiais de Preservação Ambiental – ZEPAM;**
- XII – Zona Especial de Preservação – ZEP;

XIII – Zona de Transição – ZT;

§ 1º As zonas especiais são porções do território com diferentes características ou com destinação específica que requerem normas próprias de uso e ocupação do solo, podendo estar situadas em qualquer macrozona do Município.

Art. 375. Ficam desde já enquadradas como ZEPAM:

I – os parques urbanos municipais existentes;

II – os parques urbanos em implantação e planejados integrantes do Quadro 7 e Mapa 5 desta lei;

III – os parques naturais planejados.

Parágrafo único. Lei específica deverá ser elaborada determinando a gradual restrição ao transporte individual motorizado no Elevado Costa e Silva, definindo prazos até sua completa desativação como via de tráfego, sua demolição ou transformação, parcial ou integral, em parque. (grifos nossos)⁹

Em respeito ao PDE, em sua demanda por legislação própria, o Prefeito João Dória, criou a Lei nº 16.833, de 07 de fevereiro de 2018. O objeto da Lei era a criação do Parque *Minhocão*, com a desativação gradativa do Elevado João Goulart.

No entanto, a criação do parque não se trata de um consenso para população do entorno, visto que, no processo participativo para autorizar o prosseguimento dos estudos e elaboração do respectivo Projeto de Intervenção Urbana – PIU, foram encontrados dados conflitantes em relação à certeza de que a criação do parque seria a melhor forma de desativação da estrutura. Assim, em consulta pública online para colher contribuições da sociedade civil, a maioria dos cidadãos (47%) posicionou-se a favor do desmonte da estrutura, enquanto 39%, pela manutenção de sua função original de via de tráfego, e apenas 14% foram favoráveis à implantação do parque¹⁰.

⁹ Trecho retirado do Plano Diretor Estratégico São Paulo (cidade). Prefeitura do Município de São Paulo – PMSP. **Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo**: Lei Municipal n. 16.050, de 31 de julho de 2014; texto da lei ilustrado. São Paulo: PMSP, 2015.

¹⁰ A consulta foi feita pelo site <https://participe.gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br>. Disponível em:

Com a temática do debate acerca do destino do Elevado João Goulart, existem três grandes grupos na rede social *Facebook*, os quais foram analisados no trabalho de mestrado citado no início deste texto, de onde essas reflexões foram possíveis. Foram observadas 46 publicações relacionadas ao *Minhocão*. A análise buscou identificar: a) data do *post*, de modo a verificar se houve momentos predominantes de discussão em torno do *Minhocão*; b) categorias dos *posts*; c) autoria da publicação administrador ou membro e d) existência de comentários.

O objetivo desse recorte foi identificar quais temas mobilizavam maior discussão e, assim, maior engajamento e participação dos membros, bem como as abordagens sobre os possíveis destinos da estrutura urbana do *Minhocão*. Na referida análise, buscou-se identificar os métodos e práticas utilizados por integrantes dos grupos que apresentavam resultados nos âmbitos político, jurídico e institucional sobre as possibilidades do *Minhocão*. A categorização dessa análise é apresentada no quadro a seguir resumo dos principais pontos de discussão:

Tabela 1

Categorias de Discussão nos Três Grupos

	Parque <i>Minhocão</i>	SP sem <i>Minhocão</i>	Cecílias e Buarques
Data de criação	13/ago/2013	11/ago/2014	
Tipo do grupo	Grupo aberto	Grupo aberto	Grupo fechado
Quantidade de membros	13522	1907	12562
Total de publicações (em 2019)	10	25	6
	Conteúdo Jurídico	4	0
Categorias das publicações	Conteúdo informativo/científico	3	11
	Eventos <i>offline</i>	1	3
	Outros	2	9
			0

Fonte: Redes sociais e democracia: um caminho para maior participação popular? Análise do debate online sobre os destinos do *Minhocão*, p. 133 .

Para pensar a relação do judiciário com o caso *Minhocão*, bem como com a e-democracia e com as instituições como condição para o acesso à justiça, a categoria, para nós, de maior importância é “conteúdo jurídico”.

Na análise do grupo “Parque *Minhocão*”, com o recorte descrito acima, quando observada a categoria “conteúdo jurídico”, foram encontradas quatro publicações. Duas publicações eram de matérias de origem jornalística: uma fazia referência ao decreto de n. 58.601/2019 e outra sobre o julgamento no TJSP/SP sobre o “Direito” de Protocolo, instrumento normativo presente no Plano Diretor, que possibilita que empreendimento apresentados de maneira prévia à Lei possam se enquadrar na situação anterior. Outra publicação no grupo, também jornalística, tinha como tema a liminar que suspendia os efeitos da Lei Municipal que criaria o Parque *Minhocão* dada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ação proposta pelo Ministério Público.

No segundo grupo analisado, “SP sem *Minhocão*”, na categoria “conteúdo jurídico”, foram encontradas quatro publicações. Uma delas tratava do início do processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade no Ministério Público de São Paulo contra a Lei de criação do parque *Minhocão*, trazia como informação que o pedido fora protocolado pelo vereador paulistano Caio Miranda (PSB). Outra matéria, também de origem jornalística, apresentava uma consulta pública referente à implantação do Parque *Minhocão*. Na sequência, havia uma matéria com a temática da liminar que suspendia os efeitos da Lei Municipal que criaria o Parque *Minhocão*, concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na ação proposta pelo Ministério Público, que suspendeu a Lei Municipal que criaria o Parque *Minhocão*. Por fim, outra matéria, também jornalística, dizia respeito ao pedido formulado pelo Ministério Público de São Paulo para a suspensão do contrato de concessão do complexo Pacaembu à iniciativa privada.

Por fim, no último grupo, “Cecílias e Buarque”, três publicações foram fixadas na categoria “conteúdo informativo” que se tratavam de propostas de destino do *Minhocão*. Três

postagens foram categorizadas como “eventos *offline*” relacionados ao *Minhocão*. Não houve nenhum post agrupado nas categorias “conteúdo jurídico” e “outros”. Destaca-se que a maior parte das publicações foi feita pelos membros não administradores e as mais comentadas foram as com a temática sobre os destinos do *Minhocão*, com as duas principais propostas: o parque elevado e a demolição.

Havia divisão de opiniões entre os que entendiam a melhor opção ser o parque suspenso, principalmente com base em experiências internacionais, e os que acreditam que tal estratégia não seria possível no caso em específico do elevado. O tema da gentrificação apareceu em ambas as discussões, como preocupação dos efeitos com a população mais empobrecida moradora da região.

3. RELATÓRIO SOBRE A DISPUTA JUDICIAL ATINENTE AO PARQUE MINHOCÃO

Sobre a questão do Elevado João Goulart, foi movida uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que recebeu o número 2129887-42.2019.8.26.0000, um instituto jurídico que busca a declaração de inconstitucionalidade de determinado diploma legal. No caso, acusa-se a afronta constitucional da Lei nº 16.833, que “*cria o Parque Municipal do Minhocão e prevê a desativação gradativa do Elevado João Goulart*”, de 07 de fevereiro de 2018, do Município de São Paulo.

A ação foi proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e, segundo o órgão, há a invasão da competência do Poder Executivo e de sua reserva de iniciativa legislativa. Isso porque supostamente a Lei municipal impugnada, ao criar o “Parque Minhocão” e prever a desativação gradativa do “Elevado João Goulart”, afronta o princípio da separação de poderes por se tratar de matéria de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, interferindo indevidamente na gestão administrativa do Município.

Enquanto a iniciativa legislativa pressupõe a necessidade de lei em sentido formal e absoluto, a reserva da Administração dispensa a lei e a interferência do Parlamento para a prática de atos da Administração, inclusive aqueles com natureza normativa. No

caso em exame, constitui ato da competência privativa do Poder Executivo a criação de parque municipal, a forma de sua implantação, a conveniência do desenvolvimento de ações de sustentabilidade e a apresentação de projeto de intervenção urbana. Em síntese, cabe nitidamente ao administrador público, e não ao legislador, deliberar a respeito do tema.

Ainda, o Ministério Público aponta que houve na criação da Lei a violação ao Princípio do Planejamento, segundo a instituição o ato normativo impugnado também teria desrespeitado a necessidade de planejamento, princípio que deve ser observado na edição de leis relacionadas à instituição de diretrizes urbanas.

No processo é retratada a principal questão em relação a desativação do Elevado Costa e Silva, qual seja a sua demolição ou sua transformação, parcial ou integral, em parque (parágrafo único do artigo 375 da Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014, que aprova o Plano Diretor Estratégico). No entanto, o autor da ação aponta que a Lei impugnada haveria de ser precedida de planejamento urbanístico voltado a buscar o crescimento ordenado da cidade, não havendo nos autos estudos ou levantamentos técnicos, indicativos do impacto no trânsito municipal, na valorização imobiliária etc.

Nos autos do processo há um importante documento, qual seja, e-mail do vereador Caio Miranda Carneiro do Município de São Paulo ao Ministério Público como intuito de informar a questão apontando supostas ilegalidades de questões orçamentárias. O vereador aponta uma situação precária dos parques atuais, bem como um problema orçamentário do município de São Paulo. Por fim, o vereador aponta que há uma ausência de preocupação com a viabilidade técnica para o aproveitamento de uma estrutura de viaduto sob o ponto de vista de sua segurança – em um contexto em que o município de São Paulo atravessa grave crise em relação à conservação e manutenção de pontes e viadutos da Capital.

Ainda, no processo há um laudo da Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, apresentando uma de suas conclusões que, a interdição de 2/3 do Elevado Pres. João Goulart é possível, mas

implicará a adequação do sistema viário existente, principalmente nas vias que já operam no limite de capacidade, tais como Av. Gal. Olímpio da Silveira, Av. Pacaembu e Av. Sumaré.

Em 13 de junho de 2019, foi dada a liminar pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para a suspensão imediata da eficácia da Lei que cria o Parque. Justifica-se o deferimento da suspensão como que a abrupta desativação de importante via de circulação causaria grande impacto urbanístico. Além disso, seria irreversível a criação do parque municipal no lugar do elevado.

Em meados do processo, foi apresentado pela Câmara Municipal o “Panorama Histórico de Ocupação do Território Integrado ao Elevado”, com informações sobre o histórico da região, fachadas dos edifícios, a presente imagem é significativa para ilustrar a situação da Avenida que foi coberta pela estrutura na época anterior à construção do elevado:

Figura 1

Foto: Avenida São João, anos 1930. Claude Lévi-Strauss



Fonte: Caminhos do Elevado – Memória e Projetos

A foto apresenta a Avenida localizada abaixo do elevado, demonstrando a sua importância regional, a magnitude das construções e a grande movimentação de pessoas.

Na defesa apresentada no processo pela Câmara Municipal ela apresentou os seguintes argumentos: (i) ausência de violação ao princípio da separação dos poderes; (ii) matéria de meio ambiente, ocupação e urbanização do solo está inserida na competência concorrente do Legislativo e Executivo; (iii) norma impugnada observa o plano diretor, não havendo que se falar em ausência de planejamento.

Como houve o deferimento da liminar, a Câmara teve a necessidade de recorrer primeiramente com o Agravo Interno, sem sucesso para o seu pleito e em um segundo momento, com o Agravo Regimental, conseguindo a revogação da Liminar, por maioria dos votos do órgão especial. O relator Desembargador Salles Rossi, como foi um voto vencido, mas fez a suas declarações protestando contra a situação majoritária.

Em sua decisão o tribunal considerou a existência de vício de iniciativa, ante a necessidade de criação de conselho gestor na estrutura administrativa do Município, por iniciativa do executivo e a violação às disposições constitucionais, julgando procedente os pedidos do Ministério Público. Consequentemente, considera-se inconstitucional a Lei nº 16.833, de 07 de fevereiro de 2018, do Município de São Paulo, que “cria o Parque Municipal do *Minhocão* e prevê a desativação gradativa do Elevado João Goulart, voto dado por James Siano, o Relator.

A Mesa da Câmara Municipal de São Paulo recorreu ao Supremo Tribunal Federal, por meio de Recurso Extraordinário, buscando a negativa ou improcedência dos pedidos e o reconhecimento da constitucionalidade da referida Lei.

4. METODOLOGIA

O presente trabalho tratou dos destinos do *Minhocão*, via expressa, que desde a sua inauguração em 1971, gera desconforto à

população e suscita, entre os cidadãos, diversas opiniões sobre os destinos da estrutura. A discussão se acentuou a partir do momento em que o Plano Diretor do município de São Paulo, aprovado em 2014, desativou seu uso. A partir de então foram sancionadas Leis específicas para a construção do Parque Municipal, além disso, foram feitas consultas populares dentro do PIU – Projetos de Intervenção Urbana. Posteriormente, a criação do parque passou a ser discutida na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN de número 2129887-42.2019.8.26.0000, que ainda corre no tribunal de São Paulo.

O escopo original do trabalho foi entender como a rede social tem influenciado na construção democrática, sob o entendimento da necessidade de uma maior participação popular para trazer legitimidade ao sistema. Nesse trabalho, buscou-se entender como a discussão judicial que corre com o mesmo objeto, qual seja os destinos do Minhocão, conversa com os debates que ocorrem online pela sociedade civil.

Assim, foi realizada a análise documental dos seguintes documentos públicos sobre o caso *Minhocão* grupos da rede social Facebook: a) “Parque *Minhocão*”; b) “SP sem *Minhocão*”; c) “Cecílias e Buarques”. Além disso, foi feita a análise documental da ADI 2129887-42.2019.8.26.0000, observando a conexão entre os debates presentes nas redes sociais, e de que forma a população se apropriou dos termos processuais. Foi observado se há menção das iniciativas populares, em especial digitais, no processo judicial.

5. CONCLUSÃO

As questões atinentes ao Elevado João Goulart são de extrema importância para os moradores do entorno, bem como para todos os transeuntes que passam pela região e para aqueles que trabalham e investem na região. Trata-se de uma das maiores estruturas rodoviárias urbanas da América Latina (SILVA, 2017) e tudo que a envolva será significativo, tanto para um impacto

orçamentário do município, como para um impacto urbanístico que envolva a vida dos cidadãos.

Na esfera da e-democracia não institucional, existem grupos da sociedade civil que debatem na plataforma *Facebook*, apontando prováveis consequências dos possíveis destinos do Elevado, seja se tornando um parque, seja seu desmonte. Ainda, nos grupos, o assunto da ADIN 2129887-42.2019.8.26.0000 é recorrente, de forma que o processo é validado pelos grupos como um importante instrumento decisório para o destino do Elevado.

O referido processo judicial representa uma instância de poder onde também ocorre o debate quanto às possibilidades para o Elevado. Atualmente, no ano de 2022, os autos têm 1915 páginas e estão repletos de um material técnico de extrema importância para o debate dos destinos do *Minhocão*, como um laudo da Companhia de Engenharia de Tráfego (CET), o Panorama Histórico de Ocupação do Território Integrado ao Elevado apresentado pela Câmara Municipal e ainda o Plano de Intervenção Urbana Praticado pela Prefeitura.

O processo é um verdadeiro dossiê sobre a temática, que muito enriquece o debate para a população interessada. No entanto, é notório pelo debate nos grupos *Facebook* que a maioria da população não acessa essa documentação, mesmo sendo um documento público. Tanto a utilização do site do Tribunal de São Paulo, como a linguagem jurídica propriamente dita, representam obstáculos para uma leitura e entendimento do processo, para a população em geral, que não tenha formação jurídica. Isso porque, existe uma complexidade de entendimento da busca do site, até chegar ao processo na íntegra e o jargão jurídico apresenta complexidades e restrições de entendimento dos textos do processo, que apenas estudos na área do Direito conseguem dissolver.

Ainda é um fato relevante que o vereador Caio Miranda, autor da representação ao Ministério Público, entendeu a provocação do judiciário como importante ato para coibir uma situação potencial lesiva à coletividade e ao erário.

O judiciário por sua vez, em diversas decisões, questionou a necessidade de planejamento por parte da municipalidade para a criação de um parque e considerou inconstitucional a iniciativa legislativa da Lei nº 16.833, de 07 de fevereiro de 2018, do Município de São Paulo, que cria o Parque Municipal do *Minhocão* e prevê a desativação gradativa do Elevado João Goulart, por parte da Câmara dos Vereadores, sendo essa decisão ainda passível de reforma.

Conclui-se que, em relação ao destino do *Minhocão*, trata-se de um tema de vital importância para a região central de São Paulo, bem como para a gestão administrativa e financeira da municipalidade. Alguns grupos da sociedade civil se mostram ativos no debate, principalmente por plataformas online. O poder judiciário vem sendo decisivo nessa questão, seja pela liminar que suspendeu os efeitos da Lei que cria o parque *Minhocão* ou pela atual decisão por sua inconstitucionalidade.

Na observação da discussão dos grupos de *Facebook*, é possível perceber citações sobre o processo judicial analisado. No entanto, o processo não é apresentado com riqueza de detalhes em nenhuma postagem, o material mais importante para discussão, como os laudos técnicos, presentes nos autos do processo, em nenhum momento é apresentado na discussão por nenhum participante dos grupos.

Assim, nota-se um distanciamento da discussão online sobre os destinos do *Minhocão* e o conteúdo total do processo judicial em relação à Lei que cria o Parque *Minhocão*. O acesso real ao processo, que compreende um entendimento pleno da população envolvida, poderia trazer novos elementos de discussão nos debates travados de maneira online como uma atual decretação de inconstitucionalidade da Lei que cria o Parque *Minhocão* ou o Laudo Técnico da CET que aponta ser possível o desmonte do elevado ou sua desativação sem gerar grandes reflexos no trânsito local.

Ademais, o vereador Caio Miranda, que dá início ao trâmite judicial contra a Lei que cria o parque *Minhocão*, se apresenta como morador da região diretamente interessado, sem, contudo, se identificar como adepto de nenhuma vertente quanto ao destino do

Minhocão. Deixando uma dúvida sobre a existência de lideranças concretas sobre as possibilidades do Elevado ou grupos de organização concreta, ou apenas a existência de um debate provocado pelos moradores de maneira orgânica.

Por fim, nota-se que o debate existente na rede social tem sua importância, servindo de insumo para que parte da população se aproprie da discussão existente. Embora, as postagens sejam em grande parte isoladas e sem continuidade, trazendo pontos relevantes, contudo sem grandes contrapontos, na mesma mensagem. As redes sociais, representam um espaço não institucional, no qual é possível se atingir um grande número de pessoas com temáticas relevantes, mas de maneira pouco organizada e, muitas vezes, sem boa parte do conteúdo relevante para o tema.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Eduardo Luiz de Lima. **Minhocão e arredores: construção, degradação e resiliência (1970-2016)**, 372p. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016.

BEÇAK, Rubens. **Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTELHO, Maurilio Lima. A metrópole para além da nação: globalização e crise urbana. **Cad. Metrop.** São Paulo, v. 20, n. 43, pp. 697-716, set/dez 2018.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Domicílio: pesquisa sobre o uso de tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros**. Câmara Brasileira do Livro: São Paulo, 2018.

COMPAGNON, Antoine. **Os antimodernos**: de Joseph de Maistre a Roland Barthes. Tradução Laura Taddei Brandini. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

FARIA, Cláudia Feres. O que há de radical na Teoria Democrática contemporânea: Análise do debate entre ativistas e deliberativos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 25, n. 73, 2010.

FARIA, Cristiano Ferri Soares de. **O Parlamento aberto na era da internet**: pode o povo colaborar com o legislativo na elaboração das leis?. Brasília: Câmara, 2012.

LONGHI, João Victor Rozatti. **Processo legislativo interativo**: interatividade e participação por meio das tecnologias da informação e comunicação. Curitiba: Juruá, 2017.

LONGHI, João Victor Rozatti; BEÇAK, Rubens. **Democracia deliberativa e ciberdemocracia**: riscos e desafios para sua implementação. CONPEDI, Niterói – 2012.

NAKANO, Kazuo; GUATELLA, Sully Alonso. A forma urbana a partir de planos diretores e leis de zoneamento do Município de São Paulo, p. 149. **PARC Pesquisa em Arquitetura e Construção, Campinas**, SP, v.6, n.3, p. 142-154, set. 2015. ISSN 1980-6809. Disponível em: <http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/parc/article/view/8640799>. Acesso em: 27 de nov. de 2021.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

SÃO PAULO. Prefeitura do Município de São Paulo – PMSP. **Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo**: Lei Municipal n. 16.050, de 31 de julho de 2014; texto da lei ilustrado. São Paulo: PMSP, 2015.

SILLOS, Bruna de. **Redes sociais e democracia: um caminho para maior participação popular? Análise do debate online sobre os destinos do Minhocão**, 156p. Dissertação (Mestrado - Programa de

Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2020.

SILVA, Isabela Oliveira. *et al.*. Espaço urbano, fluxos e direitos: percursos no Elevado João Goulart (*Minhocão*). **Abstrato**. Revista eletrônica da Escola de Sociologia e Política da FESPSP, São Paulo, v.9,n. 1, p.64-74, 2017.

ZAIDLER JR, Waldemar. **Rátículas**: As Superfícies Mudadas como Lugar da Fabulação, 112p. Dissertação (Mestrado em Design e Arquitetura) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

DECISÃO SANEADORA NO IRDR EM PROL DA PARTICIPAÇÃO

Victor Colucci Neto¹

Maria Paula Bertran²

Resumo: Este texto apresenta conclusões e dados empíricos obtidos em pesquisa anterior, constantes em dissertação de mestrado, que observou a participação dos consumidores nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. A análise teve por referencial teórico a tipologia das partes de Marc Galanter, sendo que os consumidores seriam os litigantes habituais, e os fornecedores, litigantes habituais. Tratou-se de análise de conteúdo de 34 (trinta e quatro) autos judiciais de IRDR, cujos resultados foram divididos em 04 agrupamentos, estando no primeiro grupo os processos com evidências de desrespeito ao direito de participação dos consumidores; no segundo grupo os processos nos quais não existiu participação do consumidor, mas o resultado foi favorável ao direito do consumidor; no terceiro grupo os processos nos quais houve equilíbrio entre manifestações dos consumidores e dos fornecedores; no quarto grupo os processos nos quais ainda não havia julgamento de mérito até a data da análise. O regramento legal do IRDR previsto no CPC não detalhou a participação dos interessados. A reflexão trazida neste artigo consiste em argumentar que o desembargador relator, na presidência do processo judicial, poderia fiscalizar o equilíbrio da participação dos interesses envolvidos no julgamento, ao menos no aspecto formal de participação. Seria uma espécie de decisão saneadora do processo, não com finalidade probatória, mas preparatória para um julgamento colegiado em conformidade com as garantias constitucionais.

¹ Advogado, mestre pela Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

² Professora Livre-Docente da Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2018. Fulbright Chair in Democracy and Human Development, 2019-2020. Associate Visiting Professor na Stanford Law School.

Abstract: This article presents conclusions and empirical data obtained in previous research, contained in a master's thesis, which observed the participation of consumers in Incidents of Resolution of Repetitive Demands - IRDR. The analysis had Marc Galanter's typology of parts as a theoretical reference, with consumers as the usual litigants and suppliers as usual litigants. It was a content analysis of 34 (thirty-four) IRDR court records, the results of which were divided into 04 groups, with the first group being processes with evidence of disrespect for the right of consumers to participate; in the second group, the processes in which the consumer did not participate, but the result was favorable to the consumer's right; in the third group, the processes in which there was a balance between consumer and supplier manifestations; in the fourth group, the cases in which there was still no judgment on the merits until the date of analysis. The legal regulation of the IRDR provided for in the CPC did not detail the participation of interested parties. The reflection brought in this article consists of arguing that the rapporteur judge, in the presidency of the judicial process, could supervise the balance of the participation of the interests involved in the judgment, at least in the formal aspect of participation. It would be a kind of decision to clean up the process, not with a probative purpose, but preparatory to a collegiate judgment in accordance with constitutional guarantees.

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se refletir neste texto sobre uma possível desigualdade no acesso a justiça, instrumentalizado pela tramitação do IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas³. Essa análise se refere a verificar se há desequilíbrio no exercício do direito de participação no IRDR, daqueles sujeitos que serão atingidos pela eficácia vinculante da tese jurídica a ser fixada

³Inserido no ordenamento jurídico Brasileiro com o advento do CPC de 2015, regramento legal está previsto entre os artigos 976 ao 988, anunciado como mais um mecanismo de tratamento da litigiosidade repetitiva ao lado dos recursos especial e extraordinários repetitivos, previsão do art. 928.

no julgamento do incidente, em prejuízo à garantia do contraditório.

Em pesquisa anterior, dissertação de mestrado⁴ (COLUCCI NETO, 2021), tivemos a oportunidade de realizar pesquisa empírica referente a participação dos consumidores nos IRDRs admitidos no período entre 18/03/2016 até 01/12/2020. Optou-se por limitar a análise aos incidentes que versavam sobre o direito do consumidor por se tratar de um ramo do direito, notoriamente marcado por demandas de massa, bem como, por partes em posições, muitas vezes, marcadas por um desequilíbrio de forças, os consumidores e os fornecedores, o que propiciou uma análise acerca do equilíbrio participativo.

Diante dessa conhecida disparidade entre as partes, a pesquisa tomou por base o referencial de Marc Galanter e sua tipologia das partes, diferenciadas entre os “litigantes habituais”, os fornecedores, e os “litigantes ocasionais”, os consumidores (GALANTER, 1974).

Tratou-se de uma análise de conteúdo dos processos judiciais de IRDR, com análise quantitativa para compreender a realidade da participação dos consumidores. A seleção dos processos analisados teve início com uma pesquisa exploratória nos processos com tramitação judicial eletrônica nos 27 (vinte e sete) Tribunais de Justiça brasileiros, valendo-se primordialmente do NUGEP e da base de dados do IRDR existente na página eletrônica de cada Tribunal⁵. Aplicados os filtros definidos para a pesquisa, detalhadamente expostos na dissertação mencionada, foi apurado que no lapso temporal considerado, dentre os 27 Tribunais de

⁴ Dissertação de mestrado defendida em 2021, perante a FDRP/USP, com título *Participação dos Consumidores nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas: uma análise empírica*.

⁵ Como justificado no Capítulo 3 da referida dissertação, além do site dos Tribunais, também foram pesquisadas as bases do CNJ e a base do Observatório Brasileiro de IRDR da FDRP/USP.

Justiça brasileiros em 15 (quinze)⁶ deles existiam IRDRs sobre o direito do consumidor admitidos ou julgados, com um total inicial de 42⁷ processos selecionados, número que foi reduzido para 34 (trinta e quatro) processos ao final para fins de análise de conteúdo.

O levantamento de dados em autos de processos judiciais é uma vertente da técnica “pesquisa documental”, utilizada e desenvolvida, principalmente, em pesquisas das áreas de história e ciências sociais. Ela reproduz o potencial e as limitações inerentes a essa técnica, com as peculiaridades típicas da área do direito e da produção de conhecimento jurídico. Por um lado, a fonte é abundante e relativamente acessível; por outro, a forma pela qual os dados se apresentam e sua função na pesquisa exigem conhecimento e técnicas especiais para coleta e análise das informações. O pesquisador segue um caminho refletido e técnico para fins de buscar o achado da pesquisa, o dado revelado a partir do dado registrado no processo judicial (SILVA, 2017, p. 277 e p. 307).

Nessa pesquisa empírica foi observado que muitos processos de IRDR tramitaram com desequilíbrio formal de participação entre as partes. Desta forma, considerando a prática judiciária verificada é que se considera relevante a reflexão acerca de uma melhor interpretação do regramento legal do IRDR com vistas a permitir o seu desenvolvimento com observância das garantias constitucionais do contraditório e da participação dos interessados.

Como uma possível mitigação ou solução para este problema verificado na prática, sugeriu-se uma reflexão acerca da relevância de uma atividade fiscalizatória por parte do desembargador relator do processo. Apesar da decisão saneadora⁸ não estar prevista no

⁶ Amapá, Amazonas, Ceará, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, São Paulo, Sergipe, Tocantins.

⁷ Esta quantidade de processos consiste no primeiro resultado da pesquisa exploratória, antes de serem excluídos os processos com tramitação no formato físico.

⁸ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

regramento legal específico do Código de Processo Civil, não haveria nenhum óbice à realização de uma análise, prévia e preparatória ao julgamento, acerca da existência de participação, ao menos formal, dos diferentes polos de interesses controvertidos no processo.

Com isso, poderia se evitar o julgamento e a fixação de tese jurídica vinculante, sem que tivesse existido participação, ao menos formal, dos diferentes polos interessados na temática sob julgamento.

2. DESENVOLVIMENTO

A pesquisa empírica mencionada, consistente na análise do conteúdo dos 34 (trinta e quatro) processos judiciais para fins de aferição do equilíbrio de participação nos IRDRs, tomou por base a regulamentação constitucional e legal do contraditório, Constituição Federal, art. 5º, LV e Código de Processo Civil, Art. 9º e 10.

O Art. 983º do CPC disciplina a instrução processual do IRDR sem muitos detalhamentos. Preceitua que após a admissão do incidente, serão ouvidas as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades que tenham interesse na controvérsia. E que no prazo de 15 dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida. Na sequência poderá se manifestar o Ministério Público, no mesmo prazo. Além disso, nesta fase de instrução probatória poderá ser marcada audiência pública para debater a matéria, com depoimento de

⁹ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. § 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

pessoas especializadas na questão. Concluídas estas diligências será designada sessão para julgamento do mérito do incidente.

Considerando a feição do IRDR de ser destinado a criar uma tese jurídica vinculante e geral para o respectivo Tribunal ou Região, e a não existência de um detalhamento legal quanto ao desenvolvimento da participação, a pesquisa empírica se torna interessante para fins de verificação da conformação constitucional para além de críticas abstratas que partam do arquétipo legal.

Na análise realizada na pesquisa foi verificado se a participação das partes era viabilizada mediante a ciência dos atos processuais, a concessão de oportunidade de manifestações e a existência e autoria das manifestações existentes ao longo da tramitação processual. Tratou-se de uma análise formal, sem conferência do teor e da qualidade técnica das peças, e sem pretender medir eventual grau de influência no resultado do julgamento.

Os resultados e achados obtidos com a análise empírica foram detalhadamente expostos na dissertação do mestrado, em quatro agrupamentos de processos: no primeiro grupo se apresentou os 09 (nove) processos com evidências de desrespeito ao direito de participação dos consumidores; no segundo grupo os 04 (quatro) processos nos quais não existiu participação do consumidor, mas o resultado foi favorável ao direito do consumidor; no terceiro grupo os 09 (nove) processos nos quais houve equilíbrio entre manifestações dos consumidores e dos fornecedores; no quarto grupo os 12 (doze) processos nos quais ainda não havia julgamento de mérito até a data da análise.

A realização de objetivos sociais pelo Judiciário pressupõe acesso à justiça com efetiva participação dos grupos afetados, dos diferentes atores no sistema judicial e à sua capacidade de submeter e argumentar os assuntos à apreciação jurisdicional, contribuindo para formação da decisão judicial (ASPERTI, 2018, p.48-49).

É de relevância para as reflexões do presente texto trazer a exposição dos processos nos quais se vislumbrou falhas mais graves e evidentes quanto ao exercício da participação das partes.

De forma breve, são indicados processos no quadro abaixo relevantes para justificar a importância da verificação empírica e da reflexão trazida neste texto.

Processo e Tribunal	Principal vício de participação observado
0005477- 60.2016.8.04.0000 TJAM	Houve decisão específica para intimação de representantes dos ligantes habituais. Nenhuma entidade de defesa dos consumidores foi intimada ou ingressou nos autos, não houve defesa dos consumidores neste processo. Resultado do julgamento não favorável aos consumidores, pendente Recurso Especial, apenas do litigante habitual.
0630366- 67.2019.8.06.0000 TJCE	Houve decisão judicial para intimação da FEBRABAN, pelo interesse do litigante habitual. Mas nenhuma entidade do consumidor foi expressamente intimada. BRASILCON e Defensoria Pública ingressaram espontaneamente, mas em fase mais avançada do processo. ANNEP e IBDP foram intimadas, mas não se manifestaram nos autos.
0051570- 97.2016.8.07.0000 TJDFT	Completa inobservância do Art. 983 do CPC. Não existiu determinação para intimação e concessão de vista dos autos para absolutamente nenhuma parte ou interessado. Após a admissão do IRDR e manifestação do Ministério Público, já se passou diretamente para a fase de julgamento do mérito. No TJ, o julgamento foi favorável aos consumidores, mas no STJ, afetado ao Rito dos Repetitivos (Tema 1102), houve reversão do julgado. Tese fixada contra o interesse dos consumidores, não existiu participação de nenhum consumidor ou entidade representativa, passou a ter eficácia vinculante em âmbito nacional.
5122954- 26.2015.8.09.0061 TJGO	Completo desrespeito do CPC pelo Judiciário e pelo Ministério Público: admitido o IRDR para processamento, não foram adotadas as providências de intimação das partes, interessados, Ministério Público (Art. 983, CPC). Duas petições de partes interessadas pessoas

	físicas requereram a intimação do Conselho Federal de Farmácia, pedido que nunca foi apreciado e que não constou no Relatório do julgamento. Uma das interessadas ingressou com recurso alegando essa omissão, mas fez recurso intempestivo. O Ministério Público ingressou nos autos para dizer que a nulidade da sua não intimação estava suprida com seu comparecimento, mas que comparecia para dizer que não tinha interesse algum em manifestar-se no processo, argumentando que no processo as partes eram maiores e capazes, que não se referia o mérito as circunstâncias elencadas no artigo 178 do Código de Processo Civil.
5145872- 42.2017.8.09.0000 TJGO	Não intimação específica de nenhuma entidade referente aos dois polos distintos da controvérsia em debate. Em fase mais adiantada (evento 123), foi enviado ofício ao BACEN para que este informasse a cargo de qual liquidante estaria sendo executada a liquidação extrajudicial do Banco Rural S/A (parte no processo adotado como causa-piloto). A FEBRABAN foi admitida como <i>amicus curiae</i>. Consta certificado nos autos não manifestação do autor do processo paradigma. Não há manifestação em prol dos consumidores. Pelo litigante habitual, manifestações: Banco Itaú; Banco do Brasil; Banco Bradesco; Febraban (único que pediu ingresso como <i>amicus curiae</i>); Banco Rural - em liquidação extrajudicial.
0002451- 50.2018.8.16.0000 TJPR	Não houve a intimação de nenhuma entidade representativa dos interesses dos consumidores; houve ordem judicial para intimação das partes pessoas físicas, e instituições financeiras partes no processo paradigma, Banco Votorantim S/A, Banco Cetelem S/A e Banco BMG.
2121567- 08.2016.8.26.0000 TJSP	Determinou-se expressamente intimação da autoridade monetária Banco Central do Brasil / Conselho Monetário Nacional. Não houve nenhuma ordem para intimação de entidades vocacionadas à defesa dos consumidores, bem como nenhuma entidade ingressou nos autos espontaneamente para esta finalidade. Ingresso

	espontâneo, sem intimação, se deu apenas para a defesa das instituições financeiras, com ingresso do Banco do Brasil S/A e da FEBRABAN. Tese jurídica desfavorável ao consumidor bancário transitou em julgado sem recurso.
2059683-75.2016.8.26.0000 TJSP e REsp 1.797.489	Neste caso, existiu intimação específica apenas para autoridade monetária Banco Central do Brasil / Conselho Monetário Nacional. A pessoa física suscitante do IRDR pediu a intimação do PROCON/SP, IDEC e do DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, mas este pedido nunca foi apreciado. As relevantes manifestações em prol do direito dos consumidores foram formuladas por partes pessoas físicas do processo paradigma e terceiros interessados. Na sessão de julgamento houve sustentação oral pelas partes dos casos paradigmas.
0002370-30.2019.8.03.0000 TJAP	Dificuldade para integral análise dos autos no sistema do TJAP. Pelo relatório do Acórdão que julgou o mérito, consta que houve intimação do Procon do Amapá, a pedido de um dos advogados, e não há menção a manifestações em defesa do direito dos consumidores no processo. Consta que foram expedidos ofícios para OAB-AP, SINSEPEAP, SINDSEP, SSMM, Banco Bradesco, Banco do Brasil, Banco Santander, Banco Itaú e Caixa Econômica Federal, dando ciência da admissão do presente IRDR. Foi deferida a habilitação como <i>amici curiae</i> do Banco Industrial, da Associação Brasileira de Bancos, da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), o Banco BMG S/A, e os Advogados Franck Gilberto Oliveira da Silva, Alexandre Costa da Gama, Sérgio Forlan e André Gustavo.

A análise destes processos identificou situações nas quais sequer o *caput* do art. 983 do CPC foi respeitado, pois, nem sequer foi proferido despacho judicial com genérica determinação para manifestação de eventuais interessados. Houve processos nos quais existiu decisão para intimação específica apenas de

representantes dos interesses do litigante habitual, sem intimação de nenhuma entidade que pudesse formular defesa do interesse dos consumidores. E nestes casos, houve fixação de tese jurídica de observância obrigatória e geral na competência do respectivo tribunal.

Não foi preciso chegar ao aprofundamento de se realizar análise qualitativa de eventuais manifestações e peças existentes nos autos, para se concluir pela relevância de se observar o equilíbrio na manifestação das partes. Como pode ser observado, em muitos processos de IRDR existiu a fixação da tese jurídica sem que tivesse sido oportunizado a ambos os polos com interesses na questão o exercício da garantia ao contraditório. Inexistiu uma participação equilibrada na formação da tese jurídica resultante do julgamento do IRDR.

O respeito ao contraditório poderia estar minimamente atendido com uma equilibrada concessão de oportunidade para a formal participação processual. Mas, o que se viu foi que certos processos não contaram com intimações nos termos do art. 983 do CPC, ou em alguns, que as intimações específicas foram direcionadas apenas para representantes dos litigantes habituais.

Estas percepções de desequilíbrio na participação, resultantes da análise do conteúdo dos processos, já são possíveis pela leitura do relatório do acórdão, redigido pelo Desembargador Relator, para fins de julgamento do mérito do IRDR. No relatório prévio ao julgamento, são relacionados os acontecimentos do processo, e pela leitura desta peça é possível concluir algumas ausências, que poderiam ser resultado de alguma falha na transcrição do resumo dos autos. Mas ao se debruçar na conferência atenta de todo conteúdo do processo, foi possível ver que o relatório, cuja simples leitura denota desequilíbrio participativo nos autos, reproduz com fidelidade o que ocorreu nos autos.

Neste sentido é que se defende a ideia de que o desembargador relator, ao realizar o resumo para constar no relatório do processo, tem toda a possibilidade de vislumbrar que um determinado processo de IRDR tramitou sem respeito ao

contraditório, como por exemplo ocorreu nos processos da pesquisa empírica, indicados de forma resumida no quadro anterior. Na condição de presidente do processo e comprometido com o ideal de respeitar as garantias constitucionais, defende-se que o julgador deveria proferir uma decisão de saneamento do processo de IRDR, espécie de decisão voltada para sanear e organizar o processo para viabilizar o julgamento. Neste momento, poderia fundamentar sobre eventual desequilíbrio no debate, ausência de oportunidades para o contraditório de determinado lado da controvérsia a ser julgada e, assim, assegurar a conformidade constitucional do processo.

Como se sabe, a decisão de saneamento, tecnicamente, é voltada para os processos nos quais seja necessário a dilação probatória em fase posterior. Todavia, pode haver providências saneadoras no curso processual, notadamente considerando o teor do art. 352 do CPC no sentido de que o juiz determinará a correção de irregularidades ou de vícios sanáveis, no prazo de 30 dias. Além disso, representa dever legal¹⁰ do juiz o saneamento de vícios processuais e, de forma ampla, pode-se dizer que um processo sem intimações ou possibilidade equilibrada de manifestação entre os diferentes polos da controvérsia, se assemelha a um procedimento com vício quanto ao respeito ao contraditório.

Neste sentido, por mais que a regulamentação do IRDR não tenha trazido expressa previsão, e ainda, mesmo que a decisão saneadora do art. 357 do CPC seja destinada, primordialmente, à preparação do processo individual para a fase probatória, mesmo não sendo o caso de se preparar o IRDR para produção de provas, defende-se que poderão existir providências judiciais saneadoras prévias ao julgamento. Isso em prol do respeito ao direito de participação equilibrada e conformada com a garantia constitucional do contraditório, em prol da busca pela igualdade no acesso à justiça pela via do IRDR.

¹⁰ Art. 139, IX, CPC.

A pesquisa empírica mencionada também evidenciou um protagonismo¹¹ do Poder Judiciário como suscitante nos pedidos de instauração de IRDR. Ora, da mesma forma que há o interesse e o protagonismo na iniciativa em suscitar o procedimento para se fixar teses jurídicas visando resolver processos massificados, deve existir a postura judicial de presidência processual fiscalizatória das garantias constitucionais.

O Ministério Público, na condição de fiscal da adequada aplicação da lei também deve se empenhar em colaborar para evitar que um processo de IRDR vá à julgamento com ausência ou grave desequilíbrio de participação. Essa conferência é plenamente realizável, já que ele deve atuar obrigatoriamente em todos os processos de IRDR, e tem a prerrogativa de manifestar-se em último lugar, após todas as outras manifestações do Art. 983, conforme previsão neste próprio artigo do CPC.

A participação dos interessados sobrestados deverá ser guiada, principalmente, pela ideia de apresentação de novos argumentos em contribuição para o debate e julgamento. Não se defende a mera repetição de argumentos em peças de autorias distintas. Essa ideia seria uma ressignificação do requisito de utilidade que é um dos aspectos do interesse de agir, passando para uma dimensão objetiva do conceito. Neste sentido da utilidade, admite-se manifestação não apenas dos sujeitos sobrestados, mas também de *amicus curiae*, Ministério Público, e outros (TEMER, 2018, p. 192).

Ademais, para tratar do interesse dos sobrestados, não se admite também a transposição da ideia de substituição processual presente nas ações coletivas. No IRDR não existe uma defesa de posição dos autores ou réus sobrestados nos processos repetitivos, por aquela parte presente no incidente, permanecendo aos sobrestados a faculdade de manifestação (TEMER, 2018, 195).

¹¹ Dentre os 34 processos analisados, 21 deles teve a instauração suscitada pelo Poder Judiciário; 07 pelo litigante fornecedor e 06 pelo litigante consumidor.

Ressalva-se que o além dos sujeitos sobrestados – entendidos aqueles com processos individuais repetitivos pendentes, há sujeitos que poderão ser afetados pela decisão, ante a previsão legal da sua aplicação aos casos futuros. Sofia Temer afirma existir autores sustentando que a inexistência de pretensão processual seria óbice à participação no IRDR, afinal, pode nunca ser tornado litigiosa sua pretensão (TEMER, 2018, p. 197-198). Entende-se, nesta hipótese, que poderia haver participação em caso de demonstração da utilidade, sob o critério de apresentação de novos argumentos, bem como atuação na condição de *amicus curiae* ou em eventual audiência pública, se preenchidos os requisitos.

Democracia no processo recebe o nome de contraditório, segundo Fredie Didier JR. Ele explica que democracia é participação, logo, um processo no qual não seja assegurado o direito de participação não pode ser considerado democrático. A garantia do contraditório tem duas facetas, uma formal e a outra substancial. A faceta formal do contraditório é o direito à participação. Participação seria um mínimo que o senso comum compreende como contraditório. E o aspecto substancial do contraditório consiste na possibilidade de influenciar a decisão (DIDIER JR., 2009, p. 57).

Edilson Vitorelli, a partir de análise histórica da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e da Inglaterra, apresenta que o conceito devido processo legal se desenvolveu a partir do conceito de participação. Destaca sobre o direito de ser ouvido, sobre ter o direito de se manifestar perante uma autoridade antes que ela julgue uma causa de seu interesse, o que seria inerente ao senso de justiça que vai além do próprio ordenamento positivo (VITORELLI, 2016, p. 148).

Camilo Zufelato refere-se ao contraditório como o grande signo das garantias processuais, esclarecendo a íntima relação com o devido processo legal e com a ideia de direito a um processo justo. Explica ainda que há quem afirme que o contraditório transcende os aspectos processuais técnicos jurídicos, constituindo-se em um princípio de organização do Estado (ZUFELATO, 2019, p. 41-44).

Susana Henriques da Costa e Andrea Pimentel de Miranda, falam da centralidade desta discussão no IRDR, e anunciam a participação como critério indispensável para a legitimação democrática do exercício da atividade jurisdicional (COSTA, MIRANDA, 2020, p. 159).

O Art. 7º do CPC/2015 prevê expressamente essa obrigação ao juiz, de zelar para que exista paridade às partes quanto ao exercício das faculdades processuais, meios de defesa, e pelo efetivo contraditório. Assim, trata-se de norma fundamental do processo civil que deve guiar a adequada aplicação do mencionado Art. 983.

A garantia constitucional do contraditório foi prestigiada no CPC/2015, com a positivação na condição de uma das “normas fundamentais do processo civil”, cujo teor é extraído dos Artigos 6º, 7º, 9º, 10 e 11 do CPC/2015.

Previu-se de forma expressa que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (Art. 9º do CPC), o que traduz a necessidade de que o Relator responsável por presidir a tramitação processual do IRDR tenha sua conduta guiada por essa fundamental garantia constitucional reafirmada como norma fundamental do processo civil brasileiro.

A importância do respeito ao contraditório e à participação se agiganta nesta modalidade de processo que tem por finalidade fixar uma tese jurídica com eficácia normativa geral, *pro et contra*, aos processos pendentes e futuros.

Uma decisão-surpresa, sem contraditório, é desestimulada e considerada nula no processo civil. No julgamento de casos repetitivos, não deve ser admissível que as partes dos processos sobrestados e os terceiros interessados na formação da tese fiquem sujeitos à eficácia vinculante sem que sejam adequadamente representados no processo (TAVARES, 2021, p. 474).

Contextualiza-se a relevância do contraditório no sistema jurídica exatamente para fundamentar a defesa da fiscalização judicial do equilíbrio participativo no IRDR, que se apresenta neste texto.

Por mais que existem divergências quanto a natureza da intervenção dos terceiros sobrestados no IRDR, é indiscutível que possuam interesse, haja vista que o processo julgará tese jurídica que também é do seu interesse (TEMER, 2018, 190). Sendo assim, é imprescindível a fiscalização judicial da participação para se obter um processo em conformidade com a lei e a Constituição Federal.

Pensando especificamente nos incidentes envolvendo relações de consumo, que foram objetos da pesquisa empírica mencionada com inspiração deste texto e, precisamente ponderando que: a tese jurídica vai abranger fornecedores e consumidores em geral; não existe ao sobrestado a faculdade de “auto exclusão”; é muito provável que os fornecedores estarão bem representados, bem como ingresso de entidades interessadas em apoio ao mesmo interesse; possibilidade de deficiência ou inexistência de defesa do interesse dos consumidores. Neste cenário, cabe ao Relator do processo providências para evitar o desequilíbrio na participação.

À luz do referencial teórico da tipologia das partes bem como da desigualdade no acesso à justiça, é que se presume e se cogita para fins de argumentação que este desequilíbrio de participação seja presente nos incidentes versando sobre relações consumeristas. Inclusive, que pode ocorrer situação de praticamente inexistência de participação dos consumidores, litigantes ocasionais, não apenas desequilíbrio com relação ao interesse contrário.

O Código de Defesa do Consumidor preceitua que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC)¹², é composto pelos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor. Dentre os direitos básicos do consumidor previstos na lei consta o acesso aos órgãos do judiciário para prevenir ou reparar danos individuais, coletivos ou difusos, bem como a facilitação da defesa dos seus direitos.

Sendo assim, o Relator de um processo de IRDR referente a direito do consumidor tem condições de vislumbrar quais são os

¹² Art. 105, do Código de Defesa do Consumidor.

órgãos e as entidades de defesa dos consumidores com atuação na área de jurisdição do respectivo Tribunal de Justiça e determinar a sua intimação pessoal.

Para exemplificar, em um processo envolvendo crédito consignado, na qual há diversas instituições financeiras, Febraban, e o consumidor, plenamente possível que o Relator determine a intimação pessoal do PROCON, IDEC, BRASILCON, dentre outras entidades de defesa dos consumidores. Além disso, o Relator pode ter a iniciativa de intimar a Defensoria Pública, havendo compatibilidade com sua atuação institucional a defesa do interesse dos consumidores.

O PROCON (Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor) é um órgão público que orienta consumidores, e possui competência de fiscalização e sanção. Existem também diversas associações civis de defesa dos consumidores. São exemplos IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor – PRO TESTE, com orientação para o consumo e atuação judiciária, notadamente com propositura de ações civis públicas (GABAY; CUNHA, 2012, 108-110). Menciona-se também o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON), associação criada em 1992 com projeção nacional e internacional. Logo, aqui estão alguns poucos exemplos de entidades, órgãos e associações que podem ser expressamente intimadas pelo Judiciário com fins de ampliação do debate sobre direito dos consumidores no IRDR, que não pode ser exercido apenas pelos litigantes habituais.

O entendimento aqui defendido, apoia-se na ideia de que a participação da classe ou grupo dos consumidores no IRDR seria, portanto, consagrada assegurando-se ao menos a faceta formal da participação, com a concessão de ciência e possibilidade de ingresso e manifestação nos autos. Providências específicas por parte da autoridade judicial para assegurar a constitucionalidade do processo.

Neste tipo de processo é impossível a participação direta de todos os consumidores brasileiros. Isto é algo que nenhuma lógica

cogita, afinal a garantia do contraditório deve ser compatibilizada com a duração razoável do processo, e até mesmo, com a noção de que a pessoalidade inviabilizaria o processo.

Entende-se, portanto, que a constitucionalidade do IRDR no quesito participação e contraditório depende, em grande parte, da postura do Relator. O juiz é responsável por dirigir o processo e zelar pela igualdade das partes, o que inclui a regularidade do contraditório.

3. CONCLUSÃO

O IRDR é um relevante instrumento processual introduzido no sistema jurídico brasileiro, como mais uma alternativa para tratamento da litigância repetitiva. Sua tramitação deverá ser guiada pelo respeito às garantias constitucionais. A pesquisa empírica mencionada neste texto constatou que não foi incomum a situação de desequilíbrio na participação entre litigantes habituais e consumidores.

Em considerável número de processos não se verificou participação equilibrada, pois, os litigantes eventuais, consumidores, não tiveram participação ou voz nos autos. E, apesar disso, não se vislumbrou nenhuma atitude ou providência judicial para sanar o desequilíbrio antes de ocorrer o julgamento do processo. A pesquisa se ateve a uma análise quantitativa da participação formal, um mínimo de participação que se espera que exista para fins de se pensar em uma participação sob aspecto material, capaz de influenciar na decisão.

Notadamente em situações de disparidade de armas, processos nos quais haja presença de litigantes habituais e ocasionais, como nos processos analisados empiricamente, a condução do IRDR deve ser atenta ao respeito das garantias constitucionais, notadamente contraditório. Desta forma, será possível evitar que desigualdades da relação material das partes sejam transportadas para o acesso à justiça.

Como exposto, a pesquisa empírica realizada demonstrou que quando existiram as hipóteses de desequilíbrio da participação dos diferentes interesses na disputa do IRDR, a percepção deste desequilíbrio emergia da simples leitura do relatório do acórdão de julgamento do mérito do IRDR. Ora, ao redigir o acórdão, atentando-se para um desequilíbrio que possa representar transgressão à garantia do contraditório, defende-se que o relator do processo possa adotar providências saneadoras, por analogia ao art. 357 e cumprindo seu dever geral do art. 139, IX, ambos do CPC.

Mesmo que no regramento do IRDR, expressamente previsto no CPC não preveja uma decisão de saneamento e organização do processo previamente ao julgamento, para fins de assegurar o respeito à garantia constitucional do contraditório, entende-se que seria recomendável a adoção do procedimento de saneamento pelo relator. Esta providência seria útil para assegurar uma participação equilibrada dos interesses controvertidos no IRDR e viabilizar um procedimento em conformidade com a garantia constitucional do contraditório.

REFERÊNCIAS

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Recursos Repetitivos e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.

COLUCCI NETO, Victor. **Participação dos Consumidores nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas**: uma análise empírica. 2021. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2021.

COSTA, Susana Henriques da; MIRANDA, Andrea Pimentel de. **A participação de terceiros no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas**: uma análise do tribunal de justiça de São Paulo. In: TALAMINI, Eduardo; SICA, Heitor; CINTRA, Lia

Carolina Batista; EID, Eli Pierre (org.). **Grandes Temas do Novo CPC - Partes e Terceiros no Processo Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 149-172.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 1. 11ª edição. – Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. **Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: uma análise empírica**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALANTER, M. Why the "Haves" Come out Ahead : Speculations on the Limits of Legal Change Author (s): Marc Galanter Source : **Law & Society Review**, v. 9, n. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One Published by: Wiley on behalf of the Law and Society, v. 9, n. 1, p. 95–160, 1974.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Pesquisas em processos judiciais**. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de estudos empíricos em Direito, 2017, p. 275-320.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A participação no julgamento de casos repetitivos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 15, v 22, n. 1. Janeiro a Abril de 2021. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). 2021, p. 465-487.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZUFELATO, Camilo. **Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro**. Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019.

INTER-RELAÇÕES ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E ACESSO À JUSTIÇA

Radson Rangel F. Duarte¹

Jair Aparecido Cardoso²

Resumo: O presente estudo objetiva a análise dos institutos jurídicos da segurança jurídica e acesso à justiça, e sua íntima relação no ordenamento jurídico, em face das constantes reformas processuais, as quais visam a adequação do sistema jurídico, ao novo projeto jurídico social, dinamizando-o. Deriva desta ilação a necessidade de se verificar se o sincretismo processual, aliado a outras formas e técnicas adotadas pelo sistema jurídico, mantém a inter-relação entre os institutos analisado, com o escopo de efetivar a prestação jurisdicional de forma célere, por meio de um processo justo.

Palavras chave: Segurança jurídica; Acesso à justiça; Processo justo; Projeto jurídico.

Abstract: This study aims to analyse the legal institutions of legal security and access to justice, and their intimate relationship in the legal system, in the face of constant procedural reforms, which aim to adapt the legal system to the new social legal project, making it more dynamic. Derives from this inference the need to verify whether procedural

¹ Mestre pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo, autor de *Segurança jurídica no direito e processo do trabalho*, Lumen Juris, 2020, coordenador de *CLT Processual: comentários à parte processual da Consolidação das Leis do Trabalho*, Thoth Editora, 2021, professor universitário e juiz do trabalho.

² Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SP (2006). Graduado e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Líder do grupo de pesquisa "A transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho", CNPq-2010. Presidente da Comissão de Cultura e Extensão da FDRP/USP (2019/2021), Presidente do Programa de Pós-Graduação da FDRP/USP (2022/2023). Autor de artigos e livros na área.

syncretism, combined with other forms and techniques adopted by the legal system, maintains the interrelationship between the analysed institutes, with the scope of effecting the jurisdictional provision quickly, through a fair process.

Keywords: Legal security; Access to justice; Fair process; Legal project.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabelece a inafastabilidade da tutela jurisdicional, a revelar a necessidade de o Estado buscar mecanismos que possam concretizar tal previsão, que não pode ser compreendida unicamente como a possibilidade de postulação ao Judiciário (art. 5º, XXXV). Exige-se, ao contrário, medidas ativas para proporcionar também um acesso qualitativo, com respostas adequadas e tempestivas. Impõe, ainda, que a fixação de consequências ao exercício do direito de ação guarde proporcionalidade, sob pena de ferimento à determinação constitucional.

Múltiplos são os conceitos apresentados ao conceito de acesso à justiça, a depender do recorte que o intérprete realiza e, especialmente, a concepção quanto ao ordenamento jurídico e o seu papel. A despeito do seu amplo uso, a expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas possui em sua essência o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado, observando-se dois vetores: o sistema processual deve ser igualmente acessível a todos; além disso, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos³.

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 8.

É possível afirmar, portanto, que o acesso à justiça está vinculado aos temas de cidadania e constitucionalismo, apoiando e reforçando o Estado Democrático de Direito⁴.

O presente texto busca apresentar a inter-relação existente entre acesso à justiça e segurança jurídica, alcançados no plano constitucional e, por isso, carentes de um tratamento que lhes confira a dignidade que esse reconhecimento na estrutura do ordenamento jurídico proporciona. Nesse desiderato, busca identificar a justificação normativa do acesso à justiça, reconhecendo-lhe o caráter de direito fundamental e, portanto, a exigir prestações por parte do Estado. Apresenta também a noção da segurança jurídica enquanto norma constitucional para, em seguida, identificar as relações que mantém com o acesso à justiça.

A vertente teórico-metodológica utilizada neste ensaio observa, a princípio, a revisão bibliográfica, para destaque do referencial teórico utilizado, além de observar também o aspecto jurídico-dogmático, para analisar aspectos dos institutos abordados, para, ao final, realizar uma análise dialética dedutiva para o escopo deste ensaio.

2. A JUSTIFICAÇÃO NORMATIVA DO ACESSO À JUSTIÇA

Como realçado, há uma amplitude de compreensão do significado da expressão *acesso à justiça*, pois, compreendida na fórmula da inafastabilidade da tutela jurisdicional, oferece inúmeras perspectivas, desde uma concepção formal até a identificação de um conteúdo material.

Para Cappelletti, o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos

⁴ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia *versus* metodologia? In: PANDOLFI, Dulce *et al.* (org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 69.

humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos⁵.

Apesar dessas dificuldades, sem pretensão conceitual exauriente, é possível afirmar que o acesso à justiça consiste na adoção por parte do Estado de um conjunto de medidas que viabilizam, frente aos conflitos ou exigências⁶, a realização da cidadania por meio de acesso a soluções adequadas aos conflitos. Note-se que essa fórmula não corresponde a mero acesso ao Poder Judiciário, o que concretizaria um acesso quantitativo, na oferta da possibilidade de poder contar com a proteção do Estado na defesa de seus direitos, mas também o acesso qualitativo, compreendido como a efetivação da prestação jurisdicional, não só no sentido de dizer o direito, mas de entregá-lo efetivamente.

Essa amplitude funcional resulta da necessidade de justificação normativa do acesso à justiça.

Conquanto pesquisas revelem diversas perspectivas⁷, é possível a compreensão de que possui o acesso à justiça um caráter de direito fundamental, o que torna explícito o seu *status* positivo, que corresponde a uma função prestacional, a exigir que o poder público atue na sua concretização, conformando o direito à organização e ao procedimento com vistas ao seu alcance. Por isso, afirma-se que “em vez de garantia é mais preciso falar em

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 12.

⁶ Aqui se reporta à jurisdição voluntária, enquanto zelo de interesses particulares pelo Judiciário. Identifica-se aqui a exigência de intervenção do Estado-Juiz como um requisito de existência do ato jurídico ou como implementador de segurança. Sobre o tema, cf. DUARTE, Radson Rangel F. *CLT Processual: Comentários à parte processual da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/1943)*. Radson Rangel F. Duarte, Marcelo Miranda Caetano, Ana Paula Silva Campos Miskulin (Coords.). Londrina, PR: Thoth 2021, p. 175, 355-356.

⁷ Fala-se em princípio processual, direito individual ou em direito coletivo, em direito social, norma princípio, direito concretizar etc. MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016; SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. *Acesso à justiça: o direito fundamental em um ambiente de recursos escassos*. São Paulo: Almedina, 2020.

realização de um direito”⁸, o que significa a existência de um feixe eficaz, por ensejar “direitos à proteção, direitos à organização e procedimento, e direitos a prestação em sentido estrito”.

Não se nega que, a partir do momento histórico que o Estado trouxe para si o dever-poder de prestar a tutela jurisdicional, o acesso a esse centro decisório deve contar com menores restrições.

A perspectiva prestacional do direito fundamental de acesso à justiça significa a necessidade de adoção de medidas contra agressões provocadas pelo poder público ou por particulares. Nessa linha, a função de prestação importa também na “ideia de processo ou procedimento que se apresentam como sistemas dirigidos à produção de resultados ou consequências jurídicas” que sejam imprescindíveis à realização do direito fundamental⁹. Isso implica em uma nova exegese jurídica, a qual deve ter em mira a efetivação dos direitos humanos, por meio dos direitos fundamentais albergados pela Constituição. Ou no dizer de Ercício Antonio Denny,

Positivamente deve-se reconhecer que a referência comum e aceitação à qual se relaciona o juízo e a valoração das leis estatais é a categoria dos direitos humanos [...]. Os Direitos humanos devem julgar todo o sistema legislativo em geral e cada lei em particular em termos de justiça e injustiça. Eles determinam a direção e são os juizes das leis vigentes. Resumindo, a lei de um Estado laico e pluralista deve ser valorada com relação aos direitos humanos. Estes oferecem um critério comum para elaborar, e, eventualmente, melhorar qualquer norma jurídica.¹⁰

Sábida a assertiva do autor ao manifestar esse entendimento, pois o acesso à justiça, assim como a segurança jurídica, corolário daquela, nessa intrincada simbiose, exige uma hermenêutica apurada para que o direito saia do papel e se efetive numa ordem

⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 104.

⁹ SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

¹⁰ DENNY, Ercício A. *Ética e Sociedade*. Capivari: Opinião.E, 2001, p. 56.

justa. Somente por meio da sinergia delas é que se efetivará uma ordem justa, nos termos do projeto jurídico constitucional que prima como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. Não há, pois, como estabelecer uma interpretação jurídica, na busca de uma ordem justa, a não ser garantindo esse valor fundamental, que aliás foi o fomento para as mais diversas interpretações jurídicas e evolução do direito. Tome-se como exemplo a decisão histórica do STF ao reconhecer direito ao estabelecimento de união estável por casais homoafetivos.¹¹ Em maio deste ano, comemorou-se uma década desta exegese jurídica, ao passo que este entendimento à época do advento da Constituição era uma verdadeira heresia jurídica. É, pois, com fundamento da defesa da dignidade humana que o Direito deve evoluir, quer seja pelo Judiciário, por meio das suas decisões, quer seja por meio dos órgãos legiferantes.

É de se destacar ainda que é na própria Constituição que encontramos o comando da ordem social e econômica, sendo aquela baseada no primado do trabalho, e tendo como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193)¹², e está calcada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A justiça social é, portanto, o fundamento da ordem social e econômica.

Não é por outra razão que o art. 8º do Código de Processo Civil também preconiza que: *Ao “aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”*. No mesmo sentido caminha o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao gizar que na

¹¹ STF. Tribunal Pleno. ADI nº 4277. Rel. Min. Ayres Britto. Dt. Julg.: 05/05/11; STF. Tribunal Pleno. ADPF nº 132. Rel. Min. Ayres Britto. Dt. Julg.: 05/05/11.

¹² Art. 193 da CF/88.

“aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Assim, surge a imposição de que as conformações ao exercício do direito de acesso a prestação jurisdicional sejam orientadas ao fim a que se destina. Não obstante se admita a fixação de determinados requisitos de filtragem para o acesso à prestação jurisdicional, em especial aqueles que dizem respeito a um conteúdo lógico (condições da ação e pressupostos processuais *etc.*), devem ser fixados de forma proporcional, pois devem guardar uma adequação entre suas características e o fim a que se destinam e, ademais, serem efetivamente necessários¹³. A adoção de medidas que, direta ou indiretamente, normativa ou faticamente, interditam o mencionado acesso viola a garantia fundamental nessa perspectiva prestacional procedimental.

Além desse feixe eficaz de carga negativa, a estabelecer parâmetros que não podem ser ultrapassados, a natureza de direito fundamental no acesso à justiça ostenta também um feixe de carga positiva, a exigir do Estado uma atuação ativa no sentido de concretizar aquele comando constitucional, impondo-se não apenas ao Legislativo como também o Executivo e ao Judiciário, ou seja, a todos os que, de alguma forma, estejam a atuar e a normatizar o mencionado acesso¹⁴,

Sob essa perspectiva, exige-se uma plêiade na atuação estatal com vistas a tal alcance, por exemplo: (a) a possibilidade de acesso a outros órgãos decisórios, não apenas o Judiciário; (b) a não discriminação tecnológica, amplos mecanismos de assistência jurídica; (c) a busca de técnicas processuais adequadas ao litígio, capazes de oferecerem respostas tempestivas e integrais, proporcionando a máxima satisfação do direito material em

¹³ABBOUD, George. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 863-871.

¹⁴ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 170.

litígio¹⁵; (d) maior racionalização na distribuição dos órgãos jurisdicionais; (e) definição de competência desses órgãos mais adequada aos litígios que se instauram; (f) acesso a uma ordem jurídica justa *etc.*

Esse caráter de direito fundamental do acesso à justiça revela uma operatividade no âmbito jurisdicional, pois permite aos titulares demandarem pela via jurisdicional a busca dessa prestação devida pelo Estado. Há um nítido caráter instrumental para que seja concretizado o acesso à justiça, além de outros direitos, atuando ainda com nítido caráter de redução de desigualdades no exercício dos direitos.

Assim, esse caráter de direito fundamental vincula o Estado não apenas ao dever de não intervenção desproporcional como também assegurar o exercício pleno de liberdades e direitos¹⁶, sob pena de atrair a advertência de Pietro Perlingieri: “Da derrota da Justiça do Estado ao proliferar de todas as formas, lícitas ou não, de justiça privada, o passo é breve”¹⁷. É o mesmo que afirmar que nesta linha trilha o princípio da vedação da proteção insuficiente, ou deficiente, como preferem alguns.¹⁸ Cabe ao estado, como destacou

¹⁵ Note-se que essa perspectiva não configura uma adesão à concepção concreta do direito de ação. Não obstante, o ordenamento deve contemplar medidas que, a partir de dados constantes na relação processual, sejam identificados elementos probatórios e previsão normativa que possibilitem a antecipação parcial ou total da tutela que se pretende, como se pode verificar nos institutos da tutela provisória. De forma idêntica, o afastamento de demandas frívolas bem como a fixação de consequências ao descumprimento voluntário e/ou reiterado das determinações normativas.

¹⁶ MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos, *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 130.

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 24.

¹⁸ Juliana Venturella Nahas Gavião utiliza a expressão *proibição da proteção deficiente*. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf. Acesso em: 01 Dez. 2021 - ao passo que Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer recorrem ao termo *proibição da proteção insuficiente*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-14/direitos-fundamentais->

Pietro Perlingieri, estabelecer a justa medida social, nem além e nem aquém, e por isso deve ter critérios técnicos, mas acima de tudo sociais, que observe a garantia da dignidade humana. Desta sorte, é de concluir que o dever Estatal de proteção deve observar também essa inter-relação entre segurança jurídica e acesso à justiça, na dupla condição: proibição do excesso de intervenção, e proibição da proteção insuficiente. Ou no dizer de Juliana Venturella Nahas Gavião:

O princípio da proibição de proteção deficiente surge como uma nova face do princípio da proporcionalidade, ao lado de seu já sedimentado viés da proibição de excesso, e encontra amparo nesse novo modelo de Estado, que deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, inclusive de ordem prestacional.¹⁹

Forçoso convir, portanto, que o acesso à justiça e a sua necessária segurança devem observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e estes devem estar patrocinado pelo Estado.

3. O STATUS CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA

É um verdadeiro truísmo afirmar que a segurança se afigura como uma básica exigência da existência humana. Nesse sentido, adotam-se medidas de proteção pessoal e patrimonial contra determinados riscos, seja a contratação de seguros, ou a busca de uma base de previdência etc. Inexoravelmente, o ser humano age com perspectivas a longo prazo, definindo sua vida também sob

proibicao-protecao-insuficiente-meio-ambiente-equilibrado. Acesso em: 01 Dez. 2021).

¹⁹ GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição da proteção deficiente. Disponível:http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf. Acesso em: 01 Dez. 2021.

esse enfoque, por exemplo, quando estabelece projetos pessoais ou profissionais.²⁰

Como assentado acima, a segurança é uma das principais necessidades pessoais, o que exige que o Direito, instituição destinada a regular as relações humanas, adote mecanismos para alcançá-la. De fato, a regulação de que trata o Direito possui um forte conteúdo político, compromissado com a sua capacidade de emancipação social, projetando-se, ou melhor, devendo-se projetar com o escopo de contribuir com o desenvolvimento humano e seu bem-estar social²¹.

O curso da história revela o embate sempre presente entre *segurança* e *justiça*.

De fato, quanto mais o ordenamento jurídico potencializa a segurança jurídica, mais se afastaria do ideal de justiça; e quanto maiores as suas preocupações com a justiça, mais comprometida restaria a segurança jurídica. Todavia, trata-se de uma polarização incorreta, pois, como será visto adiante, há uma interconexão entre justiça e segurança jurídica. Gustav Radbruch, por exemplo, afirma que a segurança jurídica, justiça e conformidade são os elementos que compõem o núcleo do direito. Bobbio sustenta ser a segurança jurídica um elemento intrínseco do Direito, como forma de garantir a igualdade, um dos elementos da justiça. John Rawls, por seu turno, indica o direito como uma estrutura capaz de possibilitar a cooperação social por meio da garantia de expectativas

²⁰ A segurança jurídica, com enfoque no Direito e Processo do Trabalho, foi objeto de pesquisa levada a efeito pelo primeiro autor sob a orientação do segundo. Cf. DUARTE, Radson Rangel F. *O princípio segurança jurídica no direito e processo do trabalho: análise sob o enfoque da Lei n 13.467/2017*. 2019. 258f. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Gaberllini. *Introdução à sociologia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 238.

recíprocas²². A rigor, são valores e objetivos que devem conviver mutuamente.

O que importa é registrar que a segurança jurídica é uma exigência da pessoa em suas relações individuais e sociais, exigindo-se a identificação do significado desse termo. Como apresentado por um dos autores, a segurança jurídica consiste na possibilidade de se conhecer, antecipadamente, as fórmulas e as garantias que envolvem o procedimento de interpretação, que haja a possibilidade de efetiva participação nesse processo hermenêutico, além do que o resultado hermenêutico apresente uma motivação ou justificação que possa expressar os valores imperantes em um determinado contexto social intimamente vinculados à condição humana de uma pessoa, especialmente a sua dignidade²³.

Quando se analisa o sistema jurídico brasileiro, identifica-se o caráter estruturante que a segurança jurídica possui, espalhada que está em todo o texto constitucional.

Para tanto, observam-se regras relativas à prescrição, o respeito à coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito, a divisão de competências federativas, funcionais e jurisdicionais, estabilidade conferidas ao dirigente sindical, integrante eleito da comissão interna de prevenção de acidentes do trabalho e também da empregada gestante²⁴.

Esse panorama indica a existência de inúmeras normas particulares que, de forma indutiva, permitem chegar à identificação da segurança jurídica na Constituição. Ademais, é possível identificar a segurança jurídica também pelo método dedutivo, que decorre do Estado Democrático de Direito, conforme estabelece o caput do art. 1º da Constituição Federal. Deste modo, há uma exigência de submissão do Estado ao império do Direito, do que resultam diversos corolários na vida em sociedade. A existência do Direito indica o comportamento a ser adotado em determinadas circunstâncias. Na realidade, a própria posituação do

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 124-125.

²³ DUARTE, Radson Rangel F. *A segurança jurídica no direito e processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 63.

²⁴ Sobre o tema da estabilidade, cf. CARDOSO, Jair Aparecido. *A estabilidade no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

Direito e o reconhecimento das instituições encarregadas de aplicá-lo corresponde ao ideal de segurança jurídica por permitir aos envolvidos obtenção de parâmetros e dos mecanismos de solução, especialmente, a identificação dos procedimentos e a garantia de participação das partes na construção dessa resposta judicial. Como disse Ávila, o ‘Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito’.²⁵

Note-se, ademais, que o art. 5º, caput, da Constituição Federal expressamente contempla a segurança como uma das garantias fundamentais, ao afirmar que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. E, ao contrário do que se possa parecer, o vocábulo “segurança” não se refere apenas a inviolabilidade física (a pessoa) e a incolumidade patrimonial corpórea (os bens), mas também aos valores ínsitos à sociedade, já que, por sua localização topográfica, logo no início do texto constitucional, refere-se também a uma série de garantias fundamentais que importam em respeito aos direitos individuais da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a segurança jurídica como um princípio alcandorado ao status constitucional:

Como esta Corte tem afirmado em vários casos, o tema da segurança jurídica é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança. É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê o princípio da confiança como aspecto do princípio da segurança:

‘O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar [...] é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica’ . (DERECHO JUSTO – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91)

O autor tedesco prossegue afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa-fé. Diz:

²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: São Paulo, 2016, p. 225.

‘Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. [...] Segundo a opinião atual, [este princípio da boa-fé] se aplica nas relações jurídicas de Direito público’. (DERECHO JUSTO – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 95-96)²⁶.

Por todos esses fundamentos, é possível concluir que a Constituição Federal reconhece a segurança jurídica enquanto valor a ser buscado e instrumento de atuação como concretização dos Direitos fundamentais das pessoas, ou, como diz Ávila, o próprio ordenamento constitucional “atribui fundamentalidade à segurança jurídica”²⁷.

A identificação da segurança jurídica como um princípio constitucional importa no reconhecimento de sua normatividade e proteção dos direitos já conquistados, resultando na potencialização de suas consequências bem como no afastamento de regras infraconstitucionais que com ela venham a se chocar, seja pelo fenômeno da revogação (não recepção), seja pela inconstitucionalidade.

4. A INTER-RELAÇÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E ACESSO À JUSTIÇA²⁸

É possível identificar uma inter-relação entre segurança jurídica e acesso à justiça. Tratam-se, ambos, de princípios constitucionais, o que realça o caráter hierarquicamente elevado de suas normatividades, o que resulta a prevalência em relação a

²⁶ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE 598.099. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Dt. Julg.: 10/08/2011.

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 49.

²⁸ Sobre o tema, cf. DUARTE, Radson Rangel F. *Honorários advocatícios, gratuidade da justiça, despesas processuais: análise sistemática do regime financeiro no processo do trabalho*. Londrina, PR: Thoth, 2022, p. 84-86.

normas inferiores. Mas, também, há uma espécie de mútuo diálogo entre essas normas.

4.1 A identificação do aspecto instrumental do acesso à justiça como concretizador da segurança jurídica

A segurança jurídica possui, dentre as diversas concepções, aquela que exige o adequado funcionamento das instituições do corpo social bem como a resposta estatal aos conflitos que se instauram. Afigura-se correto, assim, afirmar que a falta de resposta aos conflitos que se instauram é um fator que viola a segurança jurídica sob a perspectiva do perfeito funcionamento das instituições: “A falta de resposta estatal a tais exigências sociais, a demora com que as respostas mais urgentes são atendidas contribuem para criar um clima de insegurança na eficácia da resposta política a tais aspirações e necessidades da sociedade”, acentua Perez-Nuño²⁹.

Isto significa que a segurança jurídica exige, para ser concretizada, a atuação de órgãos independentes encarregados de solucionar os conflitos intersubjetivos que surgem. Daí que a imposição de regras no acesso aos centros de competência decisória deve estar atenta a essa exigência e, portanto, carece de ser enxergada sob a perspectiva da proteção da confiança das pessoas, manifestação subjetiva da segurança jurídica. Deste modo, o acesso à justiça é uma das formas de incidência da perspectiva subjetiva da segurança jurídica, o seu caráter dialógico, pois permite, às pessoas envolvidas, a compreensão da existência de um instrumento de solução dos conflitos que se instauram entre elas³⁰,

²⁹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Seguridad jurídica*. 2ª ed. Barcelona: Editora Ariel, 1994, p. 21-22.

³⁰ DUARTE. Radson Rangel F. *A segurança jurídica no direito e processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 60.

uma vez que “em termos jus-econômicos, a não definição de direitos só aumenta custos sociais”³¹.

Observe-se, neste caso, que o acesso à justiça assume um papel instrumental de realização da segurança jurídica enquanto um valor constitucional. Percebe-se que o acesso à justiça, nessa perspectiva, assume um papel existencial para a existência de outros direitos. Assim, quanto mais acessíveis forem as normas, e mais justificadamente forem aplicadas, maior segurança jurídica estar-se-á conferindo ao cidadão³².

4.2 A segurança jurídica como concretização do acesso à justiça

Se o item anterior realçou o caráter instrumental do acesso à justiça, isto é, como forma de realização da segurança jurídica, este pretende apresentar raciocínio inverso, qual seja, identificar na segurança jurídica um instrumento de concretização do acesso à justiça.

De fato, uma das manifestações multifacetárias da segurança jurídica consiste no acesso ou conhecimento da norma (*cognoscibilidade*) bem como na compreensão quanto ao seu conteúdo (*compreensibilidade*). Se o acesso à justiça pode ser compreendido também como realização dos direitos, a identificação das pessoas quanto à norma é um meio de proporcionar a satisfação àquele objetivo. Sob tal perspectiva, impõe-se a adoção nos textos normativos de um vocabulário que permita uma ampla cognição por parte das pessoas, com termos de trânsito livre entre os destinatários e que, ademais, sejam claros e lógicos, como estabelece o art. 11 da Lei Complementar nº 95/1998.

Se é certo que o uso de termos vagos tem sido aplaudido, pois apresenta diversas funcionalidades com a abertura, mobilidade,

³¹ GICO, 2015. JR, Ivo Teixeira Gico. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 479-499.

³² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 199.

preenchimento e ressystematização do ordenamento jurídico, a baixa densidade normativa³³ é fonte de questionamentos e indefinições por parte dos destinatários das normas. Disso decorre que a indefinição normativa – causada pelo *excesso* de uso de expressões indeterminadas, com baixa densidade normativa, bem como a identificação de antinomias ou lacunas normativas – consiste em um elemento potencializador da litigiosidade, tornando necessário um fluxo maior de pessoas ao Judiciário e, conseqüentemente, o seu intumescimento. Nesse sentido, afirma-se que uma maior compreensão quanto ao conteúdo da norma traduz-se “na tendência de diminuição da litigiosidade, gerada pela diminuição de conflitos quanto à interpretação de conseqüências normativas e à diminuição do campo de abertura interpretativo”³⁴.

Observe-se que essa relação caminha no sentido de uma compreensão ampla do instituto do acesso à justiça, tradicionalmente compreendido em sua concepção restrita, como a prerrogativa de ingressar em juízo, concretizada pela possibilidade irrestrita do direito de ação, inexistência de entraves de financeiros e adequação formal dos meios de solução dos litígios.

Ocorre, por outro lado, que esse instituto pode ser compreendido também em um sentido amplo, a evidenciá-lo como direito de acesso à ordem jurídica justa, o que “abrange toda atuação jurídica, desde o processo legislativo de criação de normas

³³ Por densidade normativa deve-se compreender a capacidade que determinado texto tem de limitar os significados normativos, hipótese de uma elevada densidade, ou, ao contrário, de ampliar as possibilidades hermenêuticas, hipótese de baixa densidade normativa. Essa característica dos textos normativos está diretamente ligada ao conteúdo do texto, ao seu processo interpretativo e à sua aplicação ao caso concreto” (DUARTE, Radson Rangel F. *A segurança jurídica no direito e processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 130). Cf., também. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

³⁴ PEIXOTO, Ravi. *Superação de precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 54.

até o processo hermenêutico de integração e aplicação do direito”³⁵, o que destaca o caráter preventivo do ordenamento em sua caracterização. Assim, “Promover o acesso à ordem jurídica justa significa viabilizar o acesso a um ordenamento jurídico efetivo e adequado axiologicamente, sobretudo, aos valores socialmente reconhecidos”³⁶.

Deste modo, supera-se aquela concepção minimalista para propugnar que a compreensão do direito seja uma forma de concretização do acesso à justiça.

Neste particular, assume especial realce a uniformização jurisprudencial, uma vez que a incerteza da jurisprudência gera incerteza do Direito³⁷. De fato, as pessoas precisam saber como as leis são aplicadas pelos órgãos competentes, pois, a partir desse conhecimento, podem ter condições de orientarem-se, inclusive, quanto à defesa de seus direitos. A segurança de orientação consiste em segurança de realização. Se em um contexto de jurisprudência lotérica ou de anarquismo judicial há um comprometimento a uma ordem jurídica justa, a jurisprudência – compreendida como entendimento uniforme, reiterado e pacífico por parte do Judiciário sobre uma mesma situação fático-jurídica³⁸ – tem o condão de servir como parâmetro ao jurisdicionado na definição e suas expectativas e compreensão de seus direitos e deveres, a concretizar o acesso à ordem jurídica justa, como propugna aquela concepção mais ampla.

Note-se que a adequada uniformização jurisprudencial potencializa a duração razoável do processo, outra faceta de

³⁵ MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 118.

³⁶ MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 118.

³⁷ Como afirma José Olympio de Castro Filho, ao transcrever José Alberto dos Reis. CASTRO FILHO, José Olympio. Prejulgado. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 4, 1952, p. 158-171.

³⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. Da jurisprudência como direito positivo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 66, 1971, p. 201-222.

expressão do acesso à justiça. Essa tutela estatal é também alcançada por uma prestação jurisdicional ágil, célere, decorrente da uniformização jurisprudencial, pois não apenas define expectativas, como desestimula a litigância, racionalizando a atuação tanto das partes quanto do Estado³⁹. Isso se nota na adoção de técnicas de tutelas fundadas em entendimentos uniformes, como se identifica na tutela de evidência bem como na satisfação ao credor em execução provisória ou mesmo na dispensabilidade de remessa necessária quando houver súmulas ou precedentes.

E nesse passo caminha o Estado, com a criação de novos institutos jurídicos, como previstos no Código de Processo Civil, no art. 926 e seguintes. Diz mencionado dispositivo:

Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. E para isso cria a obrigação dos Juízes em observar as decisões dos tribunais superiores e as súmulas vinculantes, conforme previsão no art. 927, além da observância aos incidentes de resolução de demandas repetitivas, e recursos especial e extraordinário repetitivos, ou até mesmo nos incidentes de assunção de competência (art. 947).

Ao alterar posição anterior, no qual as súmulas eram meramente persuasivas, agora o cenário jurídico ganha nova roupagem com o dever de uniformização das decisões com eficácia vinculativa.

É evidente que críticas existem, talvez por um normal misoneísmo aos novéis institutos em apreço, contando com a sempre questão de possíveis benefícios aos litigantes habituais. Todavia, não é por receio desta possibilidade que se deverá desabonar os institutos, pelo contrário, cômicos desta possibilidade, a instrumentação para sua operacionalização também deverá levar em conta este dado. O importante é ter em mira o ideal superior de justiça, e a consideração de que este ideal não é hermético, fechado, pelo contrário, ele deve estar em

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 118-188.

constante evolução, sensível as mutações sociais., e as decisões coletivas levar em consideração um querer social justo, o que se afina com a segurança jurídica e o acesso à justiça.

5. CONCLUSÃO

O fetiche da modernização deve ter alguns limites, em especial na perspectiva de para quem se destina essa modernidade. Se é certo que o homem, por meio da sua inteligência, busca adequar e melhorar o meio no qual ele vive, forçoso convir que esta transformação, esta reengenharia social deve ter por escopo a melhoria da condição humana. Nesta senda é que o direito material evolui, para socorrer situações não previstas no passado e que passam a ser realidade no mundo contemporâneo. Essa realidade é normal e comum a qualquer dos povos, de acordo com a sua cultura e suas crenças. Todavia, para efetivar esse direito, surge também no mundo jurídico, a parte instrumental do direito, visando a adequação da sua forma, ou a forma de se buscar o direito perante o Estado.

Por essa perspectiva, o Direito Processual é uma forma de efetivação do direito material, é uma forma de realizar, por meio do Estado, a forma de proferir o direito, de forma justa, e que este ato de dizer o direito deve se revestir de formalidades para que haja um ritual comum a todos, para que, por meio dele, o direito seja manifestado dentro de um desenho possível, esperado, que não traga elementos surpresas, ou cause um desassossego social.

Assim, dentro a ritualística processual diversos princípios devem ser observados, assim como diversos são os institutos que servem de base ao direito processual, para que haja uma justa manifestação do direito processual. O cenário se traduz numa enormidade de princípios e institutos, porém, deteve-se neste ensaio, pela análise dos institutos da segurança jurídica e do acesso à justiça, analisando-os singelamente, e para uma posterior aferição de sua íntima relação na ordem processual.

Feita a sintética análise proposta, o que se verifica é que a evolução, a modernização jurídica, tanto no campo material quanto no campo processual, deve ter em mira um sentido superior de justiça, guardando os seus princípios basilares e suas justificativas, em especial guardando a devida proteção aos seus reais destinatários. Desta forma, forçoso concluir, que toda e qualquer evolução legislativa deve ser criada, transformada, interpretada, evoluída, tendo em mira a efetivação da dignidade humana. E nesta trilha, a segurança jurídica e o acesso à justiça ganham relevo.

Uma análise mais detalhada revela a existência de uma inter-relação entre segurança jurídica e acesso material à justiça, normas de *status* constitucional, a revelar o caráter hierarquicamente elevado de suas normatividades, o que resulta na prevalência em relação a normas inferiores. Em verdade, há um mútuo diálogo entre essas normas. São garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos como mecanismos de proteção contra o exercício arbitrário de posições jurídicas e a possibilidade de acesso às soluções institucionalmente construídas.

Desse modo, o acesso à justiça assume um papel existencial para a existência de outros direitos, uma vez que, quanto mais acessíveis forem as normas, e mais justificadamente forem aplicadas, maior segurança jurídica estar-se-á conferindo ao cidadão. A possibilidade de as pessoas acessarem os centros organizados de aplicação do direito, com as garantias constitucionalmente estabelecidas, constitui-se em uma forma de concretização da segurança jurídica em seu aspecto institucional, especialmente porque a atuação desses centros tem o condão de servir como parâmetro ao jurisdicionado na definição de suas expectativas e compreensão de seus direitos e deveres, a concretizar o acesso à ordem jurídica justa, como propugna aquela concepção mais ampla.

Em outra perspectiva, a segurança jurídica, como identificada pela uniformização jurisprudencial, pela adoção de técnicas que permitem tutelas jurisdicionais diferenciadas ou soluções adotadas

no início da relação processual, potencializa a duração razoável do processo, outra faceta de expressão do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, George. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: São Paulo, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CARDOSO, Jair Aparecido. **A estabilidade no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

CASTRO FILHO, José Olympio. Prejulgado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 4, 1952, p. 158-171.

DENNY, Ercílio A. **Ética e Sociedade**. Capivari: Opinião E; 2001.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DUARTE, Radson Rangel F. **Honorários advocatícios, gratuidade da justiça, despesas processuais**: análise sistemática do regime financeiro no processo do trabalho. Londrina, PR: Thoth, 2022.

DUARTE, Radson Rangel F. **CLT Processual**: Comentários à parte processual da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/1943). Radson Rangel F. Duarte, Marcelo Miranda Caetano, Ana Paula Silva Campos Miskulin. (Coords.). Londrina, PR: Thoth 2021.

DUARTE, Radson Rangel F. **A segurança jurídica no direito e processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?** In: PANDOLFI, Dulce *et al.* (org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76.

FRANÇA, Rubens Limongi. Da jurisprudência como direito positivo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 66, 1971, p. 201-222.

GICO JR., Ivo Teixeira. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 479-499.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Gaberllini. **Introdução à sociologia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Seguridad jurídica**. 2ª ed. Barcelona: Editora Ariel, 1994,

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

PEIXOTO, Ravi. **Superação de precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed., rev, e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. **Acesso à justiça: o direito fundamental em um ambiente de recursos escassos**. São Paulo: Almedina, 2020.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Acesso à justiça.....1, 2, 3, 4, 11, 13,
15, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 55, 58,
80, 156, 157, 159, 160, 161, 162,
163, 245, 248, 267

D

Democracia..2, 8, 10, 110, 146, 188,
193, 195, 197, 198, 222, 223, 237
Desenvolvimento .2, 4, 7, 8, 10, 11,
112, 116, 137, 197, 210, 211
Desigualdades 4, 8, 10, 17
Direito 2, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13,
25, 31, 49, 53, 55, 57, 80, 81, 85,
87, 92, 98, 109, 110, 111, 112,
113, 115, 116, 117, 118, 121, 127,
133, 154, 156, 157, 158, 159, 160,
161, 162, 165, 169, 193, 194, 195,
197, 214, 220, 224, 225, 240, 242,
243, 245, 249, 250, 254, 255, 256,
257, 261, 263, 265, 266, 267
Direito constitucional..... 249, 267
Direito do Trabalho..9, 17, 85, 110,
112, 245, 255, 265

Direitos humanos 249

E

Estado...1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 13,
14, 17, 19, 20, 22, 27, 29, 43, 69,
71, 72, 73, 89, 90, 91, 93, 109,
110, 116, 121, 124, 126, 138, 141,
143, 144, 163, 165, 167, 169, 184,
189, 197, 206, 209, 214, 215, 237,
246, 247, 248, 249, 250, 251, 252,
253, 255, 256, 262, 263
Estado Democrático de Direito.. 1,
2, 3, 4, 8, 10, 13, 14, 17, 22, 90,
110, 116, 163, 247, 250, 255

G

Gênero..... 7, 55, 81, 82, 147
Gestão 11

I

Inclusão..... 21, 85, 86, 110, 111
Instituições 2

J

Jurisprudência..... 37, 40

Justiça.....7, 9, 11, 17, 32, 35, 38, 40,
 48, 52, 55, 56, 66, 77, 126, 129,
 134, 141, 144, 156, 157, 158, 159,
 161, 162, 214, 217, 227, 240, 246,
 247, 248, 252, 265, 266

L

Lei Maria da Penha 8, 17, 21, 25,
 26, 27, 31, 32, 35, 36, 39, 40, 41,
 43, 44, 46, 47, 48, 49, 52, 53, 54,
 55, 56, 160
 Litigiosidade 243

P

Participação.93, 146, 162, 203, 223,
 227, 237, 242
 Pesquisa...2, 8, 9, 10, 17, 54, 58, 98,
 115, 116, 133, 134, 157, 160, 161,
 223
 Poder Executivo.....121, 215, 216
 Poder Judiciário....11, 66, 127, 148,
 166, 176, 184, 236, 248

R

Raça 55
 Resolução..... 70, 93, 225, 226, 227,
 242, 243

S

Sociedade..... 83, 155, 249, 265
 STF.....22, 46, 49, 72, 134, 165, 166,
 168, 178, 179, 180, 187, 188, 189,
 190, 191, 192, 250, 257
 STJ.....37, 40, 44, 45, 46, 134, 231

T

Tribunais.....55, 161, 162, 166, 170,
 175, 227, 243, 251, 254, 262, 266

V

Vulnerabilidade . 36, 37, 38, 39, 40,
 42, 43, 44, 45
 Vulnerabilidades 4

Uma das tarefas prioritárias de qualquer política desenvolvimentista e de efetivação do Estado democrático de direito é assegurar que todos cidadãos e cidadãs possam, independentemente de suas capacidades socioeconômicas, reivindicar seus direitos e confiar na justiça daquela sociedade. Quais sejam as matizes teóricas adotadas, no Estado Democrático de Direito, o ideal de desenvolvimento é condicionado pelo funcionamento das instituições e a redução dos impactos das desigualdades que, infelizmente, marcam as sociedades contemporâneas. Este livro enfrenta essa problemática pelo retrato do acesso de diferentes grupos sociais vulneráveis à justiça e pelas consequências geradas sobre o ideal democrático.

USP



Editora FDRP

