

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO – UNAERP
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
DOUTORADO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA**

DANILO HENRIQUE NUNES

**ARBITRAGEM COMO MEIO DE PARIDADE DE ARMAS NA DEFESA DE
GRUPOS VULNERABILIZADOS EM REPARAÇÃO DE DANOS COLETIVOS**

**RIBEIRÃO PRETO/SP
NOVEMBRO/2021**

DANILO HENRIQUE NUNES

**ARBITRAGEM COMO MEIO DE PARIDADE DE ARMAS NA DEFESA DE
GRUPOS VULNERABILIZADOS EM REPARAÇÃO DE DANOS**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Campus Ribeirão Preto/SP, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, área de pesquisa Direitos Coletivos e Cidadania e linha de pesquisa Concreção da Cidadania, sob a orientação do Professor Doutor Lucas de Souza Lehfeld.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania.

RIBEIRÃO PRETO/SP

NOVEMBRO/2021

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

NUNES, Danilo Henrique,
B465t ARBITRAGEM COMO MEIO DE PARIDADE DE ARMAS
NA DEFESA DE GRUPOS VULNERABILIZADOS EM
REPARAÇÃO DE DANOS/ Danilo Henrique Nunes.

- Ribeirão Preto, 2021.
fls. 293

Orientador: Dr. Lucas de Souza Lehfeld.

Tese de Doutorado - Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP,
Direito. Ribeirão Preto, 2021.

1. Paridade de Armas; 2. Grupos Vulnerabilizados; 3. Arbitragem
Coletiva; 4. Reparação de Danos. I. Título.

CDD 340

DANILO HENRIQUE NUNES

***ARBITRAGEM COMO MEIO DE PARIDADE DE ARMAS NA DEFESA DE GRUPOS
VULNERABILIZADOS EM REPARAÇÃO DE DANOS COLETIVOS***

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 26 de novembro de 2021

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA Assinado de forma digital por OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA
Dados: 2021.12.08 09:03:32 -03'00'

Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA Assinado de forma digital por DIRCEU PEREIRA
SIQUEIRA
Dados: 2021.12.08 09:03:32 -03'00'

Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira
Centro de Ensino Superior de Maringá – CESUMAR

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Juvêncio Borges Silva".

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR:10109516885 Assinado de forma digital por LUIZ
MANOEL GOMES JUNIOR:10109516885
Dados: 2021.12.09 14:15:08 -03'00'

Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Junior
Universidade de Itaipava – UIT

RIBEIRÃO PRETO
2021

Dedico a Deus, princípio e fim de todas as coisas!

AGRADECIMENTOS

À minha mãe Glória e à minha tia Leonilda, já falecidas.

À minha irmã Viviane.

Ao meu orientador, Professor Doutor Lucas de Souza Lehfeld, pela competência e confiança que me possibilitaram a conclusão deste trabalho!

Aos docentes do Programa, de modo especial ao Professor Doutor Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, com quem aprendi a paixão pelos Meios Adequados de Solução de Conflitos. Aos amigos discentes, na pessoa de Carlos Eduardo Montes Netto, com quem desenvolvi afinidade de projetos e conquistas acadêmicas.

Aos docentes e funcionários desta instituição, em especial ao Professor Doutor Sebastião Sérgio da Silveira, coordenador deste programa.

Aos colegas de sala.

Meu muito obrigado!

*“Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu.
Há tempo de nascer, e tempo de morrer; tempo de plantar, e tempo de arrancar o que se plantou;
Tempo de matar, e tempo de curar; tempo de derrubar, e tempo de edificar;
Tempo de chorar, e tempo de rir; tempo de prantear, e tempo de dançar;
Tempo de espalhar pedras, e tempo de ajuntar pedras; tempo de abraçar, e tempo de afastar-se de
abraçar;
Tempo de buscar, e tempo de perder; tempo de guardar, e tempo de lançar fora;
Tempo de rasgar, e tempo de coser; tempo de estar calado, e tempo de falar;
Tempo de amar, e tempo de odiar; tempo de guerra, e tempo de paz.
Que proveito tem o trabalhador naquilo em que trabalha?
Tenho visto o trabalho que Deus deu aos filhos dos homens, para com ele os exercitar.
Tudo fez formoso em seu tempo; também pôs o mundo no coração do homem, sem que este possa
descobrir a obra que Deus fez desde o princípio até ao fim.
Já tenho entendido que não há coisa melhor para eles do que alegrar-se e fazer bem na sua vida;
E também que todo o homem coma e beba, e goze do bem de todo o seu trabalho; isto é um dom de
Deus.
Eu sei que tudo quanto Deus faz durará eternamente; nada se lhe deve acrescentar, e nada se lhe deve
tirar; e isto faz Deus para que haja temor diante dele.
O que é, já foi; e o que há de ser, também já foi; e Deus pede conta do que passou.
Vi mais debaixo do sol que no lugar do juízo havia impiedade, e no lugar da justiça havia iniquidade.
Eu disse no meu coração: Deus julgará o justo e o ímpio; porque há um tempo para todo o propósito e
para toda a obra.
Disse eu no meu coração, quanto a condição dos filhos dos homens, que Deus os provaria, para que
assim pudessem ver que são em si mesmos como os animais.
Porque o que sucede aos filhos dos homens, isso mesmo também sucede aos animais, e lhes sucede a
mesma coisa; como morre um, assim morre o outro; e todos têm o mesmo fôlego, e a vantagem dos
homens sobre os animais não é nenhuma, porque todos são vaidade.
Todos vão para um lugar; todos foram feitos do pó, e todos voltarão ao pó.
Quem sabe que o fôlego do homem vai para cima, e que o fôlego dos animais vai para baixo da terra?
Assim que tenho visto que não há coisa melhor do que alegrar-se o homem nas suas obras, porque essa
é a sua porção; pois quem o fará voltar para ver o que será depois dele?”.*

Eclesiastes 3:1-22

RESUMO

O acesso à Justiça é direito humano e, no Brasil, também fundamental, inserido no rol das garantias constitucionais. Contudo, em se tratando de grupos vulnerabilizados, pode-se encontrar, na realidade fática, dificuldade de garantir a devida prestação jurisdicional, em especial aquela prestada pelo Estado. Postular em juízo direito próprio ou alheio (casos de substituição processual) tem fulcro no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e visa a assegurar não somente os direitos individuais, mas também os coletivos em sentido amplo, consagrando a pluralidade de atores que compõem a sociedade brasileira. Dentro da ideia das ondas renovatórias, a presente pesquisa baseia-se na terceira, dedicada à dimensão mais ampla de acesso à justiça, com fundamento nos meios adequados de solução de conflitos, mais especificamente na arbitragem aplicada à modalidade coletiva, que, em virtude de suas características técnicas, pode ser utilizada como verdadeira arma, em paridade com agentes econômicos, em defesa dos grupos em comento. A Arbitragem Coletiva é aqui proposta como meio adequado para preservação dos direitos, bem como para a defesa da honra, da dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, para assegurar os direitos e liberdades destas coletividades de vulnerabilizados, minorias, grupos historicamente prejudicados e hipossuficientes em eventos danosos como hipótese de ressarcimento. A Arbitragem Coletiva, em virtude de sua tecnicidade e pragmatismo, mormente à busca de uma decisão arbitral que compreenda as vicissitudes e adversidades da realidade de grupos que sofram danos de caráter coletivo. Sob investigação baseada em pesquisa qualitativa, bibliográfica e descritiva, e em métodos hipotético-dedutivo e indutivo, ressalta-se a probabilidade e a possibilidade da aplicação deste instituto como forma de minorar os danos irreparáveis causados a estas coletividades alijadas e marginalizadas, muitas vezes sem a menor condição de acesso à justiça, simplesmente por não terem voz na sociedade. Importante, para tanto, a participação de órgãos públicos, como, por exemplos, do Ministério Público e da Defensoria Pública, para efetivação do processo arbitral, valendo-se da prerrogativa do Estado de tutela dos interesses coletivos e assistidos, frente ao poder econômico de agentes adversários quando da litigiosidade a ser resolvida.

Palavras-chave: Paridade de Armas; Grupos Vulnerabilizados; Arbitragem Coletiva; Reparação de Danos.

ABSTRACT

Access to Justice is a human right and, in Brazil, also fundamental, included in the list of constitutional guarantees. However, in the case of vulnerable groups, it can be found, in fact, difficulty in guaranteeing due jurisdictional provision, especially that provided by the State. Claiming your own or others' rights in court (cases of procedural substitution) is based on article 5, item XXXV, of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and aims to ensure not only individual rights, but also collective rights in a broad sense, enshrining the plurality of actors that make up Brazilian society. Within the idea of renewal waves, this research is based on the third, dedicated to the broader dimension of access to justice, based on adequate means of conflict resolution, more specifically on arbitration applied to the collective modality, which, due to its technical characteristics, it can be used as a real weapon, on par with economic agents, in defense of the groups in question. Collective Arbitration is proposed here as an adequate means for preserving the rights, as well as for defending the honor, dignity of racial, ethnic or religious groups, to ensure the rights and freedoms of these vulnerable groups, minorities, historically disadvantaged and underprivileged groups in harmful events as a hypothesis of reimbursement. Collective Arbitration, due to its technicality and pragmatism, especially the search for an arbitration decision that understands the vicissitudes and adversities of the reality of groups that suffer damages of a collective nature. Under investigation based on qualitative, bibliographical and descriptive research, and on hypothetical-deductive and inductive methods, the probability and possibility of applying this institute is highlighted as a way of mitigating the irreparable damage caused to these marginalized and marginalized communities, often without the lowest condition of access to justice, simply because they have no voice in society. It is important, therefore, for the participation of public bodies, such as, for example, the Public Prosecutor's Office and the Public Defender's Office, to carry out the arbitration process, taking advantage of the State's prerogative of protecting collective and assisted interests, in view of the economic power of adversary agents when the litigation is to be resolved.

Keywords: Parity of Arms; Vulnerable Groups; Collective Arbitration; Damage Reparation.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Aspectos infraconstitucionais relacionados aos grupos vulnerabilizados

Quadro 2 – Dispositivos legais em cinco grandes áreas do Direito

Quadro 3 – Semelhanças e distinções entre Conciliação e Mediação

Quadro 4 – Correlação entre alguns princípios do Processo Estatal no âmbito dos Meios Adequados de Resolução de Conflitos

Quadro 5 – Semelhanças e distinções entre a Arbitragem e os meios autocompositivos

Quadro 6 – Base Conceitual do Tópico

Quadro 8 – Os três pontos de passagem da justiça anormal, considerando os grupos vulnerabilizados

LISTA DE SIGLAS

CRFB/88 – Constituição da República Federativa de 1988

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

CDC – Código de Defesa do Consumidor

LACP – Lei de Ação Civil Pública

ICMBio – Instituto Candido Mendes de Biodiversidade

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 DA TUTELA DOS GRUPOS VULNERABILIZADOS	21
2.1 DA TUTELA MATERIAL	27
2.1.1 Plano Internacional	30
2.1.2 Plano Constitucional	40
2.1.3 Plano Infraconstitucional	49
2.2 DA TUTELA PROCESSUAL	61
2.2.1 Plano Internacional	62
2.2.2 Plano Constitucional	66
2.2.3 Plano Infraconstitucional	75
3 DA JUSTIÇA MULTIPORTAS: EM BUSCA DOS MEIOS ADEQUADOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS	86
3.1 AUTOCOMPOSITIVOS.....	89
3.1.1 Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.....	90
3.1.2 Conciliação	92
3.1.3 Mediação.....	102
3.2 HETEROCOMPOSITIVOS	108
3.2.1 Processo Estatal	110
3.2.2 Processo Arbitral	116
4 DA ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE PARIDADE DE ARMAS PARA A DEFESA DOS GRUPOS VULNERABILIZADOS	136
4.1 DA POSSÍVEL INADEQUAÇÃO JURISDICIONAL ESTATAL CONTEMPORÂNEA E A RELEVÂNCIA DA TUTELA COLETIVA	138
4.1.1 Dos denominados “Problemas Processuais Estruturais”	141
4.1.2 Da resposta dada pela Justiça Estatal às grandes tragédias	148
4.1.2.1 De Mariana à Brumadinho: o rompimento de barragens brasileiras na história recente.....	148
4.1.2.2 Os “Garotos do Ninho”: Incêndio no Ninho do Urubu envolvendo o Clube de Regatas do Flamengo (CRF) e a Responsabilidade Civil às famílias dos jogadores.	157
4.2 DA ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	159
4.2.1 Da Arbitrabilidade objetiva: do questionamento do direito patrimonial disponível.....	159
4.2.2 Da Arbitrabilidade subjetiva: das pessoas capazes de contratar.....	166
4.2.3 Redistribuição e reconhecimento como possibilidade de justiça paritária	173

5 DA ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS NA TUTELA COLETIVA “LATO SENSU”	199
5.1 DA ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO COLETIVA.....	201
5.2 DA PARTICIPAÇÃO “NO” E “PELO” PROCESSO.....	204
5.3 DOS LEGITIMADOS ATIVOS NA ARBITRAGEM COLETIVA E DA DEFESA DOS GRUPOS VULNERABILIZADOS	210
5.3.1 Do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e “ <i>custos legis</i> ”	211
5.3.2 Da Defensoria Pública como Legitimada Ativa	220
5.3.3 Da intervenção de Terceiros: ampliação da democratização do acesso à justiça ..	229
5.4 DOS CASOS CONCRETOS NOS QUAIS A ARBITRAGEM PODERIA SER UTILIZADA NA OBTENÇÃO DE SOLUÇÕES E REPARAÇÕES DE DANO.....	233
5.4.1 Acidente Nuclear Césio-137, em Goiânia	234
5.4.2 Queda do Edifício Palace II, no Rio de Janeiro	238
5.4.3 Tragédia do voo 3054 da TAM, em Congonhas.....	239
5.4.4 Tragédia do voo 447 da Air France, no Rio de Janeiro	241
5.4.5 Incêndio da Boate Kiss, em Santa Maria.....	242
5.4.6 Incêndio no Ninho do Urubu, no Rio de Janeiro	244
5.4.7 Rompimento da barragem de Brumadinho, em Minas Gerais	245
5.4.8 Outros casos pertinentes abordados pela jurisprudência	246
5.5 ARBITRAGEM NA TUTELA COLETIVA DE GRUPOS VULNERABILIZADOS	252
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	257
REFERÊNCIAS.....	264

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução da sociedade, em particular da brasileira, ao contrário do que haveria de ocorrer, o acesso à Justiça como direito humano fundamental, em relação a grupos considerados vulnerabilizados, enfrenta dificuldades quanto à efetividade e à eficácia processual, em especial na reparação de danos coletivos, seja em razão da volumosa máquina judiciária, seja pela inoperância do Estado frente às demandas sociais que emergem de um constitucionalismo tardio, do modelo econômico neoliberal de cunho social inefetivo e da ausência de políticas públicas emancipatórias e redistributivas. Fato é que alcançar o Poder Judiciário para a solução de conflitos tem se tornado uma verdadeira jornada processual, por vezes de alto valor financeiro para as partes e incapaz de entregar o bem da vida tutelado ao postulante ou a grupos sociais.

Postular em juízo direito próprio ou alheio em nome próprio, casos de substituição processual, tem fulcro no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e visa a assegurar não somente os direitos individuais, mas também os coletivos em sentido amplo. As balizas que possibilitam seu exercício são conquistas da democracia após o Governo Militar, o qual vigorou de 1964 a 1985, tendo suprimido, nesse período, muitos destes direitos processuais. A Assembleia Ordinária Constituinte de 1988 inseriu na Lei Maior inúmeros princípios que servem de norte e que devem ser consagrados na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. De modo especial no que tange ao devido processo legal e a seus desdobramentos, estão insertos no rol dos direitos e garantias fundamentais os princípios da inafastabilidade de jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões, do duplo grau de jurisdição e da proibição da prova ilícita, além da razoável duração processual e da efetividade na resolução da lide em busca da segurança jurídica.

Sob o prisma dos Direitos Humanos, o acesso à justiça, segundo Hermam Benjamin¹, pode ser definido de três formas. A primeira, “em sentido restrito, diz respeito ao acesso à tutela jurisdicional de direitos”, dando a noção de se ter acesso a um juiz natural para a composição de litígios. A segunda, prossegue o autor, “em sentido mais amplo, embora insuficiente, refere-se ao acesso à tutela, jurisdicional ou não, de direitos”, demonstrando, aqui, a possibilidade de utilização de mecanismos de solução de conflitos judicialmente ou,

¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 77.

ainda, extrajudicialmente. Por fim, completa: “em acepção integral, significa acesso ao Direito como a tutela à ordem jurídica justa, conhecida e implementável”.

Já Mauro Cappelletti e Bryant Garth² tratam das três ondas renovatórias. No caso da primeira, ela é relacionada à assistência judiciária às pessoas pobres e está intimamente ligada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. Na segunda, trata-se de postular em juízo casos de interesses difusos, vencendo o desafio burocrático da máquina judiciária. Já na terceira, esta se dedica à dimensão mais ampla de acesso à justiça, sendo fundamentada nas técnicas processuais adequadas de soluções de litígios.

Neste sentido, é possível encontrar avanços legislativos significativos na prestação jurisdicional. A Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, por exemplo, dispõe sobre a organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, prescreve normas gerais para sua organização e dá outras providências, reconhecendo o direito de atendimento às pessoas hipossuficientes por parte do Estado, com assistência jurídica gratuita e altamente qualificada.

Por sua vez, a Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, trata de regular a conciliação, o processo, o julgamento e a execução nas causas de sua competência, quais sejam, as de menor complexidade, tendo como princípios a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, e buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação entre as partes envolvidas.

Já a Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe sobre a Arbitragem e versa sobre o fato de que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se dela para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, conhecida como a “Reforma do Poder Judiciário”, por seu turno, altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168, acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, todos da CRFB/88, e dá outras providências. Ela concebe também o princípio da Razoável Duração do Processo como garantia indispensável à construção de um Estado Democrático de Direito (art. 5º, inciso LXXVIII, da CFRB/1988), além de instituir o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão de relevância republicana, ligado ao Supremo Tribunal Federal (STF), com representatividade jurídica transversal e atribuições de natureza administrativa e corregedora. A emenda

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

possibilitou não só a efetividade dos princípios expressos pela Administração Pública, quais sejam, a Legalidade, a Impessoalidade, a Moralidade, a Publicidade e a Eficiência, mas também sua aplicação no Poder Judiciário, por meio de ferramentas de transparência e de celeridade de processos e procedimentos judiciais, instituindo, ademais, a Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários.

Outra grande conquista do Direito Processual Brasileiro foi a Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instaura o novo Código de Processo Civil (CPC/2015), marco jurídico de vários institutos, pois consolida a jurisprudência, assim como consagra os princípios constitucionais do processo de modo fluído em vários dispositivos. Vale a pena destacar, em razão da pertinência do objeto de pesquisa deste trabalho, o que é disposto em sua Parte Geral, especialmente o que fica estabelecido nos arts. 3º, § 1º ao § 3º, os quais lecionam sobre a permissão da Arbitragem na forma da lei; sobre a atuação do Estado, sempre que possível, na solução consensual de conflitos, e sobre a obrigatoriedade do estímulo à conciliação, à mediação e a outros métodos de solução consensual de conflitos por parte de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Nesse sentido, o valor axiológico que se extrai é o de que a cooperação processual e a solução pacífica de conflitos por meios adequados são um compromisso de todos os envolvidos no processo, bem como da sociedade, para o efetivo exercício da cidadania.

Com fundamento no art. 3º do CPC/2015, foi publicada a Lei Federal nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que altera a Lei de Arbitragem e a Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, ampliando o escopo de sua aplicação, além de dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência, carta arbitral e a sentença arbitral. Essa norma consolida entendimentos doutrinários e jurisprudência, trazendo a possibilidade de utilização da arbitragem para solução de disputas envolvendo a Administração Pública, para prolação de sentenças arbitrais parciais, para a redução de hipóteses de nulidade da sentença arbitral e para a expressa previsão de interrupção prescricional com a instituição do processo arbitral.

Por fim, a publicação da Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, coroa esta incursão legislativa histórica que ressalta a importância dos meios adequados de solução de conflitos, em especial da Arbitragem.

Na seara coletiva, imprescindível à composição do microsistema processual coletivo brasileiro, têm-se os instrumentos de tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, quais sejam a Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, intitulada Código de Defesa do Consumidor, diploma com mandamento constitucional e assento nas garantias fundamentais como pedra de toque das ações afirmativas em defesa dos vulnerabilizados nas relações de consumo e que conceitua os Direitos Coletivos, Difusos e Individuais Homogêneos em seu art. 80; a Lei Federal nº 4.715, de 15 de setembro de 1965, conhecida como Lei de Ação Popular, que tutela a defesa do erário (aqui compreendido de forma “*lato sensu*”), incluindo os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, além do meio ambiente e da moralidade administrativa; a Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, chamada Lei de Ação Civil Pública, que rege, sem prejuízo da Ação Popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados aos seguintes temas: meio ambiente; consumidor; bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; infração de ordem econômica, urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, bem como ao patrimônio público e social e qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Aqui, é importante ressaltar a pluralidade da sociedade brasileira e o reconhecimento necessário destes atores, a saber, dos grupos vulnerabilizados, como protagonistas da cidadania.

Quanto aos instrumentos processuais coletivos, pode-se citar também a Lei Federal nº 8.492, de 2 de junho de 1992, que versa sobre a Improbidade Administrativa; a Lei Federal nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que regula o Mandado de Segurança Individual e Coletivo; a Lei Federal nº 13.300, de 23 de junho de 2016, que disciplina o processo e o julgamento dos Mandados de Injunção individual e Coletivo e dá outras providências; as Leis Federais nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que tratam, respectivamente, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (e Declaratórias de Constitucionalidade) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. Tais normas de controle concentrado de constitucionalidade, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, são poderosos instrumentos de acesso à Justiça, pois, por meio delas, é possível o efeito “*erga omnes*” e os vinculantes de suas decisões.

Feito este percurso legislativo, não se pode perder de vista a importância e relevância do Ministério Público como “*custos legis*”, guardião e fiscal da Lei, órgão autônomo e com fundamento também na CRFB/88, nos arts. 127 a 130-A. Isso porque cabe ao “*parquet*” a função primordial de órgão defensor da ordem jurídica e do regime democrático, a qual somente foi consolidada com o advento da Lei Maior em 1988, dando à instituição um novo

perfil, qual seja o de promover os direitos humanos, além de defender precipuamente os interesses difusos e coletivos.

A partir desse contexto normativo e organizacional, e considerando ainda o dinamismo das transformações da sociedade, é que se chega à problematização a ser enfrentada: a (dis)paridade de armas na tutela processual em defesa dos grupos vulnerabilizados como direito fundamental constante da dimensão de igualdade material no art. 5º, “*caput*”, da CRFB/88.

Já o pluralismo político, sinônimo de diversidade e de pluralidade de ideias como fundamento da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 1º, inciso V, da CRFB/88; a dialeticidade do Direito, na condição de ciência e fenômeno histórico; a igualdade, prevista no art. 3º, inciso III, da Lei Maior, que versa sobre a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo republicano e reconhecimento do Brasil como um país multicultural; e a dissociação entre exercício de direitos, emancipação e cidadania apresentam-se como bases para o objeto geral da pesquisa, que é investigar a possibilidade de aplicação da Arbitragem como meio de paridade de armas na defesa de vulnerabilizados em reparação de danos coletivos.

A hipótese para responder ao problema da pesquisa consiste na probabilidade de que a Arbitragem, uma das espécies de Meios Adequados para Solução de Conflitos, possa servir de instrumento para a paridade de armas de grupos vulnerabilizados, informando ao sistema jurídico sobre a importância de dar-lhes vez e voz na tutela coletiva e na reparação de danos coletivos de seus direitos, além de coadunar com o espírito teleológico e principiológico da CRFB/1988, ainda que o instituto da Arbitragem tenha previsão expressa de manejo somente para bens patrimoniais indisponíveis.

Para nortear essa hipótese principal da presente pesquisa, foram traçados os seguintes objetivos específicos:

a) Delimitar o conceito, o histórico e a fundamentação jurídica dos grupos vulnerabilizados, apontando sua relevância como sujeitos de direitos internacionais em duas perspectivas: a da tutela material e a da processual;

b) Revelar o histórico e comparar o Sistema Multiportas em suas dimensões autocompositivas e heterocompositivas, que se externalizam pelos Meios Adequados em cada uma delas;

c) Problematizar e correlacionar, a partir de casos concretos, a ineficácia da prestação jurisdicional para a defesa dos grupos vulnerabilizados ou em reparação de danos destes, bem como investigar os chamados problemas processuais estruturantes;

d) Defender e justificar a possibilidade da aplicação da Arbitragem para a efetividade da tutela dos direitos destes atores sociais e sua adequação para as soluções de violação de direitos e de reparações de danos causados a estes grupos.

A teorização jurídica, filosófica e sociológica da tese, seja histórica seja contemporânea, tanto brasileira quanto de outros sistemas jurídicos, privilegiou a dignidade da pessoa humana e a cidadania, valores entendidos como fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 1º, incisos II e III, da CRFB/88, além do princípio da igualdade, em sua dimensão material, com fulcro no art. 5º, “*caput*”, também da Constituição. Neste sentido, a presente pesquisa se coaduna com a área de concentração do Programa de Doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, de modo especial com a linha de pesquisa 1, qual seja, a de Concreção dos Direitos Coletivos e da Cidadania, pois se trata de paridade de armas para a defesa de bem jurídico previsto tanto no âmbito constitucional como infraconstitucional, além de seu reconhecimento internacional por meio dos diplomas dos quais o Brasil é signatário, bem como da jurisprudência contemporânea. Ademais, importante diálogo também é estabelecido com os instrumentos processuais de tutela dos direitos coletivos, em especial com a Arbitragem.

A partir de pesquisa epistemológica, a maior indagação que norteou o trabalho foi o atendimento às demandas dos vulnerabilizados e a superação do óbice evidente da paridade de armas quando em juízo, por meio de Arbitragem. A principal mudança é a tutela coletiva de direitos que atendam a estes grupos socialmente alijados de modo efetivo e não meramente formal, já que eles ficam sempre à margem e não em posição de protagonismo.

Para tanto, dando suporte à hipótese e aos objetivos, a metodologia utilizada na presente investigação científica tem supedâneo em pesquisa qualitativa, descritiva e bibliográfica, em que os dados foram selecionados e analisados com base nos métodos hipotético-dedutivo e indutivo.

Quanto à divisão estrutural do trabalho, em primeiro momento, ele aborda as tutelas material e processual dos vulnerabilizados em âmbito internacional, constitucional e infraconstitucional, além de seus aspectos conceituais, históricos e contemporâneos. Em seguida, analisa a Justiça Multiportas e a busca incessante pelos Meios Adequados de Solução de Conflitos, sejam eles auto ou heterocompositivos. No primeiro, o consenso pode ocorrer tendo como protagonistas as próprias partes envolvidas, isto é, sem a imposição ou auxílio de

terceiros. Já no segundo, como o próprio termo sugere, a solução do conflito é realizada por terceiro imparcial, sem interesse no caso, a não ser na solução do conflito, promovendo, assim, a pacificação social.

Adiante, trata da inadequação jurisdicional por parte do Estado no cenário jurídico atual e a relevância da prestação jurisdicional da tutela coletiva como efetivação dos direitos dos vulnerabilizados, devido à disparidade de armas, especialmente frente aos conflitos e demandas coletivas. Desse modo, a partir de casos concretos decorrentes de grandes tragédias – chamados de problemas processuais estruturantes –, aponta o instituto da Arbitragem como mecanismo passível de solucioná-los de forma mais segura, célere e humanizada.

Por fim, aborda a Arbitragem e seus efeitos na tutela coletiva de grupos vulnerabilizados, considerando a participação “no” e “pelo” processo; a legitimidade de partes; e a democratização do debate de matérias de interesse de toda a sociedade, isto é, a democratização do debate dos “*leading cases*” que a Arbitragem, como meio adequado, poderia ter resolvido, além de oferecer uma proposta de solução para a problemática.

2 DA TUTELA DOS GRUPOS VULNERABILIZADOS

O ponto de partida para a elaboração do presente capítulo foi a seguinte indagação: o que é efetivamente “tutela” e quem são os ditos “grupos vulnerabilizados”? Carlos Roberto Gonçalves afirma que a tutela é um conceito que engloba o encargo legal ou judicial atribuído a alguém, como na administração dos bens ou na conduta do tutelado³. Essa é uma perspectiva comum no contexto do Direito Civil, tal como previsto no artigo 1.728 do Código Civil, que fixa as hipóteses para filhos menores colocados em tutela em caso de falecimento ou ausência julgada dos pais (inciso I) ou no caso de os pais decaírem do poder familiar (inciso II)⁴.

No entanto, é preciso destacar que essa é uma abordagem envolvendo tão somente a exemplificação do conceito de tutela, sendo necessário definir no que consiste a tutela jurisdicional. Para Gurgel e Silva, a tutela jurisdicional pode ser definida, de modo sintético, como “a função do Estado de dirimir, pacificar e, por conseguinte, resolver conflitos que surgem no seu âmbito de atuação político-jurídico, seguindo um procedimento de aplicação de leis aos casos concretos”⁵ para se aproximar o máximo possível de um *decisum* justo e adequado. O referido autor considera que o comparecimento do Estado na resolução destes embates entre indivíduos e setor público sofreu uma série de modificações para se consolidar na estrutura contemplada atualmente.

Segundo Grinover, em sua publicação “Novas tendências da Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos”⁶, datada de 1983, para que seja possível versar sobre aquilo em que consiste a tutela, é necessária uma compreensão que envolve a existência da metaindividualidade dos interesses públicos, bem como dos interesses individuais e dos interesses difusos, os quais são apresentados abaixo:

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002a. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 04.nov.2021.

⁵ GURGEL E SILVA, Sérgio Quezado. Avanços da Tutela Jurisdicional e questões hodiernas sobre sua efetividade. In: ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 6., 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: Uni7, 2010. p. 1. Disponível em: https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/fa7_avancos_da_tutela_jurisdicional_e_questoes_hodiernas_sobre_sua_efetividade.pdf. Acesso: 07.mai. 2021.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências da Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos**. Artigo apresentado na Conferência proferida na sessão solene do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. 8 dez. 1983. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67016/69626>. Acesso em: mai. 2021.

- O **interesse público** é exercido em relação ao Estado, sendo condicionado a fatores como a ordem pública e a segurança pública e envolvendo um interesse compartilhado por todos, dado que o principal problema de sua existência se coloca a partir da perspectiva clássica do conflito do particular contra o Estado;
- Já os **interesses coletivos** compreendem os interesses comuns que envolvem a coletividade de pessoas (e apenas elas), repousando sobre o vínculo jurídico – ligação de direito – definido que as congrega, com margem para o aparecimento de interesses comuns, surgidos em função da relação-base que une seus componentes, não se confundindo com os interesses individuais;
- Por fim, há ainda os **interesses difusos**, os quais não encontram apoio em uma relação-base definida com clareza – diz-se que seria uma relação de fato, reduzindo-se ao vínculo entre as pessoas e os fatores conjunturais, fluídos ou genéricos, a dados frequentemente acidentais e mutáveis, com necessidades e interesses de massa que sofrem constantes investidas, contrapondo grupo *versus* grupo em conflitos que se coletivizam em ambos os polos.

No caso de interesses difusos, a autora reitera que se trata de “interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à ‘qualidade de vida’”⁷. Cumpre-se apresentar brevemente, no mesmo sentido, no que consiste a tutela jurídica material e processual. Silvestre, Lorenzoni e Hibner apontam que a constitucionalização da tutela jurisdicional, traduzindo-se em direitos, estabelece uma “ponte” entre o direito processual e o direito material, de modo que sempre que falamos em tutela, na verdade, estamos falando essencialmente em “proteção”⁸. Mais adiante, será realizada uma abordagem aprofundada tanto da tutela material (no plano internacional, constitucional e infraconstitucional) quanto da tutela processual (também no plano internacional, constitucional e infraconstitucional). O que importa para a abordagem preliminar nesse início de estudo é reconhecer “tutela” como um sinônimo de “proteção”.

Relevante se faz tecer comentários acerca dos termos “direitos” e “interesses” para referenciar direitos difusos e coletivos. A palavra “interesses” parece um tanto ultrapassada em razão de a CRFB/88 tratar de direitos difusos e coletivos como bem tutelado

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 284.

⁸ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio; HIBNER, Davi Amaral. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais. **RBDA**, Salvador, v.13, n. 01, p. 55-95, jan.-abr. 2018.

constitucionalizado. O próprio art. 216⁹ reconhece as formas de expressão, além dos modos de criar, ser e viver, como patrimônio cultural brasileiro em suas dimensões material e imaterial, promovendo verdadeira confluência entre o público e o privado porque os atesta como direitos a serem exercitados de forma individual ou conjunta, concretizando a dignidade da pessoa humana e o pluralismo que permeia a sociedade brasileira. Daí decorre o entendimento consagrado no art. 1º, incisos III e V, da CRFB/88, segundo o qual os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Pluralismo Político são metaprincípios que servem não só como fundamentos para a República Federativa do Brasil, mas também como verdadeiros valores axiológicos para a hermenêutica de todo o ordenamento jurídico vigente.

Assim, Peter Harbele¹⁰ afirma:

A dupla direção protetiva da cláusula da dignidade humana significa: ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade) e ela é, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade (ou de seus grupos). O Estado deve criar as condições para levar isso a cabo, de tal sorte que a dignidade humana não seja violada por terceiros (integrantes da sociedade). Esse dever constitucional pode ser cumprido classicamente, portanto jurídico-defensivamente, mas também pode ser desempenhado jurídico-prestacionalmente; ele pode ser realizado por caminhos

⁹ **Art. 216.** Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. (Vide Lei nº 12.527, de 2011).

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - despesas com pessoal e encargos sociais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - serviço da dívida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

¹⁰ HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 89.

jurídico-materiais e por vias processuais (no sentido de um status activus processualis), bem como por meios ideais e materiais.

Deste modo, o termo “interesses” fica superado com o rompimento da *summa divisio*, que, classicamente, dividia o direito em duas esferas, até então, exaustivas, pois se tinha em mente que elas esgotavam todas as situações existentes nos estudos jurídicos. Esclarece Norberto Bobbio¹¹:

Podemos falar corretamente de uma grande dicotomia quando nos encontramos diante de uma distinção da qual se pode demonstrar a capacidade: **a)** de dividir o universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode ser contemporaneamente compreendido na segunda; **b)** de estabelecer uma divisão que é ao mesmo tempo total, enquanto todos os entes aos quais atualmente e potencialmente a disciplina se refere devem nela ter lugar, e principal, enquanto tende a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela secundárias.

Logo, os interesses teriam categorias, sendo elas: interesses individuais, interesses públicos, interesses transindividuais, interesses difusos, interesses coletivos *stricto sensu* e interesses individuais homogêneos. Contudo, a superação está justamente na análise dos pontos de coincidência e de divergência dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. É claro e evidente que interesse é o anseio, vontade ou necessidade do indivíduo, enquanto o direito é a positivação do bem da vida tutelado no ordenamento jurídico que, no caso do Brasil, está disposto no art. 225, “*caput*”, da CRFB/88, além da legislação infraconstitucional, com o fito de “alcançar a efetividade dos direitos transindividuais, imperiosamente distinguindo os termos para que melhor identifique-se o direito material envolvido”, segundo Regina Vera Villas Bôas e Carine Valeriano Damascena¹².

Importante que se diga que, a rigor, as expressões “direito” e “interesse” não devem ser entendidas como sinônimas, justamente porque a primeira – direito – traz um interesse juridicamente tutelado, ou seja, possui, ao menos em tese, menor alcance que a segunda, como bem observa a Lei nº 8.708, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor. O CDC, ao usar estas expressões aliadas à conjunção alternativa

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995a. p. 13-14.

¹² VILLAS BÔAS, Regina Vera; DAMASCENA, Carine Valeriano. Aspectos relevantes da história dos direitos difusos e coletivos. **Revista Direito e Paz**, São Paulo, v. 3, n. 11, ano 6, p. 100 - 127, 2º semestre de 2004. p. 101

“ou”, dá esta conotação. Assim, o que se objetivou com isso foi alargar o espectro de incidência da lei, a fim de que não reste direito ou interesse desprotegido¹³.

É igualmente relevante compreender quem são os grupos vulnerabilizados para a realização dessa análise. Oviedo e Czeresnia reforçam que o conceito de vulnerabilidade é tanto de uso estendido e amplo, compreendendo, para a saúde, aspectos como saúde ambiental, saúde mental, envelhecimento, doenças infecciosas e crônicas, dentre outros, quanto polissêmico, de modo que as Ciências Jurídicas, a Informática, as Ciências Econômicas, a Geografia e a Geologia o empregam para designar objetos e situações diversas¹⁴. Se o analisarmos sobre o viés da Economia, por exemplo, consideraremos que “vulnerabilidade significa instabilidade financeira, crises, volatilidade de preços etc., ou seja, situações que perturbam um curso desejado de eventos antes existentes”¹⁵.

Na abordagem pretendida na realização do presente estudo, busca-se a concepção da vulnerabilidade social sob o prisma das Ciências Jurídicas, sendo que os grupos socialmente vulnerabilizados, para Elida Séguin¹⁶, apresentam algumas características, expostas abaixo:

- a) Costumam se apresentar como grandes contingentes, a exemplo de “as mulheres”, “as crianças e os adolescentes”, “os encarcerados”, “os indígenas”, “os quilombolas”, “os povos ribeirinhos”, “os povos originários”, “as pessoas pretas, pardas e afrodescendentes”, “as pessoas com deficiência”, “as pessoas em situação de rua”, “os consumidores”, “os idosos”, dentre outros;
- b) São destituídos de poder;
- c) Mantém a cidadania;
- d) Não costumam compreender que estão sendo vítimas de algum abuso, como a discriminação e o desrespeito;
- e) Costumam não saber ou não reconhecer a existência de seus direitos.

Tales da Ponte reforça que a vulnerabilidade de tais grupos se estende e se intensifica a partir do desenvolvimento da sociedade capitalista¹⁷. Isso porque, em essência, o

¹³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: atualizado até 15.03.2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁴ OVIEDO, Rafael Antônio Malagón; CZERESNIA, Dina. O conceito de vulnerabilidade e seu caráter biossocial. **Interface**, Botucatu, v. 19, n. 53, p. 237-249, 2015.

¹⁵ OVIEDO, Rafael Antônio Malagón; CZERESNIA, Dina. Op. cit., p. 238.

¹⁶ SÉGUIN, Elida. **Mínorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹⁷ TALES DA PONTE, Júlio Ramon. **A Crise Sistêmica do Capital**: Uma Interpretação Marxiana. Informe Econômico, jun. 2015.

capitalismo acaba produzindo desigualdades, de modo que o nível de vulnerabilidade dos grupos sociais aumenta na medida em que a ênfase da organização da sociedade ocorre em torno do acúmulo de capital. É possível refletir, a partir dessa afirmação, sobre os grupos indígenas como grupos sociais vulnerabilizados: episódios como o desmatamento, a grilagem das terras e o garimpo ilegal em Roraima, ocorridos em maio de 2021, por exemplo, fizeram com que garimpeiros armados disparassem balas de fuzil contra o povo Ianomâmi; já nas margens do Rio Tapajós, no Pará, onde vivem mais de 14.000 indígenas das etnias Mundurucu e Apiacá, crimes têm acelerado a contaminação das águas e a proliferação de doenças, como a malária e a Covid-19¹⁸.

Essa última, cumpre-se destacar, envolve a pandemia que também passou a ser extremamente perigosa para os indígenas, sobretudo após se espalhar pela Europa. Trata-se de uma doença trazida pelos ricos e transmitida aos pobres no Brasil e que acaba afetando os grupos sociais mais vulnerabilizados. Na visão de Sarah Shenker, pesquisadora sênior da *Survival International*, por exemplo, as tribos isoladas seriam os povos vulnerabilizados do planeta¹⁹, o que reforça o desamparo indígena em todos os pontos, com grandes níveis de exclusão social daqueles que sequer se encontram em tribos isoladas, permanecendo sem qualquer nível de proteção adequado.

Esse é apenas um exemplo que demonstra a importância da tutela dos vulnerabilizados: os indígenas acabam sofrendo com doenças e com a atuação de criminosos que se aproximam deles. Mesmo que sejam “nativos” do Brasil, parecemos não lhes oferecer nenhum tipo de proteção adequada. Boaventura de Sousa Santos²⁰ destaca que isso ocorre com “a ideia (ou cosmovisão, como ora trabalhado) universalista de direitos humanos que, por ser tão arraigada, nem percebemos que existem outras alternativas possíveis”.

A vulnerabilidade social está relacionada à perspectiva dos Direitos Humanos, os quais:

Inerentes a todos e qualquer cidadão, os direitos humanos incluem o direito à liberdade, igualdade, acesso à educação, saúde, habitação, moradia, lazer, dentre tantas outras necessidades sociais, que possibilitem melhores condições de vida aos indivíduos. Entretanto, nos limites de uma sociedade capitalista, os direitos são

¹⁸ ESTADÃO CONTEÚDO. Tribos do Tapajós sofrem com desmate e garimpo. **Isto é dinheiro**, São Paulo, 15 mai. 2021. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/tribos-do-tapajos-sofrem-com-desmate-e-garimpo/>. Acesso em: 27 mai. 2021.

¹⁹ DUARTE, Fernando. O que a morte do indigenista Rielí Franciscato nos diz sobre os misteriosos povos isolados da Amazônia. **BBC News Brasil**, São Paulo, 20 set. 2020. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54177622#:~:text=As%20autoridades%20locais%20pediram%20ao,de%20um%20grupo%20ind%C3%ADgena%20isolado](https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54177622#:~:text=As%20autoridades%20locais%20pediram%20ao,de%20um%20grupo%20ind%C3%ADgena%20isolado.). Acesso em: 04.nov.2021

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Dilemas do nosso tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento. **Currículo sem Fronteiras**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 5-23, jul./dez. 2003. p. 9.

sempre relativos e limitados, tendo em vista a natureza da lógica do lucro pela via da exploração da força de trabalho humano²¹.

Mais adiante, serão aprofundadas outras questões que envolvem os grupos vulnerabilizados. Doravante, serão abordados os aspectos referentes à tutela material, no plano internacional, constitucional e infraconstitucional.

2.1 DA TUTELA MATERIAL

Para proporcionar uma visão clara e objetiva da Tutela Material no contexto dos grupos vulnerabilizados, é indispensável construir um entendimento sobre em que consiste o Direito Material. De acordo com Cintra Araújo, ao passo que “o direito material cuida de estabelecer as normas que regulam as relações jurídicas entre os particulares, o direito processual visa a regular uma das funções soberanas do Estado (função jurisdicional)”²². A autora aponta que o Direito Material pode ser definido como todo o corpo de normas que disciplina as relações jurídicas no tocante aos bens e às utilidades da vida em todos os ramos de direito, versando sobre os bens jurídicos titulados por uma pessoa; já o Direito Processual abrange as normas e os princípios que doutrinam a aplicação concreta do Direito Material no âmbito da resolução de lides. A autora prossegue, atestando essa correlação entre Direito Material e Direito Processual a partir da *bona fides* (boa-fé), que possui origem processual, mas está atrelada ao aspecto material do Direito em uma dimensão ético-jurídica.

Para Álvaro de Oliveira, a tutela material é “prevista em abstrato no plano do direito material e só se concretiza depois de esgotada a função jurisdicional, num retorno qualificado ao plano do direito material”²³, configurando-se não mais como uma tutela jurisdicional, mas sim como uma tutela do direito propriamente dito. No mesmo sentido, Rios do Amaral contempla que a Lei Magna de 1988 fez mais do que assegurar direitos e garantias fundamentais a todos os seus cidadãos, particularizando em seu texto compromissório os

²¹ MAIOR, Nívea Maria Santos Souto et al. Direitos Humanos e Serviço Social: Demandas e Desafios Contemporâneos. **Temporalis**, Brasília (DF), v. 18, n. 36, p. 127-138, jul./dez. 2018. p. 129.

²² CINTRA ARAÚJO, Evelyn. **Teoria Geral do Processo**. Goiânia: PUC Goiás, 2018. 57 p. Apostila. Disponível em: professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/15445/material/Apostila%20completa%20-%20TGP%202018.pdf. Acesso em: 17 mai. 2021. p. 4.

²³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional. In: MACHADO; Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 315.

grupos vulnerabilizados, que carecem de uma especial proteção normativa do Estado para a promoção de uma igualdade substancial perante o Poder Judiciário e o Direito^{24,25}.

Siqueira e Barbosa Castro reforçam o entendimento de Rousseau, no sentido de que o ser humano, em seu estado natural, abriu mão de sua liberdade nata para obter a proteção do Estado, criando-o para buscar segurança, na forma de liberdade civil, de modo que a construção da sociedade civil se deu em razão da necessidade de proteção, de associação, de assistência mútua, a qual se perpetua necessidade em função de não se admitir uma sociedade politicamente organizada; em tese, o Estado garante a todos, independentemente de cor, etnia, credo ou qualquer peculiaridade, direitos e deveres fundamentais implícitos e explícitos no Diploma Constitucional vigente²⁶. Os autores reiteram que, mesmo com os avanços ocorridos na sociedade até o momento atual, nossa evolução ainda não contempla uma aceitação da pluralidade existente no campo das relações humanas, o que gera a necessidade de alocar tais pluralidades dos grupos vulnerabilizados e das minorias²⁷ de um modo geral.

Se considerarmos que “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, pois não é suficiente tratar de forma igual os iguais e desigual os desiguais”²⁸, percebemos que “mencionar ‘iguais’ remete ao grupo de dominância social, enquanto os ‘desiguais’ referem-se aos grupos sociais que sofrem opressão, ou seja, os grupos vulnerabilizados e suas espécies”²⁹.

²⁴ RIOS DO AMARAL, Carlos Eduardo. **Tutela dos Direitos Fundamentais dos grupos sociais vulneráveis competente à defensoria pública**. Jusbrasil, 2010. Disponível em: <https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2336691/tutela-dos-direitos-fundamentais-dos-grupos-sociais-vulneraveis-competente-a-defensoria-publica>. Acesso em: 23 mai. 2021.

²⁵ Cumpre-se destacar que o estudo do autor gira em torno da tutela dos direitos fundamentais no contexto da defensoria pública de grupos sociais vulnerabilizados, a partir de instrumentos como o Estatuto do Idoso e a Lei Maria da Penha.

²⁶ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BARBOSA CASTRO, Lorenna Roberta. Minorias e Grupos Vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro/SP, v. 5, n. 1, p. 47- 62, 2017.

²⁷ Os autores diferenciam grupos vulneráveis de minorias no seguinte sentido: nos grupos vulneráveis, “não há uma identidade, um traço em comum entre os indivíduos como fator que os atrai; são grupos compostos pela sociedade de uma maneira geral. A exemplo, consumidores, litigantes, sindicatos, deficientes, o acusado penal. Compreende-se que são indivíduos suscetíveis de serem feridos, ofendidos ou atacados” (p. 110), enquanto as minorias envolvem “traço cultural comum presente em todos os indivíduos, originando grupos específicos, são sujeitos ligados entre si, daí a denominação ‘minorias’ [como especificação] Entretanto, nem sempre diz respeito a um grupo que possui o menor número de pessoas, pelo contrário, por vezes são numerosos. A exemplo, indígenas, homossexuais, negros, crianças, idosos” (p. 110-111). Para os fins pretendidos pelo presente estudo, não foi realizada uma ampla definição da dualidade dos significados de minorias e grupos vulneráveis, sendo aceita a definição estabelecida no início do presente capítulo.

²⁸ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSTELATO, Telma Aparecida. Inclusão Social, Processo Coletivo e Minorias no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista USCS – Direito**, Florianópolis, ano X, n.16, p. 221-237, jan./jun.2009. p. 227

²⁹ “mencionar ‘iguais’ remete ao grupo de dominância social, enquanto os ‘desiguais’ referem-se aos grupos sociais que sofrem opressão, ou seja, os grupos vulneráveis e suas espécies”. Op. cit., p. 116.

Este entendimento é o que se extrai tanto do “*caput*” do art. 5º³⁰ quanto dos incisos I e IV do art. 3º³¹. A noção de igualdade material e não meramente formal corrobora o pensamento Bernardo Ribeiro de Moraes³² ao afirmar que:

O direito que a Constituição assegura são os mesmos para todas as pessoas, não havendo, para a lei, grandes ou pequenos, ricos ou pobres, fortes ou fracos. O direito nivela a todos. Devemos dizer que essa igualdade não tem um sentido absoluto, mas relativo.

Celso Antônio Bandeira de Melo³³ reafirma:

Em suma: muitas vezes exatamente porque o conceito é fluído é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis.

Deste modo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária se baseia nos conceitos de igualdade material, pois, como bem advertiu Norberto Bobbio³⁴:

a igualdade, como ideal supremo, ou até mesmo último, de uma comunidade ordenada, justa e feliz, e portanto, de um lado, como aspiração perene dos homens conviventes, e, de outro, como tema constante das teorias e ideologias políticas, está habitualmente acoplada ao ideal de liberdade, considerado, também ele, supremo ou último.

Ainda acerca do debate, é necessário ter-se em conta o apresentado abaixo, sobre o qual grifamos:

O que se extrai é que **a igualdade vem para todos, ainda que não se faça parte de uma minoria ou de um grupo vulnerável, trata-se de um instrumento para elevar a condição humana e não massificar todos em uma condição regular**, baixa. O cerne da questão é reconhecer que **não são todos os indivíduos que estão tutelados da maneira correta, pois há que se entender a necessidade do(s) sujeito(s), ou primeiramente identificá-los**, para dar-lhe a medida, a parcela, cabível, sob pena de ceifar uma vida digna ou, por outro lado, exceder em proteção,

³⁰ **Art. 5º** 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:

³¹ **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³² MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 2. vol. p. 112.

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 450.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Unesp, 1995b. p. 111.

o que implicará em severos problemas. De forma clara e objetiva: não é requisito ser negro, homossexual, mulher, religioso, silvícola ou parte de tantas outras minorias para ter benefícios de acesso à justiça, por exemplo, o que se tem de diverso são as parcelas, doses maiores ou menores para, continuando o exemplo, uma acessibilidade justa. Outro exemplo é o Código de Defesa do Consumidor, que não é em decorrência de uma sociedade à mercê do Estado, mas sim pela **condição de vulnerabilidade** inerente nas relações de consumo, onde, de um lado temos empresas inseridas no corpo social, dominando o mercado deste, e, de outro lado, um sujeito suscetível às mais variadas ofensas (patrimoniais e extrapatrimoniais). Desta forma, o que se quer demonstrar é que **há transgressão e/ou impedimento a uma parcela populacional, bloqueando o seu exercício de direitos ou, ainda, de terem estes reconhecidos, não só o direito processual, ainda mais o material, o ser o corpo social**³⁵.

Percebe-se, dessa forma, que há relevância em abordar, em primeiro plano, a tutela material dos grupos vulnerabilizados, o que não torna a análise da tutela processual menos relevante. A partir desse entendimento, inicia-se a discussão da tutela material dos grupos vulnerabilizados no plano internacional.

2.1.1 Plano Internacional

Em seu estudo, intitulado “*Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*”, Chapman e Carbonetti apontam que uma das marcas primordiais para a análise da tutela material dos direitos se dá em função de um compromisso de proteção dos direitos dos indivíduos e dos vulnerabilizados e desfavorecidos, já que os direitos humanos se baseiam no princípio fundamental da dignidade inerente e igual valor de cada ser humano, com a legislação estabelecendo (ou devendo estabelecer) as condições mínimas para uma vida digna na forma de direitos ou prerrogativas que implicam em direitos e deveres para indivíduos e governos.

Os autores supramencionados destacam que a preocupação com a situação dos vulnerabilizados parte da constatação de que, em praticamente todas as sociedades, no plano internacional, certos indivíduos e grupos não gozam sistematicamente dos direitos associados à dignidade da pessoa humana, tendo, por muitas vezes, seus direitos políticos e civis violados, e, de forma ainda mais grave, seus direitos econômicos, sociais e culturais negados ou subtraídos historicamente. É destacada, no mesmo sentido, uma carência teórica para essa abordagem da tutela dos direitos dos vulnerabilizados no contexto material:

³⁵ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BARBOSA CASTRO, Lorena Roberta. Op. cit., p. 118.

Typically, vulnerable and disadvantaged populations (these terms are sometimes used interchangeably) have been victims of violations of civil and political rights and often, even more severely, of economic, social, and cultural rights.³⁶ Many of these groups experience discrimination, social exclusion, stigmatization, and deprivation of protections and entitlements on an ongoing basis. They may be subject to human rights violations by the state, by others in the society, or from institutions, structural barriers, social dynamics and economic forces. Despite the human rights commitment to protecting the fundamental rights of vulnerable and disadvantaged individuals and groups, human rights lack a central theory or framework for doing so³⁶³⁷.

Chunyang Xu destaca que, no plano internacional, a proteção dos direitos de vulnerabilizados encontra respaldo em aspectos ideológicos, humanistas e no pensamento prático para que as pessoas pertencentes a tais grupos possam ser concebidas com mais igualdade a partir da constatação de uma quase natural desigualdade imposta pelo desenvolvimento da sociedade capitalista e da globalização³⁸. Admite-se, assim, que a existência de grupos vulnerabilizados, tal como a própria terminologia indica, requer igualmente um esforço para a tutela material no âmbito da proteção de seus direitos, já que não há parâmetros para promover uma igualdade propriamente dita, exigindo tratamento diferenciado.

Uma constatação importante deve ser realizada ante o exposto até o presente momento sobre os vulnerabilizados e a tutela material: no plano internacional, há o reconhecimento das questões envolvendo desigualdade e vulnerabilidade entre pessoas e grupos distintos, não sendo um aspecto exclusivo da realidade social brasileira. Seria equivocado pensar, nesse sentido, que o Brasil apenas apresenta tais desigualdades por se tratar de um país emergente, já que, mesmo em países desenvolvidos como os Estados Unidos, é possível verificar a desigualdade e a vulnerabilidade como problemas usuais em função dos arranjos sociais predominantes, não obstante a existência de constituições e legislações baseadas em ideais democráticos, pautados pela dignidade da pessoa humana, pela igualdade e por outros fatores comuns na defesa intransigente dos Direitos Humanos.

³⁶ CHAPMAN, Audrey; CARBONETTI. Op.cit., p. 683.

³⁷ Em tradução livre: “Normalmente, as populações vulneráveis e desfavorecidas (esses termos às vezes são usados alternadamente) têm sido vítimas de violações de direitos civis e políticos e, muitas vezes, de forma ainda mais grave, de direitos econômicos, sociais e culturais. Muitos desses grupos sofrem discriminação, exclusão social, estigmatização e privação de proteções e direitos em uma base contínua. Eles podem estar sujeitos a violações dos direitos humanos pelo Estado, por outras pessoas na sociedade ou por instituições, barreiras estruturais, dinâmicas sociais e forças econômicas. Apesar do compromisso com os direitos humanos de proteger os direitos fundamentais de indivíduos e grupos vulneráveis e desfavorecidos, os direitos humanos carecem de uma teoria ou estrutura central para fazê-lo”.

³⁸ XU, Chunyang. **Study on the Legal Protection of the Rights of Vulnerable Groups in Society**. International Conference on Education, Sports, Arts and Management Engineering (ICESAME 2016, Published by Atlantis Press). Disponível em: <https://www.atlantis-press.com/proceedings/icesame-16/25850984> Acesso em: 04.nov.2021

No *Substantive Law* (Direito Material, em inglês), Viljanen aponta que uma possível tutela material (*substantive protection*) é algo bastante complexo e discutido sob diferentes vieses de interpretação da jurisprudência internacional, sendo comum haver mais facilidade nos tribunais em exigirem garantias processuais do que a proteção propriamente dita do Direito Material. O autor considera que o “*threshold to go beyond procedural safeguard exists in all substantive fields: it is part of judicial self-restraint policy*”³⁹⁴⁰, de modo que, mesmo que a doutrina jurídica internacional enfatize a tutela material dos vulnerabilizados, isso nem sempre é observado no contexto do Judiciário efetivamente.

Ao considerarmos que “o Estado de Direito representa uma concepção material referente ao que o Direito deveria ser”⁴¹, criamos uma noção material que o configura como uma doutrina metalegal e um ideal político, servindo à causa da liberdade, mas não como uma mera dimensão de que a ação governamental deve estar de acordo com as normas, tendo em vista que o Estado de Direito, tal como postulado por Hayek⁴², deveria contar com os seguintes elementos:

- a) A lei deveria ser geral, abstrata e prospectiva, de modo que o legislador não pudesse escolher de maneira arbitrária uma pessoa para ser alvo de coerção ou privilégio;
- b) A lei deveria ser conhecida e certa, para que os cidadãos pudessem fazer planos, sendo esse um ponto que contribui para a prosperidade (Hayek a compreende como uma das causas da prosperidade ocidental) e ataca as desigualdades;
- c) A lei deveria ser aplicada de forma equânime a todos os cidadãos e agentes públicos (incluem-se aqui os grupos vulnerabilizados, reforçando um compromisso do Estado em reconhecer a vulnerabilidade no plano material e combatê-la);
- d) Deveria existir uma separação entre os que elaboram as leis e aqueles que as aplicam, não havendo interesses particulares;
- e) Deveria existir a possibilidade de as decisões discricionárias da administração corrigirem uma eventual má aplicação do Direito;

³⁹ O limite para ir além da salvaguarda processual existe em todos os campos substantivos: faz parte da política de autocontenção judicial.)

⁴⁰ Em tradução livre: “O limite para ir além da salvaguarda processual existe em todos os campos substantivos: faz parte da política de autocontenção judicial”.

⁴¹ VILHENA VIEIRA, Oscar. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. **SUR - Revista Internacional De Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 31-47, 2007. p. 33

⁴² HAYEK, Friedrich August von. **O Caminho da Servidão**. São Paulo: Instituto Liberal, 1990.

- f) As leis e as políticas deveriam ser separadas;
- g) Deveria haver uma carta de direitos.

Em relação aos itens acima, considera-se o seguinte para países em desenvolvimento (e emergentes), como no caso brasileiro:

A conclusão de que a desigualdade profunda e persistente corta os laços sociais, causando invisibilidade, demonização e imunidade e prejudicando o respeito aos parâmetros do Estado de Direito, não deve significar que a ideia do Estado de Direito seja inútil nesses meios sociais. Em regimes democráticos, como o Brasil e muitos outros países em desenvolvimento, as constituições tendem a ser reativas a um passado de autoritarismo e de grandes injustiças sociais, na busca de legitimação (para obter cooperação). Novas constituições normalmente trazem uma carta de direitos generosa que reconhece direitos civis, políticos e também uma gama extensa de direitos sociais. Elas também reconhecem os principais elementos institucionais do Estado de Direito e da democracia representativa. Mais do isso, essas constituições pós-autoritárias criam novas instituições, como o *ombudsmen*, as defensorias públicas, as comissões de direitos humanos e o ministério público para monitorar o respeito ao Estado de Direito e proteger os direitos constitucionais dos grupos e indivíduos vulneráveis⁴³.

Andrew Nyirenda destaca que *“We must accept that while we have made strides towards achieving formal equality and non-discrimination, we have yet to achieve substantive equality”*⁴⁴, de modo que há um longo caminho a ser percorrido na abordagem da tutela dos vulnerabilizados no plano internacional, com a proteção material. Nesse percurso, uma possibilidade para efetivá-la no plano internacional é o estabelecimento de um “Estado ideal”, tal como proposto por Hayek; no entanto, os Estados modernos ainda contam com falhas, tanto nos países emergentes quanto nos países desenvolvidos, falhas essas que perpetuam as desigualdades e inviabilizam essa proteção de um modo mais consistente.

Para Peroni e Timmer⁴⁶, “devemos aceitar que, embora tenhamos feito progressos no sentido de alcançar a igualdade formal e a não discriminação, ainda temos que alcançar a

⁴³ VILHENA VIEIRA, Oscar. Op cit., p. 48.

⁴⁴ NYIRENDA, Andrew K. C. The Role Of The Judiciary In Protecting The Rights Of Vulnerable Groups In Malawi. In: JUDICIAL COLLOQUIUM ON THE RIGHTS OF VULNERABLE GROUPS, n. 2, 2014, Mangochi - Malawi. **Anais...** Mangochi-Malawi: Editora, 2014. p. 1. Disponível em: <https://www.southernafricalitigationcentre.org/wp-content/uploads/2017/08/1Andrew-Nyirenda.pdf>. Acesso em: mai. 2021.

⁴⁵ Em tradução livre: *“Court’s use of the term ‘vulnerable groups’ is therefore not mere rhetorical flourish. The term does something: it addresses and redresses different aspects of inequality in a more substantive manner”*.)

⁴⁶ PERONI, Lourdes; TIMMER, Alexandra. **Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law**. Oxford University Press and New York University School of Law, 2013. Downloaded from <https://academic.oup.com/icon/article/11/4/1056/698712> by guest on 31 May 2021.

igualdade substantiva”⁴⁷. Assim, no plano internacional, a igualdade e a tutela material de grupos vulnerabilizados partem dos quatro objetivos de Sandra Fredman⁴⁸ para a igualdade substantiva: participação, transformação, redistribuição e reconhecimento. Destaca-se que:

- A **dimensão participativa** compensa uma ausência de voz política e abre canais para um maior envolvimento em momento futuro, partindo do conceito em várias nuances de participação, não abordando apenas a política, mas também tomar parte nas decisões de uma ampla gama de situações que afetam indivíduos ou grupos vulnerabilizados, como no trabalho, na educação, na saúde e na organização comunitária;
- Já a **dimensão transformadora** busca acomodar as diferenças do grupo, removendo o que está ligado a elas ao invés de considerá-las em si;
- O **aspecto redistributivo** da igualdade substantiva intenta quebrar o ciclo da desvantagem, o que engloba, entre outros fatores, a má distribuição de recursos;
- Por fim, há ainda a **faceta do reconhecimento** da igualdade para promover o respeito, a dignidade e o valor, corrigindo, assim, estigmas, estereótipos, humilhações e violências sofridas em função do pertencimento a um grupo de identidade que sofre com a vulnerabilidade.

Vivemos em um momento no qual a maior parte das Constituições possui caminhos em prol de uma busca pela tutela material dos vulnerabilizados; contudo, conforme apresentado neste tópico, a questão dessa tutela no plano internacional é bastante complexa e está associada a inúmeros fatores.

Tanto no plano internacional quanto no interamericano, há, ainda, inúmeros tratados, pactos e convenções dos quais o Brasil é signatário que têm reflexos no efetivo exercício dos direitos de pessoas vulnerabilizadas no país. Com a CRFB/1988, e especialmente após a Emenda Constitucional nº 45/2004, é de conhecimento e exercício mais amplos a incorporação de elementos legislativos de Direitos Humanos na rotina jurídica nacional.

⁴⁷ Em tradução livre: “O uso do termo ‘grupos vulneráveis’ pelo tribunal não é, portanto, um mero floreio retórico. O termo faz alguma coisa: ele aborda e corrige diferentes aspectos da desigualdade de uma maneira mais substantiva”.

⁴⁸ FREDMAN, Sandra. Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties 180 (2008). In: PERONI, Lourdes; TIMMER, Alexandra. **Vulnerable groups**: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law. Oxford: Oxford University Press and New York University School of Law, 2013. p. 1.074-1.075.

Desde a dimensão inicial de que os Tratados Internacionais eram *soft law* – e pouco tinham aplicação no direito interno – até o cenário contemporâneo, muitos foram os avanços que possibilitaram o exercício destes direitos no país, em especial pelas pessoas vulnerabilizadas, embora este não tenha sido um caminho fácil de se percorrer.

As discussões complexas vão desde a tese da suprallegalidade dos Tratados de Direitos Humanos internalizados com quórum de lei ordinária, passando pela inovação do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, que tratou como texto constitucional os Tratados de Direitos Humanos aprovados com quórum de Emenda Constitucional, a saber, aqueles aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, até a compatibilização entre os controles de convencionalidade e constitucionalidade efetuados em âmbito doméstico. Muitos são estes diplomas, vejamos:

- a) Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945⁴⁹, que internalizou no direito pátrio a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas;
- b) Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas⁵⁰;
- c) Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952⁵¹, que internalizou a promulgação da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas;

⁴⁹ BRASIL. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

⁵⁰ BRASIL. Senado Federal. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Adaptada e proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução n. 217A (III), de 10 de dezembro de 1948 (Publicada no Diário da República, I Série A, no 57/78, de 9 de março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/154492/000154492.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 14 out. 2021.

⁵¹ BRASIL. **Decreto nº 30.822**, de 6 de maio de 1952. Promulga a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html. Acesso em: 14 out. 2021.

- d) Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002⁵², que internalizou a promulgação do Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional. Aqui, vale o comentário de que este diploma foi inserto na CRFB/88 por meio do art. 5º, § 4º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – Reforma do Poder Judiciário –, informando que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, a cuja criação manifestou adesão;
- e) Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966⁵³, que promulgou a Convenção sobre Escravatura de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953, a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956 e a Convenção Suplementar sobre a Escravidão, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas similares à Escravidão de 1957;
- f) Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992⁵⁴, que internalizou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;
- g) Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991⁵⁵, que internalizou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes;
- h) Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007⁵⁶, que internalizou o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002;
- i) Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016⁵⁷, que promulgou a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007;

⁵² BRASIL. **Decreto nº 4.388**, de 25 de setembro de 2002b. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 14 out 2021.

⁵³ BRASIL. **Decreto nº 58.563**, de 1º de junho de 1966. Promulga a Convenção sobre Escravatura de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953, a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956 e a Convenção Suplementar sobre a Escravidão, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas similares à Escravidão (1957). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58563.html. Acesso em: 14 out. 2021.

⁵⁴ BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992a. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

⁵⁵ BRASIL. **Decreto nº 40**, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm. Acesso em: 14 out.2021.

⁵⁶ BRASIL. **Decreto nº 6.085**, de 19 de abril de 2007a. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm. Acesso em: 14 out.2021.

⁵⁷ BRASIL. **Decreto nº 8.767**, de 11 de maio de 2016a. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado,

- j) Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969⁵⁸, que promulgou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial;
- k) Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961⁵⁹, que promulgou a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951;
- l) Decreto nº 63.223, de 6 de setembro de 1968⁶⁰, que promulgou a Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino;
- m) Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992⁶¹, que internalizou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;
- n) Por fim, o Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007⁶², que internalizou a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005.

No tocante à defesa dos grupos vulnerabilizados, não é diferente. O Brasil anuiu a inúmeros tratados, pactos e convenções internacionais sobre estes atores. E nem poderia ser de outro modo. Sob a CRFB/88, a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o pluralismo político ganharam status de fundamento do Estado Democrático de Direito, comprometidos com a justiça social. No plano material, aderiu a relevantes diplomas, visando à concreção dos objetivos para a construção do ideário.

Assim, em que pese o modelo de constitucionalismo tardio adotado pelo Brasil, cujas políticas públicas não alcançam efetivamente a razão pelas quais foram criadas e as normas programáticas não se institucionalizam, há posicionamentos otimistas em relação aos

firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

⁵⁸ BRASIL. **Decreto nº 65.810**, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 14 out. 2021.

⁵⁹ BRASIL. **Decreto nº 50.215**, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d50215.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

⁶⁰ BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Decreto nº 63.223**, de 6 de setembro de 1968. Promulga a convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-63223-6-setembro-1968-404776-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 out. 2021.

⁶¹ BRASIL. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992b. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

⁶² BRASIL. **Decreto nº 6.177**, de 1º de agosto de 2007. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm Acesso em: 04.nov.2021.

avanços, ainda que poucos. Pierre Bourdieu⁶³, profundo conhecedor das violências simbólicas, manifestou-se “contra destruição de uma civilização associada à existência do serviço público, aquela da igualdade republicana dos direitos, direitos à educação, à saúde, à cultura, à pesquisa, à arte e, sobretudo, ao trabalho”.

Como diplomas internacionais que favorecem os vulnerabilizados, é possível encontrar, junto ao Ministério Público Federal⁶⁴, toda a legislação abaixo descrita, que forma o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, categorizado como Tratados de Direitos Humanos de grupos socialmente vulneráveis, a saber:

- a) **Direitos de Crianças e Adolescentes:** Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro (Convenção de Nova York) (1956); Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia) (1980); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1993); Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos da Criança, sobre o envolvimento das crianças em conflitos armados (2000); e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil (2000);
- b) **Direitos das Mulheres:** Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953); Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada (1957); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1999);
- c) **Direitos de Igualdade Étnico-racial:** Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966);
- d) **Direitos de Estrangeiros e Imigrantes:** Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954); e o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1967);

⁶³ “*contre la destruction d'une civilisation, associé à l'existence du service public, celle de l'égalité républicaine des droits, droits à l'éducation, à la santé, à la culture, à la recherche, à l'art, et, par dessus tout, au travail*”. BOURDIEU, Pierre. **Contre-feux**. Paris: Liber/Raisons d'Agir, 1998. p. 30.

⁶⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. **Tratados em direitos humanos:** Sistema internacional de proteção aos direitos humanos / Secretaria de Cooperação Internacional – Brasília, 2016b. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/publicacoes/docs/15_007_tratados_em_direitos_humanos_vol_2_online.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

- e) **Proteção contra o tráfico de pessoas (migrantes, mulheres e crianças):** Convenção Internacional para Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (1921); Protocolo de Emenda da Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e da Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (1947); Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocídio (1950); Protocolo Adicional para a Supressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocídio (1950); Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças (2000); e o Protocolo Adicional à Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (2000);
- f) **Direitos das Pessoas com Deficiência:** Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006) e o Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006). Aqui, com os comentários de que foi o diploma internacional sobre o qual, por ocasião de sua internalização, aplicou-se o disposto no art. 5º, § 3º, da CRFB/88, tendo, assim, status de supralegalidade, mediante sua aprovação por quórum de Emenda Constitucional, por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009⁶⁵.

Ainda que não seja objetivo deste trabalho, a liberdade substantiva, junto à igualdade e à equidade – estes dois últimos, sim, relevantes para a pesquisa em tela –, constituem valores primordiais para a construção de uma sociedade que se quer justa, a fim de que todos, especialmente os vulnerabilizados, sejam livre e promovam a solidariedade. Aristóteles⁶⁶ já abordava:

a justiça e a equidade não parecem ser absolutamente idênticas, nem ser especificamente diferentes. Às vezes, louvamos o que é equitativo e o homem equitativo (e até aplicamos esse termo à guisa de louvor, mesmo em relação a outras virtudes, querendo significar com “mais equitativo” que uma coisa é melhor); e às vezes, pensando bem, nos parece estranho que o equitativo, apesar de não se identificar com o justo, seja ainda assim digno de louvor; de fato, se o justo e o equitativo são diferentes, um deles não é bom, mas se são ambos bons, não de ser a mesma coisa.

Contudo, não é demais recordar que a equidade e a igualdade substantivas, no tocante às relações sociais, são basilares para a justiça social e podem ser alcançadas por meio da luta

⁶⁵ BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009a. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

⁶⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 46.

de classes e da luta entre atores sociais em seus correspondentes segmentos sociais. Neste sentido, sempre contribuiu com o debate sobre estes princípios István Mészáros, com sua visão sobre igualdade⁶⁷:

a condição prévia essencial da verdadeira igualdade é enfrentar com uma crítica radical a questão do modo inevitável de funcionamento do sistema estabelecido e sua correspondente estrutura de comando, que *a priori* exclui quaisquer expectativas de uma verdadeira igualdade.

Buscando esta igualdade substantiva, o Brasil também aderiu ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos que, ademais dos instrumentos gerais já expostos, apresenta também: a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como “Pacto de San José da Costa Rica”, celebrada em 1969 e internalizada pelo Decreto nº 678, de 6 de dezembro de 1992⁶⁸; o Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 1979; o Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, também de 1979; o Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 2010 e, finalmente, o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 2013, todos disponibilizados em coletânea pelo Ministério Público Federal⁶⁹.

A partir do aprofundado entendimento, torna-se possível retornar ao caso brasileiro, explorando-o no contexto do nosso plano constitucional propriamente dito.

2.1.2 Plano Constitucional

Bastos reforça que a CRFB/88 estabeleceu parâmetros para a proteção material dos grupos vulnerabilizados e minorias, sendo essa uma vertente considerada eficaz (e necessária) para a continuidade da ordem jurídica constitucional⁷⁰. Um Estado Democrático de Direito, tal como a definição ideal de Hayek, apresentada no plano internacional (tópico 2.1.1),

⁶⁷ MÉSZÁROS, István. **Para além do capital**: rumo a uma teoria da transição. Tradução Paulo Cezar Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2002. p. 289.

⁶⁸ BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992c. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

⁶⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. **Tratados em direitos humanos**: Sistema internacional de proteção aos direitos humanos / Secretaria de Cooperação Internacional – Brasília, 2016c. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuaacao-tematica/sci/publicacoes/docs/15_007_tratados_em_direitos_humanos_vol_3_online.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

⁷⁰ BASTOS, Marcelo dos Santos. Inclusão das Minorias e dos Grupos Vulneráveis: Vertente Eficaz e Necessária para a continuidade da Ordem Jurídica Constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 18, p. 77-89, jul./dez. 2011.

engloba o reconhecimento da existência desses grupos, os quais devem ter seus Direitos Materiais protegidos pela capa de um Diploma Constitucional.

A própria CRFB/88 contempla, desde seu art. 1º, inciso II (cidadania), III (dignidade da pessoa humana) e V (pluralismo político), a noção de diversidade de cultural, etnias, raças, cores, credos, reconhecendo a pluralidade de atores sociais que foram fundamentais na própria construção do povo brasileiro. A história nacional perpassa estes atores, além de ter neles o ponto de partida da formação da identidade da nação e da América Latina. O sujeito de direitos humanos, pensado a partir da Filosofia da Libertação e desde a América Latina, é entendido como “intersubjetivo, que desenvolve uma práxis de libertação para umidificar as necessidades materiais e acessar os bens para a produção, reprodução e desenvolvimento da vida”⁷¹.

Gomes de Lima estabelece que a igualdade jurídica, consubstanciada na Constituição de 1988, não se confirma na prática: no contexto do mundo do trabalho, por exemplo, as diversidades de gênero acabam motivando tratamentos diferidos entre homens e mulheres, não tão somente no tocante ao acesso, mas também em relação aos cargos e remunerações⁷². Tal distinção pode ser observada nas dificuldades enfrentadas por homens negros e, sobretudo, por mulheres negras, evidenciando que vivemos ainda em uma nação desigual, na qual as características referentes ao grupo identitário que integra um indivíduo acabam se tornando obstáculos para o mesmo, tanto em termos de participação social quanto nos cuidados com a própria vida.

O autor supramencionado aponta que a CRFB/88 foi vislumbrada para criar uma igualdade que ainda parece distante, considerando a ampla gama de grupos vulnerabilizados existentes no Brasil. Assim, mesmo com o amparo constitucional, esses grupos acabam submetidos às vontades, aos interesses e aos poderes dos grupos dominantes, inexistindo uma equidade propriamente dita, o que é válido não apenas para o contexto social, mas também para os contextos jurídico e constitucional.

A “proteção” ou tutela dos grupos vulnerabilizados no plano constitucional, no tocante ao Direito Material, termina sendo enfraquecida por uma realidade de combate às diferenças, na qual a vulnerabilidade efetiva, de certo modo, acarreta uma menor participação social ou mesmo inviabiliza-a.

⁷¹ MARTINEZ, Alejandro Rosillo. **Fundamentação dos Direitos Humanos desde a Filosofia da Libertação**. Tradução de Ivone Fernandes Morcilo Lixa e Lucas Machado Fagundes. Ijuí: UNIJUÍ, 2015. p. 127.

⁷² GOMES DE LIMA, João Rodolfo. **Direito Inclusivo Constitucional: A proteção Institucional aos grupos vulneráveis**. 2013. 273f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013.

Em estudo intitulado “Legitimação Extraordinária na Tutela Individual de Pessoas que compõem Grupos Sociais Vulneráveis – A Atuação da Defensoria Pública”, Da Silva Neto cita o exemplo do princípio constitucional da assistência jurídica integral (inciso LXXIV do artigo 5º da CRFB/88)⁷³ para valorar a atuação dos Órgãos Defensoriais, com legitimidade extraordinária na tutela individual dos grupos vulnerabilizados. Tal princípio está esculpido no texto magno⁷⁴, fazendo com que aqueles que, por exemplo, não dispõem de recursos financeiros devido ao fato de pertencerem a um grupo vulnerável objetivem seu acesso à justiça.

Marchezan Ferreira destaca que a “tutela jurisdicional não se restringe ao procedimento legalmente constituído, previsto em caráter ordinário e que há muito se distanciou do direito material tutelado, bem como da realidade social”⁷⁵, de modo que, ainda que haja diversos itens versando sobre uma possível tutela material dos grupos vulnerabilizados no Diploma de 88, é necessário lançar um olhar criterioso para cada um desses grupos que se almeja proteger.

Essa afirmação é importante para a análise aqui realizada, visto que, ao considerarmos os indígenas como um grupo vulnerável, estamos tratando de uma realidade social bastante distinta daquela dos imigrantes venezuelanos ou de outros países sul-americanos que buscam refúgio no Brasil. Embora a Constituição preveja, ao longo de seu texto, a proteção social dos vulnerabilizados, é necessário levar em conta que, no contexto da tutela material, cada um deles possui suas próprias características e particularidades. O tema é bastante delicado, já que envolve os interesses dos próprios grupos e o contexto no qual estão inseridos, bem como a necessidade de sua proteção a partir de uma intervenção nessa realidade social e nos contornos sociais que os cercam. Essa mesma afirmação foi reforçada no estudo de Leal Costa⁷⁶, segundo o qual se faz necessário considerar a realidade social vivenciada pelo grupo

⁷³ **Art. 5º** 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:

(...) **LXXIV** - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

⁷⁴ DA SILVA NETO, Arthur Corrêa. Legitimação Extraordinária na Tutela Individual de pessoas que compõem grupos sociais vulneráveis – A atuação da Defensoria Pública. In: CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS, 9., 2010, Abaetetuba/PA. **Anais...** Abaetetuba/PA, 2010. p. 156-175. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20950/ARTHUR_CORR_A_DA_SILVA_NETO.pdf. Acesso em: mai. 2021.

⁷⁵ MARCHEZAN FERREIRA, Antônio Rafael. Tutela Possessória e a remoção forçada de grupos vulneráveis e famílias de baixa renda. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro/RJ, v. 14, n 3., p. 92-111, 2014. p. 97 Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14527/15852>. Acesso em: mai. 2021.

⁷⁶ LEAL COSTA, Max Alexandre. A Hermenêutica Filosófica como técnica fundamental para a adequada Interpretação, Integração e Aplicação dos direitos das minorias e grupos vulneráveis. In: FERRAZ, Anna

vulnerável para que seja possível estabelecer a tutela material, ainda que, ao considerar o plano constitucional que rege a possibilidade de proteção, seja preciso identificar o direito material. O grande “tom” da tutela material no contexto constitucional está, desse modo, na dignidade humana como um eixo norteador para tal proteção, já que:

A linha do Direito constitui ferramentas para que o Estado dê a devida proteção aos bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade, atuando principalmente na tutela de bens que possuam um valor extremamente alto e que não podem ser suficientemente protegidos por outros ramos de estudo que não o próprio Direito, assim sendo, podemos tomar, por exemplo, a dignidade do ser humano interligada a inúmeros ramos do Direito. Já na Constituição Federal em seu artigo 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana é inserido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, fazendo referência ao valor da dignidade humana também em diversos outros trechos. Sendo assim, nota-se que a dignidade da pessoa humana se institui como centro de todo ordenamento jurídico, tratando-se da norma de maior valor axiológico no constitucionalismo contemporâneo⁷⁷.

Globekner destaca que a previsão legal expressa para a legitimação do Ministério Público (doravante MP) na tutela de interesses individuais e o escopo para o aumento da proteção a certos grupos vulnerabilizados ocorre com o amparo dos princípios constitucionais, mas com legislações específicas, como no caso da criança e do adolescente (inciso V do artigo 201 da Lei nº 8.069/1990), do idoso (inciso I do artigo 74 da Lei nº 10.741/2003), dos incapazes (inciso I do artigo 82 do CPC)⁷⁸, dentre inúmeros outros, no plano infraconstitucional. Justamente por isso, é mais complexo discutir a tutela material do que a tutela processual dos grupos vulnerabilizados, como veremos mais adiante.

O autor cita especificamente a atuação do Ministério Público (MP) no contexto da tutela do Direito à Saúde de vulnerabilizados, nos seguintes termos:

Quer na via individual, quer na via coletiva, a atuação do Ministério Público na defesa do Direito à Saúde, segundo sua vocação constitucional, há de buscar que a litigância e a judicialização nos casos concretos seja um veículo para o avanço do Direito à Saúde na sociedade, atento aos compromissos que a sociedade e o Estado devem assumir na proteção de grupos vulneráveis e na promoção da equidade do acesso. A tutela da saúde na via coletiva, à parte de viabilizar a atuação concertada e racional dos órgãos ministeriais, garante, com mais eficiência, a democratização da tutela jurisdicional e do direito fundamental do cidadão à obtenção de provimento⁷⁹.

Cândida da Cunha; BAPTISTA, Fernando Pavan (orgs.). **IV Congresso Internacional UNIFIEO. O Método do Caso e Direitos Fundamentais: Proteção das minorias e grupos vulneráveis na América Latina**. Osasco: EDIFIEO, 2019.

⁷⁷ SOUZA, Raul Tavares. Onde está a Dignidade do Ser Humano. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; BAPTISTA, Fernando Pavan (orgs.). **IX Congresso Internacional UNIFIEO. O Método Do Caso E Direitos Fundamentais: Proteção das minorias e grupos vulneráveis na América Latina**. Osasco: EDIFIEO, 2019. p. 72.

⁷⁸ GLOBEKNER, Osmir Antônio. A Tutela Individual e Coletiva do direito à saúde pelo Ministério Público. **Revista Jurídica ESMP-SP**, São Paulo, v. 8, p. 129-148, 2015a.

⁷⁹ GLOBEKNER, Osmir Antônio. Op. cit., p. 145-146.

Antônio Rafael Marchezan Ferreira destaca que “demandas possessórias coletivas envolvendo grupos vulnerabilizados e famílias de baixa renda carecem de uma abordagem adequada, tanto sob a perspectiva da legislação processual vigente, como do ponto de vista judiciário”⁸⁰, o que passa, em grande parte, pela carência de abordagens constitucionais sobre a tutela material de grupos vulnerabilizados, gerando um campo de obscurantismo que deve ser sanado pela doutrina. O autor também aborda o caso do direito social à moradia e da função social da propriedade como exemplos para se falar de tutela:

Os despejos não podem resultar na constituição de indivíduos sem casa ou expostos à violação de outros direitos humanos. Quando as pessoas afetadas pelos despejos não dispõem de recursos, o Estado Parte deverá adotar todas as medidas necessárias, ao máximo de seus recursos disponíveis, para assegurar que outra moradia, reassentamento ou acesso às terras produtivas estejam acessíveis⁸¹.

A proteção dos fragilizados e dos vulnerabilizados é um dos fundamentos primordiais da CRFB/88, com azo ainda em seu art. 216, ao reconhecer todas as formas de expressão. Azevedo correlaciona a tutela do direito material e processual no caso em questão, afirmando que os aspectos práticos exercidos pela jurisdição sobre o plano do direito material e sobre a vida das pessoas engloba também a dimensão do procedimento, da técnica processual, das garantias processuais e das formas executivas no Estado Democrático de Direito⁸².

Para o autor, “a adequação da tutela jurisdicional no Estado Constitucional não pode, no caso dos grupos vulnerabilizados, adstringir-se unicamente às necessidades abstratas do direito material”⁸³, sendo que, no paradigma constitucional (do processo), o instituto deve centrar-se na proteção da pessoa, na garantia dos direitos fundamentais e na promoção dos direitos humanos, considerando também as dificuldades concretas do Judiciário brasileiro. Assim, o tema da tutela não pode ser abordado apenas na perspectiva material, mas também deve sê-lo na processualista, tendo em vista que a fase privatista, em transição para a fase autonomista nas ciências jurídicas, proporcionou o seu banimento nos estudos de Direito Processual, sendo necessária uma sua retomada, como veremos mais adiante.

Deste modo, é possível realizar uma reflexão na qual o Direito Material e o Direito Processual não são opostos na discussão constitucional sobre a tutela dos vulnerabilizados, já

⁸⁰ MARCHEZAN FERREIRA, Antônio Rafael. Op. cit., p. 83.

⁸¹ MARCHEZAN FERREIRA, Antônio Rafael. Op. cit., p. 96.

⁸² AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Tutela Jurisdicional adequada às pessoas em situação de vulnerabilidade**. 2019. 273f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

⁸³ AZEVEDO, Júlio Camargo de. Op. cit., p. 18.

que a constitucionalização dos direitos e o reconhecimento da “proteção” como um direito fundamental opera como o elo entre a tutela material e a tutela processual de tais grupos. A tutela jurisdicional no contexto processual acaba espelhando a tutela dos direitos materiais (tutela dos direitos) no caso brasileiro, sob o amparo da CRFB/88.

Justamente por essa correlação, o presente estudo não almejou uma abordagem voltada especificamente ao Direito Material ou ao Direito Processual, mas se ancora na vinculação de ambas as temáticas. Maltinti aponta que o intuito dessa discussão consiste justamente em aplicar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material, já que inexistente uma técnica única capaz de servir a todos os perfis do plano material do Direito⁸⁴. Ao considerar a CRFB/88 como:

[...] ao mesmo tempo, fonte dos princípios fundamentais da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição, [...] para que se tenha efetividade, é necessário que no menor espaço de tempo, o processo confira a quem tem direito tudo àquilo que faz jus. Com isso, todas as normas processuais devem ser submetidas à efetividade, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, podendo ser considerado cláusula geral processual, já que constitui o direito fundamental à jurisdição efetiva. Diante disto, o processo deve ser estruturado de modo a permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material. Para isto, entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação. Isto significa que diante da dinâmica da sociedade, o juiz está autorizado a encontrar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material. E, estas técnicas, devem ser subordinadas ao direito fundamental à jurisdição efetiva. Não existe técnica única para servir a todos os perfis do direito material.

Kurt Eichenberger⁸⁵ compreende que o direito de agir (direito de ação) é mais do que o direito material em juízo ou o direito de formular pedido de tutela do direito material, já que a ação não é resumida ao ato que invoca a jurisdição, não se tratando de um ato solitário ou isolado, com um direito de ação que se restringe a um requerimento de tutela material.

Grupos vulnerabilizados são concebidos como inaptos para a proteção de seus interesses e direitos de modo efetivo, sobretudo pelos fatores históricos que os colocaram nesse paradigma de exclusão e desigualdade. Considera-se, assim, que a ação protetora do Direito só funciona verdadeiramente quando legítima e faz com que uma pessoa (ou grupo)

⁸⁴ MALTINTI, Juliana de Camargo. Direito Fundamental à Jurisdição Efetiva. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, São Paulo – SP. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 177-198. Disponível em < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2382.pdf>. Acesso em: 29.mai. 2021.

⁸⁵ EICHENBERGER, Kurt apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 215.

vulnerável se torne vulnerada ou que os riscos que a acometem sejam contemplados como uma ameaça iminente ou dano sofrido por ela⁸⁶.

De modo algum isso quer dizer que “as pessoas inseridas nesses grupos sejam incapazes ou isentas de autonomia, o que lhes falta é o poder, a autoridade para comandarem-se”⁸⁷, em função de características intrínsecas, como a etnia, o gênero, os fatores psicológicos e físicos, que as aprisionam, impedindo-as de serem plenamente consideradas como autônomas e detentoras de dignidade em um cenário de preconceito, intolerância, desrespeito e falta de solidariedade.

A partir do conceito de reconhecimento de Axel Honneth⁸⁸, podemos determinar a forma de promover políticas e ações que gerem informação e, conseqüentemente, criem identidades positivas com as minorias, baseadas nos conceitos e necessidades de cada grupo. Isso porque, para o autor, viver em sociedade significa ter reconhecimento recíproco, ou seja, significa que os sujeitos se veem na perspectiva do outro e aprendem normas, conceitos morais e culturais, além de escolherem em quais lutas estabelecerão sua confiança, sendo estas os meios pelos quais terão viabilizadas as transformações sociais, entendidas como necessidades sociais ou políticas, por exemplo. Este reconhecimento se torna medida de aprovação, envolvimento e até encorajamento, pois há uma relação de se ver como igual no outro e isso cria, subjetivamente, afetividade, o que pode gerar distorções da realidade e da autonomia dos sujeitos, desequilibrando forças com poder social de transformação.

Dessa forma, discursos e comportamentos que submetem os indivíduos a situações de injustiça, violência, segregação e invisibilidade impõem reconhecimento negativo a tipos de comportamento que retiram liberdades de ação e implicam pessoas sem capacidades positivas, a partir da própria construção pessoal, com comportamento lesivo aos seus direitos por compreensão adquirida, de forma subjetiva, de que não são merecedoras de algo.

Consoante a esta ideia, Silva⁸⁹ conceitua que a essência da democracia é a igualdade, sendo primordial garantir os direitos fundamentais consolidados na Constituição Brasileira de 1988, concretizando direitos individuais para a realização de políticas públicas, sociais e econômicas. Só assim a democracia será exercida plenamente pelo povo, em consonância

⁸⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁸⁷ GONÇALVES, Ana Catarina Piffer; MARTIN, Andréia Garcia. **Acesso à Justiça Inclusivo: formas do Poder Judiciário e do Ministério Público superarem a exclusão social dos grupos vulneráveis**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=655ea4bd3b5736d8>. Acesso: mai. 2021.

⁸⁸ HONNETH, Axel. **Reconhecimento como ideologia**: sobre a correlação entre moral e poder. Tradução de Ricardo Criciúma. Disponível em: revistafevereiro.com. Acesso em: 20 fev. 2021.

⁸⁹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9º Ed. Ed: Malheiros Editores, 1994, São Paulo/SP, p. 510.

com os ditames constitucionais, respeitando a igualdade, a cidadania e os direitos de cada cidadão, de forma a consolidar um Estado ético, em que as diferenças de classes existam, mas no qual todos tenham acesso aos direitos coletivos.

A tutela material é concebida, assim, como um instituto de inclusão dos grupos vulnerabilizados, nos seguintes termos:

A obtenção da inclusão social dependerá de uma igualdade material para a aplicação e efetividade dos direitos fundamentais, levando em conta as diferenças e fundada numa sociedade solidarista, veiculando-se através das políticas públicas, para que se promova a justiça social. Com esse propósito, o Estado assume funções mais atuantes – deixando de lado aquelas ações de natureza meramente acessória e residual –, tomando para si a responsabilidade de concretização da solidariedade por meio de instrumentos e técnicas concernentes aos bens sociais, que fomentam a prestação de direitos indispensáveis à existência humana. Ao se converter a solidariedade em viga mestra indispensável à edificação e efetivação de políticas públicas, torna-se de menção iladeável na formulação destas – fomentando a inclusão social – a promoção da dignidade da pessoa humana⁹⁰.

Ainda de acordo com as autoras supracitadas, a tutela é considerada um instrumento voltado para a socialização e para a democratização do direito, passando inclusive para o aspecto processual (efetividade processual e pacificação social), almejando uma solução homogênea e célere, facilitando o amplo acesso à justiça e ao tratamento de causas pulverizadas, de modo a proporcionar aos grupos vulnerabilizados valiosas conquistas que gerem a igualdade de direitos do ponto de vista da tutela material. O grande impasse, nesse sentido, é a questão da legitimidade para a tutela: “a pessoa que exerce esse direito em juízo, em razão de sua natureza e repercussão, deve possuir capacidade e efetivá-lo em condições proporcionais ao interesse contraposto”⁹¹.

Devemos sempre considerar que uma democracia só se dá na criação de condições de igualdade, tal como previsto no Diploma Constitucional vigente, mas que isso nem sempre ocorre na prática: em tese, um grupo de indígenas localizado em uma pequena aldeia no Acre deveria ter o mesmo acesso aos direitos (e, portanto, à justiça) que um coletivo de trabalhadores atuante na metrópole de São Paulo, já que somente assim poderíamos falar em uma igualdade material entre tais grupos. Contudo, o que os diferencia é a questão da vulnerabilidade, contemplando o primeiro como incapaz e até mesmo como indigno de contrair e exigir o cumprimento de direitos e deveres, enquanto ao segundo é fornecida uma maior legitimidade, do ponto de vista social.

⁹⁰ GONÇALVES, Ana Catarina Piffer; MARTIN, Andréia Garcia. Op. cit., p. 9-10.

⁹¹ GONÇALVES, Ana Catarina Piffer; MARTIN, Andréia Garcia. Op. cit., p. 14.

Ao jurista e ao operador do Direito cabe combater essa desigualdade, versando sobre a tutela material dos direitos de grupos vulnerabilizados. A Constituição reúne esses dispositivos para que possamos almejar a construção dessa igualdade material, bem como outros dispositivos contidos no plano infraconstitucional, como veremos no tópico seguinte. Porém, é somente a partir da ação e da pesquisa que se torna possível combater o panorama atual no qual estão inseridos os grupos em comento.

Para citar outro exemplo, podemos tratar das mulheres vítimas de violência doméstica. A Constituição assegura (Art. 5º, inciso I⁹²) a igualdade de tratamento em direitos e obrigações para homens e mulheres, o que envolve também o acesso à justiça (inciso XXXV do mesmo artigo⁹³). Em tese, as mulheres, na condição de vítimas de agressão doméstica, deveriam poder requerer o amparo da justiça para sua própria proteção; na prática, no entanto, isso não ocorre: um levantamento encomendado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública apontou, em 2019, que cerca de 52% das vítimas ficam caladas e “aceitam” a violência⁹⁴. Em seu estudo sobre o tema, Cordeiro⁹⁵, por sua vez, afirma que a falta de confiança nas instituições que deveriam assegurar a proteção das vítimas de violência doméstica consiste em um dos fatores primordiais na “opção” pela não-realização de denúncias como um fenômeno naturalizado que as coloca em posição de inferioridade em relação aos homens na ideologia do patriarcado:

Isso se dá devido à *invisibilização* da violência e sustentação da integridade da família onde a denúncia é vista como fator que viola a integridade familiar, ignorando o fato de que o crime cometido já é uma violação. Neste contexto apresentado, a mulher influenciada pelo seu meio acaba invisibilizando o fenômeno da violência. É observado que as instituições públicas do Brasil não só devem punir os agressores, já que apenas a punição não é a solução para este agravo social. É necessário criar políticas públicas que inviabilizem o fenômeno da violência contra a mulher, mostrando ser uma questão histórica onde a mulher é colocada como submissa em relação ao homem por questão essencialmente de construção social⁹⁶.

Ao considerarmos as mulheres vítimas de violência doméstica como um grupo vulnerável, temos que as mesmas, no escopo constitucional, possuem os mecanismos para

⁹² **Art. 5º** 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: **I** - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

⁹³ **XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁹⁴ Ver: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/maioria-das-mulheres-nao-denuncia-agressor-a-policia-ou-a-familia-indica-pesquisa.shtml>. Acesso em: 17 mai. 2021.

⁹⁵ CORDEIRO, Débora Cristina da Silva. Por que algumas mulheres não denunciam seus agressores? **CSONline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, Juiz de Fora, v. 1, n. 27, p. 365-383, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/csonline/article/view/17512/8878>. Acesso em: 23 mai. 2021.

⁹⁶ CORDEIRO, Débora Cristina da Silva. Op. cit., p. 380.

fazerem valer seu direito de proteção, mas isso não ocorre, de um modo geral, no âmbito prático. Pessoas mais privilegiadas (no caso, os homens) acabam se sobressaindo perante um grupo vulnerável, perpetuando a violência contra a mulher como um grave problema a ser combatido no Brasil. Há ainda os aspectos infraconstitucionais, como a existência da Lei Maria da Penha, que é questionada quanto à sua efetividade.

A Constituição, assim, assegura a igualdade material; todavia, conforme apontado por Alexandre Freitas Câmara, cada direito violado ou ameaçado deve compreender uma forma de tutela que possa assegurá-lo, protegendo, dessa forma, o direito lesado⁹⁷. É necessário um maior alinhamento entre os dispositivos constitucionais que vigoram no nosso ordenamento jurídico pátrio, para que seja possível proporcionar a tutela material dos grupos vulnerabilizados no plano constitucional.

2.1.3 Plano Infraconstitucional

A tutela material coletiva ainda é um ponto controverso a ser abordado de modo mais consistente pelas ciências jurídicas no plano constitucional brasileiro, havendo também obscuridades no plano internacional. No presente tópico, a questão será analisada sob o escopo infraconstitucional, ou seja, a partir das leis que estão fora do Diploma Constitucional em nosso ordenamento jurídico.

Segundo Valério, ao analisarmos “a legislação infraconstitucional voltada aos grupos considerados vulnerabilizados, é possível constatar que alguns também trazem, em seus artigos, o direito ao respeito a aqueles que são tutelados por essas normas”⁹⁸. Abaixo, são apresentados alguns dos fundamentos legais no tocante aos grupos em questão, tais como crianças, idosos, pessoas com deficiência e refugiados no plano infraconstitucional, com vistas a enriquecer a discussão proposta sobre a tutela material:

Quadro 1 – Aspectos Infraconstitucionais relacionados aos grupos vulnerabilizados

GRUPO	LEGISLAÇÃO	FUNDAMENTAÇÃO
Crianças e Adolescentes	Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do	Art. 4º É dever da família, da comunidade, da

⁹⁷ FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁹⁸ VALÉRIO, Alana Fagundes. **O Direito ao respeito como um direito da personalidade para a proteção de grupos vulneráveis**. ETIC (Encontro de Iniciação Científica), 2018. p. 10. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/7136/67647245>. Acesso em: 23 mai. 2021.

	Adolescente – ECA.	sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Crianças e Adolescentes	Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.	Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.
Crianças e Adolescentes	Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.	Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.
Idosos	Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso.	Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à

		dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.
Idosos	Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso.	Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. (...) § 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.
Pessoas com Deficiência	Lei nº 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência.	Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência

		familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.
Mulheres	Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha.	Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. § 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.
Refugiados	Lei nº 9.474/97 – Estatuto do Refugiado.	Art. 5º O refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos

		<p>estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública.</p>
<p>Consumidor e Pessoa Superendividada</p>	<p>Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (alterada pela Lei nº 14.181/21).</p>	<p>Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008/95)</p> <p>I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;</p> <p>II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:</p> <p>a) por iniciativa direta;</p> <p>b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;</p>

	<p>c) pela presença do Estado no mercado de consumo;</p> <p>d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.</p> <p>III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;</p> <p>IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;</p> <p>V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos adequados de solução de conflitos de consumo;</p> <p>VI - coibição e repressão eficientes de todos os</p>
--	---

		<p>abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;</p> <p>VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;</p> <p>VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo;</p> <p>IX - fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores (Incluído pela Lei nº 14.181/21);</p> <p>X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor (Incluído pela Lei nº 14.181/21).</p>
Indígenas	Lei nº 6.001/73 – Estatuto do Índio.	<p>Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:</p> <p>I - estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;</p> <p>II - prestar assistência aos</p>

	<p>índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;</p> <p>III - respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição;</p> <p>IV - assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;</p> <p>V - garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat, proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso;</p> <p>VI - respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes;</p> <p>VII - executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;</p> <p>VIII - utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento;</p> <p>IX - garantir aos índios e comunidades indígenas,</p>
--	---

		<p>nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;</p> <p>X - garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.</p>
Igualdade Racial	Lei nº 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial.	Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Fonte: Elaborado pelo autor do presente estudo, com base na legislação.

Sendo a CRFB/88 o documento norteador das demais legislações e políticas públicas, é natural que a busca pela igualdade material e também pela tutela material de pessoas que se enquadram nos grupos seja igualmente expressa na legislação infraconstitucional. Tendo em vista que a Constituição Cidadã prima pela valorização da dignidade da pessoa humana, algo que deve ser assegurado aos grupos vulnerabilizados, a legislação infraconstitucional a acompanha nesses termos, já que qualquer legislação que permita ou naturalize os abusos cometidos na esfera do Direito Material ante a tais grupos, será, em essência, inconstitucional, não sendo admitida a sua possibilidade no ordenamento jurídico pátrio. A normativa infraconstitucional envolvendo a tutela material dos grupos objetos deste capítulo, nesses termos, está relacionada aos preceitos previstos no Diploma Constitucional vigente.

Conforme observado ao longo do Quadro 1, a legislação infraconstitucional brasileira reconhece a existência destes atores e sua necessidade de proteção. Assim, cada um deles

acaba gozando de uma legislação infraconstitucional que lhes proporciona o cumprimento da igualdade material prevista no bojo da CRFB/88. No caso dos refugiados, tal legislação (Lei nº 9.474/97 – Estatuto do Refugiado) não aborda aspectos relacionados à dignidade da pessoa humana e ao respeito em relação aos direitos materiais, mas legitima sua capacidade de contrair direitos e deveres nos termos estabelecidos no artigo 5º.

As pessoas LGBTQIA+ são também consideradas um grupo vulnerável nos termos expostos e à luz do art. 3º, inciso IV, da CRFB/88, devendo possuir o direito infraconstitucional de constituírem família, tal como expresso abaixo:

Saliente-se que a Constituição Brasileira de 1988 não elenca o que se considera família, muito menos traz uma definição da mesma. Destaque-se ainda que o art. 226, do Texto Supremo de 1988, pugna que a família é a base da sociedade e lhe dá especial proteção, não havendo, assim, qualquer obstáculo Constitucional para que a união entre pessoas do mesmo sexo seja reconhecida pelo legislador infraconstitucional como entidade familiar, uma vez que a família constituída pela união de pessoas do mesmo sexo, também designada de uniões homoafetivas ou uniões homoeróticas, é um fato social e natural, tal e qual o é a família constituída por pessoas de sexos diversos. Não podem a sociedade e o Estado, constituído por esta, fechar os olhos para o que de fato já existe e que há muito vêm sendo, reiteradamente, reconhecidos direitos às mesmas por meio do Poder Judiciário⁹⁹¹⁰⁰.

Neste sentido, recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF¹⁰¹ e Mandado de Injunção nº 4.733¹⁰²

⁹⁹ BASTOS, Marcelo dos Santos. Op. cit., p. 60-61.

¹⁰⁰ O autor destaca que: “a omissão do legislador infraconstitucional em regulamentar as entidades familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo, sob o argumento de não haver ali diversidade sexual, não deve prosperar o fator discriminante para a não regulamentação da união entre pessoas do mesmo sexo” (p. 61).

¹⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF. **EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E

deu efeito concretista ao crime de Homofobia e Transfobia, equiparando-o ao crime de Racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor até que o Poder Legislativo aprove lei sobre o tema. O STF também fixou – por maioria – a tese de que a repressão penal à prática homofóbica não alcança nem restringe o direito fundamental de liberdade religiosa, desde que as manifestações não configurem discurso de ódio.

Castro e Toledo Neto apontam que, no plano material, é obrigatório “que as legislações infraconstitucionais mantenham o respeito e, principalmente, sejam desenvolvidos

COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS: “O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. Rel: Min. Celso de Mello, Brasília/DF, 13 de junho de 2019. DJe-243. Divulg 05-10-2020. Public 06-10-2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 18 out.2021.

¹⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção n. 473/ DF**. Relator: Min. Edson Fachin, Data de Julgamento: 23/10/2013, Data de Publicação: DJe-213 Divulg 25/10/2013 Public 28/10/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 18 out 2021.

mecanismos que busquem concretizar estes direitos¹⁰³. Os autores reforçam que as previsões constitucionais e infraconstitucionais devem trabalhar juntas e de modo solidário em prol de grupos vulneráveis¹⁰⁴. Isso porque o princípio da dignidade da pessoa humana é reafirmado como um princípio constitucional central, o qual fornece, por sua vez, o direcionamento para a normativa infraconstitucional em torno dos grupos vulneráveis¹⁰⁵, algo que deve ser considerado tanto na tutela material quanto na tutela processual de pessoas em estado de vulnerabilidade.

De acordo com Copetti Santos e Lucas, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, resultado da Conferência Geral da Unesco de 2001, realizada na França, “é hoje o grande documento da humanidade a fundamentar todas as Constituições, os textos legais infraconstitucionais e as decisões judiciais do mundo todo que abrigam conteúdos reconhecedores das identidades das mais diversas¹⁰⁶, como dos vulnerabilizados e das minorias como um todo.

Assim:

Boa parte da positivação constitucional voltada à tutela da diferença projetou-se também para as esferas infraconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, fenômeno que permitiu evidenciar o afastamento do Direito infraconstitucional dos moldes do Direito liberal clássico – caracterizado pela tutela de bens individuais e universalmente válidos –, e a aproximação de um Direito cuja finalidade radica-se na tutela da diferença, tanto sob a forma de minorias quanto de vulneráveis sociais. Tais projeções do campo constitucional para a seara infraconstitucional deram-se em especial por força das obrigações das indicações legislativas constitucionais constantes no texto da Carta Magna brasileira de 1988. O resultado disso é que hoje, no Brasil, o Direito infraconstitucional, sensível ao movimento constitucional de mitigação de um projeto liberal homogeneizador, está mais próximo de uma concepção contemporânea de democracia, ao recepcionar a ideia de diferença, concretizada nas demandas dos grupos¹⁰⁷.

Os autores supracitados apontam que desde antes do advento da Constituição de 1988 já existiam normas infraconstitucionais que versavam sobre a tutela dos grupos vulnerabilizados, como é o caso da Lei nº 6.001, de 1973, conhecida como Estatuto do Índio. Contudo, após a entrada em vigor da CRFB/88, observou-se um amplo crescimento da

¹⁰³ CASTRO, Alexander de; TOLEDO NETO, Silvio. Políticas Públicas como forma de Tutela dos Direitos Personalíssimo do Idoso – uma breve análise da existência do Direito Penal do Idoso. **Rev. do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 4, n. 2, p. 78, dez. 2019.

¹⁰⁴ O estudo dos autores envolve a proteção dos idosos no contexto constitucional e infraconstitucional, dando ênfase para o Estatuto do Idoso.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 165

¹⁰⁶ COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas Cesar. O Direito à diferença e a Proteção Jurídica das Minorias na América Latina. **Direito em Debate**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 45, p. 182 –197, jan./jun. 2016. p. 188

¹⁰⁷ COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas Cesar. Op. cit., p. 192-193.

normatização infraconstitucional sobre a matéria, algo que decorreu não apenas dos dispositivos e princípios do Diploma, mas também da evolução internacional do Direito, como no caso da Lei nº 7.716, de 1989 (que define preconceitos de raça e cor), da Lei nº 7.853, de 1989 (voltada às pessoas com deficiência), da Lei nº 8.069, de 1990 (ECA), dentre inúmeras outras, além daquelas apresentadas no Quadro 1 do presente tópico.

Todo sujeito de direitos deve gozar do princípio da dignidade pessoa humana e da possibilidade de tutela material, algo reforçado tanto no contexto do plano internacional quanto dos planos constitucional e infraconstitucional, estes últimos amplamente relacionados. Em posse desses conhecimentos, torna-se possível, então, a realização de uma discussão sobre a tutela processual dos vulnerabilizados, estabelecendo-a também na medida dos planos analisados nos tópicos 2.1.1, 2.1.2 e 2.1.3 do presente estudo.

2.2 DA TUTELA PROCESSUAL

Guilherme Guimarães Feliciano destaca que no “limiar do século XXI, o Direito universal ressentiu-se da necessidade de instrumentos processuais que favorecessem tutelas coletivas, paralelamente aos instrumentos históricos de tutela processual dos direitos”¹⁰⁸, sendo a ação coletiva contemplada como um interesse coletivo *stricto sensu* ou um interesse difuso. A tutela processual, para o autor, está relacionada ao direito a um tratamento isonômico e ao conceito e princípio da dignidade da pessoa humana, como ficou comprovado na análise da tutela material dos vulnerabilizados no tópico 2.1.

Em suas pesquisas, Barreto Gusmão¹⁰⁹ destaca o “confronto” existente entre a vulnerabilidade dos grupos, com base em uma vulnerabilidade material (já apresentada no presente estudo), e a vulnerabilidade processual nos seguintes termos:

- ✓ A **vulnerabilidade processual** é aquela que impede o litigante de praticar os atos processuais em função de uma limitação involuntária, a qual repercute negativamente no contexto de suas faculdades processuais, gerando desequilíbrio e disparidade de armas no contexto processual;

¹⁰⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tutela Processual dos Direitos Humanos nas Relações de Trabalho. **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV**, São Paulo, v.1, n.6, p. 199-224, nov./dez. 2005. p. 207

¹⁰⁹ GUSMÃO, Priscilla Barreto. **A Tutela do Vulnerável Processual: o Papel do Defensor Público**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudo em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas – Menção em Direito Processual Civil. 2017. p. 27. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/84194/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20FINAL%20PDF%20Priscilla%20Barreto%20Gusm%C3%A3o%20.pdf> Acesso em: 04.nov.2021.

- ✓ Já a **vulnerabilidade material** envolve os conjuntos de vulnerabilidades categorizadas na legislação e que buscam, de modo abstrato, acolher grupos de pessoas ou pessoas individualmente fragilizadas, as quais necessitam de suporte legal, com um desequilíbrio corrigido pelas ações de direito, alinhadas (ou não) ao suporte da sociedade civil.

Para falarmos em uma tutela processual destes atores, devemos considerar a vulnerabilidade processual, assim como na discussão sobre a tutela material dos referidos grupos consideramos a esfera da vulnerabilidade material, ainda que ambas as espécies de vulnerabilidade dialoguem no escopo da proteção em todos os planos. Da Silva Neto tem considerações semelhantes ao afirmar que, com base no entendimento do Direito Processual Civil atual, “o sujeito da relação processual não será o mesmo da relação material”¹¹⁰, embora os grupos vulnerabilizados mantenham a mesma definição.

Para Jaeger Junior e Barcellos, a tutela processual envolve especificamente a proteção das partes vulnerabilizadas na conjuntura da atuação processual¹¹¹: se o acesso à justiça se estende a todos, seria inadmissível permitir que, por exemplo, um grupo vulnerável composto por indígenas não pudesse fazer uso de sua capacidade para reivindicar uma determinada demanda judicial. Se, nesse mesmo exemplo, estamos tratando de uma tribo cuja língua materna é a nativa e não a portuguesa, ela encontrará dificuldades em aceder a justiça. Desse modo, a questão da tutela processual dos grupos implica uma proteção processual dessas partes, para efetivar o seu alcance à justiça e legitimá-los a apresentarem suas demandas, pleitos e lides no Judiciário. Brambila Bega corrobora esse entendimento ao fomentar uma compreensão de que a tutela processual (tutela de vulnerabilidade processual) abrange a salvaguarda da participação dos vulnerabilizados no âmbito processual¹¹².

A seguir, serão explorados, tal como realizado no tópico 2.1, a tutela processual dos vulnerabilizados com base nos planos internacional, constitucional e infraconstitucional.

2.2.1 Plano Internacional

¹¹⁰ DA SILVA NETO, Arthur Corrêa. Op. Cit., p. 8.

¹¹¹ JAEGER JUNIOR, Augusto; BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Jurisdição internacional e tutela processual do consumidor: foro do domicílio do consumidor como critério de jurisdição protetora. **Rev. de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 131, ano 29, p. 325-344, set./out. 2020.

¹¹² BRAMBILA BEGA, Carolina. **Curadoria Especial - Tutela da Vulnerabilidade Processual**: análise da efetividade dessa atuação. 2012. 272 fls. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Moschen e Zaneti apontam que processos como a globalização/mundialização e os fluxos de pessoas pelo mundo, inclusive na forma de bens e serviços, contribuíram para “a ampliação do ambiente jurídico para além das fronteiras nacionais, permitindo a ruptura, se não teórica, pelo menos fática, dos antigos dogmas que ligavam a soberania ao problema da distribuição da competência judicial entre Estados-nação”¹¹³, sobretudo ao considerarmos o “contexto processualístico em destaque nestes últimos anos, consistente **na tutela dos direitos fundamentais ambientais e dos direitos humanos (tutela dos direitos) para além das fronteiras nacionais**”¹¹⁴ (grifos nossos).

As autoras supramencionadas afirmam que um dos principais problemas de tal matéria no plano organizacional reside no fato de que nem sempre os Estados-Nação afetados são dotados de instrumentos processuais disponíveis para a tutela processual, e, havendo uma consequente ausência ou sobreposição delas, tal episódio precisa ser coordenado pela dogmática processual, de modo a servir o processo como meio para a tutela dos direitos (tutela material), sendo essa sua finalidade primordial. Assim:

O ideal seria atingir uma harmonia entre os instrumentos processuais e as necessidades de tutela de direitos materiais (expressamente reconhecidos ou não), de forma a permitir que, mesmo nos locais em que não haja instrumentos suficientes para tutela de determinado direito (material ou processual), o reconhecimento das decisões tomadas pelas jurisdições concorrentes ocorresse de forma a assegurar os direitos. Entretanto, como o ideal ainda está longe, a cooperação jurídica internacional na modalidade de auxílio direito é eficiente forma de evitar o conflito entre jurisdições e obter a tutela dos direitos adequada porque ocorre de forma mais inteligente ao utilizar as autoridades centrais e o próprio direito interno como órgãos intermediadores em busca da tutela do direito material versado no litígio; tempestiva porque ocorre de forma que a tutela venha em tempo razoável, por utilizar autoridades centrais, encurtando caminho entre os diferentes órgãos das jurisdições envolvidas; e efetiva porque ocorre de forma mais abrangente e simples para a realização dos direitos no mundo real, ao permitir que se busque a tutela em diferentes jurisdições sem discutir competência internacional e tantos outros problemas decorrentes do processo internacional e da escolha do direito aplicável¹¹⁵.

Segundo Azevedo¹¹⁶, é possível correlacionar o entendimento de tutela destes grupos no prisma internacional a partir de elementos regentes do ordenamento jurídico brasileiro, como a dignidade da pessoa humana e a cláusula constitucional de antidiscriminação que, em tese, teria fundamento no art. 3º, inciso IV, da CRFB/88.

¹¹³ MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI, Graziela Argenta. Processo Internacional Transfronteiriço: Os litígios que não respeitam fronteiras – Da Soberania à Tutela dos direitos. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, v.2, n.1, p. 1-15, jan./jul. 2016. p. 2.

¹¹⁴ MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI, Graziela Argenta. Op. cit., p. 3.

¹¹⁵ MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI, Graziela Argenta. Op. cit., p. 12-13.

¹¹⁶ GONZAGA, Álvaro de Azevedo. O Princípio da Igualdade: é juridicamente possível no ordenamento jurídico existirem leis discriminatórias?. Scientia FAER, Olímpia - SP, Ano 1, Volume 1, 2º Semestre. 2009 Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/tcc2-luana-moreira-cruz-ramos> Acesso em: 04.nov.2021.

Assim asseveram Alice Hertzog Resadori e Roger Raupp Rios¹¹⁷ no que se refere à autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória:

Em âmbito global, na última década, foram promulgadas na Argentina (2012), no Uruguai (2009) e na Bolívia (2016) leis de identidade de gênero, que garantem a alteração do sexo/gênero nos assentos civis. Elas adotam previsões que garantem a travestis e transexuais o direito à declaração de seu gênero e procedem a alteração dos documentos de identificação, sem necessitar de chancela judicial. Para além destas previsões normativas, há outros registros sobre o tema. O Supremo Tribunal da Índia recentemente admitiu a existência de um terceiro gênero nos documentos de identificação, como forma de reconhecer a igualdade e os direitos das pessoas que não se identificam com os binarismos. Ainda, a Suprema Corte Australiana reconheceu o registro do gênero neutro, enquanto a Alemanha legislou de forma precursora sobre a possibilidade de registro do gênero neutro.

E completam os autores supracitados:

O desafio das políticas antidiscriminatórias relativas às identidades sexuais e de gênero amplifica-se em face desse quadro normativo lacunoso e da complexidade das reivindicações identitárias contemporâneas. Em particular, no domínio jurídico antidiscriminatório, as políticas públicas colocam a pergunta sobre as identidades protegidas, cuja resposta parte da extensão e da compreensão da lista de critérios proibidos de discriminação. No que interessa a este estudo, o direito brasileiro, no art. 3, IV, da Constituição de 1988, proíbe explicitamente a discriminação por motivo de sexo, ao que se acresce a previsão, em inúmeros instrumentos legislativos e administrativos, de identidades sexuais e de gênero protegidas de discriminação.

Deste modo, em democracias modernas, só se pode falar em um processo verdadeiramente justo quando não há restrições aos indivíduos na medida de sua vulnerabilidade processual; no mesmo sentido, diante da constatação de vulnerabilidade, torna-se relevante proporcionar a tutela processual dos grupos e indivíduos excluídos da apreciação do processo. Quando não há discriminação, promovendo política antidiscriminatória, inclusive.

De acordo com Ramalho Ferreira¹¹⁸, o processo que envolve a especificação dos sujeitos de direitos é experimentado no Direito Internacional dos Direitos Humanos:

¹¹⁷ RESADORI, Alice Hertzog; RIOS, Roger Raupp. Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro: autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória. **Civitas - Revista De Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 10-25, 2018. p. 13. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/27956>. Acesso em: 20 out. 2021.

¹¹⁸ RAMALHO FERREIRA, Allan. Repercussões Processuais do Microsistema Protetivo das pessoas situadas em assentamentos informais: Vulnerabilidade, Necessidade e Acesso à Justiça (Comentários ao CPC-2015). **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 89-122, jul./dez. 2019.

A Constituição da República e a legislação ordinária, na toada do Direito Internacional dos Direitos Humanos, identificaram especiais situações de vulnerabilidade e, com a finalidade de promover a igualdade, atribuíram a estes sujeitos especificados, mediante diferenciações legítimas, conjuntos de normas especialmente correspondentes – a esse conjunto de normas é cominada a designação “microssistema protetivo”. Revelam estas leis específicas, por vezes, situações de vulnerabilidade agravada ou de hipervulnerabilidade¹¹⁹.

Ressalta-se, no mesmo sentido, a importância da dimensão internacional e a situação do Brasil no contexto do Direito Internacional, com base na tutela processual dos grupos vulnerabilizados:

Nos termos do artigo 4.º, inciso II, da Constituição, a República Federativa do **Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos** e, além disso, torna-se relevante mencionar a cláusula de abertura material que toma assento constitucional no artigo 5.º, parágrafo 2.º, segundo o qual **“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”**¹²⁰ (grifos nossos).

Nos estudos de Mizanie Abate, Alebachew Birhanu e Mihret Alemayehu¹²¹, intitulado *“Advancing Access to Justice for the Poor and Vulnerable through Legal Clinics in Ethiopia: Constraints and Opportunities”*¹²², os autores destacam a complexidade da abordagem da tutela processual e do acesso à justiça por grupos vulnerabilizados no plano internacional:

Regardless of the normative imperatives that necessitate its emergence, the term access to justice has remained a subject of ongoing debate since its inception. Different commentators have described the term differently. There has been little agreement about the meaning of access to justice, and the term “has over time become politically loaded and thus necessarily problematic” (...) Vulnerable members of the society, such as children, women, people living with HIV/AIDS and persons with disabilities face difficulties to seek remedies for the infringement of their rights owing to lack of money, ignorance of the law and lack of awareness of litigation procedures. Cognizant of this fact, various jurisdictions, (...) have designed a myriad of strategies to ensure access to justice¹²³¹²⁴.

¹¹⁹ RAMALHO FERREIRA, Allan. Op. cit., p. 93-94.

¹²⁰ ABATE, Mizanie; BIRHANU, Alebachew; ALEMAYEHU, Mihret. *Advancing Access to Justice for the Poor and Vulnerable through Legal Clinics in Ethiopia: Constraints and Opportunities*. **Mizan Law Review**, Addis Ababa, v. 11, n.1, p. 172-199, set. 2017.

¹²¹ ABATE, Mizanie; BIRHANU, Alebachew; ALEMAYEHU, Mihret. Op. cit., p. 2.

¹²² Em tradução livre: “Promovendo o acesso à justiça para os pobres e vulneráveis por meio de clínicas jurídicas na Etiópia: restrições e oportunidades”

¹²³ ABATE, Mizanie; BIRHANU, Alebachew; ALEMAYEHU, Mihret. Op. cit., p. 2.

¹²⁴ Em tradução livre: “Independentemente dos imperativos normativos que exigem seu surgimento, o termo acesso à justiça permaneceu um assunto de debate contínuo desde seu início. Diferentes comentadores descreveram o termo de maneira diferente. Tem havido pouco consenso sobre o significado de acesso à justiça, e o termo, ‘ao longo do tempo, tornou-se politicamente carregado e, portanto, necessariamente problemático’ (...) Membros vulneráveis da sociedade, como crianças, mulheres, pessoas vivendo com HIV/AIDS e pessoas com deficiência enfrentam dificuldades para buscar soluções para a violação de seus direitos por falta de dinheiro,

Em sua pesquisa, intitulada “*Access to Justice: Promoting the Legal System as a Human Right*”, Lima¹²⁵ aponta que o Direito Internacional vem buscando a criação de mecanismos e teorias que reforcem o acesso à justiça, assim como à tutela processual, como um verdadeiro direito e não mais como um privilégio. A autora reitera que “o acesso à justiça garante que as pessoas possam ir aos tribunais para exigir que seus direitos sejam protegidos, independentemente de sua condição econômica, social, política, migratória, racial ou étnica ou de sua afiliação religiosa, identidade de gênero ou orientação sexual”¹²⁶, de modo que o direito de processar vem sendo reconhecido como uma possibilidade que deve ser estendida a todos os indivíduos, englobando aí os grupos vulnerabilizados, como, por exemplo, indígenas, refugiados, detentos, dentre inúmeros outros grupos historicamente marginalizados e excluídos do direito processual, já que estes também são reconhecidos e legitimados como membros da sociedade, salientando a necessidade e a possibilidade de sua tutela processual no plano internacional.

2.2.2 Plano Constitucional

O ponto de encontro entre a tutela material e a tutela processual dos vulnerabilizados no plano constitucional se dá no reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Para Souto, essa dignidade é definida como uma fonte de tutela processual¹²⁷ no contexto brasileiro:

A dupla perspectiva revela a necessidade de equacionamento de dois valores basilares para compreensão da Dignidade da Pessoa Humana enquanto norma. O desafio está na alocação da autonomia do sujeito em uma vertente e na promoção de assistência para aqueles que não se encontram em condições de exercer, efetivamente, todo o potencial esperado a partir da autonomia conferida. Com efeito, aquela pessoa que por circunstâncias das mais variadas, transitórias ou permanentes, não reunir as condições necessárias para o pleno exercício de suas potencialidades em dado momento, deve contar com a assistência estatal para que sua dignidade não

desconhecimento da lei e falta de conhecimento dos procedimentos judiciais. Cientes desse fato, diversas jurisdições (...) elaboraram uma miríade de estratégias para garantir o acesso à justiça”.

¹²⁵ LIMA, Vanessa Gomez. *Access to Justice: Promoting the Legal System as a Human Right*, in: **Peace, Justice and Strong Institutions**. Springer International Publishing, Cham, pp. 1–10. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/338423278_Access_to_Justice_Promoting_the_Legal_System_as_a_Human_Right Acesso em: 14.out.2021

¹²⁶ No original: “*access to justice guarantees that people can go before the courts to demand their rights be protected, regardless of their economic, social, political, migratory, racial, or ethnic status or their religious affiliation, gender identity, or sexual orientation*”.

¹²⁷ SOUTO, Patrick José. **Técnicas Processuais de Tutela do vulnerável no Código de Processo Civil para construção da Decisão Adjudicada e a Adequada Promoção de Acesso à Justiça**. 2020. 196f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2020.

seja perdida, ou não alcançada, a depender da situação concreta. Tal assertiva está em consonância com o paradigma atual de Estado¹²⁸.

Partindo dessa afirmação, Souto reforça que “é preciso voltar os olhos para o módulo processual que se harmoniza com o Estado Democrático Constitucional e reflete a atual fase metodológica do processo”¹²⁹ em relação aos vulnerabilizados, compreendendo que o devido processo legal finca-se no ideal de uma relação processual na qual se façam presentes os valores esculpidos na CRFB/88, tratando-se, em especial, da dignidade da pessoa humana. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por sua vez, estabelece que a condição humana consiste no único requisito para o exercício das garantias processuais, já que a dignidade é valor inato ao homem, tal como expresso pela Constituição vigente.

Nesse sentido, salienta-se que:

Trata-se de um conjunto de fatores que somados são capazes de, eventualmente, colocar a pessoa em situação de vulnerabilidade, tolhendo-lhe a possibilidade de realizar, na relação processual, a potencialidade do direito material que invoca ou mesmo de contribuir para melhor elucidação da questão em debate¹³⁰.

Conforme apontado por Júlio Camargo de Azevedo, em sua obra “Vulnerabilidade: Critério para a adequação procedimental. A adaptação do procedimento como garantia ao acesso à justiça de sujeitos vulneráveis”, de 2021, no plano constitucional, a possibilidade de tutela processual de vulnerabilizados deve harmonizar-se com a concepção de um *processo justo*, compreendendo três dimensões indispensáveis: “o direito à efetividade do provimento jurisdicional; o direito à adequação do procedimento e da técnica processual; o direito à tempestividade da resposta judicial”¹³¹.

O autor reitera que a tutela processual “no Estado Constitucional não pode se adstringir unicamente às necessidades abstratas do direito material”¹³², de modo que, no paradigma constitucional do processo, é relevante versar sobre a tutela da pessoa humana, considerando as dificuldades enfrentadas pelos indivíduos que pertencem aos grupos em tela no acesso ao Judiciário e na celebração dos atos processuais como um todo. Assim, cumpre-se atentar ao enunciado abaixo, sobre o qual grifamos:

¹²⁸ SOUTO, Patrick José. Op. cit., p. 62-63.

¹²⁹ SOUTO, Patrick José. Op. cit., p. 63.

¹³⁰ SOUTO, Patrick José. Op. cit., p. 66.

¹³¹ AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Vulnerabilidade: Critério para a adequação procedimental. A adaptação do procedimento como garantia ao acesso à justiça de sujeitos vulneráveis.** Boa Esperança: Ed. CEI, 2021. p. 21.

¹³² AZEVEDO, Júlio Camargo de. Op. cit., p. 27.

Crível projetar, desse modo, uma reorientação funcional da categoria da tutela jurisdicional no processo civil contemporâneo, a qual **deve considerar não apenas a tutela dos direitos, mas também – e precipuamente – a tutela das pessoas**. Muda-se, nesta perspectiva, **o foco do processualista: da tutela do ordenamento jurídico abstrato para a tutela das pessoas de carne e osso**. Plausível repensar, ademais, a técnica processual a partir das fragilidades evidenciadas pelos sujeitos que acessam à justiça. **Um dos caminhos possíveis para este chamado humanitário à tutela jurisdicional decorre justamente da consideração da vulnerabilidade no processo**¹³³.

É comum pensarmos na tutela processual sob um enfoque exclusivamente técnico, já que o processo compreende normas, regras e procedimentos para sua execução. Contudo, quando refletimos sobre a tutela de grupos em comento no contexto constitucional, será indispensável atrelarmos o processo aos fundamentos do Estado Democrático Constitucional pautado pela CRFB/88, em especial no que toca o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tanto a vulnerabilidade material, exposta ao longo do tópico 2.1, quanto a vulnerabilidade processual, aqui fundamentada e apresentada, são fragilidades as quais inviabilizam o cumprimento de tal princípio, sendo que esta última envolve especificamente o impedimento do litigante de praticar os atos processuais em função de uma limitação involuntária, reflexo de suas dificuldades e fraquezas reais, repercutindo negativamente no contexto de suas faculdades processuais, o que inviabiliza o alcance de uma igualdade processual entre os sujeitos, sobretudo em um país de dimensões continentais e permeado por grupos vulnerabilizados distintos, como é o caso do Brasil. Urge daí a necessidade de proteção/tutela processual de tais indivíduos e do grupo como um todo.

A CRFB/88 recepcionou legislações anteriores que consagram esta tutela, a exemplo da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985¹³⁴, que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, além de referenciá-la no art. 129, inciso III. No plano infraconstitucional, esta legislação tem sido a salvaguarda dos direitos das coletividades, junto de tantas outras.

Hugo Nigro Mazzilli leciona sobre a importância da referida lei¹³⁵:

¹³³ AZEVEDO, Júlio Camargo de. Op. cit., p. 27-28.

¹³⁴ BRASIL. **Lei n° 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

¹³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 177

Pois foi para assegurar o efetivo acesso à Justiça por parte de todo o grupo de lesados (consumidores do mesmo produto, moradores de uma região poluída etc.), que, a partir de estudos de Mauro Cappelletti na década de 1970, é que se começou a pensar na necessidade de um processo coletivo, que fosse apto para enfrentar as peculiaridades que distinguem a defesa coletiva da defesa individual. Assim, enquanto no processo individual temos, de regra, conflitos entre pessoas determinadas, no processo coletivo, os conflitos podem envolver grupos inteiros situados não raro em posições antagônicas (é o que a doutrina chama de conflituosidade de interesses, a envolverem grupos de lesados, como quando da proibição ou não da comercialização de alimentos transgênicos; da interdição ou não de um aeroporto urbano; do fechamento ou não de uma fábrica poluidora etc.). Outra característica do processo coletivo é que, diversamente do processo individual (em que cada lesado age em nome próprio na defesa do interesse próprio), no processo coletivo, os legitimados ativos estão autorizados por lei a agir em nome próprio, mas na defesa de interesses de todo o grupo lesado (LACP, art. 5º, e CDC, art. 82). Ainda há outra diferença relevante: no processo individual, a coisa julgada material tornará imutável o decisum apenas entre as partes; já no processo coletivo, em algumas hipóteses, a coisa julgada se tornará imutável para além das partes formais do processo (coisa julgada erga omnes ou ultra partes, cf. arts. 16 da LACP e 103 do CDC). Por fim, mais uma diferença fundamental: no processo individual, o produto da indenização ficará com o vencedor da ação, enquanto no processo coletivo, o produto da indenização, quando divisível, será repartido entre os lesados individuais, ou, em caso contrário, irá para um fundo fluido, a ser usado de forma indivisível, em proveito de todo o grupo lesado (LACP, art. 13; CDC, arts. 97-100).

Percebe-se, nesse âmbito, que a tutela processual dos vulnerabilizados no contexto constitucional envolve aspectos como o direito de acesso à justiça, o direito de defesa e o direito de ação. A justiça não deve ser contemplada como um privilégio, mas sim como um direito propriamente dito e, portanto, acessível a toda a população. Privar estes grupos, em função de suas limitações e particularidades, da liberdade processual é uma verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito e aos princípios e fundamentos esculpido na CRFB/ 88. A constitucionalização do processo, dessa forma, é um tema crucial a ser abordado no âmbito da tutela processual dos vulnerabilizados na perspectiva constitucional e infraconstitucional, como veremos mais adiante, já que o legislador do CPC/2015 buscou constitucionalizar o processo civil brasileiro.

Diplomas normativos processuais também se consolidaram na era da CRFB/88, como o Mandado de Segurança, inserto tanto como garantia fundamental (art. 5º, LXIX) da concretização de direitos quanto tratado em lei específica, a saber, na Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009¹³⁶, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

¹³⁶ BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009b. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

Este instrumento processual residual traz, no art. 21¹³⁷ e nos seguintes, a possibilidade de sua impetração em âmbito coletivo por partido político, com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade ou de parte dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Efetivo na concretização de direitos transindividuais sobre o Mandado de Segurança Coletivo e o diálogo das fontes entre o microsistema de tutela coletiva destes direitos, são fundamentais para viabilizar a ampliação do rol dos atores legitimados a impetrar o “*mandamus*”, existindo um diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade entre as normas. Assim leciona Alberto do Amaral Júnior¹³⁸:

A coordenação sistemática, e não o antagonismo disfuncional, passa a ser a nota dominante quer na relação entre normas isoladas, quer em tratados que pertencem a um mesmo subsistema ou a subsistemas diferentes. (...) O “diálogo” das fontes possibilita, assim, a aplicação de normas particulares, coordena compromissos que obedecem à mesma diretriz e descobre a complementariedade finalística entre instrumentos que, em princípio, se mostram incompatíveis.

Outro instrumento processual que tem consagrado direitos a grupos vulnerabilizados, minorias, categorias profissionais e grupos historicamente prejudicados é o Mandado de Injunção, que nasce na CRFB/88 como uma forma de efetivar as normas programáticas previstas na Carta Constitucional que ainda não haviam sido reguladas no âmbito

¹³⁷ **Art. 21.** O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. (Vide ADIN 4296)

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

¹³⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 11-33, 2008. p. 32-33.

infraconstitucional. O Mandado de Injunção também encontra fundamento no rol das garantias do art. 5º, LXXI, e tem assento infraconstitucional na Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016¹³⁹, atuando como viabilizador de direitos sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Nesta seara, qual seja a da consagração de direitos, o Mandado de Injunção – como já referenciado na questão da equiparação dos crimes de Homofobia e Transfobia ao de Racismo – é instrumento que tem ganhado do Supremo Tribunal Federal efeito concretista a partir de 2007, efetivando direitos previstos e não regulamentados, a exemplo do direito de greve do servidor público, objeto do Mandado de Injunção nº 712/PA¹⁴⁰, que não só o reconheceu, mas também determinou a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que regulamenta o art. 9º da CRFB/88 e disciplina o exercício do direito de greve pelos trabalhadores do setor privado, de forma geral.

Daniela Gonçalves de Carvalho concebe que, na atualidade, os Estados Democráticos de Direito contemplam a existência de “sociedades plúrimas”, sobretudo no caso brasileiro, no qual há uma miscigenação populacional imensa, versando especificamente sobre a existência de povos com características muito diferentes no país, como os indígenas¹⁴¹. Promover a inclusão desse e de outros povos marginalizados não passa apenas pelo reconhecimento e respeito à sua diversidade cultural, mas também pela garantia de que eles

¹³⁹ BRASIL. **Lei nº 13.300**, de 23 de junho de 2016d. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

¹⁴⁰ MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **MI: 712 PA**, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em: 19 out. 2021.

¹⁴¹ GONÇALVES DE CARVALHO, Daniela. **Direito ao Reconhecimento como Direito Fundamental e a Proteção Jurídica do Indígena no Brasil**. Publicações da Escola da AGU, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Publ-Esc-AGU_v.11_n.01.pdf#page=103. Acesso em: jun. 2021.

sejam integrados (se assim o desejarem) ao sistema que vigora no Estado, sendo necessário, para tanto, assegurar-lhes um “acesso ao processo”, já que, assim como eles têm o direito de serem processados, contraem também o direito de processar.

No caso dos indígenas, em específico, pode ser citado o papel desempenhado pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio) no contexto de sua tutela processual (bem como material):

A população indígena, que já foi maioria absoluta da população brasileira, está incrivelmente reduzida. Segundo dados fornecidos pela FUNAI, em 1500 havia 3.000.000 de índios no Brasil, em 2010 não chegavam a 1.000.000, eram cerca de 800.000 tão somente. Nossas raízes, o quem somos, decorre direta, ou, indiretamente desses povos. Por isso, e não só por isso, é de suma importância manter vivos seus costumes, interagir com eles e, acima de tudo, preservá-los, mantê-los vivos, pois eles não representam a cultura majoritária, suas leis não nos são impostas, mas, como minoria que são, dependem da proteção do Ordenamento para se manterem. Dentro desse cenário, a **Procuradoria Geral Federal, órgão vinculado à AGU, através da Procuradoria Especializada junto à FUNAI exerce um papel fundamental e pouco divulgado: através do aparato da FUNAI, com antropólogos e especialistas, oferece-se proteção jurídica de qualidade e com respeito à individualidade dos índios**¹⁴² (grifos nossos).

Aprofundando tal exemplo, um apontamento importante é o da tutela jurídica dos indígenas a partir do empenho da FUNAI: fornecer a tutela processual dos indígenas é uma questão que envolve justamente o tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, o que implica a realização de um trabalho que respeite sua identidade. Por muitas vezes, eles possuem pouca ou nenhuma noção de seus direitos e deveres como cidadãos, em especial aqueles que estão localizados em tribos relativamente isoladas, sendo essa assessoria fundamental para proporcionar a proteção desse grupo vulnerável no Estado Democrático de Direito.

De modo evidente, à medida que a sociedade brasileira avança, é natural uma maior inclusão dos povos indígenas na tela social. É possível, nesse contexto, abordar o Direito Constitucional à educação pública e gratuita para tais povos, o que ocorre por meio de ações afirmativas, proporcionando não apenas a possibilidade de que os indígenas, em especial os mais jovens, acessem a Educação Básica, mas também que eles se aprofundem no contexto do Ensino Superior e da Especialização. A partir disso, é possível, por exemplo, que um jovem indígena pertencente a um grupo vulnerável ingresse no curso superior de Direito e se especialize nos direitos dos indígenas, atuando juntamente com sua tribo e com outros grupos vulnerabilizados na efetivação de seus direitos de acesso à justiça, de agir e de defesa. Essa é

¹⁴² GONÇALVES DE CARVALHO, Daniela. Op. cit., p. 105.

apenas uma dentre as inúmeras possibilidades de inclusão desse grupo vulnerável no contexto jurídico-processual de nossa sociedade, apenas para ilustrar como a tutela processual dos indígenas ainda está bastante restrita à atuação conjunta da Procuradoria Especializada e da FUNAI, mas existem outras hipóteses válidas para aumentar essa tutela, a partir da emancipação dos sujeitos pertencentes a tal grupo.

Flávia Piovesan¹⁴³ apresentou, em sua pesquisa, um estudo de casos envolvendo ainda o exemplo dos povos indígenas como grupo social vulnerável, além de um caso relativo aos direitos das crianças e outro abarcando os direitos das mulheres, nos seguintes termos:

- O primeiro caso relevante envolve a comunidade indígena *Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua*, no ano de 2001, no qual o Tribunal reconheceu os direitos de tais povos à propriedade coletiva da terra, decisão fundamental para assegurar não apenas o respeito à dignidade da pessoa humana, mas também para a preservação de sua sobrevivência e de seu legado cultural, transmitindo-o às gerações futuras;
- O segundo caso consiste no processo da tribo *Yakye Axa contra o Paraguai*, em 2005, no qual o Tribunal reconheceu que os povos indígenas possuem o direito a medidas específicas que lhes assegurem o acesso aos serviços de saúde de modo apropriado, a partir de uma perspectiva cultural que envolve também cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais, zelando por sua relação simbiótica com a terra e com a saúde coletiva do grupo;
- Um terceiro e último caso indígena a ser apresentado consiste na comunidade *Xákmok Kásek contra o Paraguai*, no qual a Corte Interamericana condenou o Estado pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial em virtude da não-garantia do direito de propriedade ancestral aos indígenas, reafirmando o seu dever de assegurar proteção especial às comunidades indígenas, considerando sempre suas vulnerabilidades para lhes avaliar o direito à vida digna, envolvendo o direito à água potável, a alimentos, à saúde, educação, dentre outros direitos básicos atestados pela Constituição do país;

¹⁴³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, v.2, n. 19, p. 118 – 139, jan./jun. 2012.

- No caso dos direitos das crianças, é citado o caso o *Villagran Morales contra a Guatemala*, de 1999, no qual o Estado guatemalense foi condenado pela impunidade relativa à morte de 5 meninos que viviam na rua, tendo sido torturados e assassinados pelos policiais na condição de representantes do Estado, cujo resultado foi o pagamento de indenizações aos familiares, reforma no ordenamento jurídico interno visando à proteção constitucional de direitos de crianças e adolescentes da nação e até mesmo a construção de uma escola *in memoriam* das vítimas;
- Em se tratando dos direitos das mulheres, pode-se mencionar o caso *González e outras contra o México* (também conhecido como “caso do *campo algodonero*”), no qual a Corte Interamericana condenou o país pelo desaparecimento e morte de mulheres em *Ciudad Juarez*, verificando que a omissão dos entes federativos contribuía para a cultura de violência contra a mulher, já que, entre 1993 e 2003, entre 260 e 370 mulheres haviam sido vítimas de assassinato naquela cidade.

Em todos os casos supramencionados, verificou-se que os preceitos e fundamentos constitucionais do Estado Democrático se fizeram presentes, sobretudo no que diz respeito à valorização da dignidade da pessoa humana e ao acesso à justiça como um todo, sendo a tutela processual (assim como a tutela dos direitos materiais) o único caminho a ser percorrido para assegurar o cumprimento dos direitos de grupos vulnerabilizados. Não é mais permitido que o Estado atue ou deixe de atuar (por ação ou por omissão) em favor dos direitos de tais grupos.

Esses e inúmeros outros casos refletem a preocupação com a dignidade dos vulnerabilizados como um preceito fundamental para a constitucionalização da tutela processual. No Brasil, é possível citar, por exemplo, o caso Maria da Penha no combate à violência contra a mulher, dentre outras legislações apontadas no tópico 2.1.3 do presente estudo. No plano constitucional, percebe-se que há uma relação entre a tutela do direito material e a tutela do direito processual, as quais partem sempre do zelo direcionado pela Constituinte de 1988 à necessidade de proteção dos vulnerabilizados.

2.2.3 Plano Infraconstitucional

Paula, Silva e Bittar¹⁴⁴ consideraram cinco áreas jurídicas (Cível, Criminal, Administrativa, Processual e Trabalhista) para aprofundar a proteção dos grupos minoritários no plano infraconstitucional do ordenamento jurídico pátrio. Abaixo, é exposta a análise em questão, sendo marcada com “X” a inexistência de dispositivos específicos, com vistas a uma posterior análise da tutela processual.

Quadro 2 – Dispositivos legais em cinco grandes áreas do Direito

GRUPOS	CÍVEL	CRIMINAL	ADMINISTRATIVO	PROCESSUAL	TRABALHISTA
Indígenas	Lei 6.015, de 1973: Art. 50., § 2º; 246, § 2º e § 3º. CF: 209, § 2º; 215, § 1º, 231 e 232.	CP: Art. 203, § 2º; 207, § 2º.	X	CF: 129, V; 232.	X
Pessoa com Deficiência	CC: Art. 1.550, § 2º, 1.779 a 1783-A. CF: 208, III; 227, § 1º, II e § 2º; 244.	CP: Art. 121, § 7º, II; 129, § 11; 140, § 3º; 141, IV; 149-A, § 1º, II; 203, § 2º; 207, § 2º; 217-A, § 1º; 218-2º; 218-3º; 218-4º; 218-5º; 218-6º; 218-7º; 218-8º; 218-9º; 218-10º; 218-11º; 218-12º; 218-13º; 218-14º; 218-15º; 218-16º; 218-17º; 218-18º; 218-19º; 218-20º; 218-21º; 218-22º; 218-23º; 218-24º; 218-25º; 218-26º; 218-27º; 218-28º; 218-29º; 218-30º; 218-31º; 218-32º; 218-33º; 218-34º; 218-35º; 218-36º; 218-37º; 218-38º; 218-39º; 218-40º; 218-41º; 218-42º; 218-43º; 218-44º; 218-45º; 218-46º; 218-47º; 218-48º; 218-49º; 218-50º; 218-51º; 218-52º; 218-53º; 218-54º; 218-55º; 218-56º; 218-57º; 218-58º; 218-59º; 218-60º; 218-61º; 218-62º; 218-63º; 218-64º; 218-65º; 218-66º; 218-67º; 218-68º; 218-69º; 218-70º; 218-71º; 218-72º; 218-73º; 218-74º; 218-75º; 218-76º; 218-77º; 218-78º; 218-79º; 218-80º; 218-81º; 218-82º; 218-83º; 218-84º; 218-85º; 218-86º; 218-87º; 218-88º; 218-89º; 218-90º; 218-91º; 218-92º; 218-93º; 218-94º; 218-95º; 218-96º; 218-97º; 218-98º; 218-99º; 218-100º.	CF: Art. 40., § 4º, I; 9.784/9913: Art. 69-A., II. 8.112/9014: Art. 5º, § 2º; 98, § 2º, § 3º; 217, c, d. 10.048/0015: Art. 1º a 5º.	CF: Art. 100, § 2º. CPC: Art. 199 CPP: Art. 313., III; 318, III.	CF: Art. 7º, XXXI. CLT: Art. 428., § 3º, § 6º, § 5º, § 8º; 433, I; 461, § 4º.
Pessoa preta, parda	CF: Art. 215., § 1º	CP: Art. 140, § 3º;	X	Lei 7.347/85: Art. 1º,	X

¹⁴⁴ PAULA, Carlos Eduardo Artiga; SILVA, Ana Paula; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Legislative vulnerability of minority groups. **Ciência & Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 22, n. 12, p. 3841-3848, 2017.

e afrodescendentes		149, § 2º, II. CF: Art. 5º, XLII.		VIII; 5º, b; 13, § 2º.	
LGBTQIA+	X	Art. 20 da Lei nº 7.716, de 1989 (ADO nº 26 e MI nº 4.733).	X	X	X
Criança	e	CC: Art. 1.740, III.	Lei 8.112/90: Art. 83;	CPC: Art. 189, II;	CF: Art. 7º, XXV.
Adolescente		CF: 227, 228, 229. 135; 148, § 1º, IV; 149, § 2º, I; 149-A, § 1º, II; 159, § 1º; 203, § 2º; 207, § 2º; 213, § 1º; 217-A; 218; 218-A; 218-B; 225, par. único; 227, § 1º; 230, § 1º; 244; 245; 247; 248; 249; 288, par. único. 7.210/1989: Art. 52, III; 89; 117, IV. 3.688/4110: Art. 19, b, c; 50, § 1º.	97, b; 98, § 2º, § 3º; 99, par. único; 196; 197, I; 208; 209; 210, par. único; 217, IV; 217, § 3º; 241, par. único.	725, III; 1.048, II. CPP: Art. 313, III; 318, V e VI.	CLT: Art. 429, § 2º; 389, § 1º; 392-A; 397; 399; 400; 403; 405, § 2º, § 4º; 406; 409; 415; 416; 417, III; 422; 424; 425; 427, par. único; 430, II; 434; 440; 544, IX; 792.
Mulheres	CC: Art. 1736., I	CP: Art. 37; 61, II, f	CF: Art. 40, § 1º, II, a,	X	CF: Art. 7º, XX.

		e h; 121, VI; 125; 203, § 2º; 207, § 2º; 7.210/19849: Art. 14, § 3º; 19, 77, § 2º; 82, § 1º; 83, § 2º; 89, I, 3º; II; 117, IV; 152.	b. 8.112/9014: Art 69., par. único; 102, a; 185, e 207. 10.048/0015: Art. 1º a 3º.		CLT: Art. 198.; 373-A; 389, II, III, § 1º; 390; 390-E; 391, par. único; 391-A; 392, § 3º; 392; 393; 394; 394-A; 395; 396; 397.
Idosos	CC: Art. 1.736, II. CF: Art. 203, V; 229; 230.	CP: Art. 61., II, h; 121, § 4º; 121, § 7º, II; 133, III; 140, § 3º; 141, IV; 148, § 1º, I; 159, § 1º; 171, § 4º; 183, III; 203, § 2º; 207, § 2º; 244. 7.210/19849: Art. 32., § 2º; 82, § 1º. 3.688/4110: Art. 21, par. único.	Lei 10.048/00: Art. 1º a 3º.	CPC: Art. 53., III, e 1048, I.	X

Fonte: Adaptado de: PAULA, SILVA; BITAR, 2017, p. 3.844.

Percebe-se, a partir dos dispositivos constantes no Quadro 2, que a legislação infraconstitucional brasileira contempla instrumentos diferenciados no tocante aos grupos minoritários analisados, o que legitima uma sua tutela processual em função de suas vulnerabilidades. Além de tais grupos gozarem de legislações infraconstitucionais específicas, como o Estatuto do Índio, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha, o ECA, dentre outras, eles contam também com disposições contidas nos demais instrumentos legais, como é caso do CPC/2015, exceto em se tratando da população LGBTQIA+, já que a pesquisa dos autores¹⁴⁵ não identificou mecanismos específicos voltados a ela, ainda que a legislação infraconstitucional esteja alinhada aos preceitos da isonomia e da igualdade processual, sempre considerando as determinações constitucionais sobre o tema.

Ao analisarmos o aspecto infraconstitucional da tutela processual, é importante considerarmos sobretudo a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, também denominada Código de Processo Civil ou simplesmente CPC, uma vez que, de acordo com Alvim, o CPC anterior (1973), por muitas vezes, destoava do Diploma Constitucional, em grande parte devido ao fato de ter entrado em vigência quinze anos antes do advento da própria CRFB/88, com “minirreformas” que foram insuficientes para promover a constitucionalização do Processo Civil brasileiro, tornando necessária a nova legislação, a qual respaldou a obediência do CPC às configurações constitucionais¹⁴⁶, inclusive no disposto nos arts. 1º a 12 do diploma processual, trazendo verdadeiro valor axiológico para os processualistas.

Um ponto que merece atenção no CPC se refere à gratuidade da Justiça como um mecanismo de democratizar o acesso a ela no contexto processual, tal como trabalhado por Ribeiro, Abreu e Linhares¹⁴⁷ e disposto na Seção IV da nova legislação.

Conforme apontado anteriormente, os grupos vulnerabilizados costumam enfrentar dificuldades, inclusive no aspecto econômico e, desse modo, sem essa garantia de gratuidade, o Processo Civil ficaria restrito aos que gozam de condições financeiras favoráveis, privando as minorias do acesso à justiça. Assim, no plano infraconstitucional recente, foram legitimados novos instrumentos para proporcionar a melhoria da tutela processual de tais grupos, por meio de uma espécie de inclusão processual civil, permitindo o pleito do direito de ação, de defesa, bem como dos demais direitos nesse ramo das ciências jurídicas.

¹⁴⁵ PAULA, Carlos Eduardo Artiga; SILVA, Ana Paula; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Op. cit., p. 3.844.

¹⁴⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2015. vol. I.

¹⁴⁷ RIBEIRO, Ingrid Quirino; ABREU, Karoline Figueiredo; LINHARES, Natáli Ribeiro. Acesso à justiça oferecido aos desprovidos de recursos: análise da justiça gratuita no novo CPC. **Rev. Bras. de Direito e Gestão Pública**, Pombal, PB, v. 8, n.3, p. 810-822, jul./set.2020.

No plano infraconstitucional, tal como apontado no contexto da tutela material, a tutela processual também envolve aspectos relacionados ao Devido Processo Legal e aos ditames da CRFB/88, no sentido de oferecer uma proteção especial aos grupos vulnerabilizados. Onoda Caldas ressalta que as garantias processuais contidas na legislação infraconstitucional articulam a relação entre o Estado e os vulnerabilizados, já que, mesmo que o primeiro tenha a obrigação de acolher a todos os cidadãos, ele deve dar um tratamento diferenciado aos que estão em estado de vulnerabilidade¹⁴⁸, posto que estes não contam com o mesmo nível de acesso à justiça e de exercício do direito de ação que os demais cidadãos.

De acordo com Gonçalves Filho, Rocha e Maia, a legislação infraconstitucional¹⁴⁹ envolve o cumprimento da missão constitucional de defesa dos grupos vulnerabilizados, por meio da Defensoria Pública, cabendo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica¹⁵⁰. No mesmo sentido, Monteiro da Silva analisou o papel desempenhado pela Defensoria no contexto da tutela coletiva, afirmando que “a Defensoria Pública, no exercício de sua vocação constitucional, se encontra em constante contato com grupos sociais vulnerabilizados, cujo estado de necessidade transcende a seara econômica”¹⁵¹. Dessa forma:

os interesses metaindividuais requerem formas de recepção específicas pelos órgãos com vocação institucional correlata, a exemplo da Defensoria Pública. Esses interesses, por natureza, aglutinam grupos potencialmente indeterminados de pessoas, de sorte que apenas a propagação daqueles em um ambiente discursivo não é bastante para que se possa influenciar as instâncias decisórias, seja em juízo ou fora dele. A sua titularidade fragmentária demanda que esses interesses transindividuais sejam, em regra, veiculados por intermédio de instituições específicas, dentre as quais a Defensoria Pública se destaca por razão de sua atuação ligada aos grupos sociais vulneráveis. Embora a Defensoria Pública seja associada habitualmente ao acesso à justiça em seu aspecto de proporcionar ao contingente social pobre o ingresso em juízo, sua vocação constitucional vai muito além disso. No âmbito da tutela coletiva de direitos metaindividuais, a Defensoria Pública se mostra apta a recepcionar os interesses de grupos sociais hipossuficientes sob o viés organizacional, de modo a conferir-lhes um acesso à justiça democrático¹⁵².

¹⁴⁸ ONODA CALDAS, Camilo. Estado e Grupos Vulneráveis: as proteções constitucionais fundamentais no âmbito político e econômico sob o enfoque da Filosofia do Direito. **Princípios**, São Paulo, v. 158, n. 2, p. 10-20, 2019.

¹⁴⁹ Tal obra versa especificamente sobre a Defensoria Pública no equilíbrio das relações político-jurídicas dos vulneráveis.

¹⁵⁰ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casa. **Custus Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

¹⁵¹ MONTEIRO DA SILVA, Orlando Sampaio de Almeida. **A Legitimidade da Defensoria Pública para promover a tutela coletiva da moralidade administrativa**. 2018. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Sergipe (UFS), São Cristóvão, 2018.

¹⁵² MONTEIRO DA SILVA, Orlando Sampaio de Almeida. Op. cit., p. 29.

Nesse contexto da tutela coletiva, cumpre-se destacar também o conceito de *custos vulnerabilis*, expressão em latim que significa atuação como guardião das vulnerabilidades¹⁵³ por parte da Defensoria Pública. Embora tal órgão seja legitimado no *caput* do artigo 134 da CRFB/88, a legislação infraconstitucional, em especial o Código Civil e o CPC, contempla a definição de sua atuação. Segundo Santos de Oliveira, “a Defensoria Pública desempenha papel fundamental na concretização dos direitos dos vulnerabilizados, uma vez que se pode afirmar tratar-se da instituição democrática em maior contato com os grupos mais necessitados”¹⁵⁴, como as populações periféricas, quilombolas, imigrantes e refugiados, dentre outros.

Em relação à associação dos *custos vulnerabilis* com a tutela processual infraconstitucional destes grupos sociais, tem-se que:

houve a necessidade de uma organização institucional, além de uma construção doutrinária para que fosse esclarecido que a missão constitucional das defensorias não se confundia com as atribuições conferidas ao parquet. Enquanto o Ministério Público atuava em ACP como *custos legis* ou *custos iuris*, a Defensoria Pública manejaria Ação Civil Pública em defesa das vulnerabilidades, dentre as suas diversas ramificações, (...) trazendo à tona a intervenção *custos vulnerabilis*, fruto de construção doutrinária para explicar os modos de atuação defensoriais. Importante ressaltar que o STF reconheceu a constitucionalidade do dispositivo e manteve a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar Ação Civil Pública¹⁵⁵.

Em seu estudo, intitulado “O Processo Estrutural como mecanismo de acesso a Direitos Sociais por Grupos Vulneráveis: Resignificação do papel do Poder Judiciário”, Daniele Mendes de Melo destaca a existência de “entraves processuais e estruturais na recepção, processamento e execução de políticas públicas em favor de grupos vulneráveis”¹⁵⁶, com um processo estrutural como um meio processual adequado para conceder direitos processuais para tais grupos que dependem do Estado do Bem-Estar Social para terem assegurados o mínimo existencial em um país permeado por desigualdades como o Brasil, tendo a tutela coletiva fulcro na desigualdade do valor da vida humana e nos princípios e fundamentos jurídicos amplamente apresentados ao longo do presente capítulo. No plano infraconstitucional, há igualmente o reconhecimento do grau de vulnerabilidade dos grupos

¹⁵³ MONTEIRO DA SILVA, Orlando Sampaio de Almeida. Op. cit.

¹⁵⁴ SANTOS DE OLIVEIRA, Arthur. **A Tutela dos Direitos das classes vulneráveis: uma análise da possibilidade da Defensoria Pública intervir como custos vulnerabilis**. 2020. 28f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas, Universidade Federal Rural do Semiárido, Mossoró, 2020.

¹⁵⁵ SANTOS DE OLIVEIRA, Arthur. Op. cit., p. 8-9.

¹⁵⁶ MENDES DE MELO, Daniele. O Processo Estrutural como mecanismo de acesso a direitos sociais por grupos vulneráveis: Resignificação do papel do Poder Judiciário. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, [S.l.]**, Rio de Janeiro/RJ, v. 24, n. 48, p. 77-99, jul. 2020. p. 143.

sociais para assegurar-lhes o acesso à justiça, contando, assim, com meios diversos para sua celebração, como no contexto da própria tutela coletiva.

Conforme apresentado anteriormente, é necessário considerar a disparidade de vulnerabilidades entre os diferentes grupos: quando tratamos da tutela processual dos quilombolas, por exemplo, devemos reconhecer as especificidades e particularidades de tal grupo no contexto vulnerável de um modo distinto daquele com que tratamos mulheres vítimas de violência doméstica e desigualdade de gênero.

As concepções que englobam a tutela (material ou processual) dos grupos vulnerabilizados, quer no plano internacional quer no plano constitucional ou infraconstitucional, envolvem um diálogo permanente que reconhece a existência de desigualdades e de situações de vulnerabilidade para sua legitimação. Tais grupos são historicamente marginalizados e excluídos, com a privação de seus direitos, tornando-os reféns de uma grave situação de passividade. Essa passividade não é fruto de mera “ignorância” em relação aos seus direitos e deveres, mas sim de um *modus operandi* do próprio sistema brasileiro, que, ao invés de empoderar tanto jurídica quanto socialmente os vulnerabilizados, torna-os invisíveis e os silencia.

O Direito deve ir além do “*dizer a lei*”, já que as ciências jurídicas acompanham as modificações sociais, assim como a sociedade acompanha as inovações legais. Por isso, o operador e o pesquisador do Direito devem reconhecer os aspectos relacionados ao enriquecimento das teorias jurídicas que envolvem os atores vulnerabilizados. Seria equivocado defender uma igualdade plena entre os desiguais, visto que isso contribuiria (como de fato contribui) para a perpetuação das desigualdades.

Tutela, em essência, significa *proteção*. Ao considerarmos que a “concretização dos direitos fundamentais, conquanto exija longa maturação, é missão histórica do Poder Judiciário”¹⁵⁷, tem-se que tal missão se estende a todos os juristas, para uma reversão da desigualdade estrutural que corrija a incompletude do sistema diante da “invisibilização” dos direitos fundamentais sociais. Para que possamos empoderar estes atores, precisamos trazer o conceito de empoderamento para o Direito, sendo esse um caminho para que a vulnerabilidade e a exclusão sejam reassumidas como compromissos históricos a serem corrigidos frente à evolução da sociedade contemporânea, em uma “mudança de chave” das ciências jurídicas.

¹⁵⁷ MENDES DE MELO, Daniele. Op. cit., p. 142.

Diversos outros pontos poderiam ser abordados nessa perspectiva, como o papel do magistrado dentro dessa complexa equação da tutela dos grupos objeto deste estudo, temática aprofundada por Mendes de Melo, que reconhece que a formação político-cultural dos juízes no Brasil segue uma lógica individualista, com um completo despreparo para compreender a proteção dos grupos minoritários como uma obrigação coletiva da sociedade¹⁵⁸. Isso não significa que *todos* os magistrados são incapazes de se mobilizarem em prol dessa causa de correção das desigualdades e vulnerabilidades, mas sim que mudanças são necessárias, em uma espécie de *ideologia do Direito*, encaminhando-o para uma perspectiva emancipatória e “empoderadora”.

A vulnerabilidade dos grupos, nesses termos, não envolve uma escolha dos indivíduos, mas sim algo proporcionado pelos arranjos e contornos sociais. Ao longo do capítulo, foram abordados diversos grupos na medida de seu grau de vulnerabilidade, como indígenas e quilombolas, mulheres vítimas de violência doméstica e de desigualdade de gênero, crianças e adolescentes, idosos, LGBTQIA+, povos negros, dentre inúmeros outros. É importante ter em conta que tal vulnerabilidade não se encerra com estes grupos: podemos considerar as pessoas em situação de rua (leia-se “moradores de rua”) como outro grupo estigmatizado e que tem seus direitos negados na sociedade contemporânea, sendo, por muitas vezes, tratados como “vagabundos” ou mesmo confundidos com criminosos, pessoas que se encontrariam nesse grau de vulnerabilidade social por “opção”, o que quase nunca é o caso.

A discussão é extensa e intensa: os grupos vulnerabilizados são uma realidade social histórica que foi trazida aos novos tempos, inexistindo, no entanto, uma perspectiva que possa promover a plena eliminação das desigualdades. Por isso, quando se aborda a tutela dos vulnerabilizados, estamos falando em assumir um compromisso histórico com indivíduos e coletivos, com os direitos fundamentais desses grupos e com o próprio princípio basilar do Estado Democrático de Direito no âmbito da dignidade da pessoa humana.

Não se pode falar em uma existência digna sem que haja a tutela dos direitos envolvendo tanto o aspecto do Direito Material quanto as nuances do Direito Processual. Ao longo do presente capítulo, foi possível estabelecer um diálogo constante entre a tutela material e a processual, com temáticas do plano internacional que atravessam as dimensões constitucional e infraconstitucional e vice-versa. Agemiro Cardoso Moreira Martins e Larissa Mituzani fazem uso do termo “compromisso democrático do direito brasileiro”¹⁵⁹ para se

¹⁵⁸ MENDES DE MELO, Daniele. Op. cit.

¹⁵⁹ MARTINS, Agemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. *Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro*. *Seqüência*, Florianópolis, v. 32, n. 63, p. 319-352, dez. 2011.

referirem a tal questão. Tratar, no escopo das ciências jurídicas, desse compromisso democrático:

É permitir que a diferença seja reconhecida e possa ser manifesta no espaço público. É tratar o direito à diferença no princípio da igualdade, em que os membros de um grupo minoritário sejam igualmente respeitados. O direito das minorias, de origem internacional, envolve complexidades inerentes à sociedade plural e multicultural como a brasileira, cuja alteridade encontra guarida nos valores democráticos, presentes na Constituição Federal de 1988. É a partir de tais valores que o intérprete se vincula na análise dos casos em que estejam presentes direitos de minorias. Aqueles que são levados para exame do Poder Judiciário têm, forçosamente, suas decisões construídas a partir de princípios, podendo recorrer ainda a argumentos históricos e morais¹⁶⁰.

Mastrantonio contempla que a inclusão dos grupos vulnerabilizados “propicia melhores condições de vida para essas pessoas, tendo em vista, inclusive, nos tempos atuais, a adoção, pelo Estado, de um maior número de políticas específicas, visando à diminuição das dificuldades proporcionadas”¹⁶¹¹⁶².

Os grupos vulnerabilizados enfrentam dificuldades de acesso a direitos básicos, como o direito à educação, à saúde, à moradia, ao acesso ao mercado de trabalho, dentre inúmeros outros, o que acaba afetando, de modo abrasivo, a qualidade de vida e bem-estar das pessoas neles incluídas. Reivindicar a tutela dos direitos (material/processual) dos vulnerabilizados é, então, uma possibilidade de promover sua plena inclusão na sociedade e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito.

Tal compromisso se torna ainda mais necessário ao considerarmos, por exemplo, as dificuldades trazidas para o país no acesso à saúde a partir da pandemia de Covid-19, já que, com o afogamento do sistema de saúde público brasileiro, o acesso a esse serviço se tornou mais difícil para toda a população e, como sempre, o elo mais fraco reside na existência dos vulnerabilizados. A pandemia também trouxe outras dificuldades para tais grupos se considerarmos o exemplo do direito à educação, com o esvaziamento dos espaços físicos escolares e a adoção do ensino remoto, visto que a própria inclusão digital é um desafio para os vulnerabilizados. Mesmo as políticas públicas que priorizam a vacinação das minorias,

¹⁶⁰ MARTINS, Agemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. Op. cit., p. 349.

¹⁶¹ MASTRANTONIO, Simone Aparecida Barbosa. Inclusão dos grupos vulneráveis no mercado de trabalho como efetivação dos direitos fundamentais. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, Curitiba, v. 2, n. 18, p. 143-153, maio 2013. p. 143. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/96326/2013_mastrantonio_simone_inclusao_grupos.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: jun. 2021.

¹⁶² Destaca-se que a autora aborda especificamente a questão da efetivação dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis no contexto do mercado de trabalho.

como é o caso de pessoas com deficiência e de indígenas, são ainda insuficientes para se falar em uma sua priorização por parte do Estado, repercutindo diretamente no campo do Direito.

Ao levarmos em conta os objetivos fundamentais da República brasileira de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, tem-se que tais metas não são alcançadas apenas com a preservação da identidade cultural dos grupos vulnerabilizados, mas também com sua legitimação como cidadãos no Estado brasileiro.

Se o enfrentamento de tal problemática já é complexo em países desenvolvidos e de menor extensão territorial, em um país “hiperpopuloso”, de dimensões continentais, constituído pela miscigenação e pela pluralização de povos e culturas, com condições socioeconômicas desfavoráveis e um histórico insólito de desigualdades e de exclusão social, a necessidade de lançar um olhar mais cauteloso para a temática da tutela dos grupos que se encontram em estado de vulnerabilidade fica ainda mais evidente.

Medeiros trata de uma “cidadania incompleta dos grupos vulneráveis”¹⁶³:

Os direitos civis, uma das três faces estruturantes do conceito de cidadania e cuja privação rebaixa o indivíduo a uma condição de cidadania incompleta (...), são simbolicamente negados a cada ato de hostilidade suscitado como reação à expressão de uma característica intrínseca à sua individualidade. E o Estado, encarregado de assegurar a inviolabilidade dos direitos fundamentais, ao eximir-se da responsabilidade de promover mecanismos para concretizá-los, reforça a recusa popular, legítima o bloqueio aos direitos civis e, conseqüentemente, ao gozo da plena cidadania por indivíduos à margem do amparo estatal¹⁶⁴.

A realidade é que vivemos em um país no qual existem cidadãos, supercidadãos e subcidadãos¹⁶⁵ ou, como o afirma, com propriedade, Santos: “mas há cidadania e cidadania. Nos países subdesenvolvidos de um modo geral há cidadãos de classes diversas, há os que são

¹⁶³ MEDEIROS, Bruno Carlos R. de O. As Minorias, os Grupos Vulneráveis e a Cidadania Incompleta: O Papel do Estado e da Educação na efetivação de uma plenitude cidadã. In: Diretório Acadêmico Benjamin Colucci. (org.). **Anais da Semana Jurídica: O velho mundo das novas leis e as velhas leis do novo mundo - perspectivas do Direito Contemporâneo.** Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Fernanda-Barcellos-Mathiasi/publication/337001643_universidade_federal_de_juiz_de_fora_faculdade_de_direito_diretorio_academico_benjamin_colucci_anais_da_semana_juridica_do_dabc_o_velho_mundo_das_novas_leis_e_as_velhas_leis_do_novo_mundo_perspectivas/links/5dbf2563299bf1a47b11c3d5/universidade-federal-de-juiz-de-fora-faculdade-de-direito-diretorio-academico-benjamin-colucci-anais-da-semana-juridica-do-DABC-O-velho-mundo-das-novas-leis-e-as-velhas-leis-do-novo-mundo-perspectivas.pdf#page=54>. Acesso em : jun. 2021.

¹⁶⁴ MEDEIROS, Bruno Carlos R. de O. Op. cit., p. 55.

¹⁶⁵ DAMATTA, Roberto. **A Casa & a Rua**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 1997. p.19.

mais cidadãos, os que são menos cidadãos e os que nem mesmo ainda o são”¹⁶⁶. Logo, o problema da cidadania perpassa todo o tecido social. Vivemos em um país que a consagrou como fundamento da República, mas a nega na prática, de forma ostensiva, a um enorme contingente de brasileiros.

Diante dessas circunstâncias de cidadania incompleta, de injustiça e de privação de direitos envolvendo os vulnerabilizados (e as minorias como um todo), elementos como a tutela material e a tutela processual ganham grande repercussão e se tornam objetos valiosos para as ciências jurídicas, de modo que, no presente capítulo, foram abordados alguns dos aspectos mais relevantes que contribuem para a discussão em questão.

Os conflitos e lides que envolvem vulnerabilizados, nos mesmos termos, são igualmente complexos, requerendo um olhar ao mesmo tempo jurídico e humanístico por parte do pesquisador. No capítulo seguinte, será abordada a justiça multiportas no contexto dos meios adequados de soluções de conflitos, compreendendo os meios autocompositivos, como a conciliação e a mediação, com respaldo na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os meios heterocompositivos, como o processo estatal e o processo arbitral, dentre outras questões relevantes para aprofundar os litígios no âmbito dos grupos vulnerabilizados. Ao presente capítulo, no entanto, é atribuído o “tom” de norteador dos capítulos seguintes, devendo sempre se considerar as questões associadas aos grupos vulnerabilizados e os aspectos que envolvem sua tutela como um todo.

¹⁶⁶ SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. 2. ed. São Paulo: Nobel, 1992. p. 12.

3 DA JUSTIÇA MULTIPORTAS: EM BUSCA DOS MEIOS ADEQUADOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O acesso à justiça sempre representou uma preocupação ao longo da história, não apenas no Brasil, mas no mundo, considerando que não basta a previsão de direitos, inclusive fundamentais, se não houver meios para a sua efetivação.

Nessa perspectiva, destacam-se os estudos desenvolvidos por Mauro Cappelletti, em colaboração com Bryant Garth e Nicolò Trocker, que resultaram, a partir de 1974, na publicação de uma obra em quatro volumes, denominada Projeto Florença¹⁶⁷, a qual visava a identificar os obstáculos para a efetividade do acesso à justiça. Evidencia-se que:

A partir dessas constatações, foram sistematizadas três ondas renovatórias de acesso à Justiça. A primeira onda renovatória envolve a assistência jurídica; a segunda envolve a representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e de direito do consumidor; e a terceira, denominada “enfoque de acesso à justiça”, reflete a tentativa de atacar as barreiras ao acesso à Justiça¹⁶⁸.

Essa terceira onda renovatória tende a aceitar as limitações dos tribunais regulares e abranger a criação de outras soluções, visando à efetivação do acesso à justiça, com a utilização de procedimentos mais simples e mais informais, destacando-se a arbitragem, a conciliação e outros incentivos econômicos para a resolução de disputas fora do ambiente judicial¹⁶⁹.

Atualmente, o *Global Access to Justice Project* (Projeto de Acesso Global à Justiça), integrado por uma rede internacional de pesquisadores das mais diversas partes do mundo, procura pesquisar e identificar soluções práticas para a problemática do acesso à justiça, apontando a existência de outras ondas renovatórias: i) uma “quarta onda”, representando a “ética nas profissões jurídicas e acesso dos advogados à justiça”; ii) a “quinta onda”, correspondente ao “contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos”; iii) a “sexta onda”, versando sobre as “iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça”; e iv) uma “sétima onda”, tratando da “desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ 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 Iuris*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 03, p. 1827-1858, 2015.

¹⁶⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Op. cit., p. 1827.

¹⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 81.

¹⁷⁰ GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. **Acesso à justiça**: uma nova perspectiva global. Disponível em: <https://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>. Acesso em: 28 jul. 2021.

A “justiça multiportas” ou “tribunal multiportas”, segundo Esteves de Oliveira, é uma expressão que foi utilizada pela primeira vez pelo professor Frank Sander ao lecionar matérias envolvendo mediação de conflitos na Universidade de Direito de Harvard, cujo instituto foi intitulado *Varieties of dispute processing*¹⁷¹, sendo esse um modelo de múltiplas facetas de resolução de conflitos, praticado em diversos setores nos Estados Unidos e em outros países¹⁷². Denomina-se Tribunal Multiportas a “instituição inovadora que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes”¹⁷³.

Carneiro da Cunha aponta que a expressão multiportas parte de uma metáfora: “seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria Justiça Estatal”¹⁷⁴. O autor defende o sistema multiportas de solução de disputas como aquele que não condiciona os conflitos e controvérsias especificamente ao Poder Judiciário, mas sim oferece meios mais adequados a cada um deles.

Na publicação intitulada “Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos”, Didier Jr. e Zaneti Jr. corroboram tal entendimento, compreendendo o Judiciário como uma porta única para a solução dos litígios, enquanto a Justiça Multiportas apresenta uma nova gama de opções, com a resolução judicial deixando de ter a primazia nos conflitos que permitem a autocomposição e passando a ser *ultima ratio*, *extrema ratio*¹⁷⁵. Assim, o Judiciário deixa de exercer protagonismo na solução das disputas para se tornar a *ultima ratio*, ou seja, a última razão ou o último recurso a ser utilizado.

Em suma, tem-se que:

o Estado não deve deter exclusivamente o domínio para a tutela das pretensões resistidas. Dentre tantas causas para essa afirmação, cita-se aqui: (i) os entraves da justiça estatal; (ii) a inadequação da atuação estatal frente a determinados tipos de conflito; e (iii) o fato de que o fim do processo, pela atuação do Estado-Juiz, nem sempre culmina na pacificação social, na resolução do conflito, e as partes podem

¹⁷¹ Em tradução livre: Variedades do processamento de conflitos.

¹⁷² ESTEVES DE OLIVEIRA, Diógenes Wagner Silveira. **Justiça Multiportas e Práticas Restaurativas na Polícia Militar do Estado de São Paulo à Luz da Hermenêutica Constitucional da Ordem Pública**. 2021. 289f. Dissertação (Mestrado em Justiça, Empresa e Sustentabilidade) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2021.

¹⁷³ ESTEVES DE OLIVEIRA, Diógenes Wagner Silveira. Op. cit., p. 37-38.

¹⁷⁴ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. **Revista ANEP de Direito Processual**, São Paulo, v. 1, n.1, p. 140-162, jan.-jun. 2020. p. 141

¹⁷⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo**, Vitória, v.15, n.15, p. 111-142, 1º/2º sem. 2017.

sair do processo, findo todos os procedimentos ou não (no caso de o processo ter fim por uma questão meramente processual), insatisfeitas (...) Diante de tal quadro, é possível entender, de maneira mais apurada, não apenas a necessidade do sistema multiportas, mas a sua introdução no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). A ideia de uma justiça multiportas remete a uma noção de que o Estado, pela atividade jurisdicional estatal, promovida pelo Poder Judiciário, não é a única opção das partes em conflito para a pacificação social, prevendo outras possibilidades de tratamento para as divergências¹⁷⁶.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Alves Ferreira¹⁷⁷ trataram dos meios adequados de solução de conflitos, também os correlacionando ao sistema multiportas, e lecionam que:

Os meios autocompositivos são aqueles em que as partes, diretamente, determinam como se dará a resolução do litígio, podendo existir um terceiro facilitador envolvido. Os referidos meios podem funcionar, ou não, a depender das condições das partes que, caso não cheguem em uma solução comum, irão submeter-se a um dos métodos heterocompositivos de solução de conflitos. Por sua vez, os meios heterocompositivos são aqueles em que um terceiro, com a colaboração e participação das partes, determina qual será a solução do litígio.

A CRFB/88 consagrou, nos princípios da República Federativa do Brasil insertos no art. 1º, especialmente no que tange ao pluralismo político, que o projeto de Estado Democrático de Direito é o da diversidade, do reconhecimento dos indivíduos, da cidadania e, sim, o da solução pacífica de conflitos. É a melhor hermenêutica que se extrai quando se faz a interpretação teleológica do Diploma Constitucional. Ao revelar e tirar da margem todos os atores sociais, incluindo aqui os vulnerabilizados, o Constituinte Originário dá protagonismo e possibilidade de emancipação a todos por meio de políticas públicas programáticas.

A assertiva da solução pacífica de conflitos encontra azo ainda no art. 4º, inciso VII¹⁷⁸, que versa sobre o instituto como um dos princípios basilares da relação do Brasil com seus pares na ordem internacional. Além disto, traz também a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Ora, ao que tudo indica, parece impossível obter sucesso na cooperação mútua sem que se tenha diálogo.

¹⁷⁶ LORENCI, Matheus Belei Silva de; SILVA, Renan Sena; DUTRA, Vinícius Belo. “Justiça multiportas”: a arbitragem como método extrajudicial de solução de litígios no âmbito do Direito Internacional Privado. In: CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL, 2., 2017, Vitória. *Anais...* Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), 2017. p. 530-544. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19863>. Acesso em: jun. 2021. p. 532.

¹⁷⁷ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LINS ROCHA, Matheus; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananis Alves. *Lei de Arbitragem Comentada*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPODIV, 2021. p. 27.

¹⁷⁸ **Art. 4º** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

VII - solução pacífica dos conflitos;

(...)

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

No CPC, em seu artigo 3º, o legislador previu que não será excluída da apreciação jurisdicional a ameaça ou lesão ao direito, no mesmo contexto em que o § 1º permite a arbitragem e o § 2º determina a promoção, por parte do Estado, da solução consensual dos conflitos, ao passo que o § 3º legitima tanto a conciliação e a mediação quanto outros métodos de solução consensual de conflitos como mecanismos que *deverão ser estimulados* pelos magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. O legislador processualista de 2015, nesse sentido, previu a possibilidade de um sistema multiportas apoiados pelos princípios democrático-constitucionais.

Conciliação e mediação são institutos no contexto da justiça multiportas que serão estudados a seguir, tendo como base também a Resolução nº 125/2010 do CNJ no âmbito das possibilidades de autocomposição; já em se tratando dos mecanismos heterocompositivos, serão aprofundados mais adiante o processo Estatal e o processo arbitral.

3.1 AUTOCOMPOSITIVOS

Ricardo Gueiros Bernardes Dias afirma que o sistema multiportas “deve ser percebido à luz de distintos tratamentos adequados de solução de conflitos; os que tratam da autocomposição, bem como dos meios heterocompositivos, compreendidas a jurisdição Estatal e não-Estatal”¹⁷⁹. No caso dos autocompositivos, os quais serão abordados ao longo do presente tópico, o autor aponta que as partes acionam os institutos de modo conjunto e autônomo para compor o conflito:

A autocomposição é também uma forma primitiva de resolução de conflitos, em que as partes envolvidas no conflito cedem seu interesse ou parte dele. Considerada como expressão altruísta que traduzia atitudes de renúncia, reconhecimento ou concessões mútuas entre os adversários. Atualmente legitima-se a autocomposição pela utilização da conciliação e da mediação¹⁸⁰.

Os mecanismos autocompositivos consistem em métodos consensuais/não-adversariais para a solução dos conflitos, sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário (no contexto tradicional da judicialização), sendo uma possibilidade autônoma da adjudicação¹⁸¹. Para a

¹⁷⁹ BERNARDES DIAS, Ricardo Gueiros; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça Multiportas e os conflitos envolvendo a Administração Pública: Arbitragem e os Interesses Públicos Disponíveis. **Rev. Jurídica**, Curitiba, v. 03, n. 60, p. 361-383, 2020. p. 362

¹⁸⁰ BERNARDES DIAS, Ricardo Gueiros; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Op. cit., p. 367.

¹⁸¹ CARVALHO SILVA, Pahola Gyselle. Casa da família: novo modelo multiportas para resolução de conflito no âmbito familiar. **Braz. J. of Develop.**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 1774-1793, jan. 2019.

discussão envolvendo a conciliação e a mediação, de modo geral, e considerando a justiça multiportas para a solução de conflitos coletivos no tocante aos vulnerabilizados, torna-se indispensável a realização de uma abordagem acerca da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a qual versa sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

3.1.1 Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ

O CNJ, por meio de sua Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, buscou dispor sobre a Política Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no contexto do Judiciário, bem como trouxe outras questões, sempre considerando sua competência para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e para zelar pela observância do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que torna mandatário o cumprimento dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência pela administração pública direta e indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O artigo 1º do Capítulo I da referida Resolução¹⁸² contempla a instituição da Política Judiciária Nacional de tratamento de conflito de interesses, com o intuito de assegurar a todos o direito à solução de litígios a partir dos meios adequados à sua natureza e peculiaridade. No mesmo sentido, o artigo 5º versa sobre a criação de uma rede, constituída pelos órgãos do Judiciário, bem como por entidades parceiras, tanto públicas quanto privadas, incluindo aí as universidades e instituições de ensino. Já o artigo 6º discorre sobre as atribuições do CNJ em seus incisos de I a VIII, na seguinte disposição e sobre os quais destaco:

II – desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; III – providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento; IV – regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, de modo a assegurar que, nas Escolas da Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento; [...] VII – realizar gestão junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de

¹⁸² Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: jun. 2021.

banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade; VIII – atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência.

Percebe-se, no contexto da Política Judiciária Nacional de tratamento de conflito de interesse, que o CNJ preconiza os métodos autocompositivos (a saber, a mediação e a conciliação) como uma possibilidade de justiça multiportas para abordar os conflitos de interesse. Analisando tal Política, Trícia Navarro Xavier Cabral e Hiasmine Santiago dispõem que “a Resolução nº 125/2010 do CNJ constituiu um marco para a introdução de uma nova sistemática de tratamento adequado de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro ao prever em detalhes a implantação de espaços específicos”¹⁸³ nos quais são valorizados os métodos consensuais (autocompositivos) para sua solução, dando maior protagonismo tanto para a conciliação e para a mediação, quanto para a atuação dos conciliadores e dos mediadores como um todo.

Nesse mesmo percurso, Lincoln dos Santos destaca que o CNJ “passa a exercer papel de gestão e educação dos jurisdicionados, para que se responsabilize apenas por aquelas demandas em que não for possível alcançar o consenso”¹⁸⁴, considerando que a capacidade do Estado, por meio do Poder Judiciário, de abordar e resolver todos os conflitos se encontra esgotada na atualidade, tornando a justiça inacessível, o que justifica o grande incentivo da Resolução de fortalecer e valorizar os métodos autocompositivos para a solução dos litígios:

Em uma sociedade cada vez mais complexa, faz-se necessária uma diferenciação funcional, que contemple a pluralidade de meios e a corresponsabilidade. Os novos procedimentos surgem no sentido de dar maior efetividade ao acesso à justiça, sem dispensar a observância do campo normativo. (...) Ainda que a mediação e a conciliação, principalmente, sejam vistas como a consequência da grande evolução das relações humanas, há também uma grande ênfase na intenção de desafogar o Poder Judiciário e aumentar sua eficácia. O que pode fazer com que o desejo das partes de alcançar a satisfação de seus interesses fique à mercê da conveniência das instituições¹⁸⁵.

No artigo 15 da referida Resolução, está prevista a criação do Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no endereço eletrônico do CNJ na *internet*, o qual se encontra no ar

¹⁸³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier; SANTIAGO, Hiasmine. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. **Revista CNJ**, Brasília, v 4, n. 2, p. 199-211, jul./dez. 2020. p. 206.

¹⁸⁴ LINCOLN DOS SANTOS, Marcos. **A efetividade da prestação jurisdicional a partir da Resolução nº 125/2010 do CNJ**. Constituição Do Brasil 30 anos 1988-2018, 2018. p. 372. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/9188/3/artigo-Santos%20CMLD-A%20efeitvidade%20da%20presta%C3%A7%C3%A3o%20jurisdicional%20a%20partir%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20125-2010%20do%20CNJ.pdf>. Acesso em: jun. 2021.

¹⁸⁵ LINCOLN DOS SANTOS, Marcos. Op. cit., p. 372.

atualmente¹⁸⁶, apresentando todos os itens contidos nos incisos de I a VII, a saber: I) publicar diretrizes envolvendo a capacitação de conciliadores e mediadores, tal como o código de ética; II) apresentar o relatório gerencial do programa; III) compartilhar boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos; IV) criar um fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil; V) divulgar notícias envolvendo a conciliação e mediação; e VI) prestar relatórios de atividades da “Semana da Conciliação”. Além disso, ele oferece cursos de formação, manuais, guias e legislações, perguntas frequentes, dentre outros, permitindo consultas públicas e acesso ao Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores. Assim, percebe-se que, apesar da denominação adotada pelo CNJ de “Portal da Conciliação”, o mesmo é voltado para os métodos autocompositivos da justiça multiportas, englobando também o instituto da mediação.

Ribas de Paulo corrobora o entendimento de que a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflito de interesse fomenta e estimula que sejam acionados os institutos autocompositivos da mediação e da conciliação sempre que possível, deixando o tratamento Judiciário apenas às controvérsias que não podem ser sanadas a partir da autocomposição¹⁸⁷.

Destaca-se, contudo, que a Resolução nº 125/2010 do CNJ não trouxe à abordagem da justiça multiportas nos meios autocompositivos especificamente a questão dos grupos vulnerabilizados, mas, uma vez que a estabelece como uma recomendação geral, ela passa também a ser aplicável aos mesmos. A partir dessa breve abordagem da referida Resolução, parte-se, então, para a análise dos institutos da conciliação e da mediação, realizadas nos itens subsequentes do presente capítulo.

3.1.2 Conciliação

Será apresentado o instituto da conciliação na perspectiva dos métodos autocompositivos da justiça multiportas em caráter geral, bem como uma análise específica envolvendo o tema central do presente estudo. Destarte, torna-se necessário esclarecer devidamente no que consiste o conceito de conciliação.

José Gomes da Silva aponta que tal método, “que se dá por solução dos conflitos encontrada pelas próprias partes em conversação mediada pelo juiz, ou conciliador, em

¹⁸⁶ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/conciliacao-mediacao/>. Acesso em: 17 jun. 2021.

¹⁸⁷ RIBAS DE PAULO, Alexandre. Uma abordagem constitucional sobre a Justiça Restaurativa no âmbito criminal preconizada na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. **Rev. da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 8, n. 34, p. 148-161, ago. 2016.

audiência, é a forma preferida pelo sistema processual civil”¹⁸⁸, já que se apresenta como um modo mais célere, eficaz e de menor custo para pôr fim ao litígio, afastando o risco de injustiça. Isso porque as partes, como a própria denominação indica, deverão conciliar seus interesses para chegar a uma solução do conflito em questão.

Oliveira e Nunes apontam que “a valorização e disseminação dos métodos consensuais de solução de conflitos visam firmar os direitos e garantias fundamentais da pessoa, assegurando a rapidez na solução da controvérsia”¹⁸⁹, sendo a conciliação um método autocompositivo célere, menos dispendioso, menos formal e que pode se adequar às necessidades e interesses das partes envolvidas.

Trata-se, para os autores, de um método utilizado para conflitos pontuais, nos quais as partes estão envolvidas, via de regra, somente por um problema e, quando resoluto, não manterão contato.

Para Lima Rocha, nesse mecanismo, “o conciliador irá conduzir o processo na direção do acordo, de modo a opinar e propor soluções para o conflito, fato este que não ocorre na mediação onde o mediador será imparcial, não opinando no feito”¹⁹⁰.

É importante distinguir, desde já, a conciliação do instituto da mediação, que será apresentado no tópico 3.1.3 do presente estudo:

(...) na conciliação, observamos uma postura ativa por parte do conciliador que intervém na conciliação e ainda opina sobre o acordo que entende ser mais benéfico. Na mediação, isso não ocorre, o mediador só intervirá na mediação para evitar que haja novos desentendimentos ou se entender que as partes não estão aptas a encontrarem um acordo, fato este que o permitirá a dar fim ao processo mediatório. Fora isso, o mediador deverá se manter como um espectador, ouvir os conflitantes e apenas ajudá-los no alcance do acordo perfeito. O CPC de 2015 identifica as diferenças entre a mediação e conciliação no que corresponde à pré-existência ou não de uma relação jurídica entre as partes. Assim, de um modo preferencial, o conciliador atuará nos casos em que não exista um vínculo anterior entre as partes, enquanto o mediador atuará nos casos em que haja o referido vínculo, conforme observamos nos parágrafos 2º e 3º do art. 165 da norma¹⁹¹.

Segundo Rafael Leão Silva, a conciliação pode ser caracterizada como uma variação do instituto da mediação, tendo aplicação primordial em situações nas quais inexistente vínculo

¹⁸⁸ SILVA, José Gomes da. Conciliação Judicial. **Videre**, Dourados, MS, v. 1, n. 2, p. 123-134, jul./dez. 2009. p. 123.

¹⁸⁹ OLIVEIRA, Patrícia Roberta Leite; NUNES, Tiago. Sistema Multiportas para solução adequada de conflitos de interesses: Mediação, Conciliação e Arbitragem. **Direito & Realidade**, Monte Carmelo, v.6, n.6, p. 57-74, 2018.

¹⁹⁰ LIMA ROCHA, Lorena Gonçalves. O Sistema Multiportas no Código Processual Civil de 2015: A Mediação como alternativa de Autocomposição do Conflito. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 12, n. 2, p. 209-230, 2017. p. 216. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/435/pdf>. Acesso em: jun. 2021.

¹⁹¹ LIMA ROCHA, Lorena Gonçalves. Op. cit., p. 216.

anterior ao conflito, como em situações de consumo eventual e em outras relações causais em que não há pretensão de continuidade de relacionamento, ou seja, o foco principal consiste em gerar equilíbrio entre intenções e interesses materiais ou questões jurídicas¹⁹². Para tal autor, o “procedimento conciliatório em geral é mais célere que o da mediação transformativa por ser seu objetivo mais direto e específico, a obtenção do acordo”¹⁹³, sendo que o conciliador atua em uma posição hierárquica ascendente em relação aos mediados, tomando iniciativa e fornecendo sugestões para obter o sucesso no processo.

É, assim, ao lado da mediação, uma técnica valiosa para resolver contendas, promovendo transformações na cultura nacional de judicialização e condução à pacificação social. Tal ponto se relaciona com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, já que:

A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, implementada pela resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), constitui uma diretriz estatal que, em tese, conforme o artigo 1º, caput e parágrafo único da norma, objetiva conferir aos diferentes conflitos soluções adequadas a depender da situação que se apresenta no caso concreto. Como instrumentos de implantação desta política, foram eleitos especialmente os meios consensuais, expressamente exemplificados como a mediação e a conciliação¹⁹⁴.

Pellegrini e Almeida concebem a conciliação como uma possibilidade plena de acesso à justiça, sem a densidade e burocracia de ascender aos procedimentos comuns do Judiciário, com técnicas de comunicação e negociação, as quais, quando norteadas por pessoas capacitadas, contribuem para quebrar barreiras e promover o alcance da melhor solução possível para a controvérsia em menor tempo, gerando mais satisfação, inclusive aos litigantes¹⁹⁵. Trata-se de uma possibilidade de combater a litigiosidade excessiva, compreendida como uma tendência da cultura brasileira de sempre (ou *quase sempre*) levar os conflitos para a apreciação do Poder Judiciário, ou seja, para a presença de um magistrado.

As autoras supramencionadas contemplam que o CNJ, instituição responsável pela organização dos serviços judiciais brasileiros, considera os Juizados das décadas de 1980 e 1990 “projetos-piloto” para os meios autocompositivos do sistema multiportas, os quais,

¹⁹² LEÃO SILVA, Rafael. **O Papel da Mediação e da Conciliação no Sistema Multiportas de acesso à justiça após a vigência da Lei 13.105/15**. 2018. 67f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal do Pernambuco, Recife, 2018.

¹⁹³ LEÃO SILVA, Rafael. Op. cit., p. 18.

¹⁹⁴ MENDES MATOS, Isabella Cristina. **Audiência Prévia de Conciliação/Mediação no Processo Civil: Uma Análise Crítica**. 2021. 135f. Monografia (Especialização) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS), Goiânia, 2021.

¹⁹⁵ PELLEGRINI, Elizabete; ALMEIDA, Frederico de. Os Lírios que nascem da Lei: Reflexões sobre o Acesso à Justiça da Política Nacional de Conciliação Brasileira. **Revista Antropolítica**, Niterói, v. 6, n. 51, p. 190-213, 1. quadri., 2021.

diante do sucesso alcançado, geraram a necessidade de avançar teórica e praticamente na validação de instrumentos como a conciliação, permitindo, assim, desafogar o Judiciário.

Trata-se de uma constatação simples: se em um país hiperpopuloso e de dimensões continentais como o Brasil todos os conflitos forem apreciados pelo Judiciário, há uma tendência natural de que o mesmo se tornará moroso e, muitas vezes, incapaz de lidar com esse grande volume. As partes envolvidas nos conflitos costumam ter uma exigência de “pressa” para resolvê-los, de modo que a conciliação foi estruturada como uma possibilidade clara e objetiva para solucionar a problemática. Assim, as dissidências que realmente devem ser acolhidas e julgadas pelos magistrados diante da inaplicabilidade ou impossibilidade de chegar a uma decisão também poderão se tornar resolutas em menor tempo.

O artigo 3º do CPC/2015 define que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, sendo que, no parágrafo segundo, é priorizada a promoção de solução consensual dos conflitos por parte do Estado, ao passo que, no § 3º, reconhece-se a conciliação, assim como a mediação e outros meios de solução consensual de conflitos, como instrumentos que devem ser estimulados pela comunidade jurídica, incluindo magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, também no curso do processo judicial.

Já no artigo 166 do CPC, é destacado que o instituto da conciliação, bem como da mediação, é orientado pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Wellington Gomes Pereira¹⁹⁶ situou tais princípios relativos à conciliação na seguinte disposição (incluindo também outros preceitos fundamentais, como o princípio da boa-fé no regimento da conciliação):

- a) O princípio da independência envolve a autonomia e a liberdade do conciliador, para que tal figura possa executar suas atribuições sem qualquer subordinação ou pressão (interna ou externa), garantindo a independência na celebração dos acordos;
- b) O princípio da imparcialidade (ou neutralidade) estabelece que o conciliador deve permanecer equidistante das partes, agindo de modo imparcial e respeitando diferentes pontos de vista, sempre buscando oportunidades para explorar a negociação;

¹⁹⁶ GOMES PEREIRA, Wellington. **Princípio da Conciliação e Mediação no NCPC**. nov. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62162/principio-da-conciliacao-e-mediacao-no-ncpc>. Acesso em: jun. 2021.

- c) O princípio da autonomia da vontade consiste na base da resolução autocompositiva, o que dá direito às partes para que decidam sobre seus destinos, definindo as regras e respeitando o ordenamento jurídico;
- d) O princípio da confidencialidade estipula que as informações e comunicações no procedimento conciliatório devem permanecer restritas. Assim, nenhum de seus dados pode ser utilizado fora dali, salvo se por acordo manifestado entre as partes;
- e) O princípio da oralidade contempla a importância da comunicação entre as partes, traduzindo-se no contato pessoal delas com o conciliador;
- f) O princípio da informalidade trata da ausência de regras e procedimentos fixos na conciliação, devendo seguir as normas estabelecidas pelas partes em respeito à legislação vigente;
- g) O princípio da decisão informada é aquele no qual fica claro que não podem ser impostas às partes soluções de modo coercitivo, sendo sempre necessário informar sobre procedimentos e esclarecer direitos e opções dispostas na legislação;
- h) Além destes, podem ser destacados outros princípios, como o da cooperação e busca do consenso, o qual inibe a competitividade e adversidade, trazendo ganhos mútuos para as partes envolvidas no conflito a ser conciliado;
- i) Um último princípio a ser destacado consiste no princípio da boa-fé objetiva, o qual exprime a presença de lealdade, honestidade, sinceridade, justiça, comunicação e cooperação, envolvendo não apenas as partes, para que os procedimentos aplicados possam ser justos e produtivos, mas todos os atores pertencentes ao meio a ser aplicado para a solução do conflito.

A existência de tais princípios busca evidenciar que uma série de regras e procedimentos deve ser observada, com vistas a não tornar a conciliação um instituto “terra de ninguém”. Acioná-la sem a observância do princípio da independência, por exemplo, poderia não apenas banalizá-la, mas também desvirtuá-la, indo totalmente na contramão da perspectiva de uma justiça multiportas que permita a autocomposição dos conflitos. Esse é um ponto importante para a conciliação em âmbito nacional, sendo essencial destacar que tais princípios são também aplicáveis ao instituto da mediação.

De acordo com Grassi de Gouveia, no NCPC, constatou-se a pretensão de criar uma nova audiência de conciliação, anterior à apresentação da defesa por parte do réu, de modo

que, já em um primeiro momento e no curso do processo, dê-se ênfase à tentativa de fazer com que as partes cheguem a um acordo¹⁹⁷. Significa dizer que o legislador optou por excluir a audiência preliminar e criar a audiência de conciliação anterior à apresentação de defesa, com participação obrigatória das partes, sob pena de multa por atentado à dignidade da justiça: o “NCPC, seguindo caminho contrário ao Código Tipo para a América Latina, eliminou a audiência preliminar, indo de encontro à cooperação intersubjetiva, princípio que rege o novel projeto de diploma legislativo. Criou em seu lugar uma audiência de conciliação”¹⁹⁸.

Santos Lima e Valladares apontam que, embora a conciliação possa ser considerada inovadora a partir da Resolução nº 125/2010 e do advento do NCPC, há fundamentos históricos jurídicos do instituto na Constituição Brasileira de 1824, a qual previa, em seu artigo 161, que “sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação não se começara processo algum”, bem como no artigo 831 do Decreto-Lei nº 5.452/1943 (CLT), que dispunha, em seu “*caput*”, que “a decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação” e mesmo no CPC anterior (Lei nº 5.869/1973) que fixava, em seu artigo 448, que “antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o Juiz mandará tomá-lo pôr termo”¹⁹⁹.

O conciliador, assim, é o auxiliar da justiça que “irá conduzir e orientar as partes, para se chegar ao acordo, podendo opinar e propor soluções possíveis para o litígio, atuando de forma mais participativa, na negociação”²⁰⁰, sendo vedada qualquer forma de intimidação ou qualquer tipo de acordo para alcançar a resolução do conflito exposto. Os conciliadores:

deverão ser escritos em cadastro nacional, nos cadastros dos respectivos tribunais, (tribunal da justiça ou tribunal regional federal), que manterão o registro de profissionais habilitados, indicando a área de atuação. Contudo, o programa é definido pelo CNJ, em conjunto com o Ministério da Justiça, e para tal inscrição, o profissional deverá apresentar certificado de aprovação no curso de capacitação, ou ser aprovado mediante concurso público, se realizado pelo tribunal, sendo facultada sua inscrição no tribunal que desejar. Será submetido a reciclagens periódicas (art. 167, § 1º), facilitando dessa forma a execução dos trabalhos²⁰¹.

¹⁹⁷ GRASSI DE GOUVEIA, Lúcio. Audiência de conciliação versus audiência preliminar – A opção pela primeira e as consequências da eliminação da segunda no projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC). **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, p. 98-132, jan./mar. 2014. p. 132.

¹⁹⁸ GRASSI DE GOUVEIA, Lúcio. Op. cit., p. 7.

¹⁹⁹ SANTOS LIMA, Edislaine; VALLADARES, Leandro Carlos Pereira. Mediação e Conciliação: Os meios consensuais de resolução de conflitos no NCPC e sua contribuição para a pacificação de demandas. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, Paraná, v. 1, n. 3, p. 38-59, 2018. Disponível em: fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/283/pdf. Acesso em: jun. 2021.

²⁰⁰ SANTOS LIMA, Edislaine; VALLADARES, Leandro Carlos Pereira. Op. cit., p. 24.

²⁰¹ SANTOS LIMA, Edislaine; VALLADARES, Leandro Carlos Pereira. Op. cit., p. 25.

Netto de Faria ressalta que a “intenção do legislador do NCPC em ampliar os MASC’s²⁰² foi positiva. Estimular a solução autocompositiva entre as partes, visando à realização de uma audiência com esta finalidade antes mesmo da apresentação da resposta pelo réu²⁰³, de fato, consiste em uma possibilidade de consolidar o sistema de justiça multiportas, extinguindo inúmeros processos judiciais e desafogando o Judiciário, trazendo benefícios como a maior celeridade processual. As mudanças trazidas no CPC/15, no mesmo sentido, buscam enraizar a cultura de pacificação de litígios a partir dos meios autocompositivos, viabilizando que os envolvidos aumentem sua consciência quanto à possibilidade de uma solução construída por eles mesmos, por meio da conciliação, sendo mais benéfica do que aquela “imposta” por um terceiro, alheio ao conflito e à realidade na qual as partes estão inseridas.

Deste modo, é possível perceber que o legislador não buscou apenas o “desafogar do Judiciário”, mas também tentou legitimar os meios autocompositivos de resolução de conflitos como os mais adequados para as próprias partes, posto que elas se encontrarão e apresentarão seus argumentos sobre a divergência em questão, contando com o auxílio do conciliador para solucionar o problema.

Ainda de acordo com Santos Lima e Valladares, os princípios criados (ou incorporados) pelo legislador do NCPC funcionam como fontes a serem seguidas pelos conciliadores para uma melhor aplicação dos procedimentos, em consonância com os preceitos da própria legislação²⁰⁴. O artigo 167 do CPC vigente prevê que os conciliadores (bem como os mediadores) podem executar suas funções na condição de profissionais liberais ou funcionários públicos, sendo uma atividade remunerada, o que não impede a atuação *pro bono* (ou atuação voluntária, sem o recebimento de valores), vide parágrafo 1º do artigo 169 da legislação de 2015.

O artigo 168 do CPC contempla que as partes podem escolher, em comum acordo, qual será o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação para a resolução do conflito, sendo que o § 1º aponta que tais profissionais podem ou não estar cadastrados no tribunal. Já o § 2º indica que, não havendo acordo quanto à sua escolha, será realizada a distribuição dentre os cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva

²⁰² Meios Adequados de Solução de Conflitos.

²⁰³ NETTO DE FARIA, Marina Barcellos. **A Conciliação no Novo Código de Processo Civil**. 2016. 72f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, 2016. p. 32

²⁰⁴ SANTOS LIMA, Edislaine; VALLADARES, Leandro Carlos Pereira. Op. cit.

formação. Não obstante, sempre que for recomendável, poderá ser designado mais de um conciliador ou mediador, vide § 3º do artigo 168 do CPC/2015.

Gumerato Ramos realizou em seu estudo uma análise da priorização dos métodos autocompositivos no NCPC brasileiro, destacando que, embora tal inovação seja ainda recente no ordenamento jurídico pátrio, “é fundamental que os esquemas legais que regem a mediação e a conciliação não as aprisionem nos domínios exclusivos do processo jurisdicional e/ou do Poder Judiciário”²⁰⁵, no qual o ambiente conflitivo é formado de modo lógico e contrário ao ambiente cooperativo exigido para uma solução consensual de conflitos de interesses de forma efetiva e eficaz.

O autor avança a discussão, sustentando os seguintes argumentos, sobre os quais grifamos:

[...] fora do ambiente do Poder Judiciário, cujo pragmatismo autoritário de suas engrenagens, além do ambiente conflitivo perante ele instaurado, acaba sendo naturalmente refratário ao consenso que legitima o consenso decorrente da autonomia privada da vontade (...) é mister que o Estado brasileiro e as organizações não-governamentais (ONGs) fomentem as vantagens que as soluções consensuais geradas, fundamentalmente, pela mediação extrajudicial poderão trazer às pessoas e suas respectivas esferas de direito e de liberdade. **Só com o tempo saberemos se esse aspecto importante de nossa democracia, que é a solução consensual dos conflitos intersubjetivos de interesses através da conciliação e da mediação, foi devidamente apreendido, compreendido e operado por nossa sociedade**²⁰⁶.

Deste modo, ainda que seja louvável a intenção do legislador de trazer a conciliação (assim como a mediação) como um instituto voltado para a resolução consensual de conflitos nos meios autocompositivos do sistema de justiça multiportas, não é possível afirmar, até o momento da elaboração do presente estudo, que tal priorização traduzir-se-á no desafogamento do Judiciário e no alcance de conclusões mais céleres e adequadas para os conflitos *inter partes*. Justamente por isso, nossa defesa vai na direção de consolidar a pacificação social a partir dos métodos autocompositivos, no caso de conflitos em âmbito nacional, gerando uma mudança cultural que não ocorre do dia para a noite, sendo esse um processo longo e árduo.

A criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos se deu em função de uma determinação da Resolução nº 125/2010 do CNJ (tal como abordado brevemente no tópico 3.1.1 dessa tese), sendo que o artigo 8º previu a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (ou CEJUSCs), os quais:

²⁰⁵ GUMERATO RAMOS, Glauco. **Mediação e conciliação no NCPC brasileiro**: uma breve análise crítica. mar. 2017. p. 56. Disponível em: <https://ceja.cl/handle/2015/5531>. Acesso em: jun. 2021.

²⁰⁶ GUMERATO RAMOS, Glauco. Op. cit., p. 56.

visam no seu aspecto principal realizar as sessões de conciliação e mediação do Tribunal. Assim sendo, **todas as conciliações e mediação pré-processuais são de responsabilidade do CEJUSC**. Contudo, mesmo demandas já distribuídas podem ainda ser encaminhadas para os CEJUSC com o objetivo de apoiar os Juízos, Juizados e Varas nas suas conciliações e mediações de qualidade. Permitindo assim a harmonização das relações intersubjetiva²⁰⁷ (grifos nossos).

No “Guia de Conciliação e Mediação – Orientações para a implantação de CEJUSCs”²⁰⁸, o CNJ define as orientações gerais de instalação de tais Centros Judiciários:

- I. Busca de um espaço físico adequado, de preferência no próprio Fórum, que comporte os setores processual, pré-processual e de cidadania;
- II. Solicitação, junto ao Departamento de Material e Patrimônio do Tribunal de Justiça, dos materiais permanentes e de informática;
- III. Encaminhamento da lista dos servidores para atuarem no Centro, contando com nome completo, data de nascimento, profissão, endereço, telefone e capacitação (nome do curso e carga horária, se já capacitados), para cadastro junto ao Núcleo;
- IV. Encaminhamento da lista dos conciliadores e mediadores para a atuação no CEJUSC, com nome completo, data de nascimento, profissão, endereço, telefone e capacitação (nome do curso e carga horária, se já capacitados), para cadastro junto ao Núcleo;
- V. Solicitação dos cursos de capacitação para servidores e conciliadores/mediadores;
- VI. Designação do (ou dos) servidor que desempenhará a função de Gestor Judiciário do CEJUSC;
- VII. Apresentação da data de instalação (sugerida) após prévia verificação das agendas do Presidente do Tribunal de Justiça, do Corregedor-Geral da Justiça, do Desembargador Presidente e do Juiz Coordenador do Núcleo, do Juiz Diretor do Foro e demais autoridades e parceiros (OAB, Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradoria do Estado, Faculdades, Prefeitura, Empresas Públicas e Privadas);
- VIII. Confecção da placa inaugural;

²⁰⁷ VON ONÇAY PAZ, Emmanuele Todero; MELEU, Marcelo. CEJUSC: A Efetivação Cidadã do Acesso à Justiça. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 79-95, jul./dez. 2017. p. 90.

²⁰⁸ CNJ. *Guia de Conciliação e Mediação - Orientações para a implantação de CEJUSCs*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em: jun. 2021.

- IX. Solicitação de organização de evento cerimonial ante o Tribunal de Justiça;
- X. Divulgação local por meio da mídia.

Percebe-se, nesses termos, que a criação dos CEJUSCs para a celebração dos institutos de conciliação/mediação deve ocorrer seguindo uma série de procedimentos mínimos, os quais incluem a realização de contatos com a mídia local para a divulgação de sua implantação e funcionamento, o que contribui para o fortalecimento da cultura de pacificação e de resolução de conflitos nos meios autocompositivos da justiça multiportas no âmbito da Resolução nº 125/2010 e do NCPC.

Para Rosa Brito, o objetivo dos CEJUSCs é “atuar, por meio da conciliação, antes mesmo que se inicie a demanda judicial, eliminando custos e possibilitando o empoderamento das pessoas que necessitam do judiciário”²⁰⁹:

Conforme determina a própria Resolução 125/10, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania são unidades do Poder Judiciário que podem ser instaladas por meio de parcerias com entidades públicas e privadas que oferecem a conciliação e a mediação aos cidadãos como forma de resolução de conflitos. Os CEJUSCs podem auxiliar os juizados ou varas na realização de audiências designadas nas lides já em fase processual. O CEJUSC tem como proposta principal trabalhar com a conciliação e mediação pré-processual, ou seja, antes do ajuizamento do processo judicial. Entretanto, também é competência do órgão realizar as sessões de conciliação e mediação durante o curso do processo judicial, em qualquer grau de jurisdição. Cabe ainda ao CEJUSC prestar serviços de atendimento e orientação ao cidadão, devendo fazer o encaminhamento para o órgão responsável, se for o caso. Na fase pré-processual, o CEJUSC poderá resolver conflitos na esfera cível em geral, como acidente de trânsito, cobranças, dívidas bancárias, conflitos de vizinhança. Também são de competência do órgão as causas de família, tais como divórcio, pedido de pensão alimentícia, guarda de filhos, regulamentação de visitas, entre outras lides. Se houver acordo na fase pré-processual, será homologado pelo Juiz e terá eficácia de título executivo judicial. Neste procedimento instalado pelo CEJUSC, não há cobrança de taxas e não há exigência de produção de provas e documentos. Anteriormente, este trabalho de triagem e, quando cabível, a audiência pré-processual, era realizada pelos Juizados Especiais²¹⁰.

As perspectivas do CNJ quanto à criação e consolidação dos CEJUSCs como Centros de Conciliação/Mediação presumem que os mesmos sejam cada vez mais valorizados e atuantes²¹¹. Assim, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) consistem em unidades do Judiciário nas quais ocorre a realização das audiências de conciliação/mediação, fornecendo também o atendimento e orientação à sociedade civil.

²⁰⁹ ROSA BRITO, Ivone Maria de Lima. **Considerações sobre o acesso à justiça e a criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC**. 2014. 78f. Monografia (Especialização) - Departamento do Curso de Direito, Instituto Municipal de Ensino Superior, Assis, 2014. p. 7.

²¹⁰ ROSA BRITO, Ivone Maria de Lima. Op. cit., p. 52-53.

²¹¹ CNJ. Op. Cit.

Na audiência de conciliação, as partes conflitantes dialogam e buscam um consenso sob a orientação do conciliador capacitado; quando há acordo, a demanda é solucionada; contudo, se não há, é marcada audiência de instrução; não havendo concordância, o processo será concluído e encaminhado para a decisão do magistrado, por meio da sentença. É, na verdade, uma solução que se pretende amigável e célere para resolver a divergência, evitando que o Judiciário seja acionado e servindo a uma ampla gama de conflitos, como acidentes de trânsito, causas trabalhistas, danos contra o patrimônio, dentre inúmeros outros.

Foi possível perceber, ao longo da elaboração do presente item, que mediação e conciliação são tópicos costumeiramente trabalhados de modo conjunto, já que ambos se tratam de meios autocompositivos de solução de conflitos no escopo da justiça multiportas. Contudo, em essência, tais institutos não se confundem. A seguir, será realizada a explicação acerca da mediação.

3.1.3 Mediação

Rodrigues, Gonçalves e Lahoz indicam três marcos recentes que envolvem a consolidação da mediação em âmbito nacional: o primeiro consiste na Resolução nº 125/2010 do CNJ, já exaustivamente abordada no presente estudo; o segundo é o NCPC, que legitimou a mediação e a conciliação na resolução alternativa de conflitos pelos meios autocompositivos; e, por fim, o terceiro trata-se da Lei nº 13.140/2015, a qual dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Ela altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; revoga, ainda, o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997²¹². Essa terceira, doravante apresentada, é conhecida como a Lei da Mediação²¹³.

²¹² RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GONÇALVES, Jéssica; LAHOZ, Maria Alice Trentini. Mediação na Resolução CNJ n.º 125/2010 e na Lei n.º 13.105/2015 (NCPC): Uma Análise Crítica. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Bebedouro, v. 6, n. 1, p. 88-114, 2018. p. 67. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63922310/2018_HWR-JG-MAT_MediacaoNovoCPC_Unifafibe20200714-3997-2vkego-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1625517278&Signature=eymR~nhbYM3TH6pzN8jF-Lbwkfqc0Cpkd6t8qRR0W6Jy3bTXg6UW-2KsKkjcO7DLoVuQtoiea1uuzgeDK2UufDmdo5oNZbn2-bZXclSyZcIAnaCqaX~rfdj8EvSTJDFWCtjnfhBiZK0szpXsGn4Eg75QaTedrUzUpKwAE0z8JD5va9l65Gqe9o4SS7lA09neTMJfNy7WAxDiDqIIsgT0IzZTATTzqesMFXhYaeYY7nexUgvt4MineFYaSiOOIU8y8J9AHelFahyqbZ1bGfNgO7EJEDxvJuoh5rUnPvBUSVTNLRNFdD4ZpSj0yKhs9KZyF5wW3RQNOEqh7A4iEkY2w__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 19 jun. 2021.

²¹³ Alguns aspectos relacionados à mediação, como a aplicação dos princípios do artigo 2º da referida lei não serão abordados, já que foram apresentados no item anterior e são também válidos para o instituto da mediação na Lei nº 13.140/2015.

O artigo 3º da legislação prevê que podem ser objetos de mediação conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, sendo o instituto aplicável a todo o litígio ou apenas a certas partes dele (§ 1º).

O instituto da mediação é vislumbrado a partir da Justiça do Consenso, a qual, ainda de acordo com os ensinamentos de Rodrigues, Gonçalves e Lahoz²¹⁴, é embasada pelos seguintes fundamentos:

- a) Trata-se de modo não-adversarial, no qual as partes não se encaram como “adversárias”, mas sim partilham experiências, questões, sentimentos e interesses;
- b) É método cooperativo, no qual deve haver concessões espontâneas e de direito material entre as partes;
- c) É método horizontal, no qual a construção da decisão ocorre pelas partes, fazendo com que ambas gerem benefícios mútuos.

Em seu estudo, intitulado “A institucionalização da mediação no novo código de processo civil e na lei 13.140/2015”, Domene afirma que a mediação “evidencia a tentativa de estabelecer um tratamento adequado aos conflitos de interesses na contemporaneidade, de modo a priorizar a participação das partes na construção de uma solução satisfatória ao conflito e promover o fortalecimento da democracia participativa”²¹⁵. A autora buscou também elucidar as distinções entre a mediação e a conciliação, apontando que a primeira:

é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa (mediador), escolhida ou aceita pelas partes, auxiliam-nas na construção de uma solução eficaz para o conflito. É, portanto, um mecanismo que facilita a comunicação entre os litigantes, aprimorando as relações interpessoais e sociais. Por sua vez, a conciliação é definida como um processo autocompositivo (ou uma fase no processo heterocompositivo) no qual um terceiro (conciliador), escolhido ou aceito pelas partes, pode apresentar uma apreciação do mérito ou uma recomendação de uma solução tida por ele como justa, que não terá, de maneira alguma, efeito vinculativo²¹⁶.

Já o instituto da conciliação:

se refere a partes que buscam um acordo de forma imediata para resolver um conflito a fim de evitar ou encerrar um processo judicial, como nos casos de

²¹⁴ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GONÇALVES, Jéssica; LAHOZ, Maria Alice Trentini. Op. cit.

²¹⁵ DOMENE, Daniela Maciel. **A institucionalização da mediação no novo código de processo civil e na lei 13.140/2015**. 2016. 78f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 5.

²¹⁶ DOMENE, Daniela Maciel. Op. cit., p. 26.

acidente de veículos ou relações de consumo em que as partes não possuem vínculos afetivos, profissionais ou sociais, de forma que não irão conviver após o ato (...) a conciliação deve ser utilizada quando existem relacionamentos circunstanciais sem que haja desejo de continuação ou aprofundamento, na compra e venda de um objeto, por exemplo, ou até mesmo agressões entre desconhecidos. Por outro lado, a mediação pressupõe um relacionamento duradouro entre as partes, como relações de família, comerciantes com um longo trabalho conjunto, relações laborais, relações de vizinhança, relações contratuais em que as partes desejam manter o relacionamento²¹⁷.

A partir desse entendimento, postula-se que a mediação e a conciliação são métodos autocompositivos de resolução de conflitos no modelo de justiça multiportas, mas não devem ser compreendidos como sinônimos, já que, no primeiro, o mediador almeja facilitar a construção de uma solução conjunta pelas partes, especialmente quando há vínculo anterior entre os envolvidos; no segundo, por sua vez, o conciliador atua no conflito, sugerindo a resolução em casos em que não existe elo anterior entre as partes conflitantes. Em se tratando de divergências mais profundas e emocionais, acionar o instituto da mediação é mais adequado, uma vez que se almeja não apenas resolver a discordância, mas também restaurar a confiança e o relacionamento entre as partes.

A tabela comparativa publicada pelo Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)²¹⁸ contribui para uma melhor compreensão das diferenças e semelhanças entre mediação e conciliação. Abaixo, ela encontra-se adaptada e sintetizada em forma de quadro pelo autor do presente estudo:

Quadro 3 – Semelhanças e Distinções entre Conciliação e Mediação

<i>MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS NA JUSTIÇA MULTIPORTAS</i>		
	CONCILIAÇÃO	MEDIAÇÃO
Objeto	Envolve Direitos Patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis.	Envolve Direitos Patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis.
Abordagem e objetivos no tratamento do conflito	Aborda o conflito de modo pontual, sendo o acordo o objetivo primordial.	Aborda o conflito de modo profundo, permitindo discussão ampla para restaurar o diálogo e compreensão entre as

²¹⁷ DOMENE, Daniela Maciel. Op. cit., p. 27.

²¹⁸ Disponível em: <https://direito.ufes.br/sites/direito.ufes.br/files/field/anexo/Tabela%20Comparativa%20-%20Mediação%20x%20Conciliação%20x%20Arbitragem.pdf>. Acesso em: jun. 2021.

		partes, entendendo o acordo como uma consequência natural do procedimento.
Método	As demandas transitam no intuito de obter um acordo que beneficie ambas as partes da melhor maneira possível.	As partes expressam os problemas que as perturbam, sem a necessidade de fixar uma posição específica, abrindo a controvérsia para o alcance de uma solução comum.
Contexto de Realização	Exercida no âmbito e no controle do Poder Judiciário, podendo ocorrer antes ou durante a demanda judicial.	Exercida fora do âmbito e do controle do Poder Judiciário.
Relação com a Jurisdição Estatal	Chegando ao acordo, ele pode ou não ser homologado pelo magistrado. Não havendo acordo, o processo será instaurado para produzir uma solução heterocompositiva.	Chegando ao acordo, as partes podem ou não o levar ao Judiciário para homologação.
Tempo necessário	Costuma durar menos do que outros métodos, como mediação e arbitragem, comumente sendo realizada em apenas uma sessão quando se chega a um acordo.	Varia de acordo com o método escolhido, sendo comum durar mais tempo que a conciliação, já que costuma necessitar de vários encontros entre as partes.

Terceiro Interventor	Conciliador, além do próprio juiz da causa.	Mediador.
Obrigatoriedade/voluntariedade do método	Não é obrigatória.	As partes possuem o direito de participarem (ou não) do acordo, sendo possível retirar a mediação a qualquer tempo.
Força da Solução Obtida	Acordo homologado pelo juiz como título executivo judicial, não cabendo recurso.	Acordo tem força de contrato entre as partes; quando homologado judicialmente, consiste em título executivo judicial.
Procedimento	Conta com procedimento um pouco mais rígido e pré-fixado.	Embora seja pré-fixado, a mediação não se desenvolve por procedimento que segue esquemas rígidos e inflexíveis, contemplando três etapas fundamentais: pré-mediação, negociação mediada e estabelecimento do acordo.

Fonte: Elaborado pelo autor do presente estudo a partir da Tabela Comparativa entre Mediação, Conciliação e Arbitragem, publicada pela Universidade Federal do Espírito Santo.

Percebe-se, a partir do Quadro 3, a existência de diversas similaridades e diferenças entre os institutos da mediação e da conciliação, o que justifica, ao mesmo tempo, uma abordagem em subcapítulos distintos no presente estudo, considerando que a temática sempre será correlata, já que ambos consistem em métodos autocompositivos na perspectiva da justiça multiportas. Em posse desses conhecimentos, torna-se possível trabalhar e discutir a mediação em seu grau de singularidade.

Zoqui e Finotti Silva expõem que, atualmente, no caso brasileiro, a mediação é buscada constantemente, visando a facilitar a interação entre as partes na resolução do conflito ao passo que se diminui a demanda pela judicialização, sendo essa uma alternativa

que ameniza o volume de processos apreciados pelo Judiciário. Em matéria de direito comparado, os autores analisaram a mediação no contexto francês, verificando que não há distinção entre tal instituto e a conciliação no país (Mediação Institucional e Mediação Cidadã no ordenamento jurídico da França)²¹⁹. Essa afirmação contribui para avançar rumo a uma compreensão da mediação no Brasil como um instituto sofisticado e bem desenvolvido a partir da Resolução nº 125/2010 do CPC/2015 e da Lei de Arbitragem.

Bettoni Santos²²⁰ destaca que a mediação pode se dar de modo judicial ou extrajudicial nos seguintes termos:

- a) A mediação judicial é aquela na qual o instituto é acionado no decorrer do trâmite de uma ação judicial, com intervenção do mediador designado pelo Tribunal de Justiça do Estado;
- b) A mediação extrajudicial, por sua vez, é aquela que ocorre necessariamente antes do ingresso da ação nas dependências do Centro Judiciário de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), tal como apresentado no item 3.1.2 do presente estudo.

Tem-se, assim, que a mediação:

vai muito além de uma simples celebração de um acordo. Ela se expande para o âmbito relacional entre as partes, buscando que o conflito familiar seja resolvido de forma definitiva, de maneira que cada uma das partes passe a enxergar e entender o lado do outro, evitando que futuros conflitos entre os mesmos litigantes sejam levados ao judiciário novamente, mas que sejam solucionados através de um diálogo maduro²²¹.

Miranda de Barros assinala que a mediação “visa mudanças nas relações, colocando foco no presente, a fim de obter melhorias na relação das partes no futuro, possuindo, para tanto, objetivos primários e secundários”²²². Os objetivos primários, segundo a autora, são a busca pelo fortalecer do diálogo, a compreensão dos interesses das partes, a melhoria da relação entre elas, o seu empoderamento e a transformação dos interessados; já os objetivos secundários podem ser compreendidos na medida da celebração do acordo, como a consequência do alcance dos objetivos primários.

²¹⁹ ZOQUI, Maria Clara Silveira; FINOTTI SILVA, Nelson. A Mediação sob a luz do Direito Brasileiro e Francês. **Revista Interciência – IMES**, Catanduva, v.1, n.4, p. 8-10, julho 2020. p. 48

²²⁰ BETTONI SANTOS, Victória Regina. **A Mediação como solução para o conflito da Alienação Parental**. 2020. 78f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, UniCesumar – Universidade Cesumar, Maringá, 2020.

²²¹ BETTONI SANTOS, Victória Regina. Op. cit., p. 12.

²²² MIRANDA DE BARROS, Juliana. **Aplicação do Método Adequado de Resolução de Conflitos decorrente de Abandono Afetivo: Mediação X Justiça Restaurativa**. 2020. 78f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2020. p. 25.

O foco primordial no acionamento do instituto da mediação consiste, assim, em fortalecer o relacionamento entre aqueles que se encontram diante de um conflito. Um exemplo apropriado para contemplá-lo são os conflitos familiares, nos quais, via de regra, os participantes desejam manter ou melhorar o seu relacionamento. O alcance de um acordo, embora de extrema relevância, acaba sendo o pano de fundo para a promoção da melhoria e do fortalecimento desse vínculo. Nesse contexto, a mediação seria o exato oposto da conciliação em relação às partes, já que, nesta última, as pessoas não possuem ligação anterior e tampouco desejam manter tal relacionamento após a resolução do conflito, ainda que este também seja um método autocompositivo no contexto da justiça multiportas.

O “mediador é uma figura qualificada, que interpreta o conflito, e ajuda as partes a solucioná-lo por meio de mudanças de perspectivas e entendimento”²²³, devendo aprofundar a compreensão dos elementos que compõem a divergência, não apenas daqueles suscitados pelas partes, mas também trazendo à tona circunstâncias e aspectos ainda não revelados:

Ainda, a mediação é um procedimento indisciplinado, pois não segue regras e ditames, de modo que há grande liberdade no processo da mediação. O que faz o mediador é utilizar técnicas, estratégias e princípios para nortear a mediação, não o vinculando obrigatoriamente. [...] Consequentemente, por ser um procedimento indisciplinado, a mediação acaba por tornar-se flexível e informal. A informalidade é uma característica muito positiva da mediação, pois proporciona a constituição de vínculos mais velozes entre as partes envolvidas, facilitando o processo e aumentando os laços entre os conflitantes²²⁴.

Em suma, a mediação é contemplada como um mecanismo específico para o contexto da justiça multiportas, apresentando suas particularidades em relação ao modelo da conciliação. A seguir, serão apresentados os métodos heterocompositivos, estruturando o processo prestado pelo Estado e o processo arbitral.

3.2 HETEROCOMPOSITIVOS

Como visto, os métodos autocompositivos são métodos consensuais/não-adversariais para a solução dos conflitos. Neles, não há a necessidade de acionar o Poder Judiciário (no contexto tradicional da judicialização) e, por isso, apresentam-se como uma possibilidade autônoma da adjudicação. Já a heterocomposição, conforme assinalado por Learth, “se dá ao

²²³ MIRANDA DE BARROS, Juliana. Op. cit., p. 21.

²²⁴ MIRANDA DE BARROS, Juliana. Op. cit., p. 21-22.

ser composto o conflito perante terceiros, alheios aos atores ou personagens litigantes”²²⁵, como é o caso, por exemplo, da Arbitragem e da Jurisdição.

De acordo com Brito e Marcato, a heterocomposição “tem, como principal característica, a intervenção de um terceiro; seja pela presença do juiz, no processo judicial, seja pela presença de um terceiro que é eleito pelas partes”²²⁶. Desse modo, a solução do conflito é vislumbrada por meio da intervenção de um agente exterior e, ao invés de isoladamente ajustarem a solução de sua controvérsia na autocomposição, as partes submetem sua relação conflituosa a este terceiro para que possa ser por ele firmada ou, ao menos, instigada ou favorecida.

Nesse sentido:

no caso da heterocomposição ou meio adjudicatório, a solução do conflito é transferida para um terceiro imparcial (árbitro ou juiz), e este estabelece a resposta definitiva e impositiva em relação às partes. A heterocomposição pode ocorrer de duas formas: a arbitral, quando as partes escolhem um terceiro de confiança para decidir a demanda; e a jurisdicional, que ocorre quando uma das partes, utilizando-se do seu direito de ação, acessa o Poder Judiciário, no intuito de resolver a questão litigiosa, através de decisão proferida por uma autoridade investida de poder coercitivo (Estado Juiz). Em nosso país, tanto a heterocomposição quanto a autocomposição são meios válidos no atual sistema brasileiro vigente, e devem ser empregadas de maneira a abrandar os conflitos de interesses²²⁷.

Goulart de Sena aponta que “na autocomposição apenas os sujeitos originais em confronto é que se relacionam na busca da extinção do conflito, conferindo origem a uma sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes”²²⁸, enquanto que, na heterocomposição, “a intervenção é realizada por um agente exterior aos sujeitos originais na dinâmica de solução do conflito, transferindo em maior ou menor grau para esse agente exterior a direção dessa própria dinâmica”²²⁹, de modo que, na essência, a divisão entre auto e heterocomposição se dá nas formas de resolução de conflitos.

²²⁵ LEARTH, Teresinha. Negociação Coletiva: Sindicato e Jurisdição Trabalhista no Brasil. **Revista do TRT da 13ª Região**, Paraíba, v. 37, n. 3, p. 52-73, 2002. p. 54. Disponível em: https://www.trt13.jus.br/arquivos/revista/revista10_trt13.pdf#page=52. Acesso em: jun. 2021.

²²⁶ BRITO, Gustavo Davi; MARCATO, Gisele Caversan Beltrami. Modalidades de Soluções de Conflitos de Interesse. **Revolução na Ciência**, Presidente Prudente/SP, v. 14, n. 14, p. 1-14, 2018. p. 5. Disponível em: <http://inter temas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7213/67647395>. Acesso em: jun. 2021.

²²⁷ PERPETURO, Rafael Silva et al. Os Métodos Adequados de Solução de Conflitos: Mediação e Conciliação. **Rev. Fac. Direito**, São Bernardo do Campo, v. 24, n. 2, p. 1-21, 2018. p. 9. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.24_n.2.01.pdf. Acesso em: jun. 2021.

²²⁸ GOULART DE SENA, Adriana. Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 46, n.76, p. 93-114, jul./dez. 2007. p. 95.

²²⁹ GOULART DE SENA, Adriana. Op. cit., p. 95.

É preciso contextualizar, por fim, que se faz desnecessário abordar o processo Estatal no contexto dos mecanismos heterocompositivos. No entanto, é importante considerar que, no presente estudo, são expostas todas as possibilidades relacionadas à paridade de armas em defesa dos grupos vulnerabilizados, em uma equação que também deve conceber o padrão formal da judicialização, no qual o juiz pode ser apontado basicamente como o interventor na lide. O presente subcapítulo será dividido em duas partes: na primeira, versar-se-á sobre o processo Estatal, para que, então, seja possível tratar também do instituto da arbitragem. Após a elucidação dos elementos necessários para a compreensão do tema, serão retomados alguns dos pontos principais levantados no capítulo.

3.2.1 Processo Estatal

Como visto, os meios autocompositivos, como a mediação e a conciliação, são amplamente valorizados na legislação e na doutrina jurídica para a resolução de conflitos no caso brasileiro. Contudo, essa valorização não significa que o processo estatal está “caminhando para um fim”, já que o mesmo ainda é a essência do Judiciário (para não dizer do próprio Direito), sendo basicamente o processo apreciado por tal Poder.

Graziottin Costa e Ribas apontam que os tribunais vêm enfrentando uma série de dificuldades para atender às necessidades sociais e jurídicas dos novos tempos, posto que a jurisdição estatal positivada está intimamente ligada à crise do Estado Democrático de Direito e à possibilidade efetiva da concretização dos meios autocompositivos, com emprego de técnicas não-adversárias²³⁰:

O modelo tradicional de jurisdição, advinda do monopólio estatal, exercida pelos juízes e esgotada pela sentença, muitas vezes tem apenas função declaratória, impositiva, ineficaz e lenta. Em alguns casos, confere um direito formal ao cidadão, que é o direito de ação; na maioria das vezes, apresenta-se insuficiente e insatisfatória, chegando ao final até sem efetividade, ou porque o cliente já faleceu ou porque pereceu o objeto da lide²³¹.

Assim, no processo estatal, é fundamental abordar a crise no Poder Judiciário para compreender tal meio heterocompositivo como um mecanismo que vem sofrendo duras críticas por parte dos juristas e operadores do Direito como um todo. As autoras supra-

²³⁰ GRAZIOTTIN COSTA, Thaise; RIBAS, Lúcia Maria. Inovação na Jurisdição Estatal: De Contenciosa para uma Jurisdição Singular, Compartilhada, Efetiva, Democrática e Emancipatória. **Rev. Costa Rica**, Costa Rica, v. 3, n. 1, p. 190-215, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3682/pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²³¹ GRAZIOTTIN COSTA, Thaise; RIBAS, Lúcia Maria. Op. cit., p. 191-192.

apresentadas destacam que aspectos como a morosidade e a ineficiência do processo estatal são resultados de nossa própria cultura de judicialização, já abordada algumas vezes no presente capítulo. Tal cultura está ancorada no fato de que particulares se veem diante de um conflito que poderia ser mediado ou conciliado pela autocomposição, mas, mesmo assim, acionam o Poder Judiciário e o amparo estatal, o que gera um grande volume de processos estatais e, por conseguinte, provoca o dito “afogamento” de tal Poder.

Hans Kelsen conceitua a justiça constitucional como um sistema de medidas técnicas que visam a regular o exercício das funções do Estado e dos direitos dos cidadãos²³², sendo que é possível entender o processo estatal como um mecanismo presente e relevante nessa disposição. Por isso, embora os meios autocompositivos sejam *recomendados*, isso não significa, de modo algum, que não dever haver jurisdição por parte do Estado. Pelo contrário: é responsabilidade do Estado acolher os conflitos no Direito, o qual, conforme o artigo 3º do NCPC, não se excluirá da apreciação jurisdicional de ameaça ou lesão a direito. Tal responsabilidade consta na lei máxima do Brasil, o Diploma Constitucional de 1988, esculpido no inciso XXXV do artigo 5º, no qual se pode afirmar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Marcelino Meleu e Aletei Hummes Thaines apontam que a jurisdição (do latim *jurisdictio*; ditar ou dizer o direito) é “uma das funções do Estado, também podendo ser entendida, no modelo atual, como sinônimo de prestação jurisdicional, pois se trata de atividade conferida ao Poder Judiciário como poder autônomo do Estado”²³³, revestindo-se do poder de aplicar o direito conferido aos magistrados:

O processo existe para viabilizar o acesso à justiça e dele o juiz é o guardião. Nesta posição, tem o poder-dever de dar efetivação à prestação jurisdicional segundo regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa. Diante de um direito explícito de acesso de todos à Justiça, compete ao juiz a interpretação dos preceitos constitucionais na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade, que só se alcança com a observância e aplicação imediata dos preceitos consagrados de direitos fundamentais²³⁴.

Para fomentar um entendimento pleno das questões que cercam o processo estatal nos termos da heterocomposição, é necessário aprofundar a compreensão do inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/1988. Lima realizou um estudo especificamente sobre essa regra

²³² KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado**. Tradução de Legas Lacambra. Barcelona: Labor, 1934.

²³³ MELEU, Marcelino; THAINES, Aletei Hummes. Sistema Social de Tratamento de Conflitos: da Jurisdição Estatal à Mediação Comunitária. **UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 13, n. 2, p. 15-24, set. 2012. p. 17.

²³⁴ MELEU, Marcelino; THAINES, Aletei Hummes. Op. cit., p. 18.

constitucional, no qual a caracteriza como princípio ou garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, inafastabilidade do Poder Judiciário, garantia do acesso à justiça, princípio da proteção judiciária ou garantia da proteção judicial efetiva. Independentemente da alcunha adotada, o autor identifica o inciso XXXV como “o centro de gravidade ou ponto fulcral de um verdadeiro regime jurídico do direito de ação, estruturado por normas que instituem posições jurídicas subjetivas para os jurisdicionados e para o Estado”²³⁵, traduzindo-se no Direito de Ação, o qual:

é tido por ampla parcela da doutrina brasileira como um direito subjetivo público, autônomo, abstrato e instrumental, cuja previsão normativa se encontra no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de direito dotado de fundamentalidade formal e material que, no quadro empírico-positivo dos direitos fundamentais, cobre a multifuncionalidade deles, e que se insere na categoria dogmática dos direitos a prestações ou a ações estatais positivas, mais especificamente no grupo dos direitos à organização e procedimentos, como direito a procedimento em sentido estrito, embora também possa ser visualizado no âmbito dos direitos à proteção²³⁶.

Ainda segundo a análise de Lima, o direito de ação é “consecutório da proibição da autotutela e da assunção da administração da justiça pelo Estado, bem como da opção jurídico-política deste pela inércia da função jurisdicional, caracterizando um direito cívico de primeira geração ou dimensão”²³⁷. Da Silva Ribeiro, contudo, aponta que a inafastabilidade do controle jurisdicional, a qual apareceu pela primeira vez no parágrafo 4º do artigo 141 da Constituição brasileira de 1946²³⁸, bem como o direito de ação, significam apenas e tão somente que todos possuem o direito da tutela jurisdicional, ou seja, podem acessar o Judiciário para buscar a solução de suas demandas.

Nesses termos, é necessário contemplar o processo estatal como uma possibilidade de concretizar o cumprimento do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna, mas isso não significa, de nenhuma forma, que não deveriam ser acolhidos os meios autocompositivos, como a mediação e a conciliação, e tampouco outros meios heterocompositivos, como a arbitragem, abordada um pouco mais adiante.

Na visão do autor supracitado, o cumprimento do inciso XXXV passa justamente pela busca das soluções alternativas como uma forma de enfrentar a crise do Judiciário. Isso porque, ao levarmos ao pé da letra que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário

²³⁵ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e o Regime Jurídico do Direito de Ação. **Argumenta – UENP**, Jacarezinho. v. 8, n. 18, p. 117-134, 2013. p. 124.

²³⁶ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Op. cit., p. 131.

²³⁷ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Op. cit., p. 131.

²³⁸ *In verbis*: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

lesão ou ameaça a direito, devemos considerar também que os tribunais, quando excessivamente sobrecarregados, estão propensos a serem mais morosos e ineficazes. Assim, afastar os conflitos da apreciação judicial é inclusive uma forma de garantir o cumprimento desse fundamento constitucional.

O processo estatal existe e *deve* existir, mas, diante dos avanços do Direito ao longo da história, tem-se que o mesmo não consiste mais na *única* opção no âmbito da tutela e da resolução de conflitos. O 1º artigo do CPC/2015 dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” e, havendo a constitucionalização deste processo em âmbito nacional, ele deve obedecer aos princípios constitucionais, bem como aos princípios do próprio processo, esculpido no ordenamento jurídico pátrio.

No artigo 2º do CPC, fica claro que “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”, assegurando o direito de ação no âmbito processual. A inafastabilidade do controle jurisdicional, prevista no artigo 3º do CPC/2015, ocorre com os adendos previstos nos parágrafos de 1º a 3º, compreendendo os mecanismos adequados de solução de conflitos (como a mediação e a conciliação, como autocompositivos, e a arbitragem, como heterocompositivo) como uma possibilidade no âmbito da jurisdição. Isso é, em essência, a chegada de um sistema multiportas. Quando falamos nesse tipo de sistema, evidencia-se que ele não existiria sem a concessão de alternativas ao processo judicial, o que não diminui o amparo estatal em relação ao processo, mas sim o estimula.

No âmbito do processo prestado pelo Estado brasileiro por meio do Poder Judiciário, assim como na autocomposição, é fundamental reconhecer os princípios a ele aplicáveis. Cambi²³⁹ realizou uma análise do CPC/2015 à luz dos princípios constitucionais, na qual destacou sua correlação/vinculação ao seguinte arcabouço principiológico:

- a) O princípio da razoável duração do processo encontra-se no inciso LXXVIII do artigo 5º da CRFB/88, o qual estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Ele também pode ser verificado no

²³⁹ CAMBI, Accácio. O Novo Código de Processo Civil à Luz de Alguns Princípios Constitucionais. **JURIS PLENUM**, Paraná, ano 15, n. 89, p. 77-103, set. 2019.

artigo 4º do CPC/2015, que estabelece que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”;

- b) O princípio do contraditório, assegurado no inciso LV da Constituição e nos artigos 7º, 9º e 10 do CPC, estabelece que não será proferida decisão contra uma parte antes que a mesma seja ouvida. Tal princípio é formado pela informação, reação e poder de influência, proibindo as ditas “decisões surpresa”;
- c) Já o princípio da publicidade dos atos processuais é aquele que assegura que os autos e respectivos processuais serão públicos e acessíveis por qualquer pessoa, salvo em circunstâncias especiais previstas em lei, à luz do inciso LX do artigo 5º e do inciso IX do artigo 92 da Constituição, bem como dos artigos 7º e 11 do NCPC;
- d) O princípio do acesso à justiça para todos envolve, além do acesso ao Judiciário, a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que não possuem recursos, nos termos do inciso LXXIV da Constituição e também pelo sistema multiportas;
- e) O princípio da fundamentação e da motivação das decisões, concebido no § 1º do art. 489 e no artigo 11 do CPC, bem como no inciso IX do artigo 93 da Constituição, estabelece que elas devem ser fundamentadas, o que é efetivamente observado na jurisprudência nacional. Cabe ao juiz, no processo estatal, não apenas decidir, mas também demonstrar o motivo pelo qual decidiu, fundamentando-o na legislação vigente;
- f) O princípio da instrumentalidade do processo, por sua vez, refere-se à efetividade dele, produzindo resultados concretos e estando esculpido em diversos artigos das legislações nacionais;
- g) O princípio da coisa julgada, que consta no inciso XXXVI do artigo 5º da CRFB/88 diz respeito aos efeitos da sentença judicial quando não cabem mais recursos, tornando a decisão indiscutível e imutável;
- h) O princípio do devido processo legal, presente nos incisos XXXV e LV do artigo 5º da CFRB/88, passa pela compreensão da existência de limitações ao poder, preservando os valores democráticos do Estado e da própria tutela jurisdicional, assegurando o contraditório e a ampla defesa e evitando sentenças arbitrárias;

- i) O princípio da legalidade, verificado no inciso II dos artigos 5º e 8º do NCP, é, por fim, aquele que assegura a todos o exercício de seus direitos, tal como previstos no ordenamento jurídico.

Os princípios apresentados acima devem permanecer harmônicos no âmbito do processo estatal para permitir que o mesmo funcione sob o escopo do funcionamento do próprio Estado Democrático de Direito. No quadro abaixo, estabelecemos uma correlação entre alguns dos princípios elencados no âmbito do processo estatal e os meios adequados de solução de conflitos.

Quadro 4 – Correlação entre alguns princípios do processo estatal no âmbito dos meios adequados de resolução de conflitos

<i>PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO NO PROCESSO ESTATAL E NOS MEIOS ADEQUADOS</i>		
	NO PROCESSO ESTATAL	NOS MEIOS ADEQUADOS
Princípio da razoável duração do processo	Dispõe que as partes têm assegurada a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.	O próprio princípio contempla a possibilidade de acionar mecanismos adequados, já que um Judiciário sobrecarregado é incapaz de promover a celeridade de tramitação do processo estatal e sua razoável duração.
Princípio do contraditório	Dispõe que não será proferida decisão contra uma parte antes que ela seja ouvida.	No mesmo contexto, as partes se manifestam em relação à controvérsia. No caso da arbitragem, por exemplo, como meio de heterocomposição do conflito, o mesmo é observado e deve ser considerado pelo árbitro.

Princípio do acesso à justiça	Todos devem poder acessar o Poder Judiciário e ter suas lides apreciadas pelo juiz no âmbito do processo estatal.	Assim como no princípio da duração razoável do processo, tal princípio é assegurado com a existência dos mecanismos adequados, já que um Judiciário sobrecarregado não pode garantir o pleno acesso à justiça.
--------------------------------------	---	--

Fonte: Elaborado pelo autor do presente estudo.

O processo estatal está, assim, no contraponto dos meios adequados, sendo que as pessoas em conflito se encontram na presença do juiz para ter sua resolução a partir da decisão judicial, e, nos meios adequados, é possível o diálogo para a solução do problema. Outro meio alternativo para a solução de conflitos consiste no instituto da arbitragem, o qual será analisado no tópico seguinte. Após tal explanação, será realizada uma síntese geral do capítulo.

3.2.2 Processo Arbitral

No contexto dos meios heterocompositivos, além do já reconhecido processo estatal, encontra-se também o instituto da arbitragem. Fichtner, Mannheimer e Monteiro compreendem-no como uma valiosa ferramenta para a resolução de conflitos no âmbito do Direito Contemporâneo, o qual possui mais semelhanças com o processo estatal do que com outros mecanismos, como a conciliação, por exemplo. Os autores confirmam o processo arbitral como consoante ao inciso XXXV do artigo 5º do Diploma Constitucional de 1988, sendo outro meio de promoção do acesso à justiça²⁴⁰.

Carlos Alberto Carmona²⁴¹ elucida que os processos arbitral e estatal, embora apresentem certo grau de semelhança, não se confundem e, em ambos, o árbitro tem, sim, poder jurisdicional, pois a arbitragem tem natureza jurídica de jurisdição.

²⁴⁰ FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

²⁴¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

O marco regulador da arbitragem, a Lei nº 9.307/96 (doravante Lei da Arbitragem²⁴²), é um instrumento de importante análise para a plena compreensão do instituto. Já em seu artigo 1º, o legislador dispõe que as pessoas capazes de contratar poderão fazer-se valer desse mecanismo para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sendo que o artigo 2º prevê que tal arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das próprias partes, com o parágrafo 1º reservando o direito delas de escolherem livremente as regras que lhes serão aplicadas nesse ínterim, desde que não haja violação dos bons costumes e da ordem pública.

No artigo 3º da Lei da Arbitragem, está disposto que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. Tal cláusula compromissória, vide artigo 4º, consiste na convenção por meio da qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativos ao fato em si, devendo ser estipulada por escrito ou inserta no próprio contrato ou em documento válido separado dele.

Renato Beneduzi²⁴³ afirma que a arbitragem consiste em uma criatura de vontade, de modo que aqueles (e apenas aqueles) que pactuaram na utilização do instituto para arbitrar litígio (ou litígios) oriundo de determinada relação jurídica estarão vinculados à obrigação de não demandarem a composição perante o Judiciário. É possível falar, assim, de uma renúncia do processo estatal, espontânea e livremente manifestada pelas partes que celebram uma relação jurídica.

Segundo Magalhães e Saraiva, a arbitragem “é um meio de solução de controvérsias escolhido por pessoas físicas ou jurídicas, e capazes de contratar, que, fazendo uso da autonomia privada, convencionam não submeter ao Poder Judiciário eventuais litígios surgidos em dada relação jurídica”²⁴⁴ no tocante aos direitos patrimoniais disponíveis, sendo um método com características particulares, adaptadas à solução de demandas específicas que costumam ser complexas, como no caso de controvérsias envolvendo sociedades empresárias e demandas de cunho internacional:

No Brasil, o instituto é regulado pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, comumente denominada Lei de Arbitragem. A sentença arbitral possui força de título executivo judicial, nos termos do artigo 515, inciso VII, do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), restando, assim, juridicamente equiparada à sentença emanada do Poder Judiciário, conforme

²⁴² Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: jun. 2021.

²⁴³ BENEDUZI, Renato Resende. Introdução ao processo civil alemão. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 75.

²⁴⁴ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019. p. 32.

também é estabelecido na Lei de Arbitragem. (...) Dentre as características que se destacam, e que geralmente levam à escolha do método, pode-se mencionar a celeridade, a especialidade do julgador, a confidencialidade e a flexibilidade. O método é considerado célere quando é comparado ao Poder Judiciário e alguns fatores contribuem para que o procedimento arbitral transcorra com rapidez, dentre os quais pode-se indicar a especialidade do julgador, sua dedicação à solução do litígio e a ausência de recursos. Ressalte-se que a formação da decisão dentro de um prazo razoável é de grande importância e, talvez, um dos aspectos mais perseguidos quando se fala de resolução de litígios²⁴⁵.

Conforme apontado já no parágrafo 1º do artigo 3º do CPC de 2015, é permitida a arbitragem na forma disposta em lei. O artigo 359, nos mesmos termos, estabelece que “instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem”.

De novo, vale a pena retornar às lições de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Ananias Alves Ferreira²⁴⁶ sobre a natureza jurídica da arbitragem, os quais informam sobre quatro correntes acerca do tema, a saber, “corrente contratual, de posição doutrinária; jurisdicional, posicionamento majoritário; mista, também conhecida como híbrida ou sintética; e, autônoma, desvinculada de qualquer ordenamento estatal”, concluem.

De acordo com Xavier, “a arbitragem é concebida como um método heterocompositivo de resolução de conflitos, extrajudicial e facultativo, em que um ou mais árbitros especialistas na matéria a ser discutida, via de regra eleitos pelas partes, irão resolver a controvérsia”²⁴⁷, proferindo decisão vinculativa, que se revestirá de título executivo judicial.

O Quadro 3 apresentado no presente capítulo versou sobre as Semelhanças e Distinções entre Conciliação e Mediação. Abaixo, no Quadro 5, realiza-se esse mesmo comparativo, incluindo, agora, o instituto da arbitragem.

Quadro 5 – Semelhanças e Distinções entre a Arbitragem e os meios autocompositivos

<i>A ARBITRAGEM COMO MÉTODO HETEROCOMPOSITIVO EM COMPARAÇÃO COM OS MEIOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO</i>			
	CONCILIAÇÃO	MEDIAÇÃO	ARBITRAGEM
Natureza	Método	Método	Método

²⁴⁵ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Op. cit., p. 33.

²⁴⁶ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LINS ROCHA, Matheus; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. Op. cit., p. 47.

²⁴⁷ XAVIER, Camilla Siqueira. A Arbitragem em Matéria Tributária no Brasil: Avanços e Desafios. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 8, p. 21-57, jan./jun, 2019. p. 41.

	Autocompositivo.	Autocompositivo.	Heterocompositivo.
Objeto	Envolve Direitos Patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis.	Envolve Direitos Patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis.	O objeto da arbitragem, assim como na mediação e na conciliação, consiste nos direitos patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis.
Abordagem e objetivos do tratamento do conflito	Aborda o conflito de modo pontual, sendo o acordo o objetivo primordial.	Aborda o conflito de modo profundo, permitindo discussão ampla para restaurar o diálogo e a compreensão entre as partes, compreendendo o acordo como uma consequência natural do procedimento.	O conflito é tratado na medida em que for levado pelas partes ao conhecimento do órgão arbitral, sendo que, no fim do procedimento, haverá uma sentença arbitral decidindo-o.
Método	As demandas transitam no intuito de obter um acordo que beneficie ambas as partes da melhor maneira possível.	As partes expressam os problemas que as perturbam, sem necessidade de fixar uma posição específica, abrindo a controvérsia para	Tal como no processo estatal, as partes formulam pedidos e adotam uma postura específica.

		a busca de uma solução comum.	
Contexto de Realização	Exercida no âmbito e no controle do Poder Judiciário, podendo ocorrer antes ou durante a demanda judicial.	Exercida fora do âmbito e do controle do Poder Judiciário.	É método extrajudicial e privado de resolução do conflito, com a decisão do órgão arbitral possuindo a mesma eficácia da sentença judicial.
Relação com a Jurisdição Estatal	Chegando ao acordo, pode ou não ser homologado pelo magistrado. Não havendo acordo, o processo será instaurado para produzir uma solução heterocompositiva.	Chegando ao acordo, as partes podem ou não levá-lo ao Judiciário para homologação.	A atuação estatal só incide caso haja necessidade de utilização da força perante a resistência de uma das partes ou de terceiros, como nas possibilidades de condução de testemunhas, implementação de medidas cautelares, execução de pavimentos antecipatórios ou execução da sentença arbitral.
Tempo necessário	Costuma durar menos do que outros métodos, como a mediação e	Varia de acordo com o método escolhido, sendo comum durar	Depende especificamente da convenção entre as partes. Caso os

	a arbitragem, sendo comumente realizada em apenas uma sessão quando se chega a um acordo.	mais tempo que a conciliação, já que costuma necessitar de vários encontros entre as partes.	litigantes não convençionem, o prazo legal para a sentença arbitral é de seis meses, a contar da instauração do instituto, vide artigo 23 da Lei de Arbitragem.
Terceiro Interventor	Conciliador, além do próprio juiz da causa.	Mediador.	Consiste no árbitro escolhido pelas partes litigantes, o qual, costumeiramente, é especialista no tema.
Obrigatoriedade/voluntariedade do método	Não é obrigatória.	As partes possuem o direito de participar (ou não) do acordo, sendo possível retirar a mediação a qualquer tempo.	Também é facultativa, inexistindo arbitragem “imposta” no Brasil.
Força da Solução Obtida	Acordo homologado pelo juiz como título executivo judicial, não cabendo recurso.	Acordo tem força de contrato entre as partes e, assim, quando homologado judicialmente, consiste em título	Mesma eficácia da decisão judicial, constituindo-se como título executivo judicial.

		executivo judicial.	
Procedimento	Conta com um procedimento pouco mais rígido e pré-fixado.	Embora seja pré-fixado, a mediação não se desenvolve por procedimento que segue esquemas rígidos e inflexíveis, contemplando três etapas fundamentais: pré-mediação, negociação mediada e estabelecimento do acordo.	As partes estabelecem o procedimento na convenção de arbitragem; se não o fizerem, deve o árbitro decidir o procedimento a ser seguido, conforme disposto no artigo 21 da Lei de Arbitragem.

Fonte: Elaborado pelo autor do presente estudo a partir da Tabela Comparativa entre Mediação, Conciliação e Arbitragem publicada pela Universidade Federal do Espírito Santo.

É possível constatar, vide Quadro 5, que o instituto da Arbitragem possui mais similaridades com o próprio processo estatal do que com a mediação e a conciliação, já que o mesmo se caracteriza como método heterocompositivo. Em seu manual da arbitragem, Scavone Junior identifica-a como o mais antigo meio de resolução de controvérsias pela heterocomposição, presente desde os hebreus, na Antiguidade descrita no Pentateuco, quando os conflitos eram decididos por árbitros, como no exemplo de Jacó e Labão. Foi, por sua vez, no Direito Romano, que ela passou a ser voluntária, facultativa, admitida e mesmo estimulada, de modo que a arbitragem obrigatória existiu entre as fases de *legis actiones* (ações da lei) e do *per formulas* (processo formulário)²⁴⁸.

Ao analisar a constitucionalidade da arbitragem, o autor trouxe o seguinte:

²⁴⁸ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. Edição revista, atualizada e ampliada. Disponível em: <https://www.camani.com.br/gallery/manual%20de%20arbitragem%20mediação%20e%20conciliação%20-%20luiz%20antonio%20scavone%20jr%20-%20ed%20forense%20-%202014.pdf>. Acesso em: jul. 2021.

Tradicionalmente se entende que a jurisdição é monopólio e função do Estado que, assim, substitui as partes na solução do conflito que os envolve, mediante aplicação do direito material através do processo. A inferência doutrinária que considera a jurisdição um monopólio estatal se funda no princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, da CF). Todavia, também pela tradição do nosso direito, admite-se a autotutela como exceção nos conhecidos casos de esbulho (art. 1.210, § 1.º, do CC), direito de retenção (art. 1.219 do CC) e direito de greve (art. 9.º da CF). Em verdade, a arbitragem é a jurisdição exercida fora do âmbito do Estado, o que se admite posto que as partes são livres para transigir sobre seus direitos patrimoniais e disponíveis. A transação, que sempre foi admitida entre nós, é ato jurídico bilateral que visa extinguir ou prevenir litígios mediante concessões recíprocas das partes interessadas ou, ainda, a composição com troca de vantagens pecuniárias. De fato, dispõe o art. 840 do CC que “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. O instituto, assim como a arbitragem, é de utilidade para as partes, que evitam perdas ou demora na solução da lide mediante composição, principalmente ante a pleora de feitos que assoberba o Poder Judiciário²⁴⁹.

Ora, havendo o interesse e respeitando-se o princípio da autonomia de vontade das partes, bem como se considerando outras questões, tal como o acesso à justiça, a arbitragem emana como um instituto válido a ser aplicável nos casos concretos. Selma M. Ferreira Lemes²⁵⁰ buscou em seu estudo analisar os princípios jurídicos fundamentais que recaem sobre o referido instituto, os quais são apresentados de modo sintetizado abaixo, já que a maior parte deles já foi analisada sob o escopo de outros institutos no presente capítulo.

- a) A arbitragem está associada ao cumprimento do princípio do direito à tutela jurisdicional, garantindo ampla defesa e contraditório no caso concreto;
- b) O devido processo legal e a igualdade entre as partes também devem ser observados no processo arbitral;
- c) A imparcialidade do árbitro é o princípio que valida o processo arbitral, cuja função equivale, no papel desempenhado, à posição de juiz;
- d) O princípio da livre convicção do árbitro também deve ser observado, tendo em vista que a tal figura é concedido o poder de formar sua livre convicção quanto à verdade apurada no procedimento arbitral, efetuando uma apreciação autônoma das provas produzidas, dos argumentos trazidos ao tribunal arbitral pelas partes, bem como de outras circunstâncias julgadas oportunas para firmar a sua opinião em relação à demanda;

²⁴⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Op. cit., p. 54.

²⁵⁰ LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, v. 29, n. 115, p. 441-468, jul./set. 1992.

- e) O princípio da autonomia da vontade é um dos fundamentos para legitimar a arbitragem no Brasil, já que as partes acordam voluntariamente em acionar o instituto em caso de conflito.

Embora a autora tenha restringido sua análise a tais princípios, é importante destacar que diversos outros (dentre os citados no presente estudo) também devem ser observados no caso em questão, como, por exemplo, o da legalidade e o da duração razoável do processo arbitral.

Avançando na discussão, é relevante citar o estudo de Fernandes e Borges²⁵¹, no qual os autores apresentam os requisitos, a classificação e os elementos do instituto da arbitragem na seguinte disposição:

- **Requisitos da arbitragem:** As pessoas devem ser plenamente capazes, com necessidade da *rationae personae* (capacidade para transacionar sobre o objeto do litígio). O segundo requisito fundamental consiste no objeto em discussão, o qual é restrito às questões de caráter patrimonial disponível, o que não permite versar, por exemplo, sobre direito de família puro e estado da pessoa, em tese;
- **Classificação da Arbitragem:** a) considera-se arbitragem institucional aquela que trata da instituição arbitral anteriormente organizada e que prevê a regulamentação do processo, incluindo tabela de honorários, metodologia arbitral e cadastros dos árbitros; b) arbitragem *ad hoc* é aquela utilizada para resolver casos específicos nos quais são adotados procedimentos estabelecidos pelas partes, observando as limitações impostas pela legislação vigente; c) arbitragem pública é aquela na qual há envolvimento dos Estados, sendo regida pelo direito internacional; d) arbitragem privada é a que envolve entes físicos e jurídicos de direito privado, podendo ser nacional ou internacional; e) arbitragem interna não envolve a presença de leis internacionais, inexistindo conexão com direito estrangeiro; e f) por fim, a arbitragem internacional ocorre quando os elementos do contrato, como o domicílio das partes, encontram-se localizados em mais de um país;

²⁵¹ FERNANDES, Almir Garcia; BORGES, Florença Drummond. A Arbitragem Internacional Privada Como Método De Resolução De Disputas Comerciais. **Revista Jurídica UNIARAXÁ**, Araxá, v. 21, n. 20, p. 15-40, ago. 2017.

- **Elementos da arbitragem:** a) deve contar com um corpo de regras sobre os modos e procedimentos, levando a investidura de um árbitro único ou da constituição do tribunal arbitral; b) deve apresentar regras mínimas sobre o procedimento a ser seguido pelo árbitro ou pelo tribunal no decorrer da arbitragem, assim como dar a indicação do direito material a ser aplicado e das normas de caráter supletivo, podendo ser alteradas pelos litigantes; c) devem constar normas que constituam um corpo de funcionários, com o intuito de auxiliarem na realização dos trabalhos e nos procedimentos arbitrais, assegurando também a guarda dos atos produzidos durante os procedimentos (em especial, a do laudo arbitral); e d) deve trazer a lista de nomes de pessoas (e de instituições) da qual podem ser retirados os árbitros e/ou superárbitros²⁵² e seus substitutos, a serem nomeados pelos litigantes ou, caso não o façam, pelos funcionários do centro ou da comissão de arbitragem.

Desse modo, o instituto da arbitragem configura-se como um bem, definido na medida de sua classificação e de seus elementos e regras. Cumpre-se analisar, não obstante, o funcionamento dela em outros países, a título de Direito Comparado. Hecht Cury, em seu estudo denominado “Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal: O Dever da Fundamentação da Sentença Arbitral”, apresentou o regimento da arbitragem no caso português a partir da Lei nº 9.307/96, nº 63/2011 (LAV – Lei De Arbitragem Voluntária), que dispõe sobre os requisitos para submissão do conflito ao tribunal arbitral, sobre a constituição deste último, sobre as condições para que o indivíduo possa ser árbitro no processo arbitral, bem como sobre seus prazos e deveres, e também acerca da fundamentação da sentença, dos tipos de recursos, da dissolução do tribunal arbitral, dentre outros²⁵³. A autora destaca, considerando as circunstâncias e desafios da arbitragem portuguesa, que:

De fato, o processo arbitral é menos rígido do que o processo judicial, considerando que as partes podem escolher as normas que vão reger cada litígio, com a exceção de elementos que não poderiam ser tão flexíveis, afinal, a decisão de um árbitro é tão válida, eficaz e exequível quanto a decisão de um juiz. A arbitragem é uma forma alternativa de resolução de litígios, ou seja, é uma maneira de resolver o problema com auxílio e julgamento de uma(s) pessoa(s) apta(s) para tal função, sem a necessidade de provocar o sistema judiciário, sem precisar recorrer a um magistrado, entretanto, esse sistema não pode ser completamente aberto e alheio ao sistema

²⁵² Superárbitro é o escolhido para decidir sobre questão a respeito da qual os outros árbitros estão em desacordo.

²⁵³ HECHT CURY, Carolina. **Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal: O Dever da Fundamentação da Sentença Arbitral**. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

judiciário, o que pode ser constatado quando a lei exige que o tribunal arbitral adote princípios fundamentais que também regem o tribunal judicial, ou quando a lei prevê que os árbitros não podem ser responsabilizados por suas decisões, assim como os magistrados. Portanto, apesar de ser um meio alternativo, não é um meio completamente alheio ao sistema estadual²⁵⁴.

Destaca-se que a arbitragem é um instituto que se fortaleceu na maior parte dos países ao longo da história, tornando-se prática comum em nações como Alemanha, Estados Unidos, Áustria, Holanda, Canadá, Japão, México, França, Reino Unido, dentre inúmeros outros. No caso alemão, por exemplo, ele está vinculado ao critério da patrimonialidade da “arbitralidade objetiva” e não da disponibilidade do direito, de modo que qualquer direito de caráter patrimonial pode ser objeto de convenção de arbitragem, vide artigo 1.030, número 1 do processo civil alemão, o *Zivilprozessordnung* – ZPO.

Lemes²⁵⁵ buscou analisar em seu estudo as legislações de outros países em relação à arbitragem, além dos casos alemão e português supracitados, elucidando na seguinte disposição o funcionamento e regimento dos institutos em matéria de Direito Comparado:

- Na França, é o *Nouveau Code de Procédure Civile* que disciplina a matéria, como no caso do artigo 1.452, o qual estabelece como regra que a constituição do tribunal arbitral não se consuma até que todos os árbitros aceitem a missão confiada a eles;
- Na Espanha, a Lei nº 36, de 05 de dezembro de 1988 (Lei de Arbitragem Espanhola – LAE), disciplina o instituto segundo o artigo 12.3, o qual estabelece que “no podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.2²⁵⁶”;
- Na Holanda, o Código de Processo Civil, de 01 de dezembro de 1983, disciplina a arbitragem a exemplo do artigo 1.033, o qual estabelece que um árbitro pode ser recusado caso suscite dúvidas sérias quanto à sua imparcialidade ou independência;

²⁵⁴ HECHT CURY, Carolina. Op. cit., p. 41-42.

²⁵⁵ LEMES, Selma M. Ferreira. Op. cit.

²⁵⁶ Em tradução do autor: “Não poderão atuar como árbitros quem tiver, com as partes ou com a controvérsia que lhes seja submetida, qualquer das relações que estabeleçam a possibilidade de abstenção e recusa de Juiz, sem prejuízo do disposto no artigo 17.2”.

- Destaca-se, por fim, o caso da Suíça, que conta com legislação sobre arbitragem internacional (em vigor desde 01 de janeiro de 1989), como no caso do artigo 182.3, o qual salienta o tratamento de igualdade das partes e do contraditório, independentemente do procedimento selecionado.

Ao analisar o caso dos países acima, verifica-se que cada um deles conta com regras específicas para acionar o instituto da arbitragem; contudo, as “normas gerais” envolvendo tal modelo de heterocomposição são bastante similares. Há também as convenções internacionais sobre a arbitragem, como a Convenção das Nações Unidas sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (1958), a Convenção Europeia de Arbitragem Comercial Internacional (1961) e a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional ou “Convenção do Panamá” (1975)²⁵⁷, dentre outras.

Deste modo, a arbitragem é consolidada como um mecanismo de resolução adequada de conflitos no plano internacional. Cumpre-se apresentar também, de forma clara e objetiva, no que consiste a arbitragem ambiental, já que a temática será aprofundada mais adiante no presente estudo, bem como as questões relacionadas à arbitragem como mecanismo de tutela coletiva.

A possibilidade de utilização da arbitragem em disputas coletivas é polêmica. Peter Sester, por exemplo, afirma que “sem que haja intervenção do legislador, (...) a arbitragem coletiva (no sentido da ação civil pública) é um caminho perigoso para a arbitragem como instituto de direito”²⁵⁸. No mesmo sentido, Kazuo Watanabe e Daniela Monteiro Gabbay enxergam dificuldades na aplicação da arbitragem coletiva com base no microssistema coletivo previsto na LACP, na CRFB/88 e no CDC²⁵⁹. Ainda sobre a temática, Fabiane Verçosa considera que “as arbitragens coletivas (também chamadas de ‘*class arbitrations*’ em referência ao instituto nos Estados Unidos da América) são um fenômeno bastante recente em nosso País”²⁶⁰; já Fernando Kuyven sustenta que:

²⁵⁷ Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/international-arbitration-conventions/>. Acesso em: jul. 2021.

²⁵⁸ SESTER, Peter Christian. **Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 108.

²⁵⁹ WATANABE, Kazuo; GABBAY, Daniela Monteiro. Admissibilidade e adequação da arbitragem coletiva como um mecanismo de acesso à justiça no mercado de capitais e seus aspectos procedimentais. **RBA**, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 67-94, 2020.

²⁶⁰ VERÇOSA, Fabiane. O desafio da audiência de instrução na arbitragem coletiva societária. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Coords.). **Arbitragem Coletiva Societária**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 119.

O surgimento de arbitragens coletivas se insere no movimento de evolução e democratização do Direito Brasileiro no sentido da implementação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, alçado à garantia fundamental e ao princípio informador do Processo. É neste contexto que foram criados instrumentos, entre os quais a arbitragem coletiva, que permitem a tutela de interesses individuais homogêneos, antes inviável em razão dos custos relacionados com a propositura de uma arbitragem individual ou a manutenção de um longo processo judicial, o que impossibilitava a proteção desses direitos e perpetuava situações de injustiça danosas à sociedade brasileira²⁶¹.

Se a questão é polêmica no que se refere à utilização da arbitragem coletiva para a resolução de disputas em geral, a situação é ainda mais complexa no que se refere aos conflitos ambientais. Nesse sentido:

pode-se afirmar que o fato de o bem jurídico ambiental, qualificado como uso comum do povo, ter natureza difusa, não exclui a possibilidade de a proteção ambiental ser submetida ao regime jurídico de Direito Privado, especialmente, quando esses litígios envolverem relações patrimoniais concernentes ao bem jurídico ambiental. A solução arbitral seria uma opção célere e eficaz de dirimir os litígios ambientais e de promover a proteção do meio ambiente, sem significar a substituição do papel do Poder Judiciário nas demandas que envolverem bem ambiental²⁶².

No capítulo 2 do presente estudo, foi realizada uma análise da tutela de direitos difusos, visto que sua indisponibilidade “leva muitos juristas a considerarem que uma relação jurídica de conteúdo ambiental não pode ser submetida à arbitragem”²⁶³. Em outra direção, constata-se que:

Se, por um lado, a arbitragem no campo do Direito Ambiental esbarra na limitação material imposta pela Lei de Arbitragem, por outro lado, é sabido que a violação de direitos difusos – direito fundamental ao meio ambiente – implica a violação de direitos privados de particulares. Nesse sentido, a opção pela potencialização do uso de arbitragem ambiental como instrumento de solução pacífica de conflitos ambientais deve ser pautada pela verificação de suas vantagens em relação à jurisdição estatal e também as condições de utilização da arbitragem para a tutela ambiental²⁶⁴.

Assim, há o precedente para se falar em arbitragem ambiental no Brasil e promover a discussão sobre o tema. O conceito de arbitragem ambiental, embora bastante claro, pode ser ressaltado a partir da aplicação do meio heterocompositivo no sistema de justiça multiportas,

²⁶¹ KUYVEN, Fernando. Arbitragem coletiva e responsabilidade da companhia aberta. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Coords.). **Arbitragem Coletiva Societária**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 146.

²⁶² PASSOS DE FREITAS, Vladimir; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Rio de Janeiro/RJ, v. 7, n. 2, p. 7-27, 2017. p. 24

²⁶³ PASSOS DE FREITAS, Vladimir; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. Op. cit., p. 12.

²⁶⁴ PASSOS DE FREITAS, Vladimir; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. Op. cit., p. 12.

com sua utilização nos contextos do Direito Ambiental. Nesse ínterim, ela surge como um pressuposto ainda mais relevante, já que a celeridade e a eficiência da arbitragem podem promover ganhos ambientais, contribuindo, desse modo, para a proteção do meio ambiente e para o desenvolvimento sustentável.

Freitas de Assis e Freitas Araújo reconhecem que a arbitragem, “regulamentada no Brasil pela Lei 9.307/96, vem sendo reconhecida como o método mais eficiente de resolução de conflitos”²⁶⁵. Ainda assim, nos termos dessa legislação (em especial de seu artigo 1º), tal método não é utilizado para a solução de todo e qualquer conflito que envolva matéria ambiental, sendo exequível diante de efeitos patrimoniais de danos ambientais.

Para as autoras supramencionadas, no entanto, é necessário considerar que, no contexto das relações internacionais, o Brasil aplica sem qualquer restrição a arbitragem no campo ambiental, sendo essa uma contradição:

Como se pode ter um direito simultaneamente disponível (ordem internacional) e indisponível (ordem interna)? A resposta a esta indagação se encontra na própria forma como são incorporados os tratados de direitos humanos pelo ordenamento jurídico nacional. Considerando que no rol dos direitos humanos inclui-se também o direito de desfrutar de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, assim, tratados ou convenções que tratem de matéria ambiental, se aprovados segundo a regra do §3º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, serão equivalentes às emendas constitucionais. Se não, terão caráter supralegal. Nesse sentido, não se pode pretender a aplicação do mencionado art. 1º da Lei 9.307/96, uma vez que os tratados e convenções ambientais, que estão em posição hierárquica superior, expressamente, admitem a arbitragem. Aliás, tal convicção é corroborada pela própria existência de leis internas que admitem o uso da arbitragem, como a Lei 9.478/97, que permite sua utilização na proteção do meio ambiente e na promoção da conservação de energia. Não há, portanto, razão para se obstar a possibilidade de uma arbitragem de situações jurídicas indisponíveis²⁶⁶.

Percebe-se que a utilização do instituto da arbitragem na seara ambiental vem passando por algumas controvérsias e contradições, as quais serão aprofundadas mais adiante no presente estudo. Enquanto certos autores, como os aqui citados, defendem que o uso de tal instituto deve ser restrito à interpretação legal, outros o sustentam de modo distinto ou até mesmo propõem que a legislação seja alterada. Os conflitos ambientais (quer envolvendo grupos vulnerabilizados quer não) estão “em alta” na sociedade global da atualidade diante do reconhecimento da necessidade de proteger e preservar o meio ambiente. Embora utilizar a

²⁶⁵ FREITAS DE ASSIS, Natália Maria; FREITAS ARAÚJO, Lílian Gabriele de. A Arbitragem aplicada ao conflito ambiental. *Rev. Eletrônica Direito E-Nergia*, Natal, v. 4, ano 3, n. 2, p. 1-20, ago./dez. 2011. p. 1. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5004/4031>. Acesso em: jul. 2021.

²⁶⁶ FREITAS DE ASSIS, Natália Maria; FREITAS ARAÚJO, Lílian Gabriele de. Op. cit., p. 1-2.

arbitragem como uma possibilidade para resolver as controvérsias e lides ambientais seja consistente, inexistente um consenso pleno quanto a acioná-la nessa matéria.

Também se cumpre realizar um breve apanhado sobre a questão das arbitragens coletivas no Brasil, as quais foram objeto de estudo de diversos autores, como Greff Mariani, que reconhece que a “arbitragem possui muito a ajudar na prestação jurisdicional em demandas de natureza coletiva”²⁶⁷, sobretudo por sua flexibilidade, especialidade e celeridade, que tornam o processo coletivo pela resolução heterocompositiva muito mais aprimorado, não se tratando apenas de apontar suas agruras, mas de se atentar aos inúmeros benefícios da arbitragem coletiva. Nessa equação, deve-se contemplar a arbitragem objetiva e subjetiva:

- a) No âmbito da arbitragem objetiva, direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, via de regra, não podem ser arbitráveis. Isso não impede, no entanto, que a forma de cumprimento de obrigações estabelecida sobre tais direitos seja levada ao instituto da arbitragem. Em relação aos direitos homogêneos, o campo da arbitragem é maior, aferindo a disponibilidade e patrimonialidade deles;
- b) Já em se tratando da arbitragem subjetiva, tem-se que a mesma não impõe maiores dificuldades, seja nos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* seja nos direitos individuais homogêneos, de modo que os entes legitimados a nível coletivo possuem a capacidade contratual e podem exercer o direito de levar o litígio a ser submetido por processo arbitral.

Um processo estatal coletivo, na dinâmica da tutela de direitos, esbarra nos mesmos problemas já conhecidos e exaustivamente apresentados no presente capítulo quanto à crise do Judiciário: mesmo se tratando de uma demanda que envolve os interesses e direitos de diferentes pessoas, como um grupo ou uma comunidade, o processo será prejudicado pela falta de celeridade e pela falta de eficiência no alcance de soluções justas.

Assim:

Com a crise na prestação jurisdicional estatal, a qual se encontra em declínio, em face da descrença em virtude da demora e de custos elevados, dentre outros fatores, somando o fato de que a sociedade atual complexa pautada na diferença desenvolveu o reconhecimento de novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados, como os direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos, os quais findaram a incapacidade do Estado em gerir o monopólio da jurisdição e conduzir a

²⁶⁷ GREFF MARIANI, Rômulo. **Arbitragens Coletivas no Brasil**. 2013. 279f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2013. p. 10.

sociedade e os operadores do direito a buscarem meios alternativos de solução de conflitos. Com o instituto de arbitragem fora justificado, em grande parte, pela dificuldade do Poder Judiciário em administrar o sistema de justiça. A jurisdição apresentada como prestação de um serviço público, visto que é dever do Estado em promover a paz social pela composição de conflitos, como monopólio, centrado unicamente na figura do Estado não condiz com a realidade presente. Assim, a atuação dos meios alternativos para a solução dos conflitos ganha destaque diante da crise jurisdicional. A jurisdição deve ser alcançada como instrumento de educação e participação popular, de efetivação e consagração de justiça, de pacificação social²⁶⁸.

Aguiar analisou em seu estudo a experiência internacional envolvendo a arbitragem coletiva e sua aplicabilidade no caso do Direito do Brasil, destacando que foi o “país de *civil law* que de forma mais profunda e rica promoveu uma revolução em prol da criação de mecanismos de tutela coletiva, pela ampliação das matérias sujeitas à Lei da Ação Popular e as promulgações da Lei da Ação Civil Pública”²⁶⁹, além da CRFB/88 e do CDC. Em suas legislações, países como França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo almejam estimular a arbitragem também como um instituto a ser acionado em conflitos de direitos e interesses no âmbito coletivo, sendo uma experiência que pode ser apropriada e aprimorada no caso brasileiro.

Nery também estudou a arbitragem coletiva em âmbito nacional em sua pesquisa, na qual revela que, no “Brasil[,] não há exigências legais como *certification, adequacy of representation e notice*”²⁷⁰, de modo que o rito procedimental coletivo brasileiro é muito semelhante ao de uma ação individual²⁷¹. No entanto, é importante considerar a estrutura do processo coletivo no contexto estatal, a qual deve se transpor à aplicabilidade da arbitragem coletiva:

Propõe-se que a arbitragem coletiva tenha como finalidade a de discutir a responsabilidade de lesão a bem de natureza transindividual, buscando sua reparação, tal como se pretende com o TAC, mas com a diferença de que o conflito será submetido à arbitragem para receber decisão definitiva sobre o tema. Nesse contexto, deve a convenção de arbitragem para a arbitragem coletiva abarcar, prioritariamente, a recomposição do bem jurídico ao status quo ante isto é, ao estado em que se encontrava antes de ter sofrido o efetivo dano²⁷².

²⁶⁸ ALCANTARA DA SILVA, Joslaine Montanheiro; SCHETINO DE LIMA, Marco Aurélio. Análise do Instituto da Arbitragem como Método de Resolução dos Conflitos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA, 9., 2020, Curitiba. **Anais...** Curitiba/PR, 2020. p. 318. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/4374/371372627>. Acesso em: jul. 2021.

²⁶⁹ AGUIAR, Gabriel Moura. **Arbitragem Coletiva: A Experiência Internacional e a Aplicabilidade ao Direito Brasileiro**. 2020. 277f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2020. p. 135.

²⁷⁰ Tradução do autor: “certificação, adequação da representação e notificação”.

²⁷¹ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva no Brasil**. La Independencia Judicial y las Reformas a la Justicia. 2017. p. 47. Disponível em: <https://americana.edu.co/medellin/wp-content/uploads/2020/09/La-Independencia-Judicial-y-las-Reformas-a-la-Justicia.pdf#page=33>. Acesso em: jul. 2021.

²⁷² NERY, Ana Luiza. Op. cit., p. 48.

Mais adiante, serão aprofundadas as questões envolvendo a arbitragem coletiva, a arbitragem ambiental e a tutela dos vulnerabilizados, sendo que já neste momento se faz necessário o destaque da tamanha complexidade de análise dessa matéria jurídica, a qual sempre deve possuir como pano de fundo a crise do Poder Judiciário e o acionamento dos mecanismos adequados de resolução de conflitos.

Para finalizar o capítulo, retomamos alguns dos pontos centrais abordados nele, os quais servirão para embasar o decorrer do estudo: vivenciamos na atualidade um Poder Judiciário em crise em face da cultura de judicialização brasileira, em que os conflitos são levados para a apreciação judiciária, sem considerar as formas alternativas de disputas. Conflitos, via de regra, podem ser resolvidos ao se acionar mecanismos de duas naturezas, a saber, os autocompositivos e os heterocompositivos:

- a) É método autocompositivo aquele no qual as partes se comprometem a resolver o conflito por si só, mesmo com a participação de um terceiro, imparcial, como um mediador ou um conciliador;
- b) Já o método heterocompositivo é aquele no qual o terceiro decidirá efetivamente qual a solução mais adequada ao conflito, seja no processo estatal (com a figura do magistrado) seja no processo arbitral (com a figura do árbitro).

Encontrar os meios para a solução alternativa de controvérsias é a principal possibilidade para enfrentar a crise do Judiciário pelo excesso de demandas. Um Poder Judiciário sobrecarregado e com dificuldades estruturais, como no caso brasileiro, será naturalmente incapaz de lidar com o volume de trabalho no pleno cumprimento dos princípios que regem o processo estatal, em especial no tocante à duração razoável do mesmo.

Esse problema, contudo, não é específico do caso brasileiro, sendo enfrentado também por países desenvolvidos, o que gerou um fortalecimento da arbitragem em matéria internacional, tanto nas legislações domésticas das nações quanto no contexto das relações internacionais do instituto, bem como de outras possibilidades, como a mediação e a conciliação, mecanismos menos onerosos e mais céleres para a solução dos litígios. Ao analisarmos países como Estados Unidos, Alemanha e França, mesmo brevemente, deparamo-nos com conteúdos jurídicos que permitem acionar o instituto da arbitragem, assim como outros meios adequados para compor os litígios.

O presente capítulo buscou elucidar o contexto do sistema de justiça multiportas, ressaltando a relevância de tais mecanismos para o mesmo. Como visto, um Tribunal Multiportas é, por natureza, um tribunal inovador, o qual busca dar uma lógica racional para os conflitos apresentados, economizando tempo e dinheiro dos litigantes e das próprias instituições. Em contrapartida, um sistema “fechado”, ou seja, aquele no qual o Judiciário consiste na única possibilidade para resolver disputas jurídicas com qualquer tipo de amparo é um sistema ultrapassado. É multiportas o sistema no qual as controvérsias não são submetidas especificamente ao Poder Judiciário, o que passa necessariamente pela adoção dos meios mais adequados a cada um de seus tipos.

É imperativo que o Judiciário, justamente por sua incapacidade de lidar com o grande volume de demandas judiciais submetidas a ele, deixe de ser o protagonista na resolução de conflitos para tornar-se a *ultima ratio*, ou seja, a última razão ou o último recurso a ser utilizado. Assim, sempre que possível, é necessário levar os conflitos para uma apreciação fora do Judiciário. Em casos mais complexos, nos quais o diálogo é dificultado e inviabilizam-se os meios autocompositivos, ainda é possível manter a preferência pela resolução heterocompositiva da lide, acionando o instituto da arbitragem.

Diversos marcos buscaram legitimar a justiça multiportas no caso brasileiro, como a Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010, a Lei de Arbitragem e o Novo Código de Processo Civil, associados à observância do artigo 37 da CRFB/88, que torna mandatário o cumprimento dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência para a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Fazer com que o Estado, na figura do Judiciário, deixe de ser o protagonista no julgamento das lides não significa diminuir sua importância ou o escopo de sua atuação, mas sim fazer com que ele só seja acionado quando não restarem outras alternativas disponíveis. É por isso que existem, por exemplo, as audiências de conciliação como uma tentativa de apresentar aos indivíduos uma possibilidade de resolver sua controvérsia sem a necessidade de estruturar o processo estatal²⁷³:

(...) em termos contratuais, a Audiência de Conciliação é uma situação pertencente ao domínio jurídico, cuja finalidade é levar os sujeitos envolvidos, as denominadas partes (consumidor/reclamante, fornecedor/reclamado), a um acordo, sendo a interação entre tais sujeitos mediada pelo conciliador/mediador, que não possui poder de decisão, mas cujo papel linguageiro é o de mediar a troca entre os participantes e levá-los a concretizar um acordo. O propósito é bastante variado, mas

²⁷³ LADEIRA, Wânia Terezinha. **O Papel do Mediador no Gerenciamento e Negociações de Conflitos em Audiências de Conciliação**. 2005. 220f. Tese (Doutorado em Letras) – Programa de Pós-graduação em Letras, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2005. p. 171.

tais situações sempre levam em conta causas jurídicas inferiores a quarenta salários mínimos. No que diz respeito ao dispositivo de comunicação, observamos que os sujeitos estão presentes fisicamente, sendo eles, na grande maioria das vezes, únicos (a não ser quando há a presença de advogados, que representam as partes); eles utilizam prioritariamente o canal oral, caracterizando, portanto, uma situação dialogal com explícita troca de turnos²⁷⁴.

O Estado Democrático de Direito clama e depende de um Judiciário eficiente para a resolução de disputas. Deste modo, suas ferramentas são denominadas meios adequados para a solução de conflitos, o que envolve não apenas a arbitragem, mas também os meios autocompositivos (como a conciliação e a mediação), sendo recursos democráticos que evitam uma sobrecarga deste Poder, para que ele possa exercer suas funções de modo competente, em harmonia com o Poder Executivo e com o Poder Legislativo.

Essa análise aprofundada da justiça multiportas no contexto da resolução de conflitos é fundamental para abordar a paridade de armas para a defesa dos grupos vulnerabilizados. As pessoas que se encontram em grau de vulnerabilidade (seja no âmbito individual seja no coletivo) acabam enfrentando graves dificuldades na concreção de seus direitos e no acesso ao Poder Judiciário. Fala-se, assim, em uma possível inadequação jurisdicional estatal e na relevância da tutela coletiva, considerando aspectos como os problemas estruturais envolvendo tais grupos e a análise da justiça estatal para grandes tragédias, como os episódios ocorridos em Brumadinho e Mariana (Minas Gerais), pontos que serão abordados no tópico seguinte. Para tratar especificamente do instituto da arbitragem no contexto da paridade de armas de vulnerabilizados, é necessário compreender a arbitragem objetiva no contexto dos direitos patrimoniais disponíveis, e a arbitragem subjetiva no contexto da possibilidade de contratar. Tais fenômenos foram brevemente discutidos no presente capítulo e também serão debatidos no tópico 4.1.2.

A justiça multiportas, mediante o exposto, deve contemplar as medidas democráticas, nas quais o Direito não é (e nem poderia ser) algo restrito apenas a certos indivíduos, deixando os vulnerabilizados desamparados. A vulnerabilidade, como um conceito, engloba também as dificuldades de acesso dos grupos e indivíduos que a integram aos serviços públicos e judiciais, mas não se limita aos mesmos. Ao considerarmos as adversidades enfrentadas pela crise do Judiciário na atualidade, tem-se que o mesmo já apresenta pouco nível de competência para lidar com os conflitos cotidianos, o que dirá para situações de maior complexidade, como as questões que envolvem os vulnerabilizados.

²⁷⁴ LUZIA DA SILVA, Elaine; CORRÊA ROSADO, Leonardo Coelho; SOUZA MELO, Mônica Santos de. Um estudo do ethos discursivo em audiências de conciliação. **Linguagem em (Dis)curso**, Tubarão, SC, v. 12, n. 1, p. 71-98, jan./abr. 2012. p. 82.

Aos operadores do Direito, deste modo, o afinamento do presente estudo em torno do alcance dos objetivos específicos abordados no decorrer da pesquisa está considerado em grau de dualidade com as questões que abrangem a tutela dos direitos de grupos vulnerabilizados e com a possível utilização de mecanismos adequados, como a arbitragem, para a solução das controvérsias fora do amparo do Judiciário, aumentando o acesso à justiça em cumprimento aos princípios constitucionais e procedimentais que os regem.

De modo algum a pretensão é “afastar” os direitos dos vulnerabilizados da manta do Judiciário, mas sim considerar seu caráter *ultima ratio*, *extrema ratio*, defendendo que o acesso a ele não se confunde com o acesso à Justiça e que as possibilidades alternativas podem ser abordagens mais consistentes para tratar das necessidades dos indivíduos que se encontram em grau de vulnerabilidade.

A contextualização do tema parte do encontro do entendimento anteriormente apresentado, no qual se constatou uma negação simbólica de acesso dos grupos vulnerabilizados aos seus direitos mais básicos, como moradia, saúde e educação. O Estado, quando incapaz de abordar os conflitos que recaem sobre tais grupos e promover o alcance de soluções, deve vislumbrar os meios adequados para que eles não fiquem desamparados, não se eximindo de sua responsabilidade²⁷⁵. A arbitragem, instituto que mais se assemelha ao processo judicial no âmbito dos meios adequados para a resolução dos conflitos, será o principal mecanismo a ser abordado nesse sentido, conduzindo o presente estudo ao alcance de uma conclusão verdadeiramente aplicável ao problema exposto.

²⁷⁵ MEDEIROS, Bruno Carlos R. de O. Op. Cit.

4 DA ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE PARIDADE DE ARMAS PARA A DEFESA DOS GRUPOS VULNERABILIZADOS

O artigo 7º do CPC/2015 versa sobre o princípio da paridade de armas ao estabelecer que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”²⁷⁶. O artigo 125, inciso I, de seu antecessor (CPC/73) já implicava ao magistrado o tratamento igualitário às partes, sendo a igualdade considerada um sinônimo do conceito de paridade.

Antes de tudo, vale referenciar Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Ananias Alves Ferreira²⁷⁷ que apresentam “a possibilidade da aplicação da arbitragem coletiva, inspirada nas *class arbitration*, para a solução de conflitos metaindividuais, abrangendo no seu objeto direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

De acordo com Guerra de Melo, a paridade como fenômeno jurídico foi estruturada pelas contribuições de diversos teóricos, como a filósofa norte-americana Nancy Fraser, que aborda a paridade participativa na concepção de justiça, percebendo que há diálogos e pontos convergentes para superar os diversos tipos de subordinação aos quais os indivíduos ou grupos sociais são submetidos, recusando a ordem estabelecida²⁷⁸. Considera-se paridade, outrossim, um conceito associado ao que é par, ou seja, à própria noção de igualdade, algo fundamental no contexto dos grupos vulnerabilizados, tal como evidenciado no presente estudo até então.

Para a própria Fraser, os modelos “pré-definidos” de reivindicação são insuficientes para suprir as demandas de luta por justiça, citando o exemplo da luta pela redistribuição de renda como uma política de classe e a luta pelo reconhecimento como uma política de identidade²⁷⁹. A autora alude inclusive à “negação” da participação de certos indivíduos e grupos e sua correlação com o acesso à justiça:

²⁷⁶ BRASIL. Op. cit. p.

²⁷⁷ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LINS ROCHA, Matheus; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. Op. cit., p. 110.

²⁷⁸ GUERRA DE MELO, Rafael. **Comunicação pública, participação social e paridade participativa** - O caso do Prós e Contras. 2019. 271f. Dissertação (Mestrado em Comunicação nas Organizações) – Departamento de Comunicação, Universidade Lusófona de Humanidades, Lisboa, 2019.

²⁷⁹ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, v.1, n. 70, p. 101-138, 2007.

Por um lado, as pessoas podem ser impedidas da plena participação por estruturas econômicas que lhes negam os recursos necessários para interagirem com os demais na condição de pares; nesse caso, elas sofrem injustiça distributiva ou má distribuição. Por outro lado, as pessoas também podem ser coibidas de interagirem em termos de paridade por hierarquias institucionalizadas de valoração cultural que lhes negam o status necessário; nesse caso, elas sofrem de desigualdade de status ou falso reconhecimento²⁸⁰.

Segundo Lisboa da Silva, o “princípio da paridade de armas está ligado a uma igualdade de instrumentos de investigação e de tratamento entre as partes”²⁸¹, como, por exemplo, no caso da relação do magistrado com ambos os lados envolvidos no litígio, a qual deve ser equidistante para assegurar a equidade na possibilidade de cada um deles influenciar na decisão judicial. A autora aponta sua observância no tocante ao Direito Processual Civil e ao Direito Processual Penal:

De acordo com o princípio da paridade de armas, as partes devem ver assegurada a igualdade de direitos e deveres, de ônus, sanções processuais, garantias e possibilidade de defesa dos seus argumentos, conforme previsto no artigo 7º, do Código de Processo Civil. É utilizado no processo penal por meio da aplicação do artigo 3º, do CPP2 que dispõe que a lei processual penal admite interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Trata-se de princípio decorrente do princípio do contraditório. (...) se o princípio da paridade de armas for violado, é possível sustentar que também haverá causa de nulidade absoluta em razão da inevitável violação ao princípio do contraditório, já que estão interligados²⁸².

Conforme observado nos capítulos anteriores, embora avanços importantes tenham acontecido ao longo dos últimos séculos no tocante à temática, o âmbito dos grupos vulnerabilizados está essencialmente ligado à desigualdade, o que os afasta da participação econômica, política, social e até mesmo jurídica. Por isso, é relevante estudar a paridade de armas na esfera jurídica considerando-os.

Ao levarmos em conta que “a proteção de sujeitos vulneráveis e sua repercussão no processo judicial (paridade de armas) são tarefas que tocam ao legislador mais que ao julgador”²⁸³, já que ele é responsável pela elaboração de leis e dos instrumentos legais que podem ser utilizados para promover a igualdade, é necessário que a comunidade jurídica

²⁸⁰ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, v.1, n. 77, p. 11-39, 2008. p. 17-18.

²⁸¹ LISBOA DA SILVA, Nayara. **O Princípio da paridade de armas como uma ficção jurídica no Processo Penal Brasileiro** – Uma Análise sobre a violação do Princípio e suas consequências. 2018. 16f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito) – Centro, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 3.

²⁸² LISBOA DA SILVA, Nayara. Op. cit., p. 4.

²⁸³ COSTA PEREIRA, Mateus. A paridade de armas sob a óptica do garantismo processual. **R. Bras. Dir. Proc.** – **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 247-265, abr./jun. 2017. p. 261.

explore a temática atentando-se à esfera do Legislativo, mas não desconsiderando a questão do Judiciário.

4.1 DA POSSIVEL INADEQUAÇÃO JURISDICIONAL ESTATAL CONTEMPORÂNEA E A RELEVÂNCIA DA TUTELA COLETIVA

Beatriz Martins de Oliveira aponta que, na medida em que a insatisfação com a jurisdição estatal aumenta, a inadequação da tutela judicial passa a se tornar mais evidente²⁸⁴. A inadequação jurisdicional estatal contemporânea, explorada no presente tópico, será discutida no tocante à relevância da tutela coletiva e dos mecanismos e meios adequados para a resolução de conflitos no contexto da paridade de armas, dando ênfase para a utilização do instituto da arbitragem.

Said Filho destaca que a estrutura judiciária contemporânea é insuficiente para a crescente demanda/formulação por jurídica, diante da inadequação do procedimento jurisdicional para abordar os conflitos sociais que surgem, inadequação essa evidenciada pelos altos índices de congestionamento de processos nos tribunais, o que concorre para a morosidade na prestação jurisdicional²⁸⁵, questão já abordada brevemente em outros momentos do presente estudo e a qual será tratada de modo aprofundado neste capítulo.

Para o autor supramencionado, há inadequação jurisdicional estatal, que contempla a incapacidade do Estado de enfrentar os problemas da sociedade contemporânea. Isso porque os instrumentos detidos pelo Judiciário para lidar com o julgamento das lides acaba impedindo a ordem jurídica de assumir o papel de transformação da realidade social.

A morosidade processual é entendida pelo autor como “uma das consequências mais nefastas da inadequação do modelo atual de prestação da jurisdição”²⁸⁶, cujos efeitos são ainda mais nocivos ao considerarmos os vulnerabilizados, dado que estes já contam com dificuldades naturais de acesso à justiça (escancaradas no presente estudo), resultando em defeitos estruturais que os afligem.

²⁸⁴ OLIVEIRA, Beatriz Martins de. **Remoção de conteúdo em aplicações on-line e a relativização do curso jurisdicional obrigatório estabelecido pelo Marco Civil da Internet**: uma adequação à Sociedade da Informação. 2020. 197f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2020.

²⁸⁵ SAID FILHO, Fernando Fortes. **A Crise Funcional da Jurisdição**: A Arbitragem como “locus” alternativos para a (re) solução de conflitos. 2014. 297f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-graduação em Direito, UNISINOS, São Leopoldo/Teresina, 2014.

²⁸⁶ SAID FILHO, Fernando Fortes. Op. cit., p. 86.

Sobre a relevância da tutela coletiva, Luiz Manoel Gomes Junior e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz²⁸⁷ afirmam que, apesar dos problemas conceituais envolvendo a ideia de representatividade adequada e de abrangência da coisa julgada, as ações coletivas passivas existem no Direito brasileiro e têm sua utilidade, servindo como instrumento de controle.

Nesse sentido:

A Justiça é inacessível, cara, complicada, lenta, inadequada. A Justiça é denegação de Justiça. A Justiça é injusta. Não existe Justiça. Nos países em que a função jurisdicional é desempenhada exclusivamente pelo Poder Judiciário, a crise da Justiça confunde-se e se identifica com a crise do Judiciário e de seus membros. Crise da Justiça, crise do Judiciário, crise da Magistratura. Tudo é levado de roldão, como que a fazer tabula rasa das instituições, dos Poderes, dos homens que os constituem, do produto que geram. E, no entanto, há que distinguir. Em primeiro lugar, porque a crise não tem apenas aspectos negativos, mas indica um fenômeno próprio da evolução e transformação. A crise, prospectivamente, leva – ou ao menos deveria levar – à renovação, segundo os esquemas adequados à realidade emergente. Em segundo lugar, porque há que extremar, na crise que se generaliza como sendo própria do Judiciário, seus diversos aspectos, ora atinentes à crise estrutural de um dos Poderes do Estado, ora relativos à crise institucional que surge no delicado jogo de equilíbrio entre os Poderes, ora peculiares à mentalidade dos operadores da Justiça, ora próprios da inadequação dos controles sobre o exercício da função jurisdicional²⁸⁸.

Para Celso Martins, a “justiça deve ser vista como um valor social, que se altera no tempo para uma mesma sociedade”²⁸⁹; no entanto, seu reconhecimento e sua prática, compreendidos na conduta humana, devem ser desempenhados por cada sujeito que tem como base a moral e o Direito Positivo, colocando seu exercício sob a égide e a responsabilidade de todos aqueles que convivem em uma mesma sociedade.

A questão moral e ética da insuficiência desse monopólio estatal da justiça não é uma questão nova: Hans Kelsen, em sua obra “O problema da justiça”, contempla que a virtude dela é uma qualidade moral, de modo que a mesma pertence ao domínio da moralidade²⁹⁰ acima do domínio do Estado. Nesse sentido, certamente não é moral, em uma sociedade comprometida com a defesa dos vulnerabilizados, deixá-los reféns desse monopólio estatal, tendo em vista sua aparente inadequação judiciária para lidar com os conflitos e demandas. Não é moral permitir que os indefesos continuem a ser indefesos.

²⁸⁷ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; Cruz, Luana Pedrosa de Figueiredo. Ações Coletivas Passivas - Um diálogo com a doutrina - Primeira Parte. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 44, n. 87, p. 300-301, 2019.

²⁸⁸ CELSO MARTINS, José. Os novos rumos da pacificação em tempos de globalização e tecnologia. **Rev. da Faculdade de Direito**, São Bernardo do Campo, v. 1, n. 1, p. 271-289, 2004. p. 283.

²⁸⁹ CELSO MARTINS, José. Op. cit., p. 285.

²⁹⁰ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

É moral, no entanto, encontrar alternativas para promover o acesso à justiça perante a essa inadequação. Idealmente, o Estado deveria prover todos os meios e mecanismos para assegurar a jurisdição não apenas, mas também aos grupos vulnerabilizados. Contudo, se falamos de um Estado pesado, lento e inadequado para tratar das lides e demandas, qual seria o motivo de mantermos a jurisdição estatal como única possibilidade de fazê-lo? De fato, não há justificativa plausível para a manutenção dessa concepção conservadora do acesso à justiça ante a existência dos mais diversos mecanismos adequados para a resolução de conflitos, em especial dos meios autocompositivos, os quais valorizam a autonomia das partes, como na arbitragem.

Charles Taylor aponta que as concepções de igualdade no contexto social tornaram-se cegas às diferenças, algo que não é justo: “com a política da diferença, pedem-nos para reconhecer a identidade peculiar desse indivíduo ou grupo, aquilo que o distingue de todas as outras pessoas”²⁹¹. Simplesmente fingir que inexistente vulnerabilidade social de certos grupos e negar os efeitos devastadores da insuficiência da justiça estatal para lidar com suas demandas trata-se de um problema moral, o qual não pode ser ignorado.

A existência de vulnerabilidade não consiste em uma mera opinião, mas sim em um fato escancarado em realidades sociais como a brasileira. Ainda de acordo com Taylor, o Direito está entre as ciências que deve obrigatoriamente reconhecer a presença de distintas identidades no âmbito da política da diferença, não admitindo que os não-vulnerabilizados gozem de privilégios:

[...] com a passagem para a modernidade, as categorias pós-convencionais, que já antes foram desenvolvidas na filosofia e na teoria política, penetram no direito em vigor, submetendo-o às pressões de fundamentação associadas à ideia de um acordo racional acerca de normas controversas; o sistema jurídico precisa ser entendido de agora em diante como expressão dos interesses universalizáveis de todos os membros da sociedade, de sorte que ele não admita mais, segundo sua pretensão, exceções e privilégios²⁹².

Em outra obra, Charles Taylor afirma que “ver a plena complexidade e riqueza da identidade moderna é ver, em primeiro lugar, o quanto todos estamos enveredados nela, apesar de todas as nossas tentativas de repudiá-la”²⁹³. Assim, é preciso considerar que as identidades não nascem do dia para a noite, sendo um fenômeno constituído historicamente, e os efeitos históricos da identidade dos grupos vulnerabilizados, em específico, acabam

²⁹¹ TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 250.

²⁹² TAYLOR, Charles. Op. cit., p. 242.

²⁹³ TAYLOR, Charles. **As fontes do Self**. A construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 2005. p. 24

também promovendo sua inacessibilidade ante a insuficiência da justiça estatal em amparar suas lides. Não se fala, dessa forma, em uma possível e nem mesmo em uma provável inadequação jurisdicional estatal, mas sim em uma inadequação propriamente dita.

Cumpre-se apresentar, no mesmo sentido, a relevância da tutela coletiva, a qual, de acordo com Bergstein²⁹⁴, está associada à seguinte compreensão: em certos casos, como em situações de danos de pequena expressão econômica no direito consumerista, os mecanismos da tutela coletiva são mais eficientes para coibir a conduta lesiva do que a tutela individual. Nesse exemplo, contudo, destaca-se que é relevante que os seus instrumentos sejam verdadeira e efetivamente utilizados pelos legitimados legais, representantes adequados da coletividade de consumidores atingida pela prática comercial danosa.

Tem-se que:

O paradigma neoconstitucionalista de Estado e a compreensão das normas constitucionais como regras e princípios dotados de força normativa e obrigatoriedade impuseram uma releitura dos institutos jurídicos tendentes a garantir e efetivar direitos fundamentais, alçados ao centro do sistema constitucional. Com a reafirmação dos direitos fundamentais e sua compreensão como imperativos de tutela, a ciência do processo se atualiza a partir das renovações havidas na ciência jurídica como um todo. Reforçam-se os aspectos éticos do processo e a tutela coletiva ganha relevo à luz desse novo paradigma²⁹⁵.

Para Thibau e Gazzola, “enquanto não se afigura presente o desenvolvimento de uma mentalidade social menos individualista e judicialista, a resolução de conflitos por meio da tutela coletiva”²⁹⁶ pode se revelar como uma das possibilidades de solução ao problema do aumento exponencial da procura judiciária. Ora, no contexto da insuficiência da justiça estatal de lidar com demandas individuais, como no caso de sujeitos vulnerabilizados, a constituição dos mesmos em grupos e o acionamento da tutela coletiva podem ser uma das respostas à questão. A partir da compreensão da relação entre essa realidade sociojurídica constatada e o fenômeno dos vulnerabilizados, é indispensável abordar os ditos “problemas processuais estruturais” e associá-los aos fatos aqui estudados.

4.1.1 Dos denominados “Problemas Processuais Estruturais”

²⁹⁴ BERGSTEIN, Laís. Pequenos grandes danos: a relevância da tutela coletiva do consumidor face aos danos de pequena expressão econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, ano 29, p. 341-368, mai.-jun./2020.

²⁹⁵ THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. A Possibilidade de Tutela Coletiva do Direito Humano e Fundamental à Saúde no Estado Constitucional. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 1, n. 65, p. 651-669, jul./dez. 2014. p. 666.

²⁹⁶ THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. Op. cit., p. 667.

Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira, em sua publicação intitulada “O Dito e o Não-Dito sobre a instrumentalidade do Processo: Críticas e Projeções a partir de uma exploração hermenêutica da Teoria Processual”²⁹⁷, destacam que o Direito não deve ser uma região inóspita para a exploração filosófica, sobretudo ao abordarmos problemas processuais na estrutura dos sistemas jurídicos:

Comecemos, então, explicando o sentido da pergunta colocada no título deste tópico preparatório. Que fique claro desde já, que o “inóspito” que ali se menciona, não quer se referir a uma espécie de incapacidade daqueles que lidam com o Direito Processual para uma reflexão mais demorada e meditativa sobre os temas centrais desta disciplina jurídica. Pelo contrário, com este termo, procuramos apontar para dois fatores conexos que acabam fazendo com que uma reflexão preocupada com uma certa profundidade de pensamento se sinta um tanto quanto deslocada; algo como uma visita que aparece em momento inoportuno e acaba sendo, por meio de investidas indiretas, sutilmente “colocada para fora” da moradia processual. Estes fatores são: (a) a crença já cristalizada no imaginário dos processualistas de que as teses acadêmicas realmente “inovadoras” no âmbito do Direito Processual devem reivindicar para si algum grau de efetividade. Efetividade entendida como capacidade de transformar diretamente uma determinada realidade processual; (b) a ideia de que o processo é uma disciplina “prática” e, conseqüentemente, deve conter as fórmulas que permitam ao estudante ou operador do Direito apresentar respostas rápidas para os problemas que o cotidiano do foro apresenta. Estes fatores explicam, provisoriamente, o que foi dito: há uma certa falta de cordialidade do Direito Processual para receber uma reflexão mais profunda sobre seus temas de interesse. Desse modo, toda reflexão que deite raízes numa camada fundante, possibilitadora do próprio discurso processual já é, antecipadamente, tratada como inócua; como uma espécie de diletantismo acadêmico de alguém não preocupado com a realidade do sistema processual²⁹⁸.

Ao não filosofarmos sobre o Direito e sobre o processo como um todo, estamos, na verdade, assumindo-o como perfeito, o que, diante da gama de dificuldades de acesso à Justiça apresentada ao longo do presente estudo, ele certamente não é, sobretudo no que concerne às questões envolvendo os atores vulnerabilizados. E é justamente um aprofundamento dos problemas processuais estruturais que será realizado no presente tópico.

Zaiden Geraige Neto informou que o Estado não deve apenas criar condições para a busca pelos direitos, mas também apresentar um resultado útil, o qual deve ser justo e adequado aos mecanismos de prestação jurisdicional²⁹⁹. No entanto, conforme se evidenciam esses ditos “problemas processuais estruturais”, o alcance de um resultado útil é

²⁹⁷ ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Dito e o Não-Dito sobre a instrumentalidade do Processo: Críticas e Projeções a partir de uma exploração hermenêutica da Teoria Processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 166, n. 2, p. 1-33, dez. 2008. p. 27.

²⁹⁸ ABOUD, George; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op. cit., p. 2.

²⁹⁹ GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

comprometido na mesma medida da insuficiência do monopólio da justiça estatal em abranger todas as lides, incluindo as que envolvem figuras vulnerabilizadas.

Dentro de seu ponto de vista sobre as ações coletivas, Edilson Vitorelli³⁰⁰ afirma que:

titularidade, à “sociedade”, a “grupos” ou à “coletividade”, expressões genéricas e que servem muitas vezes apenas para dar uma aparência de efetivação dos direitos a esta categoria, que em muitos casos até desconhecem ou discordam da tutela eventualmente deferida na relação jurídica formada.

Ferraro afirma que “o Judiciário lida com problemas estruturais, que são policêntricos e altamente complexos, mas o faz por meio de um processo bipolarizado, que é completamente inadequado para tanto”³⁰¹. A autora destaca que tais problemas estruturais acabam provocando, por sua vez, as violações estruturais de direito, as quais apresentam as seguintes características:

1. Violações de Direitos provocadas por problemas estruturais no processo não são pontuais e isoladas, mas sim dinâmicas em curso;
2. Ocorre a alteração da estrutura das partes, de modo que o infrator se põe como uma abstração e as partes afetadas são grupos;
3. A preocupação não parte de condutas específicas que deixam de observar os direitos, mas é o próprio contexto no qual se manifestam;
4. Não há a mesma relevância dada para a averiguação de intenções e culpa para configurar tal violação, já que ela parte da existência de um ou mais problemas estruturais;
5. Há relação que se prolonga no tempo entre vítimas e instituições, sobretudo a partir da dependência ou da compulsoriedade;
6. Sua causalidade é complexa, não havendo naturalidade na análise de suas causas.

Assim:

Problemas policêntricos e altamente complexos, incluindo os estruturais, não são alheios ao Judiciário. Tampouco a atividade dos juízes e tribunais se restringe a litígios individuais ou a questões “meramente jurídicas”. É notória, por exemplo, a existência de demandas envolvendo medicamentos ou tratamentos médicos, propostas em face do Estado, desafiando políticas públicas existentes ou advogando a necessidade de sua criação. Nessa linha, também podem ser encontradas ações

³⁰⁰ VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos Litígios Coletivos**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 27.

³⁰¹ FERRARO, Marcella Pereira. Op. cit., p. 6.

envolvendo tais problemas no campo da educação, especialmente infantil, do meio ambiente e do sistema carcerário. Por ser provocado, o Judiciário vem dando-lhes uma resposta, mas não necessariamente uma resposta idônea ou da forma adequada. Há, de fato, um anseio por parte dos magistrados no sentido de efetivar os direitos, mas o modo como essa proteção é supostamente feita pode trazer e traz complicações. Isso, a propósito, é alvo de críticas que repelem o “ativismo judicial” (expressão não raramente usada em um sentido pejorativo), inclusive entendendo-se que seriam gerados “cidadãos de segunda classe”³⁰².

Ferraro questiona: diante da clara inadequação estatal na resposta a litígios que se conectam a problemas estruturais e a disfunções, por que não reconhecer que o Judiciário não consiste na melhor forma para sanar conflitos que envolvam, por exemplo, a tutela individual de direitos? Um Judiciário inacessível ou excessivamente moroso não permite a paridade de armas e a consolidação da igualdade no acesso à justiça.

Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira defendem que o problema estrutural “se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade”³⁰³, ainda que esta não seja ilícita, indicando uma conjuntura na qual o estado observado não é o ideal, configurando-se a partir da necessidade de reorganização ou de reestruturação. Como exemplo de um problema estrutural, os autores assinalam o direito à saúde de uma comunidade afetada pela falta de combate ao mosquito *aedes aegypti* por parte das autoridades públicas:

O importante é notar que, existindo esse estado de desconformidade, a solução do problema não pode dar-se com apenas um único ato, como uma decisão que certifique um direito e imponha uma obrigação. Há necessidade de intervenção para promover uma reorganização ou uma reestruturação da situação, como nos casos em que há necessidade de mudança na estrutura de ente público, de organização burocrática, etc. Essa intervenção normalmente é duradoura e exige um acompanhamento contínuo³⁰⁴.

Costa aponta que, dentre os problemas processuais estruturais brasileiros, encontra-se o que o autor denomina de “mérito administrativo”, no qual o Judiciário condena o Estado a implantar uma política até então inexistente, a complementar uma política deficiente ou a aperfeiçoar uma política ineficiente, com o magistrado da causa imiscuindo-se em um elemento de “mérito” da atividade administrativa, tendo certa ingerência no desenho

³⁰² FERRARO, Marcella Pereira. Op. cit., p. 07

³⁰³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro/RJ, v. 5, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. p. 104.

³⁰⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 106-107.

institucional da política atribuída³⁰⁵. Tal problema, apenas a título de exemplo, relaciona-se aos aspectos do Legislativo brasileiro e de sua própria ineficiência com as atribuições do Poder Judiciário.

Para Sérgio Cruz Arenhart, os problemas estruturais do processo brasileiro são mais comuns em litígios complexos, os quais envolvem situações multipolares, são costumeiramente voltados para o futuro e exigem a redefinição de diversos institutos processuais. Quando tratamos das reivindicações coletivas envolvendo vulnerabilizados, estamos diante de um desses litígios, já que abrangem toda uma coletividade e suas demandas e interesses³⁰⁶.

Em outro estudo, intitulado “Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes”³⁰⁷, Arenhart analisou a participação e a representação no processo coletivo, destacando que uma das especificidades mais marcantes do litígio estrutural consiste na multiplicidade de interesses que se relacionam sobre seu objeto; ao contrário do que ocorre no litígio tradicional, caracterizado pela estrutura bipolar (polos claros e bem definidos), com uma parte buscando algo e a outra resistindo a tal pretensão, no conflito estrutural, há a lógica de formação de diversos núcleos de posições e opiniões, muitas delas antagônicas a respeito do tema a ser abordado.

Para o autor supramencionado, “o processo coletivo brasileiro – ‘abstrai’ as pessoas envolvidas em um litígio metaindividual ou individual de massa”³⁰⁸; o modelo nacional utilizado para a tutela coletiva acaba “pessoalizando” tanto os direitos individuais de massa quanto os metaindividuais, atribuindo-os, de certo modo, aos legitimados para tal tutela e tratando esses interesses, a partir de então, como se fossem direitos individuais.

Cumpra-se aprofundar, nesse âmbito, o processo estrutural, contemplado “como um elemento de efetivação do desenvolvimento de uma sociedade, alcançada por decisões mais justas porque construídas a partir dos dados e contextos sociais”³⁰⁹, cabendo-lhe subsidiar o afastamento de situações juridicamente distintas, de fato, e a aproximação das idênticas,

³⁰⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 37, n. 212, p. 25-56, out. 2012.

³⁰⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 661-677, 2019a.

³⁰⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2019b.

³⁰⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 8.

³⁰⁹ SIMÕES, Sandro Souza; FREITAS, Juliana; RANGEL, Camila de Paula. O processo estruturante como meio de alcance da igualdade formal: um caminho para o desenvolvimento. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 128, p. 117-131, out. 2020/jan. 2021. p. 119.

assegurando não a certeza do julgamento, mas sim da justiça, sendo fundamental que tanto as partes processuais quanto o próprio Judiciário reconheçam seu papel.

Assim:

As modificações das estruturas processuais têm ocorrido diante da ineficiência, quanto ao alcance da justiça, dos modelos tradicionalmente estruturados, não apenas no *common law*, por meio da concepção de processo civil de interesse público e de *public law litigation/public interest litigation*, como também no *civil law*, por meio da expansão da tutela de direitos coletivos. É possível notar que ambos os sistemas apresentavam perspectivas aparentemente distintas para os mesmos problemas o que, no fundo, pode ser identificado como a necessidade de tutela jurisdicional adequada, em especial para os direitos coletivos lato sensu. A efetividade processual é um dos componentes mais valiosos da ciência processual em seu momento contemporâneo. Definidas as bases científicas e teóricas da ciência processual e analisados os seus institutos, é chegado o momento de se dar à execução a relevância necessária ao papel que cumpre na realização da ordem jurídica justa³¹⁰.

Simões, Freitas e Rangel evidenciam que o conceito de processo estrutural envolve questões complexas e relevantes para a discussão da igualdade formal e para que a sociedade seja capaz de se desenvolver, considerando o número de litígios que contempla interesse público e está fora da bipolaridade tradicional, com processos coletivos inseridos na tradição subjetiva individualista³¹¹.

No processo estrutural coletivo, a execução só é finalizada quando o objetivo é alcançado, sendo comum a demora, já que demanda planejamento, fixação de metas, etapas de execução e prazos correspondentes para sua consecução; o juiz pode se fazer valer de um terceiro independente e de órgãos públicos ou entidades privadas para o acompanhamento da execução, sempre privilegiando o diálogo entre as partes. A própria complexidade do processo coletivo em termos estruturais acarreta, outrossim, a existência dos problemas estruturais.

Segundo Santos, Lemos e Lemos, a relação processual passa a adquirir uma nova compreensão (ou um novo olhar) ante a complexidade das causas estruturais inerentes ao Estado moderno, evidenciada nos obstáculos e na baixa efetividade de comandos judiciais em demandas coletivas para realizarem os direitos fundamentais³¹². Até o presente momento, o nosso Processo Civil não indica, na legislação, o tratamento desses litígios estruturantes, de

³¹⁰ SIMÕES, Sandro Souza; FREITAS, Juliana; RANGEL, Camila de Paula. Op. cit., p. 525.

³¹¹ SIMÕES, Sandro Souza; FREITAS, Juliana; RANGEL, Camila de Paula. Op. cit.

³¹² SANTOS, Karen Borges dos; LEMOS, Walter Gustavo da Silva; LEMOS, Vinicius Silva. **O Processo Estrutural como instrumento adequado para a Tutela de Direitos Fundamentais e a necessidade de ressignificação do Processo Civil**. 2020. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil/>. Acesso em: ago. 2021.

modo que o diagnóstico da necessidade de uma tutela jurisdicional aos direitos fundamentais é de elevada complexidade e há uma série de interesses divergentes que perpassa necessariamente pela resignificação do processo:

A sociedade atual impulsiona a judicialização de demandas cada vez mais complexas. É uma realidade evidente no contexto social brasileiro, isso porque as necessidades sociais passaram a reclamar ações do Poder Público, das quais o Judiciário não pode se abster. Se tradicionalmente os conflitos individuais, o microlitígio e o processo subjetivo eram tidos como litígios padrões, subjugados às regras tradicionais postas, atualmente, no âmbito da processualística moderna, isso não mais se verifica sob o mesmo enfoque. Danos coletivos, conflitos em massa, multipolares, complexos, processos objetivos e a tutela de direitos fundamentais policêntricos, incluindo aqueles amparados por políticas públicas, não se ajustam ao modelo processual até então pensado³¹³.

Os autores supramencionados apontam que, a partir da existência dos problemas processuais estruturais explicitados, constatou-se a necessidade de tutela jurisdicional de situações antes não garantidas pelo Processo Civil, como a de bens ou direitos de titularidade indeterminada (por exemplo, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou ao patrimônio público), a de bens ou direitos individuais (com a tutela não sendo recomendada em conjunturas em que se torna inviável para o autor arcar sozinho com a produção de provas) ou a de bens e direitos, na qual seja recomendada a tutela coletiva em detrimento da individual, pela economia processual.

Para Ferraro, o principal problema estrutural brasileiro consiste justamente na tentativa de conceber o processo civil individual como um meio único de processualidade, tratando, por exemplo, os processos coletivos de acordo com a ótica bipolar clássica, algo que é ineficiente e pode gerar problemas ainda mais graves; uma medida individualizada e imediata não é, nem de longe, capaz de promover o pleno acesso à justiça, já que existem interesses macro que atingem a terceiros³¹⁴.

Com vistas a aprofundar a compreensão dessa problemática estrutural que acomete o sistema processual brasileiro, é necessário analisar a resposta da Justiça Estatal em certas conjunturas, buscando confirmar sua possível inadequação para resolver, de modo célere e efetivo, casos notórios brasileiros, como o rompimento de barragens nas cidades de Mariana e Brumadinho, ambas no Estado de Minas Gerais, dentre outros.

Tratar dos direitos coletivos de grupos de pessoas vulnerabilizadas é uma abordagem complexa e que deve ser fomentada, de forma a conceber a complexidade dessa relação. Por

³¹³ SANTOS, Karen Borges dos; LEMOS, Walter Gustavo da Silva; LEMOS, Vinicius Silva. Op. cit., s/n.

³¹⁴ FERRARO, Marcella Pereira. Op. cit.

isso, a análise realizada no presente capítulo é de extrema importância para o alcance de resultados finais contundentes. Os problemas estruturais apresentados no presente tópico, assim como outros problemas relacionados ao fenômeno, já foram explorados anteriormente e continuarão a ser durante todo o desenvolvimento da pesquisa.

4.1.2 Da resposta dada pela Justiça Estatal às grandes tragédias

4.1.2.1 De Mariana à Brumadinho: o rompimento de barragens brasileiras na história recente

O presente tópico contempla tragédias nacionais recentes de grande magnitude, iniciando com a do rompimento de barragens nas cidades de Mariana e Brumadinho, ambas no Estado de Minas Gerais. Maro aponta que tais episódios escancararam a ineficiência pública e privada. Isso porque o ocorrido em 2015 em Mariana deveria ter servido como um alerta, fazendo com que as instituições públicas (Governo Federal e Governos de Minas Gerais e Espírito Santo, órgãos de controle ambiental, Justiça Federal e Estadual e Ministérios Públicos no âmbito federal e estadual) compreendessem a gravidade da situação, demandando uma ação fiscalizadora e punições severas³¹⁵. Contudo, isso não ocorreu na prática e o trágico episódio repetiu-se quatro anos depois em Brumadinho.

Costa e Sampaio destacam que, para abordar juridicamente fenômenos como o rompimento da barragem de Mariana, é fundamental conhecer a Lei 14.066, de 30 de setembro de 2020, que **“altera a Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), a Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, que cria o Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, e o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração)”**³¹⁶ (grifos nossos), já que a constituição econômica do Brasil é preponderantemente mineral, com inúmeros municípios

³¹⁵ MARO, P.V. **Resistir é preciso**: De Mariana à Brumadinho impera a ineficiência e irresponsabilidade – pública e privada. 2019. Disponível em: https://www.forumat.net.br/at/sites/default/files/arq-paginas/o_caso_de_brumadinho_transparencia_capixaba.pdf. Acesso em: ago. 2021.

³¹⁶ BRASIL. **Lei nº 14.066**, de 30 de setembro de 2020. Altera a Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), a Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, que cria o Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, e o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14066.htm. Acesso em: 18 out.2021.

cuja principal atribuição econômica é a mineração, necessitando, desse modo, que sejam construídas barragens de rejeitos, em especial quando possuem jazidas de ferro³¹⁷.

No artigo 2º da referida lei, são apresentados, nos incisos de I a XV, quinze conceitos fundamentais para que haja um entendimento dos fatos ocorridos no rompimento das barragens sob a perspectiva da resposta da Justiça Estatal para tais tragédias. São eles: Barragens, Reservatórios, Segurança da Barragem, Empreendedor, Órgão Fiscalizador, Gestão de Risco, Dano Potencial à Barragem, Categoria de Risco, Zona de Autossalvamento, Zona de Segurança Secundária, Mapa de Inundação, Acidente, Incidente, Desastre e Barragem Descaracterizada.

Essas definições foram atualizadas na Política Nacional de Barragens pela já mencionada Lei nº 14.066, de 2020, em grande parte devido aos desastres de Brumadinho e Mariana. A partir dessa base conceitual, torna-se possível compreender como funciona uma barragem em nossa política brasileira e os fundamentos primordiais de suas operações. O trabalho realizado nessas barragens tem riscos inerentes, os quais devem ser mitigados e controlados, com o intuito de evitar a ocorrência de desastres.

Não é exagero fazer uso do termo “desastre” para falar do rompimento de barragens, já que, como observado nos casos de Mariana e Brumadinho, os danos ambientais são irreversíveis, além de outros resultados, como a perda das vidas humanas (e corpos nunca mais encontrados, mesmo decorridos anos após os incidentes) e impactos sociais e econômicos. O rompimento de uma barragem faz com que uma cidade ou todo um território, do dia para a noite, seja inteiramente transformado, com grande potencial de extinção e degradação.

Cumpra-se, então, a apresentação individual dos casos de Mariana e Brumadinho. Segundo Costa e Sampaio, o caso da Samarco Mineração S.A se deu com o acidente ocorrido no dia 4 de novembro de 2015, a partir do rompimento da barragem de contenção de rejeitos minerais da companhia. A lama da Barragem de Fundão, instalada em Bento Rodrigues/MG, inundou uma vasta área com os rejeitos de seu processo produtivo³¹⁸:

Bento Rodrigues é um subdistrito do município mineiro de Mariana, que se situa a 35 km do centro de Mariana e a 124 km de distância de Belo Horizonte. Era um município com uma população estimada em 600 habitantes, que ocupava cerca de 200 imóveis. Era uma cidade mineradora desde o século XVII e o caminho da Estrada Real atravessava seu centro urbano. Além da Barragem do Fundão, o

³¹⁷ COSTA, Beatriz Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. Acesso à informação digital no Brasil em casos de acidentes: o exemplo da tragédia de Mariana. **Veredas do Direito**, v. 14, n. 30, p.77-98, 2017.

³¹⁸ COSTA, Beatriz Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit.

subdistrito abriga a Barragem de Santarém, ambas operadas pela empresa mineradora Samarco³¹⁹.

Os autores destacam que a lama gerada no desastre inundou áreas de até 2,5 metros de altura e atingiu a calha do Rio Doce, daquele ponto até a foz, caracterizando-se, até então, como o maior desastre ambiental da história brasileira, tendo causado 19 mortes e devastado toda a vida de Bento Rodrigues, chegando a poluir o litoral do Espírito Santo. Tal fato afetou a pesca e o abastecimento de diversos municípios, como Governador Valadares/MG, uma das principais cidades atingidas.

De acordo com Batista Júnior, Vieira e Adams, a “grave calamidade ecológica foi causada por rejeitos de mineração da Samarco, empresa controlada pelas multinacionais Vale (brasileira) e BHP Billiton (anglo-australiana)”³²⁰, provocando um verdadeiro tsunami de lama que afetou diversas paisagens, provocando danos à saúde, à vida humana, ao meio ambiente, ao desenvolvimento socioeconômico e aos patrimônios cultural, artístico e histórico de todos os atingidos por uma onda de poluentes que dizimou povoados e destruiu plantações nas áreas rurais antes de rumar para o Espírito Santo e chegar ao mar.

Ainda de acordo com os autores, os rejeitos despejados sobre a vegetação do entorno provocaram uma destruição de 1.469 hectares, incluindo Áreas de Preservação Permanente; a qualidade alterada da água gerou problemas para o abastecimento público da bacia do Rio Doce e também prejudicou a geração de energia pelas hidrelétricas, exterminando a biodiversidade aquática, como exemplares da fauna silvestre:

Os órgãos técnicos federais e estaduais identificaram diversos danos ambientais e socioeconômicos decorrentes da tragédia, entre os quais: isolamento de áreas habitadas; desalojamento de comunidades pela destruição de moradias e estruturas urbanas; fragmentação de habitats; destruição de áreas de preservação permanente e vegetação nativa; soterramento das lagoas e nascentes adjacentes ao leito dos rios; mortandade de animais domésticos, silvestres e de produção; restrições à pesca; dizimação de fauna aquática silvestre em período de defeso; dificuldade de geração de energia elétrica pelas usinas atingidas; alteração na qualidade e quantidade de água; suspensão do abastecimento público nas principais cidades banhadas pelo Rio Doce; impacto no modo de vida e nos valores étnicos e culturais de povos indígenas e populações tradicionais³²¹.

³¹⁹ COSTA, Beatriz Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 88.

³²⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; VIEIRA, Renato Rodrigues; ADAMS, Luis Inácio Lucena. O desastre de Mariana Atuação Interfederativa para superação dos impactos da maior tragédia da história do Brasil. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 02, p. 45-76, abr./jun. 2017. p. 48.

³²¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; VIEIRA, Renato Rodrigues; ADAMS, Luis Inácio Lucena. Op. cit., p. 49.

O que se espera após esses graves acontecimentos e impactos gerados com o rompimento da barragem de Mariana? O mínimo, que seria buscar a reparação dos danos causados aos grupos e indivíduos afetados, concretizando o acesso à justiça. E para o alcance desse mínimo indispensável, considera-se fundamental a eficácia e a celeridade da justiça em fornecer respostas para a questão.

No estudo intitulado “Ampliação do acesso à justiça para os interessados difusos por meio das ações temáticas: um exame a partir do arcabouço processual da tragédia de Mariana/MG”, Tomaz e Alvim buscaram analisar o caso do conflito de competência para o acesso à justiça no tocante às Ações Cíveis Públicas ajuizadas na cidade de Governador Valadares/MG, as quais culminaram na definição, pelo Superior Tribunal de Justiça, da competência definitiva do Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte³²²:

Com a tragédia ambiental ocorrida na cidade mineira de Mariana, surgiram dezenas de Ações Cíveis Públicas, em diversas Comarcas, seja em Minas Gerais, no Espírito Santo e no Distrito Federal, acarretando alguns conflitos de competência, o que culminou com a definição, pelo Superior Tribunal de Justiça, da competência definitiva do Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte/MG, para atuar em ações judiciais ligadas à tragédia de Mariana/MG. (...) Quanto à teoria das ações coletivas como ações temáticas, verifica-se que a mesma prevê a instauração de um espaço processualizado no qual os interessados poderão, democraticamente, apresentar suas alegações, formular seus pedidos e influir na formação do mérito, participando da construção dialógica do provimento que os afetará. Acredita-se que com a participação dos interessados na formação do mérito do processo, através das ações temáticas que contemplem fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados, amplia-se o acesso à justiça, às repercussões nos efeitos da sentença coletiva e na extensão da coisa julgada. Diante de tais considerações, aposta-se que a participação dos interessados na ação coletiva seja viabilizada através das ações temáticas, mediante procedimento em contraditório entre as partes que sofrerão os efeitos do provimento estatal³²³.

Em 2020, cinco anos após a tragédia, o portal eletrônico Hoje Em Dia³²⁴ denunciou que o caso, quase esquecido em âmbito nacional (sobretudo após o rompimento de barragem em Brumadinho, que, em 2019, ganhou as manchetes da época), caminhava devagar nas esferas cível e criminal da Justiça Federal. De 16 denunciados pelo MPF, 15 tinham sido excluídos da ação penal e passaram a não responder por nenhum crime, entre acusações de inundação, desabamento e diversos delitos ambientais, com a Justiça compreendendo também

³²² TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; ALVIM, Faustus Máximus de Araújo. Ampliação do acesso à justiça para os interessados difusos por meio das ações temáticas: um exame a partir do arcabouço processual da tragédia de Mariana/MG. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 36 – 53, jan./jun. 2017.

³²³ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; ALVIM, Faustus Máximus de Araújo. Op. cit., p. 50-51.

³²⁴ Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/trag%C3%A9dia-em-mariana-completa-cinco-anos-com-milhares-de-atingidos-e-nenhum-condenado-1.810384>. Acesso em: ago. 2021.

que ninguém deveria responder por homicídio culposo, nem mesmo diante da perda de 19 vidas em Mariana.

A apuração de responsabilidade, por si só, já demonstra algo reforçado por inúmeras vezes ao longo do presente estudo: a morosidade e a ineficiência da Justiça Estatal. Não se busca, aqui, entrar em possíveis teorias da conspiração, como o fato de os possíveis responsáveis serem pessoas de grande poder político, econômico e de influência na sociedade. O que importa analisar, no momento, é a questão envolvendo a coletividade.

Tomaz e Alvim³²⁵ constataram a distinção entre interesse e direito no caso de Mariana, sobretudo em se tratando dos direitos e interesses difusos (questão abordada no segundo capítulo de nossa tese): o interesse e uso do Direito como defensor do interesse juridicamente tutelado revela que este último nem sempre é individualizado e tampouco é individual o interesse, com a existência de interessados difusos, os quais se manifestam acerca de interesses ligados ao bem tutelado, verificando que “os direitos são situações jurídicas reconhecidas seja por um processo de validação de interesses perante a sociedade (reconhecimento espontâneo através do consenso) ou perante o Estado-juiz (através da sentença no processo judicial)”³²⁶.

Angelucci, Senra e Ferreira empreenderam uma análise acerca da legitimidade de ações coletivas no caso de Mariana. Segundo elas, nele, “a ação coletiva proposta foi a ação civil pública, principal expoente desse tipo de demanda, estando prevista na Constituição Federal de 1985 e sendo regulada pela Lei 7.347 de 24 de julho de 1985”³²⁷; tal modalidade processual se mostra relevante a partir da percepção de que o indivíduo se encontra de modo isolado em uma situação flagrante de desigualdade em face do violador, o qual possui poder econômico e político.

As autoras destacaram a importância da paridade de armas para buscar uma melhor e mais eficiente resposta da Justiça para os grupos vitimados pelas ações da mineradora:

o ligante individual sofre desvantagens, pois vai poucas vezes a juízo, em contraposição à pessoa jurídica de direito público ou à grande empresa, que são considerados litigantes habituais, se beneficiando da experiência de participar em muitas lides. Assim, pode-se considerar a legitimação ativa uma atenuação de certa desigualdade substancial das partes. (...) No caso de Mariana, em que muitas pessoas foram vitimadas de diferentes formas, é importante encontrar um representante que

³²⁵ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; ALVIM, Faustus Máximus de Araújo. Op. cit.

³²⁶ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; ALVIM, Faustus Máximus de Araújo. Op. cit., p. 51.

³²⁷ ANGELUCCI, Paola; SENRA, Laura Monteiro; FERREIRA, Lizia Fazolatto. **Estudo sobre a Legitimidade para Ações Coletivas no caso de Mariana**. Diálogos sobre Direitos Humanos. 2016. p. 4. Disponível em: homacde.com/dialogossobredireitoshumanos/wp-content/uploads/sites/5/2017/02/Ações-Coletivas-em-Mariana-Paola-Laura-Livia.pdf. Acesso em: 17.ago. 2021.

seja ao mesmo tempo capaz de representar todos os interesses envolvidos e litigar em paridade de armas com a Mineradora responsável pelo e até mesmo com o Estado, que também é responsável pelos danos por sua omissão na fiscalização das atividades da empresa³²⁸.

A Justiça Estatal foi considerada, no caso de Mariana, morosa e ineficiente para lidar com as demandas da coletividade. Essa é a lógica apresentada ao longo do presente estudo, que justifica tais grupos sociais e suas dificuldades de acessarem a justiça e de obterem soluções rápidas e eficientes para os ditos litígios complexos, reflexo dos problemas processuais evidenciados e do afogamento do Judiciário.

Assim, não há que se falar em estranheza, pois, em se tratando da aplicabilidade da arbitragem em matéria ambiental, há jurisprudência sobre essa possibilidade tanto no Tribunal de Justiça de Minas Gerais³²⁹ quanto no Superior Tribunal de Justiça³³⁰. Contudo, o melhor entendimento que se extrai é que a aplicação do instituto não deve – visto que se trata de direito ambiental – as questões de ordem pública e o objeto da lide repouse sobre direito patrimonial disponível.

O próprio Governo Federal, por meio de ato normativo secundário, qual seja o Decreto nº 9.760, de 11 de abril de 2019³³¹, que altera o Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações. Em seu art. 95-A³³², orienta que a

³²⁸ ANGELUCCI, Paola; SENRA, Laura Monteiro; FERREIRA, Lizia Fazolatto. Op. cit. 5

³²⁹ Validade de cláusula compromissória inserida no acordo tendo em vista que se trata de controvérsia referente a reparação de dano ambiental causado ao particular, o que não configura “dano ambiental stricto sensu”, TJMG, 13ª CC, Apelação n. 1.0521.10.008673-0/001, j. 07.05.2015, unânime.

³³⁰ STJ, CC 116.395, j. 18.03.2013, monocrática; STJ, 2ª Seç., AgRg no CC 116395, j.12.06.2013.

³³¹ BRASIL. **Decreto nº 9.760**, de 11 de abril de 2019. Altera o Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/kujrw0tzc2mb/content/id/71137359/do1e-2019-04-11-decreto-n-9-760-de-11-de-abril-de-2019-71137323. Acesso em: 18 out. 2021.

³³² **Art. 98-A.** O Núcleo de Conciliação Ambiental será composto por, no mínimo, dois servidores efetivos, sendo ao menos um deles integrante do órgão ou da entidade da administração pública federal ambiental responsável pela lavratura do auto de infração.

§ 1º Compete ao Núcleo de Conciliação Ambiental:

I - realizar a análise preliminar da autuação para:

a) convalidar de ofício o auto de infração que apresentar vício sanável, por meio de despacho saneador, após o pronunciamento do órgão da Procuradoria-Geral Federal que atue perante a unidade administrativa da entidade responsável pela autuação;

b) declarar nulo o auto de infração que apresentar vício insanável, por meio de despacho fundamentado, após o pronunciamento do órgão da Procuradoria-Geral Federal que atue perante a unidade administrativa da entidade responsável pela autuação; e

c) decidir sobre a manutenção da aplicação das medidas administrativas de que trata o art. 101 e sobre a aplicação das demais sanções de que trata o art. 3º; e

II - realizar a audiência de conciliação ambiental para:

a) explanar ao autuado as razões de fato e de direito que ensejaram a lavratura do auto de infração;

conciliação deve ser estimulada pela Administração Pública Federal ambiental, de acordo com o rito estabelecido no referido Decreto, com vistas a encerrar os processos administrativos federais relativos à apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Já no art. 97-A, institui a audiência de conciliação ambiental no âmbito do órgão ou da entidade fiscalizadora responsável pela autuação e, no art. 98, trata do encaminhamento dado à documentação, fruto da conciliação, aos Núcleos de Conciliação Ambiental. Por fim, os art. 98-B a 98-D³³³ dispõem sobre a composição dos

b) apresentar as soluções legais possíveis para encerrar o processo, tais como o desconto para pagamento, o parcelamento e a conversão da multa em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente;

c) decidir sobre questões de ordem pública; e

d) homologar a opção do autuado por uma das soluções de que trata a alínea “b”.

§ 2º Os integrantes do Núcleo de Conciliação Ambiental serão designados por portaria conjunta do Ministro de Estado do Meio Ambiente e do dirigente máximo do órgão ou da entidade da administração pública federal ambiental.

§ 3º Os trabalhos desenvolvidos no âmbito do Núcleo de Conciliação Ambiental não poderão ser presididos por servidor integrante do órgão ou da entidade da administração pública federal ambiental responsável pela lavratura do auto de infração.

§ 4º O Núcleo de Conciliação Ambiental integra a estrutura do órgão ou da entidade da administração pública federal ambiental responsável pela lavratura do auto de infração. (NR)

³³³ **Art. 98-B.** A conciliação ambiental ocorrerá em audiência única, na qual serão praticados os atos previstos no inciso II do § 1º do art. 98-A, com vistas a encerrar o processo administrativo de apuração da infração administrativa ambiental.

§ 1º O não comparecimento do autuado à audiência de conciliação ambiental será interpretado como ausência de interesse em conciliar e dará início ao prazo para apresentação da defesa contra o auto de infração, nos termos do art. 113.

§ 2º O autuado poderá apresentar justificativa para o seu não comparecimento à audiência de conciliação ambiental, acompanhada da respectiva prova, no prazo de dois dias, contado da data agendada para a audiência.

§ 3º Fica a critério exclusivo do Núcleo de Conciliação Ambiental reconhecer como válida a justificativa de que trata o § 2º e agendar uma nova data para a audiência de conciliação ambiental, com devolução do prazo para oferecimento de defesa.

§ 4º Não cabe recurso contra o indeferimento da justificativa de que trata o § 2º.

§ 5º Desde que haja concordância do autuado, a audiência de conciliação ambiental poderá ser realizada por meio eletrônico, conforme as diretrizes e os critérios estabelecidos em portaria conjunta do Ministro de Estado do Meio Ambiente e dos dirigentes máximos dos órgãos ou das entidades da administração pública federal ambiental.

§ 6º Excepcionalmente, poderá ser dispensada a realização da audiência de conciliação ambiental ou designada audiência complementar, conforme situações previstas em portaria conjunta do Ministro de Estado do Meio Ambiente e dos dirigentes máximos dos órgãos ou das entidades da administração pública federal ambiental. (NR)

Art. 98-C. A audiência de conciliação ambiental será reduzida a termo e conterá:

I - a qualificação do autuado e, quando for o caso, de seu advogado ou procurador legalmente constituído, e dos servidores públicos integrantes do Núcleo de Conciliação Ambiental, com as respectivas assinaturas;

II - a certificação de que foi realizada a análise preliminar da autuação;

III - a certificação de que foram explanadas ao autuado as razões de fato e de direito que ensejaram a lavratura do auto de infração, e que foram apresentadas as soluções possíveis para encerrar o processo;

IV - a manifestação do autuado:

a) de interesse na conciliação, que conterá:

1. a indicação da solução legal por ele escolhida para encerrar o processo e os compromissos assumidos para o seu cumprimento;

2. a declaração de desistência de impugnar judicial e administrativamente a autuação e de renúncia a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundamentariam as referidas impugnações; e

Núcleos, que deverão ser formados por, no mínimo, dois servidores efetivos, sendo ao menos um deles integrante do órgão ou da entidade da administração pública federal ambiental responsável pela lavratura do auto de infração e suas competências.

Há aqueles que defendem que a morosidade da justiça brasileira, embora altamente danosa para os indivíduos e para a coletividade, justificar-se-ia a partir da própria complexidade do caso: tratou-se, até aquele momento, do mais grave episódio ambiental e sanitário de nossa história. Por isso, é necessário avançar até o ano de 2019, no qual, também no Estado de Minas Gerais, o trágico acidente de Mariana se repetiu, agora em Brumadinho.

Novamente, faz-se necessária a contextualização do caso, dessa vez, já em posse dos conhecimentos básicos sobre o funcionamento das barragens de acordo com a Política Nacional. Segundo Pereira, Barros Cruz e Guimarães³³⁴, em 25 de janeiro de 2019, rompeu-se a barragem de rejeitos da mina Córrego do Feijão, associada à mineradora Vale S.A, em Brumadinho/MG; os rejeitos da Barragem I transbordaram entre duas outras barragens e escoaram por uma grande extensão de terras na cidade até serem drenados pelo rio Paraopeba.

De acordo com tais autores, o desastre de Brumadinho foi significativamente mais impactante ao considerarmos o número de mortes: oito dias após o rompimento, em 2 de fevereiro, já haviam sido contabilizadas 110 mortes e 238 pessoas desaparecidas. Os dados mais recentes relatam 270 pessoas mortas e onze desaparecidas, com mais de 12 milhões de metros cúbicos de minério despejados³³⁵. Em Mariana, mesmo com um número significativamente menor de mortos, haviam sido despejados mais de 50 milhões de metros cúbicos de minério.

3. a assunção da obrigação de protocolar pedido de extinção do processo com resolução do mérito em eventuais ações judiciais propostas, no prazo de quinze dias, contado da data de realização da audiência de conciliação ambiental; ou

b) de ausência de interesse na conciliação, que conterà, obrigatoriamente, a declaração de ciência de início do prazo para apresentação de defesa contra o auto de infração de que trata o art. 113;

V - decisão fundamentada acerca do disposto nas alíneas “c” e “d” do inciso II do §1º do art. 98-A; e

VI - as providências a serem adotadas, conforme a manifestação do autuado.

§ 1º O termo de conciliação ambiental será publicado no sítio eletrônico do órgão ou da entidade da administração pública federal ambiental, no prazo de dez dias, contado da data de sua realização.

§ 2º A realização de conciliação ambiental não exclui a obrigação de reparar o dano ambiental. (NR)

Art. 98-D. Na hipótese de insucesso da audiência de conciliação ambiental por não comparecimento ou por ausência de interesse em conciliar, o autuado pode optar eletronicamente por uma das soluções legais a que se refere a alínea “b” do inciso II do § 1º do art. 98-A, observados os percentuais de desconto aplicáveis de acordo com a fase em que se encontrar o processo.

Parágrafo único. O disposto no caput igualmente se aplica ao autuado que não houver pleiteado a conversão da multa com fundamento no disposto no Decreto nº 9.179, de 23 de outubro de 2017, cujo processo administrativo ainda esteja pendente de julgamento definitivo em 8 de outubro de 2019. (NR)

³³⁴ PEREIRA, BARROS CRUZ E GUIMARÃES. Op. Cit. 27

³³⁵ Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/fact-sheets-o-numeros-da-tragedia-de-brumadinho/#:~:text=O%20rompimento%20da%20barragem%20B1,mortas%20e%20outras%20onze%20desaparecidas>. Acesso em: ago. 2021.

Se era esperado que, após o episódio de Mariana, haveria um maior empenho do setor público e da iniciativa privada no aumento da fiscalização e na melhoria das barragens para assegurar que, mesmo havendo um risco presumido, tal tragédia não se repetisse, isso não aconteceu na prática. Brumadinho despertou na sociedade um sentimento de impotência, frustração e injustiça, já que ambas as tragédias ocorreram em um período de tempo significativamente curto, de menos de 5 anos, trazendo impactos e prejuízos irreparáveis e irrecuperáveis.

Para os fins pretendidos pelo presente estudo, faz-se necessário, então, analisar o papel desempenhado pela Justiça também ante o caso de Brumadinho. Pedott e Pires³³⁶, em seu estudo sobre a responsabilidade civil-ambiental neste caso, destacaram a importância de apurar os responsáveis e de reconstituir e indenizar os prejuízos sofridos. Segundo as autoras, essa seria uma forma de legitimação da autonomia da justiça, com o intuito de abandonar a imagem do Brasil como o país da impunidade e da injustiça. O desenrolar dos eventos, no entanto, culminou em acordo assinado em fevereiro de 2021, dois anos após o incidente, e que previu um pagamento por parte da Vale no valor de R\$ 37,6 bilhões para reparações ou compensações socioeconômicas e socioambientais³³⁷. A publicação da Câmara dos Deputados sobre o acordo de 11 de fevereiro de 2021 contou com a participação dos atingidos, sendo marcante a fala da cidadã Joelísia Feitosa, de Juatuba, que chegou a comparar o acordo com uma “*Black Friday*” para a Vale. Tatiane de Oliveira, da cidade de Pompéu, também afirmou que tal acordo não representava nada mais do que uma campanha de marketing, gerando benefícios ao Governo e principalmente à Vale, sem versar sobre a real extensão dos danos do rompimento de Brumadinho, com impactos sociais e ambientais severos e com a morte de mais de duzentas pessoas.

A publicação da Câmara revela também que, do total a ser pago pela Vale, R\$ 3 bilhões seriam voltados para projetos das comunidades atingidas e R\$ 4,4 bilhões para o programa de transferência de renda aos atingidos. Embora nesse caso tenha sido evitado o arrastamento do processo por anos, a exemplo do que ocorreu em Mariana, a resposta obtida não foi satisfatória.

A justiça brasileira é morosa, sobrecarregada e ineficiente. Casos como os de Mariana e de Brumadinho demandam respostas rápidas, em especial ao considerarmos a existência de

³³⁶ PEDOTT, Laura; pires, Gabriel Lino de Paula. Responsabilidade civil ambiental nos casos Mariana e Brumadinho. In: **Revista Revolução na Ciência**. v. 15, n. 15, 2019. Disponível em: <http://inter temas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7749/67648354> Acesso: 04.nov.2021.

³³⁷ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/727970-acordo-para-reparacao-de-crime-socioambiental-de-brumadinho-e-alvo-de-criticas-na-camara/>. Acesso em: ago. 2021.

agentes sociais vulnerabilizados acometidos pelo rompimento das barragens. A utilização de mecanismos alheios à justiça tradicional, dessa forma, consistiria em uma possibilidade a ser explorada na tutela de direitos e de interesses coletivos, considerando toda a complexidade do tema em lides igualmente complexas.

Em “Novos Sistemas de Justiça na Atividade Jurisdicional brasileira: O Processo Estrutural à luz do litígio decorrente do rompimento da barragem da mina Córrego do Feijão em Brumadinho/MG”, Ana Luíza Rocha Barros afirma que:

a sistemática dos processos estruturais se torna evidente e necessária, para lidar com litígios emblemáticos, como o do Paraopeba, em razão do rompimento e soterramento das barragens do Complexo do Feijão em Brumadinho/MG, cuja causa se origina de comportamentos reiterados de uma instituição pública e/ou privada, que viola de forma massiva, sistêmica e diversa direitos transindividuais de uma coletividade, e que precisa ser reestruturada a fim de alcançar um estado ideal de coisas, que na lide em questão, é a reparação integral dos danos causados (...) [é preciso se valer de] todas as medidas estruturais válidas no Processo, e todas as potencialidades que estas trazem para se ir além da reparação integral, e se buscar também a alteração da arquitetura minerária no Estado de Minas Gerais, que por sua atuação reverbera em reincidentes violações de direitos fundamentais³³⁸.

Esses são alguns dos elementos fundamentais que abarcam o tema central do presente estudo, denunciando a questão do rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho dentro do amparo do manto da Justiça, esta última considerada ineficiente e excessivamente morosa para tratar dos conflitos complexos envolvendo direitos e interesses coletivos.

4.1.2.2 Os “Garotos do Ninho”: Incêndio no Ninho do Urubu envolvendo o Clube de Regatas do Flamengo (CRF) e a Responsabilidade Civil às famílias dos jogadores.

Machado Pinto aponta que, em 8 de fevereiro de 2019, um incêndio ocorreu no Centro de Treinamento (CT) dos jogadores da base juvenil do popular clube de futebol Flamengo³³⁹. Em janeiro de 2020, o ex-presidente flamenguista, Eduardo Bandeira de Mello, e outras dez

³³⁸ ROCHA BARROS, Ana Luíza. **Novos Sistemas de Justiça na Atividade Jurisdicional brasileira: O Processo Estrutural À luz do litígio decorrente do rompimento da barragem da mina Córrego do Feijão em Brumadinho/MG**. 2020. 72f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2020. p. 37

³³⁹ MACHADO PINTO, Thamara. A tragédia no jornalismo: uma análise das escaladas do Jornal Nacional sobre o Brumadinho (MG), Suzano (SP) e o incêndio no CT do Flamengo. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO SUDESTE, 24., 2019, Vitória. **Anais...** Vitória: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2019. p. 1-15.

pessoas se tornaram réus no caso, respondendo pelo crime de incêndio culposo qualificado pelos resultados de morte e lesão grave³⁴⁰.

Ao fim de maio de 2021, a Justiça carioca decidiu que 3 dentre os 11 acusados não mais responderiam como réus na ação penal que investigava o caso, com o juiz Marcos Augusto Ramos Peixoto, da 36ª Vara Criminal do Estado, mantendo os demais denunciados no processo³⁴¹. Tal magistrado foi considerado suspeito pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) após o fato e, em junho de 2021, suspendeu-se a ação criminal sobre o incêndio no CT do Flamengo³⁴².

Nesse fato, já se identifica a morosidade da Justiça Estatal, pois a análise da segunda instância da justiça carioca para a suspeição do magistrado paralisa o andamento do processo. Naquele momento, já tinham se passado 30 meses do incêndio em questão. Em fevereiro de 2021, o Poder360 divulgou que 8 famílias haviam chegado a acordos com o CRF e outras duas ainda esperavam pela indenização, mesmo 2 anos após a tragédia³⁴³.

Biazi³⁴⁴ buscou analisar o incêndio no CT flamenguista e a utilização das formas consensuais de resolução de conflitos (em especial da arbitragem) em tal caso, sem a pretensão de apurar sua responsabilidade penal e administrativa, mas sim a responsabilidade civil em função do ato ilícito cometido, o qual acarretou dano a determinadas pessoas por negligência:

(...) e identificou a possibilidade de indenização por morte de entes queridos às famílias e a reparação de danos morais em decorrência do estado psíquico em que se encontravam e, a reparação de danos materiais a título de dano emergente e lucro cessante, assim como a perda de uma chance em razão da tragédia que vitimou os jovens atletas (...) Por meio desse acesso à justiça por meio das formas consensuais de resolução de conflitos, pode-se chegar a uma sociedade mais harmônica e, sobretudo, fraterna, possibilidade que a pessoa lesada seja protegida de acordo com a sua dignidade (...) assim como, para solucionar um litígio de maneira mais breve e assertiva, ao invés de esperar por anos uma solução que talvez nem seja favorável à determinada parte da lide³⁴⁵.

³⁴⁰ Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2021/01/20/justica-recebe-denuncia-e-bandeira-e-outros-10-viram-reus-em-caso-do-ninho.htm>. Acesso em: ago. 2021.

³⁴¹ Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/05/25/justica-decide-inocentar-3-dos-11-denunciados-por-incendio-no-ninho-do-urubu>. Acesso em: ago. 2021.

³⁴² Disponível em: <https://extra.globo.com/esporte/flamengo/justica-suspende-acao-criminal-sobre-incendio-no-ct-do-flamengo-25064028.html>. Acesso em: ago. 2021.

³⁴³ Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/familias-de-vitimas-aguardam-indenizacao-2-anos-apos-incendio-no-flamengo/>. Acesso em: ago. 2021.

³⁴⁴ BIAZI, Ingrid Betim. **As Formas Consensuais de Resolução de Conflitos na Solução de Caso Paradigmático: O Incêndio no Centro de Treinamento do Flamengo**. 2019. 67f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Antônio Meneghetti Faculdade – AMF, Restinga Sêca, 2019.

³⁴⁵ BIAZI, Ingrid Betim. Op. cit., p. 26-27.

Considerando a morosidade e ineficiência da prestação da tutela jurisdicional do Estado, temos uma situação muito particular quando olhamos para o caso dos meninos do Ninho. Não se trata apenas de termos econômicos, mas também de famílias inteiras destruídas e traumatizadas pela negligência de profissionais do Flamengo em relação às instalações de seu CT. Para a autora supracitada, a utilização das formas alternativas de resolução do conflito seria uma possibilidade consistente para evitar que a atuação do Poder Judiciário demorasse demais para dar um “desfecho” ao caso ou mesmo oferecer uma resposta inadequada ao mesmo. A inadequação da Justiça Estatal para lidar com demandas complexas, nesse sentido, é reforçada pela autora e por outros pesquisadores que abordam a resolução alternativa de conflitos, já apresentada ao longo do presente estudo.

Percebe-se que a lentidão e ineficácia da Justiça Estatal é um tema bastante presente nos debates e ensaios jurídicos contemporâneos; no mesmo sentido, a resolução alternativa de disputas, em especial envolvendo a arbitragem, vem sendo valorizada pelos pesquisadores do Direito ao contemplarem os ditos conflitos complexos, também a exemplo de Brumadinho e Mariana. Citou-se o exemplo desses casos para ilustrar o descrédito da justiça na atualidade, o que não ocorre apenas na consideração da arbitragem ambiental, mas também do instituto da arbitragem como um todo.

4.2 DA ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Conforme analisado no item 4.1, os vícios da justiça brasileira e a cultura da judicialização acabam tornando-a lenta e ineficiente para lidar com demandas complexas, como aquelas que envolvem o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e a paridade de armas no âmbito dos atores vulnerabilizados. A Arbitragem, como instituto, já foi apresentada nesse estudo e agora será aprofundada, de modo a contemplar sua utilização na condição de mecanismo de solução de conflitos ante o tema proposto, enfocando a Arbitrabilidade objetiva (direito patrimonial disponível), a Arbitrabilidade subjetiva (capacidade de contratar) e a redistribuição e o reconhecimento como possibilidades de justiça.

4.2.1 Da Arbitrabilidade objetiva: do questionamento do direito patrimonial disponível

Moreira aponta que “a análise da arbitrabilidade objetiva perpassa as matérias que podem ser levadas ao julgamento dos árbitros (*ratione materiae*)”³⁴⁶, tendo como ponto de partida o artigo 1º da Lei nº 9.307, de 1996, a qual define o campo de abrangência da arbitragem como relacionado aos direitos patrimoniais disponíveis. Tais direitos são aqueles passíveis de serem quantificados em pecúnia, ou seja, aqueles que podem ser valorados economicamente; por sua vez, os direitos extrapatrimoniais são aqueles que transcendem esse aspecto econômico, como os direitos de personalidade em geral, que não são patrimoniais, já que não podem ser pecuniariamente quantificados. Segundo Matos³⁴⁷, no mesmo sentido, há os interesses patrimoniais e extrapatrimoniais, os quais partem da mesma definição.

Tem-se, assim, que:

- **Danos patrimoniais** são aqueles nos quais a lesão se dá, costumeiramente, no patrimônio financeiro do indivíduo, que acaba arcando com prejuízos quantificáveis em função da conduta de um terceiro;
- Já os **danos extrapatrimoniais** são aqueles nos quais não houve lesão do patrimônio, mas sim da esfera íntima do indivíduo, em um sofrimento de caráter subjetivo, cabendo ao juiz aplicar critérios de razoabilidade para apurar a conduta e o valor da causa.

De acordo com Amanda Pierre de Moraes Moreira, considera-se que, no escopo do critério da patrimonialidade, é ele que permite que o direito seja submetido à arbitragem, já que é passível de negociação³⁴⁸. Essa tese parte do pressuposto de que, quando há quantificação monetária da lesão ou da ação que desencadeou o conflito, as partes podem negociar e apresentar suas razões diante do árbitro, o que não aconteceria em questões de âmbito extrapatrimonial, visto que, devido ao caráter da lesão, a priori, seria impossível promover uma negociação justa mediante o acionamento da arbitragem no bojo da justiça multiportas.

Ao analisarmos os termos dispostos no artigo 852 do Código Civil de 2002, verificamos que, em atenção ao critério patrimonial, existem direitos que não podem ser submetidos à disposição em compromisso arbitral, uma vez que tal dispositivo o veda a

³⁴⁶ MOREIRA, Amanda Pierre de Moraes. **A evolução do instituto da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil**. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. p. 32-33.

³⁴⁷ MATOS, Eneas. Direitos da personalidade e pessoa jurídica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 797, s/p., set. 2005.

³⁴⁸ MOREIRA, Amanda Pierre de Moraes. Op. cit.

questões de Estado, de direito pessoal de família e de quaisquer outras que não possuam caráter estritamente patrimonial.

A análise envolvendo o critério da patrimonialidade no âmbito da arbitragem, entretanto, abrange problemáticas mais complexas, como a disponibilidade de direitos. Para Franzoni e Davidoff, o artigo 1º da Lei da Arbitragem prevê uma espécie de relação intrínseca entre a patrimonialidade e a disponibilidade de direitos, de modo que não há como discuti-las dissociadas, sendo necessário apurar se elas podem ser apartadas uma da outra, já que o mais comum na literatura científica sobre o tema é tratá-las como uniformes³⁴⁹.

Para Neto, “somente o que a doutrina contemporânea conceitua por direito patrimonial disponível pode ser objeto de arbitragem, mediação ou negociação para composição dos interesses particulares”³⁵⁰. O autor, entretanto, propõe uma abordagem um pouco distinta no tocante aos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, embora também associada à possibilidade de quantificá-los pecuniariamente. Nessa visão, o caráter extrapatrimonial “não exclui a possibilidade do titular do direito auferir vantagem econômica, se houver lesão da qual resulte dano”³⁵¹, sendo que, nesse caso, o referido dano acaba produzindo direito patrimonial ao ofendido a partir da admissibilidade da indenização, como naquelas por dano material; um direito não patrimonial, a exemplo de uma ofensa à honra do cidadão (que não possui apreciação econômica), quando promove mácula, gera direito subjetivo à indenização, a qual é, evidentemente, de cunho patrimonial.

Não há um “preço” a ser colocado na honra humana, visto que essa não pode ser quantificada por se tratar de uma lesão de caráter subjetivo, com a própria subjetividade tornando a valoração complexa. Não se pode falar, citando outro exemplo, que a ofensa de João à honra de Pedro o maculou na importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), pois, dessa forma, estaríamos tratando da honra como um direito patrimonial de Pedro que foi atacado por João. No entanto, quando o juiz faz a análise do caso, ele fixa um montante indenizatório a partir dos critérios subjetivos e da jurisprudência, o que caracteriza o direito patrimonial de Pedro, não envolvendo a quantificação de sua honra, mas sim uma tentativa compensatória para a ofensa.

³⁴⁹ FRANZONI, Diego; DAVIDOFF, Fernanda. Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o poder público. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 243-264, 2014.

³⁵⁰ NETO, Antônio José de Mattos. **Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da Lei da Arbitragem**. Temas Atuais de Direito. 2005. p. 49. Disponível em: <http://rakuten.livrariacultura.com.br/imagem/capitulo/42144163.pdf#page=55>. Acesso em: ago. 2021.

³⁵¹ NETO, Antônio José de Mattos. Op. cit., p. 50.

Ainda segundo Neto, a “disponibilidade é qualidade que se insere na patrimonialidade do direito”³⁵², a qual é resultado da natureza essencial da pecuniária dos direitos patrimoniais. Moreira também destaca que “por vezes, patrimonialidade e disponibilidade são consideradas sinônimos de direitos patrimoniais, ou definidos como aqueles transacionáveis”³⁵³.

Ambos os autores dialogam ao abordarem direitos disponíveis como aqueles que podem ser livremente alienados ou negociados. Nesse sentido, temos que:

Direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo *inter vivos* ou *causa mortis*; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito. A alienação importa em mudança de sujeito ativo, pois há a transmissão do direito *inter vivos*. E nesse caso coincidem os poderes de alienação/transmissão com os de disposição. Não obstante, nem sempre disposição vem a significar transmissão. Por exemplo, quando o titular do direito dele abdica (abandona), há a disposição do mesmo, mas não sua transmissão, pois o direito sai do patrimônio do titular, mas não é transmitido para nenhuma outra esfera jurídico patrimonial³⁵⁴.

Deste modo, se pode afirmar que se entende por indisponível aquilo que não se pode dispor, ou seja, aquilo que é irrenunciável ou inalienável; deste modo, a indisponibilidade no Direito é verificada mais comumente em duas situações: em primeiro lugar, nas que se referem aos próprios direitos do titular, como direitos de personalidade, direito à vida, direito às férias (no Direito do Trabalho), dentre outras; em segundo lugar, nas que se referem a um bem que não pode ser vendido ou alienado, tratado usualmente como bem indisponível.

Para exemplificar a questão, faz-se aí uso da revelia, prevista no artigo 344 do CPC, que dispõe que uma de suas consequências consiste na presunção de verdade das alegações de fato formuladas pelo autor. Essa relativa presunção da veracidade (*juris tantum*) acerca de fatos não contestados ou contestados intempestivamente contribui para o convencimento do juiz no momento da sentença; contudo, ela é limitada a quatro situações distintas e observa-se com rigor a literalidade do artigo 345 do diploma³⁵⁵ vigente, de modo a não produzir o efeito mencionado no artigo 344 quando o litígio versa sobre direitos indisponíveis.

³⁵² NETO, Antônio José de Mattos. Op. cit., p. 53.

³⁵³ MOREIRA, Amanda Pierre de Moraes. Op. cit., p. 33.

³⁵⁴ NETO, Antônio José de Mattos. Op. cit., p. 53.

³⁵⁵ **Art. 345.** A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:

I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Para avançar na discussão envolvendo a arbitrabilidade objetiva, é necessário fixar corretamente essa base conceitual. Por isso, o Quadro 6 abaixo apresenta a definição básica dos conceitos primordiais de tal matéria, com a descrição dos critérios que adotamos com base na pesquisa realizada:

Quadro 6 – Base Conceitual do Tópico

BASE CONCEITUAL ENVOLVENDO A ARBITRABILIDADE OBJETIVA E A DISPONIBILIDADE DE DIREITOS PATROMINIAIS	
Direitos Patrimoniais	São aqueles que podem ser quantificados e estão associados às lesões ao patrimônio do sujeito.
Direitos Extrapatrimoniais	São os que envolvem a esfera íntima do indivíduo e que, em tese, não podem ser quantificados.
Geração de Direito Patrimonial a partir do dano extrapatrimonial	Trata-se de situação na qual, diante de um caso em que houve lesão ao direito extrapatrimonial, a decisão do juiz na sentença acaba gerando um Direito Patrimonial, o que ocorre por meio da fixação de um quantum indenizatório de caráter compensatório.
Direitos Disponíveis	Em tese, são aqueles dos quais o indivíduo pode abrir mão. É o direito alienável, transmissível, renunciável, transacionável.
Direitos Indisponíveis	São os direitos irrenunciáveis/inalienáveis.
Arbitrabilidade objetiva	Prevista no artigo 1º da Lei de Arbitragem, trata-se da regra que dispõe sobre que campo de abrangência do instituto é relacionado aos direitos

	patrimoniais disponíveis, não sendo permitida a negociação/arbitragem nos casos que versem sobre os direitos indisponíveis.
--	---

Fonte: Elaborado pelo autor.

A arbitrabilidade objetiva é um assunto bastante controverso em matéria de arbitragem, como é o caso da disponibilidade e da indisponibilidade de direitos no contexto da Administração Pública³⁵⁶. Parece incoerente, em um primeiro momento, permitir que um cidadão abdique ou renuncie daqueles direitos de que ele não pode dispor. No caso do Direito Trabalhista, por exemplo, cita-se a obrigatoriedade de férias, considerada como algo irrenunciável ao trabalhador, evitando, desse modo, que o mesmo possa negociá-la com o empregador para abrir mão de seu descanso sem observar as disposições celetistas.

A construção de tais exemplos é fundamental para que se compreenda a complexidade das questões que giram em torno da disponibilidade dos direitos patrimoniais e da possibilidade de efetivação da arbitragem no contexto da paridade de armas. Há, a partir da defesa dos argumentos dos autores apresentados neste tópico, a concepção de que direitos indisponíveis extrapatrimoniais podem produzir direitos disponíveis patrimoniais: a renunciabilidade não ocorreria, em tese, no direito indisponível (como no caso dos alimentos), mas sim no direito disponível gerado (no valor a ser pago pelo pai). É necessário entender também que, no bojo do Direito de Família, mesmo as questões patrimoniais estão excluídas da apreciação pelo meio alternativo de resolução de lides conhecido como arbitragem.

Avançando na temática da arbitrabilidade objetiva, Azeredo Dale aponta que tal critério vincula o instituto da arbitragem às relações jurídicas de cunho obrigacional, ou seja, aquelas decorrentes de declarações unilaterais de vontades ou de contratos, com a disponibilidade sendo associada a interesses individuais, passíveis de negociação, com o titular do direito detendo o poder de cedê-lo ou aliená-lo sem restrição³⁵⁷. É necessário trazer essa questão ao escopo da arbitragem coletiva, levando em conta a paridade de armas e os vulnerabilizados.

Considera-se que:

³⁵⁶ PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana. **Arbitragem de Litígios com Entes Públicos**. 2. ed. Coimbra: Grupo Almedina, 2015.

³⁵⁷ AZEREDO DALE, Izadora Faria Freitas. **A arbitrabilidade subjetiva e objetiva**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48578/a-arbitrabilidade-subjetiva-e-objetiva>. Acesso em: ago. 2021.

o requisito em questão põe-se em termos bastante amplos e flexíveis. O interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto diretamente se reveste de valor econômico. A patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico. Para a arbitragem, a patrimonialidade apresenta, assim, dupla dimensão: a da inarbitrabilidade e a da arbitrabilidade dos aspectos patrimoniais dos direitos extrapatrimoniais e, por conseguinte, sua dimensão de decidibilidade³⁵⁸.

E:

A disponibilidade corresponde àquilo em que pode haver transação. Se puder haver transação, está-se diante de um bem disponível, num sentido menos fechado, num sentido menos rigoroso em relação àquele que antigamente o direito civil e o direito administrativo entendiam. (...) A disponibilidade é qualidade que se insere na patrimonialidade do direito. Entretanto, nem todo direito patrimonial é direito disponível. Como frisado, patrimonial quer dizer apreciável pecuniariamente, mas nem tudo que representa utilidade econômica é disponível. Esse é o significado da regra do artigo 1.º da Lei de Arbitragem Brasileira, quando alude ao cabimento da arbitragem “para dirimir direitos patrimoniais disponíveis”³⁵⁹.

Ana Luiza Nery analisou em seu estudo a questão da arbitrabilidade objetiva envolvendo a arbitragem coletiva, apontando que “ainda que se debruce sobre o conceito de disponibilidade do direito, este não se apresenta como critério que, sozinho, seria capaz de apontar inequivocamente a arbitrabilidade do litígio”³⁶⁰, já que há direitos indisponíveis que podem ser objeto de transação e de compromisso, a partir do critério legal de direito patrimonial fixado pela legislação civil no ordenamento jurídico pátrio.

Mattos e Renzetti afirmam que “o procedimento arbitral coletivizado possui aplicabilidade jurídica e, em termos econômicos, parece mais eficiente do que o processo judicial – com consequências positivas e provavelmente relevantes”³⁶¹. A eficiência econômica e o alcance de maior eficácia e celeridade na utilização da arbitragem dentro da tutela coletiva são fatores ressaltados pelos autores como fundamentais para as análises que envolvem interesses coletivos passíveis de serem arbitrados.

Na visão de Nery, a “questão da [in]disponibilidade dos direitos difusos e coletivos gerou preocupação exagerada de parte da doutrina”³⁶², o que acaba afastando a possibilidade de negociação dos direitos transindividuais, simplificando a participação no ajustamento de condutas para que elas possam conformar-se com aquilo que se exige legalmente. A autora

³⁵⁸ NERY, Ana Luiza. Op. cit., p. 38.

³⁵⁹ NERY, Ana Luiza. Op. cit., p. 39.

³⁶⁰ NERY, Ana Luiza. Op. cit., p. 39.

³⁶¹ MATTOS, Eduardo da Silva; RENZETTI, Bruno Polonio. Arbitragem Coletiva no Mercado de Capitais Brasileiro e Direitos Individuais Homogêneos: Uma Abordagem Em Direito & Economia. *EALR*, Brasília/DF, v. 09, n. 3, p. 52-65, set./dez. 2018. p. 62-63.

³⁶² NERY, Ana Luiza. Op. cit., p. 47.

usa o exemplo do termo de ajustamento de conduta (TAC) para legitimar a tutela coletiva pela via arbitral:

Assim como o TAC, a arbitragem coletiva tem sua gênese em negócio jurídico celebrado entre as partes que discutem uma lesão ou ameaça de lesão a bem de natureza transindividual. No TAC, as partes resolvem a disputa por meio do negócio jurídico com eficácia de título executivo extrajudicial, criando obrigações para a resolução da lide metaindividual. Na arbitragem, as partes escolhem os árbitros, que resolverão o litígio por meio da prolação de sentença arbitral, determinando o cumprimento da decisão cuja força é de título executivo judicial. Propõe-se que a arbitragem coletiva tenha como finalidade a de discutir a responsabilidade de lesão a bem de natureza transindividual, buscando sua reparação, tal como se pretende com o TAC, mas com a diferença de que o conflito será submetido à arbitragem para receber decisão definitiva sobre o tema. Nesse contexto, deve a convenção de arbitragem para a arbitragem coletiva abarcar, prioritariamente, a recomposição do bem jurídico ao *status quo ante*, isto é, ao estado em que se encontrava antes de ter sofrido o efetivo dano³⁶³.

Direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, via de regra, não são arbitráveis, o que não impede que a forma de cumprimento de obrigações sobre direitos estabelecida em um TAC, por exemplo, seja submetida à arbitragem. É necessário compreender que os critérios de patrimonialidade e disponibilidade são, sim, essenciais para versar sobre a arbitragem coletiva, considerando suas nuances em caráter objetivo. A seguir, será analisada a questão envolvendo a arbitrabilidade subjetiva.

4.2.2 Da Arbitrabilidade subjetiva: das pessoas capazes de contratar

Azeredo Dale³⁶⁴ aponta que a arbitrabilidade subjetiva é conceituada a partir da necessidade dos litigantes de serem capazes para, desse modo, poderem ser parte na arbitragem. Tal capacidade está prevista no artigo 1º do CC/2002 e é definida como a aptidão oriunda da personalidade para adquirir direitos e contrair deveres da vida civil, não se confundindo com a capacidade de fato, representada pela aptidão para o exercício de direitos, desde que inexistentes as incapacidades relativas ou absolutas.

Medeiros destaca que a “legislação brasileira, no tocante à arbitrabilidade subjetiva, sempre enunciou que podem se valer da arbitragem as pessoas capazes”³⁶⁵, de modo que apenas elas estão aptas e habilitadas a dirimir os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, tal como é assinalado no artigo 851 do Código Civil de 2002, o qual dispõe que é

³⁶³ NERY, Ana Luiza. Op. cit., p. 48.

³⁶⁴ AZEREDO DALE, Izadora Faria Freitas Azeredo. Op. cit.

³⁶⁵ MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no Direito Brasileiro. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 233, s/n., p. 71-102, jul./set. 2003. p. 73.

admitido o compromisso judicial ou extrajudicial para resolver o litígio entre aqueles que podem contratar.

O raciocínio é bastante simples: somente uma pessoa que está enquadrada nos termos dispostos na legislação quanto à capacidade de contratar pode acionar o instituto da arbitragem em uma tentativa de resolver o conflito de modo mais amistoso, célere e eficaz do que pela via judicial. Assim, pessoas físicas e jurídicas titulares de direitos e obrigações podem se valer do instituto da arbitragem como meio alternativo de resolução de disputas, incluindo-se, no aspecto da arbitrabilidade subjetiva, as pessoas físicas maiores de idade e capazes e as pessoas jurídicas devidamente representadas.

Como visto anteriormente, a Lei de Arbitragem, já em seu artigo 1º, estabelece de maneira tácita que as pessoas com capacidade de contratar podem fazer uso dela para dirimir litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis. Deste modo, assim como a arbitrabilidade objetiva (que implica a existência de direitos patrimoniais e sua disponibilidade para acionar a arbitragem) é requisito para apelar ao modelo arbitral, também o é a arbitrabilidade subjetiva. Para aprofundar a discussão, é indispensável versar sobre a questão da personalidade jurídica, compreendida genericamente como a ideia que envolve a aquisição de direitos e o ato de contrair obrigações.

Segundo Alfredo Domingues Barbosa Migliore, “a lei reconhece ‘personalidade jurídica’ naqueles que ela quer proteger de ofensas, dor, violações e danos em geral”³⁶⁶; mas, para o autor, é relevante contemplar a distinção entre aquilo que ele compreende como a ‘personalidade jurídica’ e a ‘capacidade de agir’:

- **Personalidade jurídica** é, em essência, o atributo daqueles que podem ser titulares de direitos (e deveres);
- Já a **capacidade de agir** consiste no poder dado àqueles que a lei julga terem condições necessárias para o exercício desses direitos.

Quando falamos em “pessoas capazes de contratar”, estamos, então, tratando de pessoas com personalidade jurídica ou com capacidade de agir? Na tese de Barbosa Migliore, o autor destaca a complexidade da exploração desse tema ao considerar que a personalidade

³⁶⁶ BARBOSA MIGLIORE, Alfredo Domingues. **A Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas**. 2010. 372f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 14.

jurídica pode ser estendida também aos não-humanos³⁶⁷, como no caso dos Direitos dos Animais. Pode parecer estranho, em um primeiro momento, abordar a personalidade jurídica de cães ou gatos, mas é relevante perscrutar essa temática para proporcionar uma análise consistente de tal fenômeno jurídico.

Outra autora que buscou examinar tal questão foi Alves de Sousa, refletindo sobre o seguinte:

(...) a personalidade Jurídica adquire-se com o nascimento completo e com vida, e até aqui parece fácil, os animais têm personalidade jurídica. Mas não é. Porque a personalidade jurídica está ligada a um conceito que tem a ver com direitos e obrigações que a personalidade jurídica confere ao indivíduo (humano) e os animais não humanos são sujeitos de direitos, mas não os conseguimos ainda ter como sujeitos de obrigações, e é aqui que se inicia a demanda em torno da necessidade de perceber que relevo dá o nosso ordenamento jurídico aos animais, partindo do conceito de personalidade jurídica, associado à responsabilidade jurídica, ao conceito de direitos e obrigações³⁶⁸.

Assim, os animais podem ser sujeitos de direitos, mesmo que, em face de sua irracionalidade, eles não tenham a capacidade de contrair obrigações e tampouco possuam as condições mínimas para falarmos em uma capacidade de contratar. A discussão sobre a personalidade jurídica dos seres não-humanos parte da noção de que os seres vivos devem deixar de ser vistos como “coisas”, inclusive juridicamente. Contudo, não há consenso na doutrina jurídica acerca de tal questão, a qual foi explorada apenas brevemente, com o intuito de fomentar o entendimento de que se trata de um tema com diversas nuances a serem examinadas pelos pesquisadores.

Um último ponto a ser levantado antes de retomarmos a exploração da personalidade jurídica como um todo e caminhar para a questão da capacidade de contratar e da arbitrabilidade subjetiva consiste naquele abordado por Castro Júnior em seu estudo “Personalidade Jurídica do Robô e sua efetividade no Direito”³⁶⁹, no qual busca compreender se as inteligências artificiais com características humanas poderiam contrair personalidade jurídica e, dessa forma, tornarem-se titulares de direitos e obrigações.

Partindo da premissa de que “a personalidade jurídica não é mais do que um meio pelo qual a lei garante a cada qual a aptidão para que possa realizar na Terra a sua personalidade própria, aos olhos de todos”³⁷⁰, o autor destaca que essa é uma discussão essencialmente filosófica e que passa a ser comum no cenário de desenvolvimento tecnológico. Essa possível

³⁶⁷ O estudo do autor aborda as possibilidades e limites da personalidade jurídica nos grandes primatas.

³⁶⁸ ALVES DE SOUSA, Paula. A Personalidade Jurídica dos Animais. **RJLB**, Lisboa, v. 5, n. 2, p.721-745, 2019. p. 722.

³⁶⁹ CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. **Personalidade Jurídica do Robô e sua efetividade no Direito**. 2009. 289f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

³⁷⁰ CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. Op. cit., p. 87.

personalidade jurídica de seres não-humanos (contemplando seres vivos não racionais, como os animais e indivíduos criados pelo humano) é uma temática relevante para, enfim, indagarmos sobre quais são as nuances da personalidade jurídica e como elas estão associadas à arbitralidade subjetiva na capacidade de contratar para a arbitragem.

Piers Paul Read afirma que a personalidade jurídica encontra seus alicerces na Idade Média, a partir da necessidade de proteção patrimonial da Igreja Católica, tendo em vista que, naquele momento histórico, ainda de natureza feudal e extremamente religiosa, as terras eram o principal bem das “pessoas”³⁷¹. Já a corporificação da personalidade jurídica deu-se na época imperial. Isso porque, por meio da *Lex Julia de Colegiis*, Augusto O Primeiro deu cunho à concessão de um privilégio de reconhecimento da subjetividade de um ente associativo, subordinando a existência de uma corporação a uma *lex specialiss. Senatusconsultos* e as constituições imperiais passaram a aperfeiçoar esse entendimento³⁷², considerando tanto os indivíduos quanto as pessoas jurídicas (personalidade jurídica das pessoas individuais e coletivas).

Joaquim Ramalho explica que a “personalidade jurídica equivale à aptidão para ser titular autônomo de relações jurídicas, ou seja, é a medida concreta de direitos e obrigações de que são susceptíveis”³⁷³; Beneduzi³⁷⁴, por sua vez, destaca que se trata de um tema relevante para a convenção arbitral, estando relacionado a assuntos como a desconsideração da personalidade jurídica e outros correlatos. Contudo, o que se busca explorar no presente momento é o seguinte: basta a personalidade jurídica para se falar em uma “capacidade de contratar” na arbitralidade subjetiva?

Se as discussões acerca da personalidade jurídica vêm sendo, como exposto, estendidas também aos não-humanos, como animais e inteligências artificiais, parece correto afirmar que a concepção moderna da capacidade jurídica é insuficiente para versar sobre a capacidade de contratar. Com o avanço das tecnologias, uma Inteligência Artificial (um robô)

³⁷¹ Destaca-se que o direito à aquisição de terras não era essencialmente conferido a todos, já que elas eram divididas em feudos, detidos pelos senhores feudais, soberanos no espaço geográfico e daqueles que residiam neles. A Igreja Católica passou a também se tornar proprietária das terras e de outros bens a partir da exploração da fidelidade ao divino (Deus) e não aos senhores feudais.

³⁷² GRANDINO RODA, João. **A evolução que criou a pessoa jurídica merece ser conhecida**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-21/olhar-economico-evolucao-criou-pessoa-juridica-mercede-conhecida>. Acesso em: ago. 2021.

³⁷³ RAMALHO, Joaquim. A personalidade jurídica das pessoas coletivas: evolução dogmática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 2, 2019.

³⁷⁴ VERÇOSA, Fabiane. O desafio da audiência de instrução na arbitragem coletiva societária. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Orgs.). **Arbitragem Coletiva Societária**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 174

pode eventualmente adquirir a capacidade contratual, mas não há possibilidade de que um animal, por exemplo, adquira-a, em virtude de sua própria irracionalidade.

Após obter a personalidade, o ente passa a ser sujeito de direitos (pessoa natural e jurídica), praticando atos e negócios jurídicos variados, de modo que, nesse contexto, a pessoa natural é o ser humano na condição de sujeito/destinatário dos direitos e obrigações³⁷⁵. Se partirmos do pressuposto de que, desde o nascimento, o indivíduo adquire essa personalidade jurídica, estamos dizendo, então, que um recém-nascido possui a aptidão para contratar? De acordo com Chinelato e Almeida, mesmo antes do nascimento (nascituro), fala-se em personalidade; contudo, não de uma personalidade condicional, a qual envolve apenas efeitos de certos direitos associados ao nascimento com vida, como direitos patrimoniais materiais, a exemplo da herança³⁷⁶.

É justamente sobre essa concepção que foi fundamentado o artigo 2º do Diploma Civil brasileiro, estabelecendo que a personalidade jurídica se inicia a partir do nascimento com vida, em diálogo com o artigo 1º, que afirma que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Ao recém-nascido cabem direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à moradia, dentre inúmeros outros, mas não se pode exigir dele o cumprimento de obrigações da vida civil, já que este é incapaz.

Segundo Villaverde, “a personalidade é parte integrante da pessoa humana, reconhecendo ao sujeito a possibilidade de ser titular de direitos e deveres na órbita jurídica”, sendo algo que existe antes do nascimento e projeta-se para além da morte³⁷⁷. Por isso, a personalidade jurídica, embora por muitas vezes seja confundida com a capacidade de contratar, não deve ser entendida como um sinônimo desta, visto que pessoas ainda não nascidas ou pessoas já falecidas não são capazes de contratar por razões que vão ao encontro da obviedade e da redundância.

A pessoa só fica completamente habilitada para a prática de todos os atos da vida civil no cessar de sua menoridade, aos 18 anos completos, nos termos do artigo 5º do CC/2002, além de ser possível de a incapacidade cessar para os menores pela concessão dos pais a partir de instrumento público homologado, pelo casamento, pelo exercício do emprego público, por colação de grau de Ensino Superior ou pelo estabelecimento civil ou comercial, vide incisos de I a V do referido artigo. Deste modo, ela terá direitos antes desse período, já que possui

³⁷⁵ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002. vol.1.

³⁷⁶ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

³⁷⁷ VILLAVERDE, Roberta Marques Benazzi. **Personalidade Jurídica do anencéfalo**. 2011. 276f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 172

uma personalidade jurídica que se deu com o nascimento (ou mesmo antes dele), mas terá uma capacidade apenas relativa em tal estágio de desenvolvimento humano.

O artigo 104 do Diploma Civil de 2002 estabelece que “a validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”³⁷⁸, sendo a capacidade do agente requisito para a própria capacidade de contratar/validar negócio jurídico. Assim, é a personalidade jurídica que contempla o indivíduo como detentor de direitos e obrigações, mas ela é insuficiente para a capacidade de contratar e, portanto, também para acionar o mecanismo da arbitragem pela via da arbitrabilidade subjetiva.

Nesse sentido:

No que tange à capacidade jurídica de contratar, a regra geral prevista no art. 104 do Cód. Civ. menciona que para a validade do negócio jurídico requer-se agente capaz, objeto lícito possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei. Observe-se que a incapacidade absoluta atinge menores de 16 anos, pessoas que em razão de enfermidades possam estar privadas de seu discernimento e da possibilidade de exprimirem sua vontade. A incapacidade relativa é própria aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos. Atinge também os doentes, ébrios, viciados, pessoas excepcionais sem desenvolvimento mental e pródigos³⁷⁹.

A dimensão subjetiva da arbitragem passa naturalmente a exigir a personalidade jurídica, compreendida na capacidade de contrair direitos e obrigações, porém, só se realiza plenamente quando o sujeito também possui a capacidade de contratar. Mas onde se encontram os vulnerabilizados nessa perspectiva? A jurista mexicana Carol Proner³⁸⁰ aponta que, ao considerá-los como sendo os indígenas, só se pode falar em um sistema potencialmente justo e equitativo, o qual fornece os meios para o desenvolvimento sustentável quando ele é convidativo para o exercício de direitos e obrigações das comunidades e povos, o que se associa à capacidade de contratar.

No caso brasileiro, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973) indica três classificações de índios em seu artigo 4º:

Art 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos

³⁷⁸BRASIL. Op. cit., s/n.

³⁷⁹ SIMÃO FILHO, Adalberto. **Sistema de formação e classificação de contratos em ambiente de sociedade da informação**. 2016. p. 514 Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc26%20correto.pdf?d=636808287678624823>. Acesso em: ago. 2021.

³⁸⁰ PRONER, Carol; VEDOVATTO, Diego; SANTOS, Rafael Modesto. O STF diante da Caravana Indígena. Disponível em: <https://outraspalavras.net/crise-brasileira/como-o-stf-pode-defender-os-indigenas/> Acesso em: 04.nov.2021.

eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura³⁸¹.

A vulnerabilidade indígena está intrinsecamente relacionada à classificação desses povos no Estatuto. Ao considerarmos tribos isoladas, por exemplo, estamos falando de grupos compostos por indivíduos que possuem direitos relacionados à personalidade jurídica, mas será que eles têm a capacidade de contratar quando possuem pouco ou nenhum contato com a civilização brasileira? A resposta para essa questão é: quando não integrados, os indígenas deveriam ser tutelados, assistidos e representados pela União, por meio de órgão federal de assistência.

O artigo 232 da CRFB/88 estabelece que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”³⁸², mas o mesmo Diploma Constitucional desvincula a capacidade de contratar para a legitimação jurídica de todos os indígenas, incluindo aqueles não tutelados. Por isso, considera-se o Estatuto do Índio como o instrumento que regula a capacidade civil dos indígenas, havendo a controvérsia da tutela dos índios não integrados.

Tem-se que os “requisitos de arbitrabilidade objetiva (disponibilidade e patrimonialidade) e subjetiva (capacidade de contratar) são tratados no âmbito do processo coletivo, especialmente no que tange os direitos individuais homogêneos”³⁸³ no contexto dos indígenas na condição de grupo vulnerável. Deste modo, Mattos e Renzetti contemplam a participação indígena na arbitragem sob o escopo da arbitrabilidade subjetiva nos seguintes termos:

Não há tal necessidade para ajuizamento de ação na justiça, de forma que não se pode falar de tais requisitos na arbitragem. A capacidade de contratar das partes deve ser aferida frente à pessoa envolvida, o substituto ou representante. Sendo a maioria dos substitutos pessoas jurídicas legitimadas, não há nenhum obstáculo a adicionar à arbitragem³⁸⁴.

E, no contexto objetivo do tópico anterior:

³⁸¹ BRASIL. Op. cit., s/n.

³⁸² BRASIL. Op. cit., s/n.

³⁸³ MATTOS, Eduardo da Silva; RENZETTI, Bruno Polonio. Op. cit., p. 58.

³⁸⁴ MATTOS, Eduardo da Silva; RENZETTI, Bruno Polonio. Op. cit., p. 60.

Diz-se que um direito é disponível quando seu titular possui a faculdade de alienar, renunciar, transmitir ou transacionar tal direito. Isto é, o direito se caracteriza como disponível quando seu titular possui a possibilidade de praticar atos com o fito de alterar o formato, titularidade e até mesmo a existência do direito em estudo. Segundo a doutrina arbitral, um direito se caracteriza como disponível quando pode ser ou não exercido livremente por seu titular³⁸⁵.

Em posse desses conhecimentos, revela-se a necessidade de elaboração de um tópico que abranja as arbitrabilidades objetiva e subjetiva no contexto dos vulnerabilizados, englobando também as noções de redistribuição e reconhecimento como possibilidade de justiça paritária.

4.2.3 Redistribuição e reconhecimento como possibilidade de justiça paritária

Como visto, há problemas e fenômenos particulares em relação à arbitrabilidade objetiva e subjetiva dos vulnerabilizados no contexto do procedimento arbitral. Sua legitimação, no entanto, parte do entendimento de questões relativas à redistribuição e ao reconhecimento como possibilidades de justiça paritária. Quando falamos nesse tipo de justiça, presumimos sua acessibilidade, celeridade e eficácia no tocante aos grupos vulnerabilizados; ela deve ser inclusiva não apenas ao permitir que os desfavorecidos participem dos processos e acionem os mecanismos, mas que eles também sejam concebidos em grau de igualdade.

Patrícia Matos destaca as contribuições de autores como Honneth, Fraser e Taylor para o reconhecimento paritário do outro:

Axel Honneth e Nancy Fraser, junto com Charles Taylor, são os principais autores que procuram retrabalhar, cada um a seu modo, o tema do reconhecimento como sendo central para uma teoria crítica da sociedade contemporânea. É possível notar uma íntima relação de influência entre o trabalho desses eminentes e influentes pensadores no debate contemporâneo. Ao mesmo tempo, também, é possível detectar tanto ênfases e pontos de partida distintos, por um lado, como também uma certa divisão do trabalho, por outro. (...) Fraser e Honneth discutem os principais pontos envolvidos na teoria do reconhecimento, suas fontes, as tematizações, filosófica e política, a construção de uma teoria social e os pressupostos para se pensar em uma teoria da Justiça. Ambos desejam colocar a categoria do reconhecimento como central para a reconstrução de um pensamento crítico, pretendem estabelecer uma posição crítica em relação às lutas sociais contemporâneas, teorizar o lugar da cultura no capitalismo e pensar padrões de Justiça³⁸⁶.

³⁸⁵ MATTOS, Eduardo da Silva; RENZETTI, Bruno Polonio. Op. cit., p. 58.

³⁸⁶ MATOS, Patrícia. O Reconhecimento, entre a Justiça e a identidade. **Lua Nova**, São Paulo, v. 2, n. 63, p. 143-161, 2004. p. 143.

De acordo com Nancy Fraser, a luta por reconhecimento tornou-se a forma paradigmática de conflito político ao fim do século XX, envolvendo as demandas pelo “reconhecimento da diferença” como aquelas que dão combustível às lutas de minorias mobilizadas sob as bandeiras de nacionalidade, etnicidade, “raça”, gênero e sexualidade, o que abrange estes grupos. Para a autora, tal luta é desencadeada em um mundo de exacerbada desigualdade material e social, “de renda e propriedade; de acesso a trabalho remunerado, educação, saúde e lazer; e também, mais cruamente, de ingestão calórica e exposição à contaminação ambiental; portanto, de expectativa de vida e de taxas de morbidade e mortalidade”³⁸⁷.

É importante compreender sobre o que estamos falando quando partimos de uma análise que vai da redistribuição ao reconhecimento:

Insistirei em distinguir analiticamente injustiça econômica e injustiça cultural, em que pese seu mútuo entrelaçamento. O remédio para a injustiça econômica é alguma espécie de reestruturação político-econômica. Pode envolver redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento ou a transformação de outras estruturas econômicas básicas. Embora esses vários remédios difiram significativamente entre si, doravante vou me referir a todo esse grupo pelo termo genérico “redistribuição”. O remédio para a injustiça cultural, em contraste, é alguma espécie de mudança cultural ou simbólica. Pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados. Pode envolver, também, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Mais radicalmente ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de todas as pessoas. Embora esses remédios difiram significativamente entre si, doravante vou me referir a todo esse grupo pelo termo genérico “reconhecimento”³⁸⁸.

A injustiça e a exclusão das pessoas vulnerabilizadas são fatores amplamente observados ao longo da história humana. Para muitos, seria até mesmo natural que os seres humanos, movidos pela sua própria ignorância, passassem a repudiar e odiar o outro que é diferente dele. E parece mais fácil “silenciar” o problema, fingir que ele simplesmente não existe e que as injustiças produzidas historicamente não seriam nada mais do que um devaneio, um mero delírio, criando uma concepção de igualdade que nunca existiu e a qual não pode se manifestar sem empenho na realidade.

Em outro estudo, empreendido por Andrews, foi abordado o “mito da democracia racial”, o qual trata justamente de uma aparente igualdade formal entre brancos, negros,

³⁸⁷ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça da era pós-socialista. **Cadernos de campo**, São Paulo, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006. p. 231.

³⁸⁸ FRASER, Nancy. Op. cit., p. 232.

indígenas e todos aqueles diferentes entre si³⁸⁹; ao olhar o Brasil e outros países da América Latina “por fora”, certos observadores ignoraram as relações de poder que existiam à época do regime escravagista, bem como o racismo e a desigualdade. A partir da década de 1940, tal mito passou a ser desconstruído, escancarando os fenômenos que prevaleciam na desigualdade racial brasileira e de outros territórios latinos³⁹⁰.

É por isso que autores como Nancy Fraser ocupam uma posição de tanto destaque. Para Bressiani, o “artigo de Fraser pode ser visto como o ponto inicial do debate sobre redistribuição e reconhecimento. Isso, contudo, não significa que a questão não se colocasse antes”³⁹¹, já que ela buscou diagnosticar uma situação preexistente:

O surgimento do que optamos por chamar aqui de debate sobre redistribuição e reconhecimento tem, dessa forma, como pano de fundo o diagnóstico de Fraser de um cenário de polarização política e intelectual marcado por um quase abandono de reivindicações por redistribuição igualitária e por um aumento significativo de mobilizações sociais em torno de questões culturais ligadas ao reconhecimento e à diferença. É a esse cenário que Fraser procura se contrapor, ao afirmar que a antítese presente em proponentes de ambos os lados é falsa e ao defender que a realização da justiça requer hoje tanto redistribuição material quanto reconhecimento cultural. Como, segundo ela, não seria possível remeter o conjunto das injustiças sociais existentes a uma única origem, uma vez que as sociedades contemporâneas estariam perpassadas por pelo menos dois diferentes mecanismos sociais – os econômicos e os culturais –, que produziriam tipos distintos de injustiça, combater qualquer um deles isoladamente não seria suficiente³⁹².

Fraser analisa a injustiça sob dois prismas:

- O primeiro prisma seria a **injustiça econômica**, a qual é radicada na estrutura econômico-política da sociedade, tendo como exemplos a exploração (expropriação do fruto do próprio trabalho), a marginalização econômica (obrigação de voltar-se a um trabalho indesejável e mal pago ou não ter acesso a trabalho remunerado) e a privação (impossibilidade de acesso a um padrão de vida material adequado);

³⁸⁹ Ao analisar a democracia racial brasileira no período de 1900-1990, Andrews (1997) aponta que seu conceito está associado à visão de observadores nativos e estrangeiros sobre o Brasil na primeira metade do século XX, envolvendo uma suposta democracia na qual indivíduos negros, mulatos e brancos viviam sob condições de igualdade jurídica e, em grande parte, social. Contudo, tal descrição começou a ser revisada a partir da década de 1940, quando passaram a ser relatadas as disparidades presentes entre a população branca e as populações não-brancas em relação à educação, ao trabalho, à vida financeira e à experiência social. A suposta harmonia em condições de igualdade no país, para o autor, é uma visão distorcida da realidade racial contemplada no país.

³⁹⁰ ANDREWS, George Reid. Democracia racial brasileira 1900-1990: um contraponto americano. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 95-115, 1997.

³⁹¹ BRESSIANI, Nathalie. Redistribuição e Reconhecimento - Nancy Fraser entre Jürgen Habermas e Axel Honneth. **CADERNO CRH**, Salvador, v. 24, n. 62, p. 331-352, mai./ago. 2011. p. 331.

³⁹² BRESSIANI, Nathalie. Op. cit., p. 332.

- O segundo prisma consiste na **injustiça cultural ou simbólica**, a qual se radica nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação. Tem como exemplos a dominação cultural (submissão a padrões de interpretação e comunicação associados a outra cultura, alheios e/ou hostis à sua própria), o ocultamento (tornar-se invisível pelas práticas comunicativas, interpretativas e representacionais da própria cultura) e o desrespeito (desqualificação rotineira nas representações culturais públicas estereotipadas e/ou nas interações cotidianas).

O Direito, em seu aspecto sumário, deve buscar a construção daquilo que é *justo*. No entanto, as abordagens jurídicas sobre a justiça e a injustiça, por vezes, desconsideram as questões fundamentais que giram em torno da temática social. Quando elaboramos legislações específicas para os indígenas, por exemplo, estamos voltando nossos olhares para as diferenças objetivas e para a concepção histórica dos índios como um grupo social marginalizado e excluído.

As novas demandas “dos movimentos sociais por reconhecimento de identidades culturais é precisamente a minimização e não-tematização das questões referentes às desigualdades econômicas, numa ordem social globalizada e marcada por injustiças econômicas”³⁹³ em um contexto no qual a separação entre as dimensões econômica e cultural representariam uma falsa visão do fenômeno da injustiça.

Problematizando tal questão, vamos pensar, a título de exemplo, que, do dia para a noite, a sociedade brasileira conseguisse eliminar completamente as desigualdades econômicas que envolvem os povos indígenas. Eles imediatamente passariam a integrar o mercado de trabalho com iguais salários e oportunidades. Isso resolveria a questão da injustiça e da desigualdade? Sim, mas, na visão de Fraser, apenas *em partes*.

Em nossa situação hipotética, os indígenas integrados se fortaleceriam como agentes econômicos, mas não culturais. Eles poderiam, por exemplo, ser obrigados a vestirem uniformes das empresas e impedidos de utilizar seu vestuário e/ou itens e acessórios culturais. Ao mesmo tempo, poderiam continuar sendo ridicularizados perante a sociedade, com os estereótipos acerca deles e sem a reivindicação de seu espaço cultural no cotidiano brasileiro.

O inverso é igualmente verdadeiro. Imaginemos agora o exemplo de que, do dia para a noite, o Brasil erradicasse plenamente a injustiça cultural. Não haveria mais desrespeito

³⁹³ MATOS, Patrícia. Op. cit., p. 145.

quanto às práticas culturais indígenas. De fato, elas passariam a ser reconhecidas como a cultura nativa tupiniquim (o que efetiva e verdadeiramente é); os índios não seriam mais desmoralizados e estereotipados. E agora? Nós eliminamos a desigualdade pelo menos ao considerarmos esse grupo vulnerável? Se seguirmos a adequada concepção de Fraser, novamente sim, mas apenas *em partes*. Isso porque a desigualdade econômica continuaria existindo.

As injustiças nessa perspectiva não podem ser combatidas isoladamente. É necessário termos em conta as injustiças econômica e cultural/simbólica como fenômenos correlatos, os quais geram as condições de exclusão dos vulnerabilizados. Nancy Fraser estabeleceu o seguinte: lutas por redistribuição seriam mais voltadas para compensar a injustiça econômica e lutas por reconhecimento seriam mais voltadas para remediar a injustiça cultural. Para a referida autora, o conceito de desigualdade corresponde à soma de fatores econômicos/simbólicos. Assim, lutas por redistribuição compensariam a injustiça econômica e lutas por reconhecimento remediariam a injustiça social.

Neste mesmo sentido, “Fraser constrói tipos ideais de conflitos sociais com o intuito de mostrar a inter-relação entre as demandas por redistribuição e por reconhecimento através da análise dos possíveis remédios adotados para vencer injustiças sociais específicas”³⁹⁴, sempre partindo da dualidade entre as duas premissas fundamentais para a compreensão do conceito e da prática efetiva da injustiça no pós-socialismo. Honneth, pelo contrário, “não acredita que seja suficiente para a construção de uma teoria social pensar a teoria do reconhecimento a partir tão-somente da análise dos novos movimentos sociais”³⁹⁵.

Para este autor, quando Fraser caracteriza os movimentos sociais pelo reconhecimento, ocorre uma “*over-generalization of american experiences*”³⁹⁶, já que tal tipo de luta está enraizado na América, ao passo que, na Europa, ficou em segundo plano, com a reivindicação dos vulnerabilizados ensejando uma batalha pela igualdade econômica, dado que os problemas tradicionais europeus estavam mais relacionados ao mundo do trabalho³⁹⁷.

Na visão de Honneth, é natural que existam diferenças em relação às lutas. Basta pensar na Europa de hoje, em países como a França, que vive o enfrentamento de novos problemas relativos às políticas de imigração, uma vez que imigrantes e refugiados árabes vão até esse país, por exemplo, para fugirem das adversidades envolvendo conflitos e

³⁹⁴ MATOS, Patrícia. Op. cit., p. 145.

³⁹⁵ MATOS, Patrícia. Op. cit., p. 156.

³⁹⁶ Em tradução livre: supergeneralização das experiências americanas.

³⁹⁷ HONNETH, Axel. **The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts**. Cambridge/Massachusetts: The MIT Press, 1996.

perseguições em suas terras natais. Eles não escolheram Paris para si, mas não houve outra opção além da fuga para sobreviverem e terem sua realidade.

Mas será que eles têm a sua identidade cultural respeitada no mesmo patamar que os cidadãos franceses ou outros cidadãos e grupos com culturas hegemônicas, como a norte-americana/estadunidense, a qual se espalhou no mundo globalizado por meio de filmes e músicas populares, em especial após a Segunda Guerra Mundial? A resposta a essa questão é que, claramente, essa população enfrentará problemas econômicos, como o acesso ao mundo do trabalho e o subemprego (por dificuldades relacionadas ao idioma, por exemplo), mas os problemas culturais serão mais contundentes. Isso porque o uso da burca pelas mulheres, a religião e seus hábitos culturais podem não ser efetivamente compreendidos pelos franceses e, sendo a cultura francesa hegemônica em seu território, há a produção de injustiças.

É o mesmo que compreendermos a diferença entre os indígenas brasileiros e os norte-americanos. Nos Estados Unidos, não é incomum pensarmos nos “pele-vermelha” (*redskins* – destacando como esse é um termo pejorativo na sociedade contemporânea) como proprietários de terra e de cassinos, o que aponta para uma luta por redistribuição, em tese, bem-sucedida naquele país. Por sua vez, em se tratando dos brasileiros, pensamos em indígenas que podem ser:

- a) Os integrados, costumeiramente moradores de vilas/aldeias e que vivem da venda de artesanato nos centros urbanos. Há também uma concepção dos índios brasileiros como aqueles que mantêm pedágios rodoviários;
- b) Os isolados, com pouco ou nenhum contato com a civilização e que vivem na floresta e dela se mantêm.

Isso denuncia, ainda em tese, uma distinção muito grande entre estes grupos nos dois países. Isso porque, mesmo em realidades distintas, há uma sua “estereotipação”, com os índios estadunidenses sendo entendidos como os “donos de cassino”, enquanto os brasileiros são os “índios de *Hilux*³⁹⁸”, cujos casos devem ser tidos como exceções e não como regras.

No entanto, ainda que os indígenas de ambos os países tivessem efetivamente alcançado a plena igualdade econômica, isso significaria que eles lograram também uma igualdade ampla, a ponto de serem vistos semelhantemente ao “homem branco”? A própria existência desses estereótipos consiste em uma denúncia sobre a desigualdade.

³⁹⁸ A Hilux é um veículo de luxo da montadora japonesa Toyota. Ele é tido como “comum” aos indígenas mantenedores de pedágio (Veja reportagem do G1 no item 111).

Há, assim, um embate direto entre Fraser e Honneth no tocante às lutas de grupos vulnerabilizados, já que o segundo discorda da teoria da primeira no que se refere “[à] separação feita por ela entre demandas por reconhecimento e demandas por redistribuição para que se possa entender a conexão entre cultura e economia no capitalismo”³⁹⁹. Para tal autor, a busca pelo reconhecimento diz respeito à “diferença” que não era protegida legalmente até então, mas que teve ampliação com a instituição do *welfare state* (estado de bem-estar social)⁴⁰⁰. Na visão de Honneth, não há, portanto, uma dualidade que demanda, em conjunto, as lutas por redistribuição e reconhecimento como uma espécie de unidade.

Já Charles Taylor é crítico ao liberalismo, entendendo-o como um movimento que promove uma cultura cega às diferenças, não sendo possível se falar em uma política de identidade e em uma luta de reconhecimento pelo viés liberal⁴⁰¹. Há a compreensão de que a diversidade deve ser escancarada e efetivamente observada e analisada para que possamos criar uma cultura na qual a injustiça seja combatida.

Em “*The Politics of Recognition*”⁴⁰², Taylor aponta que a demanda por reconhecimento é supostamente conectada ao enaltecimento da identidade na luta por uma falta de valorização do outro. A pessoa (ou o grupo vulnerável), nessa perspectiva, acaba sendo “distorcida” e sofrendo danos em razão de ser aprisionada em uma falsa visão sobre o “ser”. O autor defende que: “*Due recognition is not just a courtesy we owe people. It is a vital human need*”⁴⁰³⁴⁰⁴.

Honneth entende a injustiça social como resultado de uma negação do “reconhecimento intersubjetivo, o que perturba de forma violenta a relação do indivíduo com ele mesmo, e isso pode acontecer como resultado da violência física, da recusa à proteção legal ou mediante a negativa do reconhecimento individual ou coletivo”⁴⁰⁵. Autores como Markel, entretanto, estabelecem o diálogo entre Honneth, Taylor e Fraser sob uma nova perspectiva contemporânea:

³⁹⁹ MATOS, Patrícia. Op. cit., p. 159.

⁴⁰⁰ HONNETH, Axel. Op. cit.

⁴⁰¹ TAYLOR, Charles. Op. cit. 2000.

⁴⁰² TAYLOR, Charles. **The Politics of Recognition**. 1992. Disponível em: <https://www.amherst.edu/system/files/media/1417/Taylor%252C%2520Politics%2520of%2520Recognition.pdf>. Acesso em: ago. 2021.

⁴⁰³ Em tradução livre: O devido reconhecimento não é apenas uma cortesia que devemos às pessoas. É uma necessidade humana vital.

⁴⁰⁴ TAYLOR, Charles. Op. cit., p. 26.

⁴⁰⁵ AMADEO, Javier. Identidade, Reconhecimento e Redistribuição: uma análise crítica do pensamento de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. **Política & Sociedade**, Florianópolis, v. 16, n. 35, p. 242-270, jan./abr. 2017. p. 244.

Se, como afirma Markel, o processo de reconhecimento no capitalismo é, por definição, contraditório, como resultado desta lógica de abstração, então, o processo de reconhecimento social – como analisado por Taylor, Fraser e Honneth – está sujeito ao possível fracasso como consequência da lógica de abstração colocada pelo capitalismo. E se esta análise estiver correta, pelo menos algumas das desigualdades sistemáticas e das hierarquias sociais características da vida econômica contemporânea podem ser entendidas como resultado das perspectivas existenciais do sujeito moderno no imaginário capitalista. A partir da análise proposta, e concordando com a conclusão colocada por Markel, abrem-se novas possibilidades para problematizar a questão do reconhecimento e do tipo de relação mais adequada com a redistribuição, e também se oferecem novas formas de pensar a distinção entre ambos os conceitos que deverão ser explorados de forma a superar uma aparentemente falsa dicotomia real e conceitual⁴⁰⁶.

Há diversas visões, deste modo, que versam sobre a injustiça e sobre os vulnerabilizados no contexto da legitimação das lutas por reconhecimento e por redistribuição, as quais foram apreciadas e ponderadas pelo autor do presente estudo em seu posicionamento, contribuindo para formular uma tese particular e uma nova perspectiva para a problemática exposta, perspectiva esta que será considerada na contextualização da via arbitral no âmbito da paridade de armas para estes grupos.

Mediante o exposto até então no tocante à paridade de armas no contexto sociojurídico, consideramos a defesa de Fraser sobre a relação indissociável entre a luta por redistribuição e a luta por reconhecimento no constructo da busca por igualdade. Isso porque, nos dois exemplos apresentados anteriormente, verificou-se que a igualdade econômica pode não surtir efeitos na consolidação da isonomia cultural/simbólica, assim como a igualdade cultural não assegura o alcance da equidade econômica.

Corroboramos também a visão de Charles Taylor de que as desigualdades e injustiças não devem ser permitidas ou “conformadas” no campo das virtudes humanas, o que evidentemente foi um dos pontos de partida para a elaboração desta tese, ponto este reforçado ao longo da argumentação apresentada. Honneth, por sua vez, não considera a dicotomia de Fraser como essencial para a discussão, posicionamento do qual sou discordante ante o exposto.

Markel, que se apropriou dos ensaios dos três autores sobre o tema, traz argumentos interessantes. Tanto ela quanto Taylor criticam os movimentos do sistema capitalista como promotores da desigualdade e do afogamento da luta por reconhecimento. A estadunidense defende ainda a construção das desigualdades no imaginário dentro da lógica capitalista. Tal ponto também destoa da minha visão explicitada na tese, já que as considero um reflexo profundo que envolve a caracterização dos grupos em tela.

⁴⁰⁶ AMADEO, Javier. Op. cit., p. 267.

A autora supramencionada não defende que as desigualdades não existam, mas aponta para a impossibilidade de combatê-las nesse imaginário capitalista. O sistema capitalista produz de fato desigualdades, mas elas já se faziam presentes há muito tempo. Nesse ponto, assertivo mais o entendimento crítico de Taylor sobre o “(neo)liberalismo”, no qual há demasiada ênfase para aspectos meritocráticos e compreende-se a desigualdade como um processo natural dentro da lógica capitalista, como, por exemplo, ao enfatizar privatizações sem considerar as dificuldades de acesso dos grupos em comento aos serviços da iniciativa privada e também as críticas (no caso do neoliberalismo brasileiro e não do liberalismo clássico) sobre as ações afirmativas que buscam corrigir ou remediar as injustiças produzidas em uma sociedade capitalista desigual.

Nancy Fraser contemplou em sua análise os “remédios” que contribuem para amenizar os devastadores efeitos injustos da desigualdade para os diferentes. Contudo, é necessário trazer tais remédios, mecanismos e ações para os vulnerabilizados ao considerar as situações de reconhecimento e redistribuição.

No estudo intitulado “*Abnormal Justice*”, Nancy afirma que a anormalidade da justiça “é encontrada em fóruns institucionalizados de deliberação, assim como em tribunais e corpos de arbitragem, cuja principal função é a normalização da justiça”⁴⁰⁷. Para ela, a compreensão da justiça anormal se dá em três pontos distintos:

- a) O primeiro ponto envolve a ausência de uma visão comum acerca de “*o que é justiça*”, considerando-a uma relação comparativa, sem versar sobre sua substância. Em um contexto anormal, o “o quê” da justiça se encontra em disputa, com reclamações que não partilham de uma ontologia comum: onde uma parte vê *injustiça distributiva*, outra enxerga hierarquia de classe e outra vislumbra, ainda, o domínio político, de modo que, mesmo aqueles que concordam que o *status quo* é injusto, discordam de sua caracterização;
- b) O segundo núcleo da anormalidade engloba a ausência de uma visão comum do “*quem*” da justiça, com cidadãos de uma comunidade política delimitada. Nessa justiça anormal, o “quem” não está definido, abrindo margem para as interpretações;

⁴⁰⁷ FRASER, Nancy. *Abnormal Justice*. In: APPIAH, K. A. *Justice, Governance, Cosmopolitanism, and the Politics of Difference: Reconfigurations in a transnational World*. Berlin: Der Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin. 2007.

- c) Por fim, o terceiro aspecto trabalhado por Fraser consiste no “*como*” da justiça, ou seja, em como a justiça promoverá efetivamente o que é justo a partir da existência de distinções e circunstâncias específicas, em especial na produção e observação das diferenças no contexto dos vulnerabilizados.

Proponho, a partir dessa teoria, uma definição de justiça que envolve sua “normalização”, considerando o “*quê*”, o “*quem*” e o “*como*”, e também as questões da luta por redistribuição e por reconhecimento destes atores:

Quadro 8 – Os três pontos de passagem da justiça anormal, considerando os grupos vulnerabilizados

DESCONSTRUÇÃO DA “JUSTIÇA ANORMAL” A PARTIR DA TRIÁDE DE ELEMENTOS APRESENTADOS POR N. FRASER	
O quê?	<p>O primeiro núcleo, ou seja, o “o <i>quê</i>” da própria justiça passa pela deslegitimação da injustiça distributiva para a criação de uma justiça distributiva propriamente dita, na qual ocorra o estabelecimento da igualdade de modo proporcional, considerando a existência de diferenças tanto entre os indivíduos quanto entre seus graus de vulnerabilidade.</p> <p>A justiça, nesse contexto, deve se ocupar igualmente da redistribuição (lides econômicas de vulnerabilizados) e do reconhecimento (lides que envolvem os aspectos mais subjetivos das pessoas vulnerabilizadas a partir da sua personalidade jurídica, seja como indivíduo seja coletivamente).</p>
Quem?	<p>Diz-se que a justiça é cega. Mas ela deveria ser? Uma justiça cega não contempla (leia-se: não enxerga) a existência de diferenças, que devem ser</p>

	deliberadas. A justiça deve ver os vulnerabilizados e suas particularidades, trabalhando com o fito de amenizá-las no contexto de seu acesso. Viabilizar a eliminação da injustiça consiste em reconhecer o “ <i>quem</i> ” como o vulnerável, sujeito envolvido em uma luta por redistribuição e reconhecimento.
Como?	Talvez a questão mais complexa para difundirmos uma passagem da justiça anormal para uma justiça normalizada seja o problema do “ <i>como</i> ”. A justiça pode proporcionar o combate à injustiça? Se ela é o meio capaz para tal, o acesso a ela deve ser assegurado aos grupos vulnerabilizados, legitimando as suas reivindicações para a redistribuição e para o reconhecimento sociocultural.

Fonte: Elaborado pelo autor do presente estudo a partir das contribuições de Fraser (2013, p. 744-746).

É necessário olhar para os vulnerabilizados, já que:

O que é preciso é antes um conjunto de enquadramentos múltiplos e uma concepção de soberania com múltiplos níveis. Consequentemente, torna-se inevitável a questão de saber quando e onde aplicar determinado enquadramento. A partir daqui, qualquer discussão sobre a justiça deve incorporar uma reflexão explícita sobre o problema do enquadramento. Relativamente **a cada caso, devemos perguntar quem são precisamente os sujeitos relevantes da justiça e quem são os actores sociais entre os quais se exige que exista paridade de participação**⁴⁰⁸ (grifos nossos).

A paridade, assim, é uma exigência para o alcance de uma justiça verdadeiramente inclusiva e que englobe as questões sobre a vulnerabilidade, até mesmo no âmbito coletivo. Quando há interesses que envolvam todo um grupo ou uma comunidade vulnerável, a justiça deve compreender a existência de diferenças. Por isso, a igualdade não deve ser absoluta, mas sim isonômica ao compreender os iguais na medida de sua igualdade e os diferentes na

⁴⁰⁸ FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, v. 7, n., 63, p. 7-20, 2002. p. 19.

medida de suas próprias diferenças. Nesse ponto, as contribuições de Honneth⁴⁰⁹ se fazem necessárias, uma vez que, em sua perspectiva do reconhecimento intersubjetivo, o autor aponta para a criação de empatia como condição para o alcance de igualdade, ou seja, estabelecendo um processo no qual um indivíduo consegue olhar para outro indivíduo (ou mais especificamente, em nosso caso, para um grupo) e enxergar-se nele, mesmo com a existência de diferenças entre ambos.

Wolkmer, em sua obra “Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do direito”⁴¹⁰, afirma que a Justiça emanada do Estado se encontra atualmente em declínio, sendo a crise do Judiciário nada mais e nada menos do que uma “crise política dos canais de representação dos interesses coletivos presentes nas democracias burguesas representativas”⁴¹¹.

Cria-se, assim, uma cultura na qual os interesses coletivos nem sempre são assegurados, sobretudo considerando estes atores que se encontram em um contexto de disparidade de armas.

Para o autor supramencionado, é indispensável interpelar o pluralismo jurídico como uma nova abordagem cultural do Direito, sob o enfoque da justiça participativa. E isso envolve também proporcionar um acesso à justiça que empodere os excluídos, proteja grupos de pessoas vulnerabilizadas e visibilize diferenças sociais e culturais.

Quando falamos, no presente estudo, em “paridade de armas”, devemos compreender a desigualdade como um elemento que se apresenta na realidade atual, desfigurando aquilo que entendemos como *justo*. A crise da Justiça, quando exercida pelo Estado, produz um sentimento generalizado de injustiça. A sociedade civil já não a enxerga mais como apta para lidar com os conflitos de modo eficiente. Para os vulnerabilizados, marginalizados e sem acesso aos mesmos mecanismos, essa prerrogativa se intensifica ainda mais. Corroboro, nesse ponto, os argumentos de Antônio Carlos Wolkmer no tocante à criação de uma nova cultura judicial, capaz de fortalecer o acesso à justiça, o que passa também pela indispensável adoção e valorização dos meios de paridade de armas.

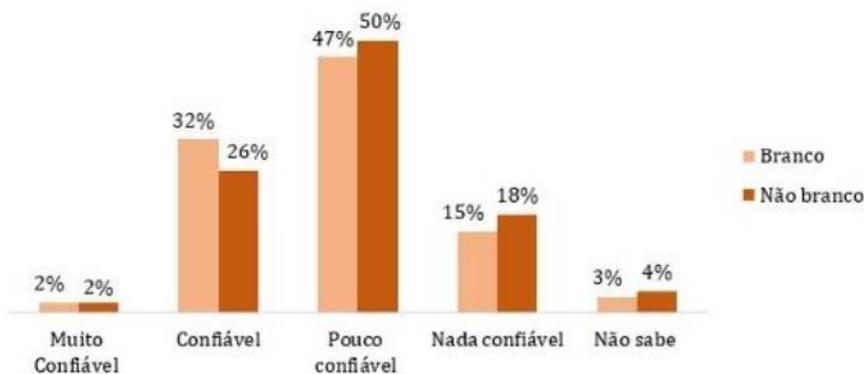
Uma pesquisa realizada pela FGV Direito SP levantou o índice de confiança no Judiciário entre brasileiros brancos e não-brancos (indígenas, negros e pardos), revelando o seguinte:

⁴⁰⁹ HONNETH, Axel. Op. cit.

⁴¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴¹¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 115.

Gráfico 1 – Confiança no Judiciário



Fonte: FGV Direito SP⁴¹².

Mediante o exposto, os indivíduos indígenas, negros e pardos, esses mais propensos a sofrerem com a vulnerabilidade social e econômica, confiam menos na Justiça do Estado do que os indivíduos brancos. No entanto, mesmo entre a população caucasiana, os números são alarmantes: 62% dos brancos que participaram da pesquisa afirmaram que o Judiciário é pouco ou nada confiável, enquanto 68% dos não-brancos relataram o baixo nível de confiança na Justiça Estatal.

A crise do Judiciário, outrossim, não é apenas institucional, mas também uma *crise de confiança*. Isso porque, mesmo apresentando um nível de confiança um pouco mais elevado do que os outros dois Poderes⁴¹³, a sociedade civil compreende que não pode contar com ele na resolução de suas demandas. Por isso, quando Wolkmer⁴¹⁴ fala em uma justiça burguesa, não há exagero algum. Trata-se de uma concepção segundo a qual os mais pobres enxergam o Judiciário brasileiro com desconfiança, como se ele existisse apenas para servir aos interesses dos mais privilegiados; por essa razão, mecanismos que assegurem uma maior *participação das pessoas nos processos* fora da justiça exercida pelo Estado, como a arbitragem, vêm sendo valorizados.

A função da Justiça Estatal em sua instância de Poder consiste em defender os direitos de cada cidadão, o que deveria ocorrer de modo célere e eficaz. No entanto, ao longo da presente tese, foi reforçada por inúmeras vezes a incapacidade do Judiciário para tal, sendo este considerado insuficiente para assegurar a justiça; não seria inapropriado falar, assim, em uma *justiça injusta*, incapaz de proporcionar decisões rápidas e eficientes para as demandas por ela apreciadas.

⁴¹² Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/228076/negros--pardos-e-indigenas-confiam-menos-no-judiciario-brasileiro>. Acesso em: 23 ago. 2021.

⁴¹³ Veja em: <https://www.conjur.com.br/dl/jefferson-ramos-causas-solucoes-crise.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁴¹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 172.

O magistrado Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes, titular de Direito da 23ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG, afirma que:

A Constituição de 1988, ao inovar, através da existência de um título para os chamados direitos e garantias fundamentais, abarcando os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, também trouxe a especial valorização do conteúdo prescritivo desses mesmos direitos. **O Estado passou normativamente a ser justificado pelos direitos fundamentais**, com destaque para a dignidade da pessoa humana, sendo estruturado em deveres de proteção aos diversos bens fundamentais **com o escopo de proteger a todos, em especial os vulneráveis, dos atos que os exponham a graves ameaças, bem como desestimular a omissão estatal no seu compromisso de proteção dos bens fundamentais**. Como corolário da inspiração humanista da Constituição de 1988, foi ao Judiciário confiada a responsabilidade de guardar a Lei Fundamental, com ampliação de sua competência no que respeita ao controle de constitucionalidade das leis e dos próprios atos do Poder Público, para cumprir o propósito fundador de alcançar a eficácia concreta dos direitos fundamentais⁴¹⁵ (grifos nossos).

Assim, o problema brasileiro não está na legislação *per se*, mas sim nos tribunais. Podemos falar em tribunais mais competentes do que outros, mas o Raio-X do manto da Justiça Estatal os revela insuficientes para cumprir a indispensável missão de fomentar a proteção dos vulnerabilizados. Quando abordamos os problemas estruturais do processo, não parece haver um horizonte favorável, salvo na hipótese de uma reforma do Judiciário.

Considerando acontecimentos recentes no cenário reformista brasileiro, com uma reforma trabalhista que não gerou empregos e uma reforma previdenciária que afetou o acesso à aposentadoria pelos cidadãos, nem mesmo se pode falar em uma reforma judiciária que poderia contribuir para a ampliação do acesso à saúde das populações e grupos de pessoas vulnerabilizadas.

O público deve servir à coletividade e reafirmar o compromisso de proteção dos atores socialmente vulnerabilizados, como os indígenas, as comunidades carentes, as pessoas com deficiência e todas as minorias espalhadas por um país de dimensões continentais como o Brasil. Na prática, isso não acontece. Temos um setor público completamente defasado, lento e burocrático, o que dificulta o acesso da sociedade civil como um todo, e, em especial dos vulnerabilizados, aos seus serviços.

O compromisso do Judiciário de dar ênfase à proteção dos vulnerabilizados, tal como defendido por Caldas Fernandes⁴¹⁶, revela-se insustentável. Nardello aponta que “o acesso à justiça pode ser considerado o mais básico de todos os direitos, uma vez que é através dele

⁴¹⁵ CALDAS FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro. A Justiça e os vulneráveis: o Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais incorporados pela Constituição Federal de 1988. In: **Coleção Constituição do Brasil 30 anos (1988-2018)**. Belo Horizonte/MG, 2018. p. 636-637.

⁴¹⁶ CALDAS FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro. Op. cit.

que será possível efetivar uma gama incontável de outros direitos”⁴¹⁷. A autora destaca que um Judiciário inacessível aos vulnerabilizados mostra-se insuficiente para cumprir seu papel institucional no acesso à justiça:

No Estado Democrático de Direito, é importante pensar-se para além da positivação dos direitos, devendo haver uma preocupação em torná-los efetivos a todos, pois nada adianta vê-los ocupando posição prestigiada nos ordenamentos se, na prática, os cidadãos acabam não conseguindo atingi-los. Muitas vezes, isso é o que ocorre com o direito à saúde, que se encontra previsto na Carta Magna da República em seus artigos 6º 196 e em patamar internacional é considerado um direito humano, conforme preceitua o artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sendo assim, nos países em desenvolvimento e em especial, no Brasil, é muito comum a mera proclamação de direitos que acabam não sendo efetivados na prática. Ao menos não em sua totalidade. Tal situação clama por uma resposta urgente do Poder Público, seja através da instituição de políticas públicas para torná-los efetivos, seja através da imposição de meios coercitivos através do Poder Judiciário⁴¹⁸.

A cidadania só é realmente concretizada com a efetivação dos direitos destes atores, a saber, os vulnerabilizados. Por isso, a legitimação de meios céleres e eficazes fora do acesso tradicional à Justiça Estatal se revela como condição *sine qua non* para o fortalecimento dela e do próprio Estado Democrático de Direito. Não se deve fazer um trabalho de convencimento para que os vulnerabilizados possam confiar no Judiciário, mas sim transformá-lo em algo acessível, o que não é possível na cultura de judicialização e na falta de pluralismo judicial.

Indaga-se, a partir disso, como a arbitragem pode contribuir para o fortalecimento das lutas dos grupos vulnerabilizados. Watanabe⁴¹⁹ traça um paralelo entre a cultura da sentença e a cultura da pacificação, afirmando que, no Brasil, não se busca a pacificação social dos conflitos, mas sim o confronto propriamente dito. Quando meros dissabores do cotidiano se transformam em complexas ações de indenização por danos morais, por exemplo, isso concorre para o afogamento do Judiciário e para a própria banalização do instituto: se todo dissabor se transformar em dano moral, o próprio instituto se torna trivial.

Isso não ocorre com outros institutos, como a própria arbitragem. Nesse caso, quanto mais o mecanismo for acionado, mais teremos *know-how* para implantá-lo frente ao pluralismo jurídico, gerando a paridade de armas e fornecendo mais autonomia para as partes. Não significa que os meios adequados de resolução de conflitos devam ser impostos a estes

⁴¹⁷ NARDELLO, Patrícia Brusamarello. Op. Cit., p. 138.

⁴¹⁸ NARDELLO, Patrícia Brusamarello. Op. cit., p. 137.

⁴¹⁹ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p.172

atores, mas sim que estes últimos compreendam que a crise do Judiciário fornece novos caminhos para a solução de litígios.

Nesse sentido:

(...) o direito ao acesso à justiça no Brasil demanda o desafio de enfrentamento de um cenário de marcada exclusão social. E isso, cumulado com o fato de que a cidadania no Brasil tem tido uma construção extremamente deficitária, deixando os “cidadãos” brasileiros pobres duplamente vulnerabilizados. Por isso, como visto, a concretização do acesso à justiça não raras vezes se revela como pressuposto para a realização dos demais direitos, além de ser instrumento de distribuição de justiça e de efetiva proteção de direitos. Logo, corolário dos pressupostos democráticos de igualdade e de justiça social. Atento a isso, aos problemas que passaram a acometer o Judiciário em meados nos anos 1980 e, ainda, ao fato de que garantir o acesso à justiça representa a manutenção da coesão e da paz social por institucionalizar meios outros que não a autotutela para a resolução de conflitos interpessoais, o Estado brasileiro desenvolveu vários mecanismos facilitadores de acesso à justiça para as pessoas mais carentes de recursos⁴²⁰.

Os indivíduos vulnerabilizados, diante dessa precarização do acesso à justiça em âmbito nacional, acabam sendo, nos termos apresentados acima por Laryssa Saraiva Queiroz, duplamente vulnerabilizados: em primeiro lugar, por suas próprias condições, enfraquecidas pela marginalização e pelo preconceito em contextos históricos que repercutem na atualidade e, em segundo lugar, por não poderem se fazer valer de um Judiciário participativo e inclusivo para assegurar o cumprimento de seus direitos.

Como alternativa a essa situação, a arbitragem deve partir de suas regras fundamentais, como as arbitrabilidades objetiva e subjetiva (e seus questionamentos, interpretações e contradições) para que possa ser acionada na condição de mecanismo de acesso à justiça pelos meios adequados de resolução de lides. Queiroz destaca ainda que é necessário um olhar cauteloso para as possibilidades alternativas, já que elas não devem ser banalizadas e afastadas dos princípios constitucionais da isonomia e da paridade de armas, dando uma falsa impressão de acesso à justiça sem que as demandas sejam tratadas a partir das especificidades dos mais vulneráveis⁴²¹.

Segundo Schneider Nunes, na arbitragem, os poderes de instrução devem ser “condicionados à observância do contraditório prévio, não apenas sob a ótica tradicional, que aponta como seus elementos caracterizadores a bilateralidade de audiência e a paridade de

⁴²⁰ QUEIROZ, Laryssa Saraiva. O Prelúdio do acesso à Justiça aos Vulneráveis no Brasil. **R. Defensoria Públ. União**. Brasília, DF, v.1, n.15, p. 87-114, jan./jun. 2021. p. 11.

⁴²¹ QUEIROZ, Laryssa Saraiva. Op. cit.

armas”⁴²². Como visto, a paridade de armas presume a igualdade/isonomia de direitos e deveres, de ônus, sanções processuais, garantias e possibilidade de defesa dos seus argumentos, de modo que, para promover o acesso à justiça pela via arbitral, essa perspectiva deve ser assegurada e observada.

Para os atores vulnerabilizados, essa paridade de armas se revela como uma questão crucial, a fim de que seja promovida a justiça propriamente dita. Isso porque tais grupos e indivíduos já se encontram, em face de sua própria condição, em um panorama de desigualdade e exclusão.

Ao analisar o potencial do instituto da arbitragem para promover a paridade de armas, Griebler apontou que a única desigualdade específica que poderia ser identificada no procedimento arbitral em comparação com o processo Estatal seria da inevitável diferença de estratégias, técnicas, conhecimentos e habilidades por parte dos advogados, mas destaca que “as partes poderão litigar na arbitragem, independentemente de eventual mudança em suas condições financeiras e, com as mesmas possibilidades de êxito”⁴²³.

João Ricardo Catarino⁴²⁴ afirma que o argumento de que a arbitragem poderia impedir a paridade de armas em comparação com o processo no Judiciário não se sustenta, já que o instituto é bem definido e conta com regras bastante claras no caso brasileiro. Idealmente, contaríamos com uma Justiça desburocratizada, rápida e eficiente, apta, assim, para abarcar e resolver as demandas de todos os cidadãos, incluindo os indivíduos e atores vulnerabilizados, com o intuito de estabelecer a paridade de armas e o tratamento isonômico. Na prática, ante a todo o exposto, isso não ocorre, sendo necessário recorrer aos procedimentos e técnicas alternativas.

Segundo Miguel Arcanjo Serra, a “paridade de armas é entendida como uma condicionante interna do processo judicial que transmite, nesse domínio, os efeitos jurídicos do princípio maior da igualdade, garantindo, materialmente, a equanimidade de forças das

⁴²² SCHNEIDER NUNES, Gustavo Henrique. O Contraditório como condição de possibilidade dos Poderes Instrutórios do Árbitro. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 8., 2020, Ribeirão Preto. **Anais...** Ribeirão Preto/SP, 2020. p.735.

⁴²³ GRIEBLER, Julie Klebert. O Third-Party Funding no Procedimento Arbitral: Obstáculo ou Promoção da Paridade de Armas? In: SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UFRGS, 30., 2018, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: UFRGS, 2018. p. 2.

⁴²⁴ CATARINO, João Ricardo; GIANNETTI, Leonardo Varella; FILIPPO, Luciano Gomes. The taxpayer's council as an alternative for the resolution of tax conflicts: a precursor of tax arbitration in the Brazilian legal system? In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais (Coord). *The Portuguese Tax Arbitration Regime*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 329.

duas contrapartes⁴²⁵⁴²⁶, sendo que a “fórmula” que precisa ser seguida na arbitragem clama também por essa isonomia não apenas como um direito individual e coletivo, mas também como um direito organizacional e um mecanismo regulador das atividades legais, demandando coerência nas regras existentes para a resolução de lides. Se, no processo civil, a paridade de armas é fundamental para a garantia de um processo justo, o mesmo ocorre no instituto da arbitragem.

De acordo com Lisboa da Silva, o princípio da paridade de armas em muito se confunde com o princípio da igualdade/isonomia, já que o segundo consiste em uma condição essencial para o primeiro⁴²⁷. Contudo, o princípio da paridade de armas, como visto, vai mais além, incorporando outros, como o do contraditório e o da ampla defesa. A autora em questão destaca que a disparidade de armas é algo corriqueiro e naturalizado no caso brasileiro, a partir de sua exploração no contexto penal-criminal⁴²⁸. Nesse âmbito, a questão da vulnerabilidade se dá, sobretudo, quando uma parte não consegue obter a igualdade probatória em função da acusação, ou seja, em função do Ministério Público. Não havendo igualdade entre defesa e acusação, nessa concepção, todo o processo e os resultados oriundos dele estão permeados por vícios.

No que concerne especificamente a arbitragem, presume-se que se trata de um instituto acionado para resolver uma demanda. Por isso, é missão do árbitro considerar a paridade de armas como um norte a ser buscado, em especial quando uma das partes (seja indivíduo seja grupo) apresenta certo grau de vulnerabilidade em comparação com a outra. Para exemplificar a questão, vamos pensar em uma situação na qual uma família que vive na pobreza fechou um contrato de aluguel de um imóvel com um conhecido proprietário de terras, casas e apartamentos em uma pequena cidade. A família, composta por pai, mãe e dois filhos, constatou, entretanto, que aquela propriedade não possuía condições de vida: estava

⁴²⁵ ARCANJO SERRA, Miguel. **A Aplicabilidade do Instituto da Arbitragem aos dissídios individuais de trabalho**. 2016. 77f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Programa de Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016. p. 19.

⁴²⁶ O estudo do autor abrange a arbitragem e a paridade de armas no contexto do Direito do Trabalho, no qual a relação de vulnerabilidade se dá na concepção do trabalhador como a parte hipossuficiente na comparação com seu empregador.

⁴²⁷ LISBOA DA SILVA, Naiara. Op. cit.

⁴²⁸ Um dos exemplos trabalhados pela autora: “uma pessoa leiga e humilde que entra em um Tribunal, instantaneamente vê as pessoas que estão sentadas à mesa principal como sendo pessoas importantes, que representam a justiça. Quando essa pessoa humilde vira o jurado, por mais que o advogado e o defensor sejam excelentes em suas arguições, as chances deste jurado não entender o que foi falado pelo promotor como a mais pura verdade são mínimas. Com isso, está violado o princípio da paridade de armas, uma vez que a defesa não tem a mesma possibilidade de convencimento “implícito” dos jurados” (LISBOA DA SILVA, Naiara. Op. cit., p. 10).

com infiltrações, a elétrica era antiga e ratos adentravam a casa devido à quantidade de lixo despejada em um aterro ao fim da rua.

Qual é o instrumento primordial para resolver o problema? Certamente, nesse caso, trata-se do contrato de aluguel. Contudo, em nosso exemplo, o proprietário e os locadores fomentaram apenas um contrato verbal, em que ficou acordado que, por toda e qualquer razão ou justificativa, a família deveria pagar uma multa equivalente a 10% de todos os aluguéis em período de 30 meses caso desejasse abandonar o imóvel. Quando a família informou ao locatário que procuraria seus direitos na justiça, não havendo conciliação, acabaram optando pela arbitragem como forma alternativa de resolver a controvérsia.

Nessa situação, temos um grupo vulnerável (uma família pobre e periférica, composta por quatro membros) e uma pessoa privilegiada (o locatário dos imóveis, de grande poder econômico e político na cidade). Como estabelecer o princípio da paridade de armas nesse contexto? Certamente, a escolha do árbitro é fundamental.

Está claro que a família foi vítima de um acontecimento que não poderia prever, ou seja, alugar um imóvel que, na verdade, não possuía condições mínimas para se viver. Somado a isso, ela não detinha os recursos necessários para pagar o equivalente a 10% dos 30 aluguéis restantes se o proprietário se isentou no contrato verbal de qualquer responsabilidade sobre o imóvel (o que não poderia fazer).

Nesse exemplo, há flagrante disparidade entre as partes, haja vista que o locador está em uma posição econômica na qual o recebimento de tais valores não faria diferença substancial em sua vida, assim como certamente o faria no caso da família. Cabe, portanto, ao árbitro promover a igualdade/isonomia entre as mesmas, reconhecendo a diferença entre elas no alcance de uma solução que seja justa para ambas. Se a família possui pouco nível de instrução e nunca antes teve contato com a arbitragem, é possível que a mesma opte pela solução mais célere para simplesmente “resolver o problema”. Paridade de armas, nesse caso, consiste em esclarecer tal família sobre as violações que sofreu na relação contratual de aluguel, não a coagindo a solucionar a controvérsia em favor do proprietário.

O árbitro deve reconhecer a existência da vulnerabilidade e da disparidade entre as partes para que possa arbitrar a partir da evocação de isonomia entre elas. Quando falamos em atores socialmente vulnerabilizados, no entanto, buscamos explorar a utilização da arbitragem como paridade de armas para grandes coletivos, como comunidades carentes, indígenas e assim por diante, os quais sempre estarão em um grau de vulnerabilidade (sobretudo social e econômico) em suas lides.

Há autores como Fernandes, entretanto, que consideram que, em casos nos quais haja disparidade de armas entre indivíduos e vulnerabilizados, o mais adequado é apelar para o Judiciário. Isso porque, em tese, a arbitragem seria incapaz de consolidar o princípio da paridade de armas:

[...] levando-se em consideração que no procedimento arbitral deve imperar a autonomia consciente de vontades e a baixa intervenção estatal sobre ele, a arbitragem não se mostra adequada em conflitos donde residem entre as partes certo desequilíbrio de forças, devido à quase ausência de atuação estatal de modo a tornar essa relação mais paritária, sobretudo quando cotejada ao princípio fundamental do processo de paridade de armas, a corte arbitral (...) é para os iguais. Em **havendo ocasião em que há pretensão resistida entre indivíduos que se localizam em evidente disparidade, desde econômicas até sociais, apresenta-se mais condizente à realidade do conflito a resolução através da jurisdição tradicional**, dada a mecanismos pensados para garantir a igualdade e a paridade de armas entre os litigantes. Alude-se como exemplo desses mecanismos a gratuidade da justiça aos hipossuficientes⁴²⁹ (grifos nossos).

É sabido que em todo e qualquer embate justo será necessário que as partes em conflito possuam a paridade de armas e recursos, evitando, assim, que uma delas obtenha vantagem injusta. Todavia, se partirmos da tese de Fernandes (apresentada acima), os vulnerabilizados só poderiam fazer uso da justiça tradicional para resolverem suas demandas, já que sempre se encontrariam em uma posição hipossuficiente. Em um conflito do Poder Público com uma comunidade indígena, portanto, não se poderia fazer uso da arbitragem, mas apenas da Justiça prestada pelo Estado, a qual é, por natureza, morosa e ineficaz para a consecução de soluções que possam ser justas e produzir a paridade de armas em relação ao grupo vulnerável.

Mas a arbitragem não é um privilégio e tampouco deveria ser, uma vez que, em um contexto em que a justiça pela via Estatal do Judiciário não produz aquilo que é *justo*, e, como defendido por Lisboa da Silva⁴³⁰, não consegue sequer estabelecer a paridade de armas em todos os casos (critérios básicos para a sua atuação), restringir a utilização dos meios adequados de resolução de conflitos acaba afastando as pessoas vulnerabilizadas de um importante mecanismo jurídico.

Vulnerabilizados demandam o reconhecimento (como evolução da redistribuição, vide Fraser) em um contexto que não deve ser apenas social, mas também jurídico. Fazemos aqui uso do termo *inclusão jurídica* para que a Justiça seja acessível a todos e também para que

⁴²⁹ FERNANDES, Gabriel de Castro B. **Corte Arbitral:** eficácia, aplicação em contratos de adesão e consumeristas e a relação com a nova acepção ao princípio do acesso à justiça. 2020. 62f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Escola de Direito e Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020. p. 43-44.

⁴³⁰ LISBOA DA SILVA, Naiara. Op. cit.

mecanismos válidos para a resolução de lides, como a arbitragem, possam ser utilizados como recursos democráticos com vistas a resolver demandas.

Discordo acintosamente da argumentação de Fernandes nesse sentido. Se constatamos, ante a todo o exposto, que a Justiça Estatal vem se apresentando cada vez mais inadequada para a resolução de certos conflitos, a utilização da arbitragem precisa ser estimulada. A existência de vícios no processo arbitral praticado no Brasil atualmente não deve afastar essa possibilidade de “jurisdição” dos vulnerabilizados: é necessário aperfeiçoar o mecanismo para que ele possa produzir soluções céleres e eficazes, enxergando as diferenças (sob o princípio da isonomia), a fim de que seja possível estabelecer nele a paridade de armas.

Charles Taylor defende que o Direito deve ser mais humanizado, o que passa pelo reconhecimento da vulnerabilidade e pela clara intenção de produzir justiça⁴³¹; humanizar o Direito, nesse sentido, consiste em fornecer a igualdade de oportunidades e condições jurídicas para todos, inclusive no contexto da utilização da arbitragem. Se a transformarmos em um instituto que só pode ser usado por pessoas em condições de igualdade, estamos reconhecendo-a como um privilégio, afastando tanto as concepções democráticas dos mecanismos de resolução de conflitos quanto as concepções do pluralismo jurídico defendidas ao longo da tese.

Por isso, é importante fazer menção aos ensinamentos de Carneiro e Shenk, os quais reconhecem que a “paridade de armas está nas entranhas do processo arbitral”⁴³². A escolha do árbitro, por exemplo, deve preservar tal princípio, de modo que, se as partes, porventura, tiverem concordado que essa escolha recaia sobre o árbitro indicado por uma delas, a decisão provoca censura, violando o princípio da igualdade, a partir da compreensão de que uma delas desfruta de uma posição de preponderância em relação à outra:

Também o contraditório, com as suas diversas manifestações, a audiência bilateral, a igualdade das partes e a paridade de tratamento, a imparcialidade dos árbitros, seu dever de fundamentação e livre convencimento são pedras de toque do procedimento arbitral, universalmente reconhecidos. Mais do que isto, essas manifestações assumem um destaque e uma sensibilidade muito mais intensos do que no procedimento judicial comum, na medida em que, em regra, são sustentáculos da confiança na qualidade e aceitabilidade da decisão final, que deve ser o resultado de um rito que reduza ao máximo as possibilidades de erro, não só porque livremente adotado e conduzido pelas partes, mas também porque o seu respeito é que justificará o caráter irrecorrível da decisão final, restando aos envolvidos, tão somente, o difícil e penoso caminho da ação anulatória, já com o fato consumado.

⁴³¹ TAYLOR, Charles. Op. cit.

⁴³² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O Justo Processo Arbitral e o Dever de Revelação (Disclosure) dos Peritos. **Revista Eletrônica de Direito Processual REDP**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, p. 581-597, 2013. p. 586. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8692/6564>. Acesso em: 17.ago. 2021.

Por isso, devem ser asseguradas pelo tribunal arbitral em todas as fases do procedimento e observadas em todas as suas decisões⁴³³.

Na situação hipotética do contrato de aluguel apresentada anteriormente, para que a escolha do árbitro seja válida, é necessário que ambas as partes (tanto a família vulnerável quanto o proprietário do imóvel) estejam envolvidas na seleção. Se tal escolha fica a critério apenas do proprietário, por exemplo, ele pode desfrutar de vantagem que prejudica o alcance da igualdade em desfavor da família que sofreu violações. Isso posto, é importante ressaltar que a arbitragem pode produzir a disparidade de armas, mas apenas quando a mesma é utilizada sem respeitar seus fundamentos e requisitos básicos.

Foram abordadas questões sensíveis que correlacionam a arbitragem à sua utilização para resolver lides individuais e coletivas de sujeitos vulnerabilizados, bem como às concepções relacionadas ao acesso à justiça e ao que é justiça *em si*. Legitimá-la no contexto da tutela coletiva *lato sensu*, contudo, é uma tarefa mais desafiadora, a qual envolve aspectos que serão trabalhados no capítulo seguinte, inclusive tratando da atuação de órgãos como o Ministério Público e, sobretudo, da Defensoria Pública.

Com o advento da CRFB/88, o estabelecimento do Estado Democrático de Direito proclamou um novo paradigma humanista, em que se compreende a igualdade como um conceito relativamente complexo em uma abordagem isonômica, na qual as partes iguais devem ser tratadas com equidade e as partes desiguais devem ser tratadas na medida de suas desigualdades. Presumir uma igualdade inexistente entre pessoas vulnerabilizadas e atores não-vulnerabilizados, assim, seria uma ofensa ao próprio princípio da igualdade/isonomia preconizado pela constituinte:

[...] a igualdade formal - igualdade de todos perante a lei - não conflita com o princípio da igualdade material, que é o direito à equiparação através da redução das diferenças sociais. Nítida a intenção do legislador em consagrar a máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem. A obediência estrita ao preceito constitucional conflita com normas protetivas, visando a propiciar o equilíbrio para se assegurar o direito à igualdade, com regras afirmativas⁴³⁴.

A concepção aristotélica envolvendo a igualdade compreende a existência de desigualdades que se produzem naturalmente. Contudo, no entendimento das Ciências Jurídicas, mesmo ao aceitarmos a desigualdade como uma lógica do sistema capitalista,

⁴³³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. Op. Cit. 587

⁴³⁴ LUIZ FERNANDES, Francisco. Da Inaplicabilidade Exegética quanto a formalidade contida no Inciso I, do Art. 5º da Constituição Federal de 1988. **Revista Científic@ Universitas**, Itajubá/MG, v. 1, n. 2, p. 1-10, 2009. p. 6.

devemos compreendê-la como um fenômeno que desequilibra o andamento do Direito, tanto no acesso à justiça quanto na utilização dos meios adequados de resolução de lides, como a arbitragem.

Buscar criar condições de igualdade material consiste, assim, em reafirmar o compromisso do Direito brasileiro com o estrito cumprimento da CRFB/88, proporcionando o equilíbrio em conflitos nos quais estão presentes partes desiguais. Equilibrar as relações jurídicas em todas as vias para a solução de conflitos é reafirmar um compromisso histórico com a humanização do Direito, o qual não é constituído apenas pela interpretação fria das leis, mas também deve ser teorizado e problematizado constantemente.

De modo algum a defesa realizada na presente tese argumentativa consiste em tolher dos grupos vulnerabilizados o direito de ingresso na justiça e tampouco entende a arbitragem como um mecanismo perfeito ou como um “santo remédio” que produz igualdade material instantaneamente ao ser acionado. Assim como o próprio Direito, o mecanismo da arbitragem deve ser igualmente teorizado e problematizado sobre diferentes prismas, para que, desse modo, seja possível embasá-lo e legitimá-lo no contexto da tutela coletiva envolvendo grupos vulnerabilizados.

Charles Taylor⁴³⁵ considera que o sofrimento do outro deve estimular a empatia. Por isso, quando nos deparamos com um contexto de injustiça ou de vulnerabilidade socioeconômica, devemos encontrar os meios, inclusive jurídicos, para amenizar os problemas e contornar as situações. Ao se abster da problemática social, o jurista acaba cometendo um grave equívoco, como se separasse as ciências jurídicas da sua própria função social e promovesse um Direito elitista e burguês.

Conforme exposto, há flagrante inadequação da Justiça Estatal para solucionar as controvérsias. Essa realidade de uma “justiça para poucos” aumenta o descrédito de nosso Judiciário, afetando todos os cidadãos brasileiros, mas, em especial, os vulnerabilizados, afastados do acesso aos serviços públicos e também do próprio acesso à justiça.

Indaga-se, antes de avançarmos a discussão da arbitragem para a tutela coletiva, se tal instituto seria apenas um paliativo para desafogar o Judiciário e torná-lo mais célere e eficaz ou se se trata de uma tendência permanente. Se, conforme defendido por Wolkmer⁴³⁶, o alcance de uma Justiça Estatal eficiente parte do fomento da desjudialização e da adesão ao pluralismo jurídico, é fundamental pensarmos em mecanismos adequados de resolução de

⁴³⁵ TAYLOR, Charles. Op. cit.

⁴³⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit.

conflitos como uma via paralela ao Judiciário, mas que deve ser popularizada e difundida como uma possibilidade válida.

Parece inconcebível na atualidade promovermos a arbitragem e outros mecanismos apenas como remédios temporários para o desafogar do Judiciário, visto se tratar de um instituto valioso que permite a resolução de conflitos de modo célere e eficaz, desde que seja acionado e operacionalizado de modo eficiente. Isso se dá por algumas razões, as quais exponho nos tópicos abaixo, em uma síntese das afirmações defendidas ao longo dos quatro capítulos deste trabalho:

- a) O Judiciário brasileiro encontra-se engessado, fornecendo respostas morosas e ineficientes para as lides e se mostrando verdadeiramente inadequado tanto no contexto da tutela de demandas individuais quanto das próprias demandas coletivas;
- b) A criação de condições que dificultam ou que impossibilitam o acesso ao Judiciário é, por natureza, antidemocrática, mas fruto de um problema maior que envolve a cultura de judicialização no país: os brasileiros costumam levar todas as suas demandas para a apreciação judicial, sendo resistentes à utilização de mecanismos como a conciliação e a mediação;
- c) Se o Judiciário já vem se apresentando como inadequado para as demandas, inviabilizando o acesso à justiça para os brasileiros, tal realidade é ainda mais contundente no caso dos vulnerabilizados, os quais já são privados de acesso aos serviços públicos envolvendo direitos fundamentais e ainda mais de acesso ao Judiciário;
- d) Se instrumentos como a Arbitragem não forem validados e legitimados em âmbito nacional, não há o combate à cultura da judicialização e tampouco poderemos falar em pluralismo jurídico.

As tensões envolvendo a judicialização são, assim, permanentes e de grande preocupação por parte dos juristas brasileiros, preocupação essa expressa na doutrina jurídica sobre a temática. Há consenso entre os autores de que nos valem para a elaboração do presente capítulo quanto à importância da promoção da arbitragem e dos meios adequados de resolução de conflitos para contornar tal questão. Isso, por si só, ajuda a solucionar os problemas da Justiça Estatal, mas não por completo.

Se em um país de dimensões continentais como o Brasil promovermos a cultura da pacificação com os instrumentos adequados, daremos o primeiro passo para a recuperação do Judiciário brasileiro, o qual atravessa não apenas uma crise institucional e de eficácia, mas também uma crise de desconfiança pública. Entre os vulnerabilizados, tal crise é ainda maior, chegando a 68% entre os não-brancos, como os negros e indígenas brasileiros.

O grande mérito dos resultados alcançados até então consiste no oferecimento de um novo prisma para a análise da temática, em aproximação com aspectos filosóficos como os trabalhados por Nancy Fraser, Charles Taylor e Jürgen Habermas, dentre outros, reforçando a necessidade de humanização do Direito e de reafirmação de seu compromisso com os indivíduos e pessoas vulnerabilizadas.

No capítulo 5, intitulado “Da Arbitragem e seus efeitos na tutela coletiva ‘*Lato Sensu*’”, serão trabalhados exaustivamente os aspectos específicos do instituto da arbitragem coletiva no contexto dos grupos vulnerabilizados, exemplificando sua aplicabilidade em lides que envolvem coletivos, como os compostos por quilombolas, ribeirinhos e indígenas, versando sobre grupos que foram vítimas de efeitos danosos e também sobre questões que dizem respeito ao gênero.

O capítulo será dividido em seis tópicos distintos, na seguinte disposição:

- a) No item 5.1, será abordada a arbitragem no âmbito do seu potencial para gerar a efetividade da jurisdição coletiva envolvendo os vulnerabilizados, problematizando-a sob o escopo da tutela dos mesmos;
- b) O tópico 5.2 aborda a questão da participação “no” e “pelo” processo, reforçando o potencial da arbitragem no contexto representativo e participativo das pessoas vulnerabilizadas no acesso à justiça pela via da pacificação social;
- c) O subtópico 5.3.1 versa sobre o papel desempenhado pelo Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e “*custos legis*” em questões relacionadas aos meios adequados de resolução de conflitos e em relação ao instituto da arbitragem para a tutela coletiva dos grupos vulnerabilizados;
- d) Já o subtópico 5.3.2 envolve a atuação da Defensoria Pública na condição de *custus vulnerabilis*, *amicus communitas* e *amicus curiae*, na legitimação para a promoção da ACP, *freerider* e o papel extrajudicial da Defensoria com base na Lei Complementar nº 80/94;
- e) Por fim, o subitem 5.3.3 aborda as questões envolvendo as intervenções de terceiros na arbitragem como tutela coletiva para os grupos vulnerabilizados,

contemplando-a como a democratização e ampliação do acesso à justiça no contexto jurídico da vulnerabilidade socioeconômica.

Tais tópicos conduzirão o desenvolvimento da tese para uma conclusão verdadeiramente aplicável ao problema exposto, embasando criticamente a utilização da arbitragem como uma solução de processos coletivos estruturantes no contexto da paridade de armas em defesa dos grupos vulnerabilizados.

5 DA ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS NA TUTELA COLETIVA “*LATO SENSU*”

O presente e final capítulo do desenvolvimento da tese é crucial para o alcance dos objetivos delimitados e de uma conclusão verdadeiramente aplicável ao problema de pesquisa proposto. Por isso, nele, será realizada uma avaliação detalhada do instituto da arbitragem e de seus efeitos na tutela coletiva “*lato sensu*”, fomentando sua utilização para a efetividade da jurisdição coletiva, sua participação “no” e “pelo” processo, seus legitimados ativos em defesa dos grupos vulnerabilizados (Ministério Público, Defensoria Pública e intervenções de Terceiros), bem como empreendendo uma análise de diversos casos nos quais ela poderia ter sido aplicada para a resolução de lides que envolvem a coletividade, como o acidente nuclear Césio-137 em Goiânia (1986), o incêndio na Boate Kiss em Santa Maria (2013), o acidente da Air France (2009), dentre outros.

Leonardo Netto Parentoni destaca em seu estudo que a legislação processual civil brasileira foi moldada para o atendimento da prestação da tutela jurisdicional, tendo ênfase nas lesões a direitos subjetivos individuais a partir da demanda do próprio lesado, visto que, no artigo 6º do CPC/73, a regra era que ninguém poderia pleitear em nome próprio um direito alheio, exceto quando autorizado por lei; assim, não se previram ali instrumentos para a tutela coletiva de direitos, a não ser pela fórmula tradicional do litisconsórcio ativo, a qual também não é aplicável à tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada, como os chamados interesses difusos coletivos, já abordados anteriormente no presente estudo⁴³⁷.

Desse modo, o legislador de 1973 não vislumbrou mudanças estruturais ocorridas na sociedade brasileira (e, diga-se, global) nas décadas que se seguiriam, em conflitos nos quais o processo civil clássico não dispunha de instrumentos adequados para o tratamento das demandas envolvendo interesses ou direitos coletivos, em sentido amplo. Por isso, os meios adequados de resolução de conflitos acabaram sendo estimulados pelo Novo Código de Processo Civil, já que os mesmos são capazes de contemplar essa possibilidade de jurisdição coletiva, a qual conta com uma nova percepção sobre direitos e interesses:

⁴³⁷ PARENTONI, Leonardo Netto. Mudanças no Horizonte do Processo Coletivo Brasileiro. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, ano IV, n. 24, p. 26-54, dez./jan. 2009.

Dadas as peculiaridades desses novos direitos, de índole transindividual, tornou-se necessária a elaboração de mecanismos processuais próprios, capazes de lhes conferir tutela adequada. Bens jurídicos como o meio ambiente saudável, que interessam à sociedade como um todo, inclusive às futuras gerações, não poderiam ser satisfatoriamente protegidos apenas com as disposições clássicas do Código de Processo Civil. Atento a essa nova realidade, o legislador criou um subsistema processual específico, destinado à tutela dos direitos transindividuais, rotulado pela doutrina de processo coletivo⁴³⁸.

Para Back, é possível reafirmar a tutela coletiva de direitos a partir da perspectiva arbitral, superando certas limitações como a possível indisponibilidade deles, abordada no tópico anterior do presente estudo⁴³⁹. A autora defende que, de fato, havendo a oportunidade de fazer uso do procedimento arbitral para a tutela de direitos coletivos, este é, inclusive, recomendável, diante de seus inúmeros benefícios (já apresentados nesta pesquisa), como a maior celeridade e a maior efetividade no alcance de resolução dos conflitos.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Ananis Alves Ferreira, em sua “Lei de Arbitragem Comentada”, destacam a arbitragem coletiva como a “aplicação do instituto em estudo para solução de conflitos metaindividuais, abrangendo no seu objeto direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”⁴⁴⁰. No entanto, é necessário refletirmos especificamente sobre as questões que envolvem os atores e pessoas vulnerabilizados, os quais se encontram “à margem” da sociedade civil organizada. Por isso, além de legitimarmos o mecanismo arbitral como uma possibilidade voltada à tutela coletiva, também é preciso contextualizar tal legitimação com as condições e particularidades de tais grupos. Isso porque, embora apresentem semelhanças entre si, cada um deles possui suas especificidades.

Desta forma, no primeiro tópico do presente capítulo, será abordada especificamente a aplicabilidade da arbitragem para a efetividade da jurisdição coletiva de um modo geral, aprofundando a temática dos vulnerabilizados e traçando considerações sobre ela.

⁴³⁸ PARENTONI, Leonardo Netto. Op. cit., p. 6.

⁴³⁹ BACK, Gabriela Cristina. **Arbitragem como método de resolução de conflitos de natureza transindividual**. 2018. 273f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

⁴⁴⁰ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LINS ROCHA, Matheus; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananis Alves. Op. cit., p. 109.

5.1 DA ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO COLETIVA

Importante, já de plano, tratar do mito da indisponibilidade em matéria de arbitragem em relação aos bens patrimoniais indisponíveis, uma vez que, quanto aos disponíveis, o próprio art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996⁴⁴¹, com redação dada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, já admite a realização do procedimento no âmbito da Administração Pública direta e indireta como forma de dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Desta feita, extrai-se que já foi flexibilizado o princípio intrínseco do Direito Administrativo no tocante à Supremacia do Interesse Público sobre o Particular, que é considerado basilar para aquele ramo de estudo jurídico.

Segundo leciona André Vasconcelos Roque⁴⁴²:

Essa concepção passou, então, a guiar a interpretação da legislação sobre ações coletivas no Brasil, independentemente do direito material em discussão e mesmo sem nenhuma regra que, expressamente, dispusesse acerca da questão. A atuação obrigatória do Ministério Público como fiscal da lei nos casos em que ele não fosse autor da ação coletiva (art. 6º, §4º da Lei n. 4.717/1965; art. 5º, § 4º da Lei n. 7.347/1985 e art. 92 da Lei n. 8.078/1990) e a previsão de que o parquet ou outro legitimado prossigam com o processo em caso de desistência ou abandono pelo autor foram consideradas evidências da inviabilidade de disposição de direitos coletivos, chegando-se a conceber um princípio geral de indisponibilidade ou, pelo menos, de disponibilidade motivada.

Em “Considerações para a plena admissibilidade da tutela arbitral coletiva”⁴⁴³, José Rogério Cruz e Tucci aponta para a necessidade de aperfeiçoar o regramento da arbitragem de natureza coletiva, tendo em vista uma preocupação crescente do Direito brasileiro após a instauração das primeiras arbitragens de classe por companhias abertas. Para o autor, foi possível verificar, sem muita dificuldade, uma formação consistente de tal categoria processual na seara da jurisdição arbitral.

⁴⁴¹ **Art. 1º** As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência).

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência).

⁴⁴² ROQUE, André Vasconcelos. **Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura**. 2014. 288f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica) – Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 84-85.

⁴⁴³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Considerações para a plena admissibilidade da tutela arbitral coletiva**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/paradoxo-corte-consideracoes-plena-admissibilidade-tutela-arbitral-coletiva>. Acesso em: ago. 2021.

Kazuo Watanabe e Daniela Gabbay⁴⁴⁴ destacam que a admissibilidade da arbitragem para a tutela coletiva é questão de *lege lata* (e não de *lege ferenda*), já que está esculpido no artigo 1º da Lei de Arbitragem o referencial de utilização de todos os tipos de ações adequadas para dirimir litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, não havendo restrição às demandas coletivas. Os autores destacam que a “teimosia” em não reconhecer a viabilidade da arbitragem e de sua aplicação para a efetividade da jurisdição coletiva pode trazer diversas consequências graves para a concepção jurídica brasileira, sobretudo a denegação da justiça.

Ora, a perspectiva fundamental envolvendo essa “arbitragem coletiva” passa pelo norte do direito ao acesso à justiça; contudo, isso não significa que ela deva ser concebida de modo idêntico à arbitragem, abarcando interesses e direitos individuais, mas sim que deve ser submetida às regras gerais do procedimento arbitral para proporcionar a efetividade da jurisdição coletiva.

No mesmo sentido, assevera Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira; Matheus Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Ananias Alves Ferreira⁴⁴⁵:

Neste sentido, a partir da transformação da economia, com as relações interindividuais e com os fenômenos de massa, as sociedades contemporâneas evidenciam a importância dos direitos sociais, bem como a importância desse método de resolução de conflitos, arbitragem, em relacionar-se com a tutela coletiva. Portanto, a arbitragem coletiva poderá ser instituída a partir de determinada cláusula compromissória ou compromisso arbitral, relacionando-se com discussões de natureza patrimonial nos conflitos envolvendo direitos coletivos.

Segundo Back, a “instauração da arbitragem depende da assinatura de convenção arbitral, que pode se dar na forma de cláusula compromissória ou através do compromisso arbitral”⁴⁴⁶. No caso das arbitragens coletivas, a autora acredita que o melhor caminho para sua efetivação seria por meio dos compromissos arbitrais regulamentando o procedimento, a fim de proporcionar a melhor legitimidade para a atuação das partes e dos árbitros.

Deste modo:

Embora não se trate de um limite legal, uma vez permitido aos legitimados coletivos elegerem o melhor método para a tutela do direito metaindividual em litígio, incluindo a convenção arbitral, a instauração do procedimento arbitral pode ser, por si só, o limite do desenvolvimento do método no Brasil. A cultura demandista, aliada às características da *civil law* e a necessidade de validação e regulamentação

⁴⁴⁴ BACK, Gabriela Cristina. Op. cit., p. 146.

⁴⁴⁵ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LINS ROCHA, Matheus; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. Op. cit., p. 114.

⁴⁴⁶ BACK, Gabriela Cristina. Op. cit., p. 148.

normativa fazem com que a arbitragem coletiva tenha mais chances de ser concretizada a partir de uma normatização específica, seja com a modificação da lei de arbitragem, seja com criação de nova norma específica sobre a arbitragem coletiva⁴⁴⁷.

Zanferdini e Zacarias⁴⁴⁸ buscaram a realização de uma análise da exequibilidade da arbitragem na efetivação da tutela jurisdicional coletiva, com ênfase no Direito do Trabalho, evidenciando casos como a “dispensa coletiva”, em que um determinado número de trabalhadores é dispensado de suas atividades profissionais por uma série de motivos. Tendo em vista que essa dispensa provoca efeitos não apenas individuais (ou seja, do trabalhador em si), mas também do grupo de trabalhadores, a negociação coletiva desponta como uma possibilidade de meio de autocomposição, assim como a arbitragem serve para a tutela de direitos de cunho trabalhista para um grupo de trabalhadores que passou por tal processo, o qual, por muitas vezes, chega a ser traumático e demanda célere resolução.

Cruz e Tucci⁴⁴⁹ compreende os árbitros como figuras protagonistas em se tratando do instituto da arbitragem, sendo que os mesmos devem se fazer valer das normas jurídicas existentes para adaptar, dentro da flexibilidade possível, o respectivo procedimento, com o preenchimento de eventuais lacunas (parágrafo 1º do artigo 21 da Lei nº 9.307) em prol da efetividade da tutela coletiva. Desse modo, o autor entende que, desde que o árbitro não desrespeite princípios essenciais do instituto, como o atendimento ao devido processo legal, ele pode interpretar a legislação existente e versar sobre os termos e condições da arbitragem e de seus efeitos na tutela coletiva de grupos de indivíduos.

Para o autor supramencionado, é necessário reconhecer a arbitragem como um mecanismo que possibilita a efetividade da jurisdição coletiva. Por isso, se um grupo vulnerável se vê diante de uma lide com interesses comuns a todos, é natural que almeje a tutela coletiva de seus direitos e, diante dos problemas processuais estruturais enfrentados pelo Judiciário brasileiro, bem como não sendo vedada (diga-se, é inclusive encorajada) a busca pela resolução consensual de conflitos, a arbitragem se valida como um recurso capaz de gerar a efetividade necessária. Contudo, para consolidar a arbitragem coletiva de grupos de pessoas vulnerabilizadas, revela-se fundamental analisar a questão da participação “no” e “pelo” processo, a qual será posta no item seguinte.

⁴⁴⁷ BACK, Gabriela Cristina. Op. cit., p. 149.

⁴⁴⁸ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; ZACARIAS, Fabiana. A negociação coletiva como instrumento de concretização de direitos na demissão coletiva e sua efetividade como meio autocompositivo de resolução de conflitos. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 25, n. 2, p. 134-157, 2017.

⁴⁴⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit.

5.2 DA PARTICIPAÇÃO “NO” E “PELO” PROCESSO

Quando tratamos dos vulnerabilizados, estamos versando, via de regra, sobre um grupo constituído por pessoas que enfrentam o que o autor da presente tese denomina de “crise de participação”⁴⁵⁰. Isso porque, ao considerarmos o princípio da isonomia, todas as partes devem ter assegurada a sua possibilidade de participação “no” e “pelo” processo, mas também, segundo o mesmo princípio, devemos ser capazes de considerar as particularidades de cada indivíduo e também de cada grupo.

Faço-me valer do termo “crise de participação” para partir para a seguinte indagação: como tais grupos o fazem no procedimento arbitral? Melo e Oliveira apontam que se faz necessário “assegurar a todos os possíveis nichos da coletividade, sobretudo os vulnerabilizados, a participação deliberativa e efetiva na evolução desse procedimento”⁴⁵¹, já que é somente por meio dessa efetivação da participação que se torna possível falar em um instituto da arbitragem verdadeiramente democrático. Os autores exemplificam a questão, fazendo uso de um caso de impasse ambiental envolvendo os vulnerabilizados, afirmando que:

as hipóteses práticas que reivindicam a participação popular dos diversos nichos sociais no trato das contingências coletivas desafiam as alternativas administrativas (e jurídicas) disponíveis no ordenamento, colocando a perspectiva democrático-participativa sob este enfoque científico. Então, é possível concluir que no caso paradigmático, a possibilidade de múltiplos interesses congregados em um mesmo lado do impasse ambiental (pescadores, moradores ribeirinhos, autoridades locais e demais indivíduos afetados pela eventual extração dos metais tóxicos) demonstra a insuficiência dos métodos conciliatórios quando da apresentação de uma melhor saída, comum a todas as pautas demandadas⁴⁵².

Ora, enfrentarmos a possível “crise de participação” dos grupos vulnerabilizados na tutela coletiva a partir da arbitragem é algo fundamental para reforçar a cidadania desses sujeitos e a democracia como um todo, uma vez que a plena participação é um fomento indispensável ao exercício democrático. Em tese, o ideal seria que estes próprios grupos contassem com um “representante” com um nível maior de conhecimento para a participação, visto que ele seria capaz de vislumbrar os interesses coletivos de um modo geral.

⁴⁵⁰ O termo foi elaborado pelo autor.

⁴⁵¹ MELO, Luiz Carlos Figueira de; OLIVEIRA, Lorena Franco de. O suporte resolutivo municipal no processamento dos conflitos coletivos: o acesso à justiça e à participação nos processos extrajudiciais de resolução e acompanhamento dos conflitos coletivos no Triângulo Mineiro. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 1052-1080, 2021. p. 1.053.

⁴⁵² MELO, Luiz Carlos Figueira de; OLIVEIRA, Lorena Franco de. Op. cit., p. 1.060.

Para exemplificar tal questão, elaboro aqui uma situação hipotética tratando novamente da temática indígena, fazendo uso de um caso fictício da tribo “Papau-Popei-Trapimembá”⁴⁵³. Essa tribo, localizada no interior de Manaus, vinha sofrendo ameaças por parte de fazendeiros que possuíam propriedades próximas a ela e a existência dos indígenas impedia um maior agro desenvolvimento da região.

Os Papau-Popei-Trapimembá, nesse caso, consistem em um grupo vulnerável com clara ameaça de direito. Contudo, é necessário pensar que não estamos tratando de uma tribo isolada, havendo inclusive um de seus membros que se fez valer das ações afirmativas e das políticas públicas para obter sua graduação em Direito, tendo inclusive conseguido a habilitação para a prática da advocacia na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Ora, se os Papau-Popei-Trapimembá, na condição de grupo vulnerável, optassem por acionar o instituto da arbitragem para a tutela coletiva de seus direitos, eles teriam um representante com conhecimento jurídico para auxiliar a participação “no” e “pelo” processo. Mas e se esse operador do direito indígena obtivesse uma excelente oportunidade de trabalho em outra região brasileira e se visse obrigado a se mudar? De repente, inexistente um representante de saber jurídico na tribo, gerando, assim, a “crise de participação”, com os indígenas não mais sabendo como podem efetivar sua participação ante o instituto da arbitragem.

Creio que, nesse contexto, o árbitro deve se fazer valer do princípio da paridade de armas para “forçar” o cumprimento de outro princípio: o da isonomia. Os membros da tribo, por exemplo, poderiam contar com um representante que conhecesse a realidade do grupo vulnerável, seus interesses e seus direitos, como um trabalhador da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que convive rotineiramente com esses sujeitos. Faço-me valer desse exemplo para demonstrar como há uma crise de participação, o que faz com que, em muitas hipóteses, os vulnerabilizados não saibam como efetivar a sua participação “no” e “pelo” processo, algo que ocorre tanto no âmbito do processo judicial quanto no instituto da arbitragem coletiva. Como veremos mais adiante, a participação de outras partes, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, é outra possibilidade pertinente no caso concreto da arbitragem coletiva de grupos vulnerabilizados.

Aprofundando a questão participativa, destaca-se o estudo de Müller, denominado “A utilização de meios adequados de solução de conflitos em processos de territorialização: casos

⁴⁵³ Tal tribo inexistente e foi inventada pelo autor da tese, com o intuito de demonstrar a “crise de participação” dos grupos vulneráveis.

de Alcântara e Marambaia”⁴⁵⁴, no qual a autora destaca que a ordem judicial não pode desconsiderar as correlações de forças nos conflitos envolvendo pessoas vulnerabilizadas. São tratados, em sua pesquisa, dois casos distintos abordando processos de territorialização:

- a) O caso do município de Alcântara/MA, território étnico composto por pouco mais de 20.000 moradores que se subdividem em grupos vulnerabilizados, sendo extremamente pobre e com uma economia baseada na produção agrícola, na pesca e no turismo; a localidade foi sendo constituída com a chegada dos primeiros escravos africanos no Maranhão no século XVII; e
- b) O caso da ilha da Marambaia/RJ, que conta com uma comunidade negra composta por cerca de 100 famílias que vivem da pesca e da subsistência, retirando seu sustento da ilha desde antes da abolição da escravidão.

Em ambos os casos, Müller destaca que “os métodos alternativos de solução de disputa, através dos quais se buscou chegar a uma solução consensual foram ineficazes”⁴⁵⁵. Tanto Alcântara quanto Marambaia são áreas quilombolas, cujo perímetro se sobrepõe aos projetos de investimento internacional, áreas de interesse militar e áreas militares. Em Alcântara, o obstáculo para o alcance de consenso se deu na regularização fundiária colocada de lado, ocorrendo um acordo judicial que não foi completamente cumprido, ao passo que, na Ilha de Marambaia, o procedimento foi remetido para a Câmara de Conciliação da AGU. Não se cumpre, no presente momento, uma exploração exaustiva de tais casos sobre a questão dos vulnerabilizados, visto que o que se deseja apresentar agora consiste na participação destes coletivos.

Nesse sentido, especificamente no tocante a Marambaia e a seu grupo vulnerável, a autora aponta o seguinte:

*O continuum harmonia-conflito poderá levar os procedimentos, no caso da Ilha da Marambaia, a uma Câmara de Conciliação onde a falta de consenso – justamente de conciliação como exige o art.11 do Decreto 4.887/2003 – **poderá ser resolvida através da arbitragem.** As discussões que ocorrem nesta Câmara são sigilosas e, **mesmo que intervenham na vida de comunidades inteiras, não é permitida a participação de interessados mesmo que em papel de simples audiência.***

⁴⁵⁴ MÜLLER, Cintia Beatriz. A Utilização de Meios Alternativos de Solução de Conflitos em Processos de Territorialização: Casos de Alcântara e Marambaia. **Caderno de Debates Nova Cartografia Social**, Manaus, v. 01, n. 02, p. 23-42, 2010.

⁴⁵⁵ MÜLLER, Cintia Beatriz. Op. cit., p. 97.

Contudo, quanto à técnica de pacificação utilizada, existirá um árbitro que definirá a melhor escolha⁴⁵⁶ (grifos nossos).

Ainda de acordo com Cintia Beatriz Müller, as negociações envolvendo atores vulnerabilizados transformam-se, por muitas vezes, em uma espécie de “ferramenta hegemônica”, justamente por não lhes ser assegurada a participação “no” e “pelo” processo. Nesse contexto, o árbitro acaba alcançando o *status* de juiz e existe a possibilidade (para não dizer a tendência) de proteção dos interesses econômicos a despeito dos interesses dessas minorias. Há, no caso de Marambaia, “uma arena privilegiada para a imposição de valores de interesse do Estado sobre os interesses das comunidades quilombolas”⁴⁵⁷, sem termos qualquer certeza de que as comunidades serão ressarcidas pelos impactos da ação do Estado sobre o território historicamente conquistado por esse grupo vulnerável.

Para que a arbitragem coletiva seja efetuada como um instrumento democrático, é fundamental assegurar a participação na efetividade da tutela. Em se tratando de Marambaia, vislumbramos um campo nefasto para a utilização do instituto, no qual o Estado é colocado como o principal interessado na área em questão, desconsiderando os interesses também dos vulnerabilizados que ali estão inseridos e os impactos da ação estatal no território quilombola.

Vê-se que, mesmo quando falamos da possibilidade de utilizar a arbitragem e outros mecanismos adequados de pacificação na resolução de conflitos, deparamo-nos com o que denominei de “crise de participação”, fazendo com que as pessoas vulnerabilizadas tenham sua participação obstruída, dificultada ou inviabilizada no processo, não podendo se manifestar ante a seus próprios interesses.

Por isso, entramos novamente na questão da escolha do árbitro (apresentada no capítulo anterior), já que, no caso de Marambaia, sendo diminuída a participação dos mais afetados, é tal figura que deverá conciliar os interesses do Estado com os do grupo vulnerável, visando a obter a melhor solução possível.

Outro caso que ilustra essa “crise de participação” foi relatado por Mombelli, abordando a situação das comunidades quilombolas no Sul do Brasil, mais especificamente o caso de São Roque, no qual a área que passou a integrar o “campo de conflitos” (denominação utilizada pela AGU, Ibama e ICMBio), hoje designada como “parque”, registra, há mais de um século, a presença da comunidade, tendo sido preservada justamente pelas famílias que ali vivem desde o século XIX, devendo tal grupo vulnerável ser considerado corresponsável pela preservação do meio ambiente. No entanto, o discurso reivindicativo das famílias

⁴⁵⁶ MÜLLER, Cintia Beatriz. Op. cit., p. 98-99.

⁴⁵⁷ MÜLLER, Cintia Beatriz. Op. cit., p. 99.

descendentes de escravos é sumariamente ignorado pelas autoridades⁴⁵⁸. O Ofício nº 1.299, de 2010 – ICMBio apresentado à Câmara de Conciliação e Arbitragem foi ultrajante, sugerindo a saída das famílias da área:

Considerando as condições topográficas impróprias à ocupação e uso agrícola da área ocupada no interior dos Parques supracitados (cânions e escarpas da Serra Geral), e a ocorrência cíclica de enchentes e desmoronamentos, com sérios riscos à integridade física dos ocupantes, o ICMBio propõe o reassentamento das 7 famílias integrantes da Comunidade São Roque que ocupam tais áreas. Cumpre destacar que as áreas preteridas como territórios quilombola no interior das UCs guardam restrições legais estabelecidas pelo Código Florestal, na forma de Áreas de Preservação Permanente, além das limitações impostas pela Lei da Mata Atlântica. As 7 famílias que hoje ocupam áreas dos Parques Nacionais dos Aparados da Serra e da Serra Geral poderão ser realocados em melhores condições de acesso a políticas públicas, bens e serviços sociais, em áreas próximas a UC, bem como poderão ser envolvidas no planejamento e operação de atividades de uso público a serem implantados nos Parques, conforme previsão em Plano de Manejo⁴⁵⁹.

É necessário problematizar o documento acima, já que ele desconsidera completamente a história do grupo vulnerável habitante do Parque São Roque. Gerações e gerações de familiares que sofrem ainda com o preconceito estrutural e com a herança maldita da escravidão e do racismo brasileiro parecem estar ali sem qualquer propósito, tendo seu incansável trabalho de preservação ao longo da história desconsiderado. Sob a justificativa de que eles poderiam ser realocados para uma região onde teriam mais acesso às políticas e serviços públicos, acaba sendo recomendada sua “retirada”, sem pensar que aquele local representa a identidade do grupo vulnerável e sem oferecer quaisquer condições de participação no processo.

Assim, no caso da comunidade quilombola do Parque São Roque, os vulnerabilizados são tratados simplesmente como “um inconveniente” a ser superado para a implantação do Plano de Manejo do território. A exemplo do que ocorreu no caso da Ilha de Marambaia, pouco se pensa sobre os impactos que serão sentidos por essas pessoas e menos ainda são asseguradas possibilidades de participação. Esbarramo-nos novamente com o que denomino de “crise de participação”.

Leite destaca que “muitas vezes, preocupados em encontrar uma definição genérica de quilombo que se aplique a todos os casos, deixam de considerar que os processos de apropriação/expropriação somente guardam uma pertinência pela sua especificidade

⁴⁵⁸ MOMBELLI, Raquel. Muito além do laudo: o fazer antropológico e as comunidades quilombolas. In: ZHOURI, Andréa. **Desenvolvimento, reconhecimento de direitos e conflitos territoriais**. Brasília: ABA Publicações, 2012. p. 117.

⁴⁵⁹ Ofício nº 1.299 – ICMBio, de 8 de dezembro de 2010.

histórica”⁴⁶⁰, isto é, esperando por um único conceito de quilombo que seja universalmente aplicável a todos os casos (o que estabelece uma espécie de armadilha), protela-se a lei, de modo a evitar (ou adiar) a arbitragem necessária em processos que envolvam áreas de interesse direto das elites econômicas. O que ocorre, assim, é o contrário do “empoderamento de participação” dos grupos vulnerabilizados, visto que, para atender os interesses dos mais privilegiados, são instituídas diferenças conceituais (ou seja, indagando-se se um grupo é verdadeiramente vulnerável ou não) e diminuídas as possibilidades de sua participação.

Em “As Comunidades dos Quilombos, Direitos Territoriais, Desafios Situacionais e o Ofício do(a) Antropólogo(a)”, Aderval Costa Filho destaca o caso da Terra Indígena de Barra Velha do Monte Pascoal – TIBVMP, que fora aumentada de sete (TIBV) para cinquenta e dois mil hectares, integrando ao menos três assentamentos. Nesse caso, ocorreu o seguinte:

O contexto de múltiplas afetações realizadas por órgãos do poder executivo conflitivas entre si havia ensejado disputas levadas ao judiciário. A Advocacia Geral da União, responsável por representar os órgãos junto ao judiciário, decidira em âmbito interno a constituição de uma Câmara de Conciliação e Arbitragem na Administração Federal – CCAF – para a qual o processo e as diversas argumentações e significações dos órgãos e grupos interessados acabou por ser levado, se apoiou na decisão do STF sobre a TIRSS e os condicionantes apostos ao acórdão pelo Ministro Menezes Direito, **para decidir, por arbitragem, que não haveria a revisão dos limites e que as aldeias que estivessem fora dos limites da TIBV, deveriam ser “reintegradas” nos sete mil hectares que integravam os limites da TI homologados.** A conciliação entre os representantes dos órgãos – Instituto Chico Mendes para a Conservação da Biodiversidade (ICMBio), INCRA e FUNAI – fora interrompida⁴⁶¹ (grifos nossos).

Desse modo, percebe-se que, no caso da participação destes atores, a arbitragem é costumeiramente “deturpada”, haja vista que eles não costumam fazer parte do instituto, como se fossem invisíveis e, assim, tornam-se incapazes de lutar por seus próprios interesses (e direitos), em contrapartida daquilo que se espera de um Estado Democrático de Direito.

Luciano Picoli Gagno aponta a existência de elementos essenciais “aos regimes democráticos, identificando-se como tais especialmente a participação ampla e igualitária, cujo grau de satisfação varia conforme a presença de fatores de democratização”⁴⁶², reforçando o compromisso contra desigualdades categóricas. Tal objetivo:

⁴⁶⁰ LEITE, Ilka Boaventura. Os quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas. *Etnográfica*, Lisboa, v. 4, n. 2, p. 333-354, 2000. p. 351.

⁴⁶¹ COSTA FILHO, Aderval. As Comunidades dos Quilombos, Direitos Territoriais, Desafios Situacionais e o Ofício do(a) Antropólogo(a). *Novos Debates*, Belo Horizonte/MG, v. 2, n. 2, p. 126-140, jun. 2016. p. 146.

⁴⁶² GAGNO, Luciano Picoli. A Tutela Coletiva como fator de Democratização do Estado e de realização dos Direitos Fundamentais. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 60-75, jan./jun. 2020. p. 60.

dentre outras formas, poderá ser alcançado por meio da tutela coletiva dos direitos, [...] seja porque a tutela coletiva permite a participação da sociedade na proteção de bens difusos e coletivos, que são indivisíveis e, dessa forma, pertencem à coletividade, exigindo um formato novo e diferente de proteção, seja porque permite a proteção de bens que, mesmo sendo individuais, possuem uma base fática homogênea, devendo ser tratados de maneira uniforme e podendo ser tutelados igualmente para toda a coletividade, permitindo a proteção de grupos vulneráveis e a tutela de lesões cujos valores são ínfimos⁴⁶³.

Destaca-se igualmente que:

a tutela coletiva dos direitos permite a proteção de bens difusos e coletivos intimamente ligados à participação democrática, como por exemplo: o meio ambiente, o patrimônio cultural, estético, artístico, histórico, econômico, e outros, como também a proteção de outros direitos fundamentais, como por exemplo: os direitos sociais à saúde e à educação, os direitos dos consumidores, ficando patente nesse ponto a imbricação existente entre democracia, tutela coletiva e direitos fundamentais, já que a democracia também é um direito fundamental (...), realizado em maior medida pela tutela coletiva, que além de ampliar a influência da sociedade sobre os rumos dos bens coletivos, também é importante na proteção de outros direitos fundamentais⁴⁶⁴.

Para o autor supramencionado, “um Estado Democrático pressupõe participação ampla, igualitária, protegida e mutuamente vinculante, o que se alcança em diferentes níveis dependendo de alguns fatores”⁴⁶⁵, como redes de confiança, redução das desigualdades e influência de forças coercitivas autônomas. Ao mesmo passo que a tutela coletiva é contemplada como uma possibilidade para efetivar os interesses e direitos dos grupos vulnerabilizados, é necessário problematizar a questão da participação deles, a qual, diante do exposto, é constantemente ameaçada, diminuída ou inexistente.

Ante a essas questões, passarão a ser abordados os legitimados ativos na arbitragem coletiva, que podem agir em defesa dos atores vulnerabilizados.

5.3 DOS LEGITIMADOS ATIVOS NA ARBITRAGEM COLETIVA E DA DEFESA DOS GRUPOS VULNERABILIZADOS

Há uma verdadeira crise de participação envolvendo as pessoas vulnerabilizadas no contexto da arbitragem coletiva. No presente capítulo, será abordada, respectivamente, a atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos demais Terceiros interventores nesse processo.

⁴⁶³ GAGNO, Luciano Picoli. Op. cit., p. 64.

⁴⁶⁴ GAGNO, Luciano Picoli. Op. cit., p. 64.

⁴⁶⁵ GAGNO, Luciano Picoli. Op. cit., p. 67.

5.3.1 Do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e “*custos legis*”

Segundo Lopes Ribeiro, a origem do Ministério Público (MP) remete ao absolutismo francês do século XIV, momento histórico no qual os funcionários da realeza ganharam prerrogativa para agir em nome da monarquia e na acusação de crimes comuns; justamente por isso, na maior parte dos países, as funções exercidas por essa instituição estão associadas à acusação pública de alguém pela prática de um determinado delito⁴⁶⁶. A autora destaca, no entanto, que as funções e atribuições do MP têm sido amplamente desdobradas e diversificadas a partir de novos arranjos institucionais. Por isso, é indispensável realizar uma análise geral do Ministério Público para que seja possível contextualizá-lo no âmbito da arbitragem coletiva e em seu papel em casos de tutela coletiva envolvendo grupos vulnerabilizados.

Victor Roberto Corrêa de Sousa aponta que foi na “Ordonnance” de Filipe, o Belo, na França de 1302, que o MP passou a ser reconhecido formalmente como instituição, a partir da figura dos procuradores do rei (*les gens du roi*), corpo de funcionários incumbido da tutela de interesses do monarca⁴⁶⁷, mas de uma forma ainda distinta da concepção contemporânea do Ministério Público e de seus procuradores, mesmo que já postulassem a função de “fiscais da lei”:

Eram eles delegados do Rei, incumbidos de denunciar e perseguir os criminosos. Suas presenças não reduziram os poderes do juiz inquisidor e sua correlata persecução criminal. Seguiu este facultado a iniciar o processo penal. Inicialmente, estes procuradores do Rei serviram de meios pelos quais o Império imiscuia-se nos tribunais senhoriais, em defesa de seus interesses, e em detrimento do poder do senhorio feudal. Um dos maiores exemplos dos monarcas absolutistas, Filipe, o Belo, não detinha o poder de estar em todos os lugares, e como ele almejava o controle de toda a Jurisdição francesa, acabando com o poder dos senhores feudais, necessitava de representantes de sua confiança para velar pelos seus interesses perante a magistratura. Por este motivo, institucionalizou seus procuradores. Após a Coroa francesa consagrar a Monarquia absoluta, inclusive com o monopólio da jurisdição e com o firmamento do Poder Moderador (lá chamado de *justice retenue*), os procuradores do Rei continuaram defendendo os interesses estatais, além de exercer a acusação criminal. Como fiscal da lei (no que interessasse ao Estado-Rei e não à sociedade) ou como acusador público, o procurador desempenhava, sem

⁴⁶⁶ LOPES RIBEIRO, Ludmila Mendonça. Ministério Público: Velha instituição com novas funções? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Belo Horizonte, v.113, n. 2, p. 51-82, set. 2017.

⁴⁶⁷ CORRÊA DE SOUSA, Victor Roberto. Ministério Público - Aspectos Históricos. **Revista Eletrônica PRPE**, Pernambuco, v. 2, n. 7, p. 1-31, fev. 2004. p. 27. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/content/download/1669/14828/file/Souza%20-%20Ministerio%20Publico%20aspectos%20historicos.pdf>. Acesso em: ago. 2021.

dúvida alguma, nesse período turbulento da história francesa, o papel de *longa manus* do soberano, dado o caráter extremamente absolutista do governo⁴⁶⁸.

Especificamente no caso brasileiro, Ribeiro da Fonseca reconhece que o MP do país obteve mais influência do direito português⁴⁶⁹ do que das concepções do direito francês, o qual, por sua vez, apresentou suas próprias evoluções, sobretudo a partir das Ordenações Filipinas como monumento jurídico luso mais longo da novel nação⁴⁷⁰. O autor destaca que “sua influência é francesa, sua paternidade é portuguesa e, na maioridade, cresceu, fortaleceu-se, independeu-se e ganhou rumo e prumo próprios nos limites que lhe conferem a Constituição, as leis, o equilíbrio entre Poderes”⁴⁷¹, além de outras evoluções, como o controle social, princípios jurídicos, probidade, moralidade e outros conceitos e pressupostos do mundo jurídico.

De acordo com o próprio portal institucional do MP brasileiro⁴⁷², alguns dos principais fatores históricos de tal instituição são os seguintes:

- a) No período colonial, não havia o Ministério Público como instituição, a partir da orientação do direito lusitano. Foi apenas no Império, em 1832, com o Código de Processo Penal do Império, que se iniciou a sistematização das ações do Ministério Público;
- b) Na República, foi o Decreto nº 848, de setembro de 1890, que dispôs de capítulo único apontando para a estrutura e para as atribuições do Ministério Público no âmbito federal, como cumprir ordens do governo republicano relativas ao exercício de suas funções e promover o bem dos direitos e interesses da União, previstos na alínea c do artigo 24 de tal legislação;
- c) Entretanto, apenas no processo de codificação do Direito pátrio é que foi promovido o crescimento institucional do MP, com diversos códigos (Civil, de

⁴⁶⁸ CORRÊA DE SOUSA, Victor Roberto. Op. cit., p. 6-7.

⁴⁶⁹ O MP francês se consolidou a partir da organização ocorrida no país no século XVII, sendo estruturado, estável e permanente no século XIV. A formação institucional do Ministério Público português, por sua vez, deu-se em um longo período histórico, o qual não cabe apresentar na presente tese.

⁴⁷⁰ RIBEIRO DA FONSECA, Domingos Thadeu. A Genealogia do Ministério Público Brasileiro: De Remota Concepção, Gestado no Direito Português e Partejado no Iluminismo Francês. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 131-166, jul./dez. 2013.

⁴⁷¹ RIBEIRO DA FONSECA, Domingos Thadeu. Op. cit., p. 156.

⁴⁷² Disponível em:

www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico#:~:text=No%20período%20colonial%20o%20Brasil,o%20Ministério%20Público%20como%20instituição.&text=Em%201951%20a%20lei%20federal,MPU%20pertencia%20ao%20Poder%20Executivo. Acesso em: ago. 2021.

1917, de Processo Civil, de 1939 e de 1973, Penal, de 1940, e de Processo Penal, de 1941), atribuindo diversas funções à instituição;

- d) Em 1951, a Lei Federal nº 1.341 criou o MP da União, o qual se ramificou em MP Federal, MP Militar, MP Eleitoral e MP do trabalho;
- e) Três décadas depois, a Lei Complementar nº 40, de 1981, dispôs sobre o Estatuto do Ministério Público, incluindo garantias, atribuições e vedações aos membros do órgão;
- f) Certamente, o marco histórico fundamental do MP na contemporaneidade se deu na Carta Cidadã de 1988, a qual faz referência expressa ao Ministério Público em seu capítulo “Das funções essenciais à Justiça”, definindo suas funções institucionais, garantias e vedações aos membros. Em especial na área cível, a instituição adquiriu novas atribuições, mais especificamente na atuação da tutela dos interesses difusos e coletivos (meio ambiente; consumidor; patrimônio histórico, turístico e paisagístico; pessoa com deficiência; criança e adolescente; comunidades indígenas e minorias étnico-sociais, dentre outros), reforçando seu papel a ser cumprido no tocante às pessoas vulnerabilizadas.

Como é possível observar, embora o MP tenha se estruturado historicamente como instituição permanente no Brasil, foi apenas com a CRFB/88 que o mesmo passou a ser difundido em prol dos interesses difusos e coletivos. Portanto, cumpre-se observar as disposições de tal legislação a respeito dele. É justamente no artigo 127 que está estabelecido que “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”⁴⁷³.

Nos parágrafos de 1º a 6º, são contemplados os princípios constitucionais e institucionais do MP, como a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (§ 1º), a autonomia funcional e administrativa (§ 2º), a elaboração de proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na LDO⁴⁷⁴ (§ 3º), dentre outras disposições necessárias ao orçamento. Mais adiante, serão apresentadas outras perspectivas constitucionais envolvendo tal instituição.

⁴⁷³ BRASIL. 1988. Op. cit., s/n.

⁴⁷⁴ Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Globekner⁴⁷⁵ buscou analisar em seu estudo a atuação do MP relativa ao direito coletivo à saúde, com ênfase nos vulnerabilizados, destacando que essa instituição conta com inequívoca vocação para a referida tutela:

(...) extraímos o protagonismo do Ministério Público na garantia da saúde como um direito de todos e do acesso igualitário às ações e serviços de saúde a cargo do Estado e dos entes privados, quando, nessa condição, prestem serviços de saúde, declarados no art. 197 da Constituição Federal, serviços de relevância pública. Este protagonismo não impede ou elide a atuação coordenada com os demais atores sociais, pois a natureza do bem jurídico protegido impõe uma pluritutela, com deveres e obrigações dirigidos a todos, incluindo os próprios destinatários dos direitos correspondentes, uma vez que a participação da comunidade no processo de efetivação da atenção sanitária erige-se em diretriz constitucional do sistema de saúde como resultado da própria natureza da saúde e de seus determinantes sociais. Quer na via individual, quer na via coletiva, a atuação do Ministério Público na defesa do Direito à Saúde, segundo sua vocação constitucional, há de buscar que a litigância e a judicialização nos casos concretos seja um veículo para o avanço do Direito à Saúde na sociedade⁴⁷⁶.

Vê-se que é reconhecida a legitimidade do Ministério Público para a atuação em demandas coletivas referentes a aspectos como o Direito à Saúde.

No *podcast*⁴⁷⁷ O Ministério Público do Paraná⁴⁷⁸, o promotor de Justiça do MPPR, Thimotie Aragon Heemann, discorreu sobre o Direito Antidiscriminatório e a proteção de atores socialmente vulnerabilizados pelo Ministério Público, reforçando que o papel institucional do MP consiste em promover a melhoria da sociedade e em zelar pelos Direitos Humanos, sempre buscando corrigir desigualdades ao passo que almeja a proteção das minorias.

Spineli⁴⁷⁹ indica o modo de agir judicialmente do Ministério Público como um *custos legis et juris*, ou seja, como um guardião de lei e do próprio Direito. Contudo, o Manual de Atuação Funcional do Ministério Público de Minas Gerais reconhece que a instituição, ao longo do tempo, deixou de ser meramente *custos legis et juris* para tornar-se também *custos societatis*, ou seja, um guardião da sociedade⁴⁸⁰. Por isso, em seu papel demandista, por meio da concepção de *custos societatis* e *custos legis et juris*, o MP figura como o principal legitimado ativo no plano das ações coletivas. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus

⁴⁷⁵ GLOBEKNER, Osmir Antônio. Tutela de Interesses Difusos e Coletivos. **Revista Jurídica ESMP-SP**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 129-148, 2015b.

⁴⁷⁶ GLOBEKNER, Osmir Antônio. Op. cit., p. 145.

⁴⁷⁷ Basicamente, o *podcast* consiste em uma publicação de ficheiro multimídia na *internet*, geralmente disponibilizada em áudio, que conta com entrevistas e reflexões.

⁴⁷⁸ Disponível em: <https://escolasuperior.mppr.mp.br/2021/07/1233/PODCAST-Novo-episodio-sobre-o-direito-antidiscriminatorio-o-Ministerio-Publico-e-a-protecao-de-grupos-vulneraveis.html>. Acesso em: ago. 2021.

⁴⁷⁹ SPINELI, André Luiz Pereira. Op. cit. 17

⁴⁸⁰ Disponível em: <https://wiki.mpmg.mp.br/manual/doku.php?id=cap2:2-1-2>. Acesso em: ago. 2021.

Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Ananis Alves Ferreira⁴⁸¹ também ressaltam que o MP deve atuar como *custos legis* na Arbitragem Coletiva, com presença obrigatória em razão da natureza jurisdicional do instituto.

De acordo com Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz⁴⁸², o MP é a instituição que mais vem atuando na defesa de interesses e direitos massificados, quer no campo jurisdicional (como no inquérito civil e na proposição de ações civis públicas) quer no campo “extrajurisdicional” (como na própria arbitragem). Na análise do autor, mais de 90% dos casos de interesses massificados decorrem da iniciativa do MP, cumprindo, assim, com seu papel *custos societatis* e *custos legis et juris*. De fato, percebe-se que essa instituição é indispensável para a manutenção das minorias e dos vulnerabilizados e, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito.

Desta forma, há uma dicotomia entre a Defensoria Pública e o Ministério Público na tutela coletiva destes grupos, uma vez que:

A atuação da Defensoria Pública no âmbito do processo criminal na condição de guardiã das pessoas vulneráveis funciona de maneira completamente distinta do constitucionalmente proposto para outras instituições que contêm, dentre suas funções institucionais, a defesa dessas pessoas, como o Ministério Público. Isso porque, enquanto o órgão ministerial tem uma atuação basicamente conectada à tutela objetiva da ordem jurídica (*custos legis et juris*), a Defensoria Pública se destaca na posição de defensora subjetiva da relação jurídica, uma vez que sua missão é a proteção jurídica dos vulneráveis e de pessoas historicamente excluídas das causas sociais (*custos vulnerabilis et plebis*)⁴⁸³.

Ao analisar os princípios constitucionais do Ministério Público, Teixeira destaca que “seria ingênuo entender que a função do *custos legis* é defender uma norma abstrata, indiferente das partes em conflito; ao contrário, ele defende a norma mas apenas enquanto esta é vocacionada a assegurar um determinado interesse”⁴⁸⁴, mesmo sem coincidir com o interesse de nenhuma das partes litigantes. O Ministério Público mantém, assim, uma posição independente (distante) das partes em conflito, mas pode direcionar sua atuação no sentido de uma delas a partir do interesse público.

⁴⁸¹ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LINS ROCHA, Matheus; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananis Alves. Op. cit.

⁴⁸² FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Anotações sobre os Ministérios Públicos brasileiro e americano. *JUSTITIA*, São Paulo, v. 50, n. 144, p. 48-54, 1988.

⁴⁸³ SPINELLI, André Luiz Pereira. Op. cit., p. 21.

⁴⁸⁴ TEIXEIRA, Francisco Dias. Princípios Constitucionais do Ministério Público. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, ano 1, n. 2, p. 69-82, jan./mar. 2002. p. 70.

Há autores como Zenkner e Alves⁴⁸⁵ que apontam que o mais apropriado seria abandonar a concepção “*custos legis*”, já que a expressão “*custos juris*” parece ser mais apropriada para explicitar a missão do MP em defesa do ordenamento jurídico a partir das premissas constitucionais de 1988. De fato, o próprio CPC/2015 não se refere mais ao Ministério Público como fiscal da lei (*custus legis*), mas sim como fiscal da ordem jurídica (*custus juris*).

Discordo da afirmação de abandono da posição *custos legis* por parte do MP, corroborando o entendimento de Teixeira⁴⁸⁶ de que tal função é complexa e diversificada. Por isso, fiz uso anteriormente da definição *custos legis et juris* para contemplar o Ministério Público como guardião tanto da lei quanto da ordem jurídica, além de sua notória função *custos societatis* quando tratamos da defesa de pessoas vulnerabilizadas. Independentemente da denominação utilizada, o papel do MP engloba diferentes atribuições, mas não deve deixar de observar a sua função no plano de *custos legis*.

Esse é o mesmo entendimento de autores como Mazzilli, que compreende que o Ministério Público “*interveniente é custos legis, o que significa que, nessa condição, ele é o guardião da lei (custos, substantivo no nominativo = guarda ou custo de; legis, substantivo no genitivo = da lei)*”⁴⁸⁷. O autor propõe uma reflexão sobre esse ofício de guardião:

Não é, portanto, preciso que o Parquet seja órgão interveniente para fiscalizar o correto cumprimento da lei; como órgão agente ele também busca o mesmo escopo. No fundo, pouco importa se o Ministério Público propõe ou intervém numa ação: em tese, ele sempre fiscalizará o correto cumprimento da lei... Assim, numa ação civil pública ambiental, (...) se o Ministério Público não a propôs, mas nela oficia como órgão interveniente, não estará igualmente zelando pelo correto cumprimento da lei? Deixemos de lado o aspecto puramente circunstancial de ter ele proposto a ação ou de estar intervindo numa ação já proposta por um colegitimado, e perguntemos: há alguma diferença teleológica na atuação do Ministério Público nessas duas ações ambientais? Pois que não: poderá produzir provas, impugnar, recorrer, na defesa dos interesses que lhe são afetos. É o mesmo que ocorre na área penal: num habeas corpus ou numa ação penal privada, ao intervir, não estará também o Ministério Público buscando fazer que a vontade da lei prevaleça, da mesma forma que o estaria, se estivesse promovendo ele próprio o mesmo habeas corpus ou uma ação penal pública? Então, quer usemos o português ou o latim para dizer que o Ministério Público fiscaliza o cumprimento da lei, não estaremos fazendo progresso algum, pois **sempre o Ministério Público fiscaliza o cumprimento da lei, seja órgão agente ou órgão interveniente**⁴⁸⁸ (grifos nossos).

⁴⁸⁵ ZENKNER, Marcelo; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2009.

⁴⁸⁶ TEIXEIRA, Francisco Dias. Op. cit.

⁴⁸⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 29. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 172

⁴⁸⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 172

Mais do que um papel institucional, o Ministério Público cumpre um papel social em relação à proteção dos atores vulnerabilizados, o que repercute diretamente em sua atuação no âmbito da tutela coletiva. Mas, a exemplo das reflexões de Mazzilli⁴⁸⁹, cumpre-se indagar: pode o Ministério Público ser árbitro no instituto da arbitragem?

Se tomarmos o pressuposto da legislação trabalhista (artigo 83, inciso XI, da LC nº 75/93), temos que “compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...) XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho”⁴⁹⁰.

Nesse sentido:

Não obstante ser um meio de pacificação social antigo, a arbitragem ainda encontra certa recalcitrância perante a sociedade brasileira, seja por falta de conhecimento de muitos, seja por ausência de interesse das autoridades públicas, seja até mesmo por desconfiança de alguns. Tal estigma, entretanto, pode e deve ser quebrado em busca da pacificação social, que na maioria das vezes não é alcançada de maneira célere e eficiente pelos órgãos oficiais (leia-se Poder Judiciário). Todavia, para que o uso da arbitragem seja difundido, insta resguardá-lo de todos os meios assecuratórios de imparcialidade, entre os quais se destaca o papel do Ministério Público como árbitro, o qual (...) goza de todas as qualidades necessárias para desempenhar tal múnus. A hipótese aqui tratada ainda se mostra tímida, no entanto, sua aplicação mais incisiva (não apenas na seara trabalhista) poderá representar um grande avanço como alternativa às querelas que diariamente assolam as portas do Judiciário⁴⁹¹.

Assim, ao menos na esfera trabalhista, quer envolva demandas individuais quer coletivas, o Ministério Público do Trabalho (MPT) possui a prerrogativa legal para atuar como árbitro. Se considerarmos as afirmações de Romana Leite Vieira acima referenciadas, devemos refletir também sobre tal possibilidade nos outros ramos do Direito. A autora destaca, contudo, que a preferência na esfera trabalhista continua privilegiando a mediação e a conciliação, fazendo um uso ainda tímido do instituto da arbitragem.

Casagrande destaca que, exceto no caso “do parquet trabalhista, a nenhum outro ramo do Ministério Público brasileiro é atribuída semelhante função”⁴⁹². É necessário, nesse ponto, refletirmos sobre a incumbência do MP de um modo geral para contemplarmos sua atuação na tutela coletiva dos grupos vulnerabilizados a partir da arbitragem:

⁴⁸⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit.

⁴⁹⁰ Disponível em:

https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Lei_Complementar_75-93_e_Lei_8625-93.PDF. Acesso em: 21 ago. 2021.

⁴⁹¹ LEITE VIEIRA, Romana. A Arbitragem e o Papel do Ministério Público como árbitro. **Rev. acadêmica da Escola Superior do Ministério Público**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 1-12, 2010. p. 11. Disponível em: http://www.pgj.ce.gov.br/ESMP/publicacoes/ed12010/artigos/8Arb_papel.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

⁴⁹² CASAGRANDE, Cássio. Arbitragem e Mediação – Incompatibilidade com a destinação institucional do Ministério Público – Inconstitucionalidade do Inciso XI Público – Inconstitucionalidade do Inciso XI do Art. 83 da Lei Complementar n. 75/93. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, ano 2, n. 8, p. 15-25, jul./set. 2003. p. 15.

(...) a arbitragem (como também a mediação) não se compatibiliza com a destinação constitucional do Ministério Público. Primeiro porque o instituto não se coaduna com suas finalidades, conforme são definidas no art. 127 da Constituição da República. Segundo, porque o conceito jurídico de arbitragem (e a própria lei que a regulamenta no Brasil) choca-se frontalmente com alguns princípios institucionais do Ministério Público (notadamente a independência funcional). Com relação à mediação, em específico, além desses dois fundamentos, há um terceiro, qual seja, a inexistência de autorização legal para a atuação da instituição na qualidade de mediador⁴⁹³.

Corroboro o entendimento acima referenciado, já que não cabe ao Ministério Público a função julgadora (ou seja, no contexto da arbitragem, a função arbitral). Em minha visão, o MP não pode e não poderia ser árbitro, nem mesmo no contexto da legislação trabalhista. Não será realizada aqui uma extensa análise da possível inconstitucionalidade do artigo 83, inciso XI, da LC nº 75/93, mas é factível indagar sobre a viabilidade de tratar a instituição como árbitra, o que não faria sentido, mesmo que as partes assim convencionassem. Isso não ocorre no contexto da tutela coletiva de grupos vulnerabilizados, mas é importante destacar que, nesse contexto, o MP não pode atuar como árbitro com o intuito de pacificar tais conflitos.

De fato, o Ministério Público é contemplado como interventor nesse processo, com base no artigo 178 do CPC, no qual fica claro que tal instituição pode atuar como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na CRFB/88 e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; e III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Sendo o MP *custos legis et juris* e *custos societatis*, ele deve naturalmente buscar exercer sua função, contribuindo para a resolução das controvérsias que envolvam a participação de grupos vulnerabilizados; para isso, é necessário considerar tanto o Ministério Público Federal quanto os Ministérios Públicos Estaduais.

Por isso, o MP desponta como uma instituição que proporciona o desenvolvimento dos meios adequados de resolução de conflitos nos casos em que se fazem presentes os grupos vulnerabilizados, seja por meio da arbitragem seja de outros modos de solução de litígios, como a conciliação e a mediação. Se o Ministério Público exerce função *custos societatis*, seu papel deve partir do reconhecimento dos problemas processuais estruturais anteriormente apresentados e da danosa cultura da judicialização brasileira.

Ora, o exercício das funções *custos legis et juris* e *custos societatis* deve evitar que os interesses destes grupos permaneçam por um longo período de tempo nos abarrotados cartórios de processos nacionais, sem a devida celeridade para o alcance de soluções eficazes.

⁴⁹³ CASAGRANDE, Cássio. Op. cit., p. 15.

Ao considerarmos, por exemplo, o caso da comunidade quilombola do Parque São Roque (apresentado na primeira parte do presente capítulo), tem-se que o MP poderia muito bem conduzir ações visando à utilização dos meios adequados de resolução de conflitos, já que ele, assim como a maior parte dos casos que envolvem minorias, demanda uma maior celeridade, a qual não pode ser proporcionada pela jurisdição tradicional no contexto atual.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Ananis Alves Ferreira⁴⁹⁴ apontam a existência de duas correntes quanto à atuação do Ministério Público nas arbitragens: a) a primeira diz respeito à impossibilidade de o MP ingressar em arbitragem, já que possui legitimidade apenas para ajuizar ações que versem sobre direitos indisponíveis e, portanto, não arbitráveis; e b) já a segunda defende que a intervenção do MP não está condicionada à indisponibilidade do direito e que o órgão não é vinculado apenas à jurisdição Estatal, admitindo-se sua participação na arbitragem, corrente, a meu ver, mais adequada ante o exposto no presente tópico.

Nesse sentido:

(...) não há qualquer fundamento para realização de interpretação de que a intervenção do Ministério Público seja um impeditivo de submeter a controvérsia à apreciação dos árbitros (...) o fato de a intervenção do Parquet constituir indício de que o objeto do litígio seja determinado direito patrimonial indisponível, não é suficiente para que seja estabelecida regra que vincule à indisponibilidade (...) Portanto, a arbitragem coletiva poderá ser instituída a partir de determinada cláusula compromissória ou compromisso arbitral, relacionando-se com discussões de natureza patrimonial, nos conflitos envolvendo direitos coletivos. Importante destacar que, segundo o entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, é cabível ação civil pública proposta pelo Ministério Público, sob alegação de improbidade administrativa em edital de leilão público, com a finalidade de alienação de ações de companhia de saneamento estatal, situação em que havia acordo de acionistas, celebrado posteriormente ao leilão, que continha cláusula compromissória na qual a validade também é objeto da Ação Civil Pública. Nesse sentido, conclui-se que, para o Superior Tribunal de Justiça, a cláusula compromissória vincula somente os acionistas, e não o Ministério Público⁴⁹⁵.

Na visão do autor da presente tese, o MP deve atuar como interventor para demonstrar como a arbitragem (ou outros meios de solução alternativa de conflitos) pode ser decisiva na reparação de danos, sendo a primeira *ratio* em matéria de paridade de armas, com o pagamento de compensações indenizatórias ou alcance de outras soluções de problemas. Mais adiante, serão aprofundados casos concretos nos quais houve a atuação estatal e casos nos

⁴⁹⁴ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LINS ROCHA, Matheus; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananis Alves. Op. cit.

⁴⁹⁵ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LINS ROCHA, Matheus; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananis Alves. Op. cit., p. 113-114.

quais ela não ocorreu. A seguir, será apresentado o papel da Defensoria Pública como legitimada ativa.

5.3.2 Da Defensoria Pública como Legitimada Ativa

Santos Oliveira destaca que o registro mais “primitivo” de tratamento especial fornecido aos que se encontravam em situação desprivilegiada consta no Código de Hamurabi (1694 a.C.), que, no parágrafo 48, XIV, previa que, se um *awilum* (homem livre/cidadão) tivesse sobre si uma dívida e se *Adad* (forças da natureza) inundou seu campo ou torrente, ou o carregou por água, não crescendo cevada nele, tal homem não daria cevada ao credor, umedecendo sua tábua e não pagando os juros desse ano⁴⁹⁶. Embora tal dispositivo não previsse uma ideia de defesa do acesso à justiça, percebe-se a necessidade de proteção dos mais frágeis (ou dos vulnerabilizados) como um aspecto central da vivência humana e da experiência jurídica ao longo da história.

A autora supramencionada também aponta registros históricos desse “auxílio jurídico” aos mais pobres em Atenas, na Grécia Antiga, onde eram designados anualmente dez advogados para defenderem os menos favorecidos contra os mais poderosos diante dos tribunais civis e criminais, e em Roma, onde existiam diversos dispositivos legais que resguardavam os direitos dos necessitados, almejando a consolidação da igualdade de todos perante a lei, sendo essa uma questão de honra aos governantes.

Vê-se que, historicamente, sempre houve uma verdadeira preocupação do Direito em relação aos vulnerabilizados. A premissa é bastante clara: se um indivíduo não pode pagar por uma defesa especializada, isso não significa que ele deva permanecer desamparado, já que tal fato tiraria absolutamente o seu direito de defender a si próprio e aos seus interesses. O surgimento da Defensoria Pública está ligado essencialmente a essa ideia, sendo que, no Brasil, ela é a instituição mais recente⁴⁹⁷. Moreira, por sua vez, afirma que, desde a República Oligárquica (1889-1930), o auxílio judiciário ocorria na defesa criminal de pessoas pobres, por meio dos “*curadores geraes*” que integravam o Ministério Público; contudo, foi apenas na Constituição de 1934 que ocorreu a definição de que os Estados e a União forneceriam assistência jurídica para pessoas necessitadas por meio da criação de órgãos especiais. Já as

⁴⁹⁶ SANTOS OLIVEIRA, Simone dos. Defensoria pública brasileira: sua história. **Revista De Direito Público**, Londrina, v. 2, n. 2, p. 59-74, mai./ago. 2007.

⁴⁹⁷ SANTOS OLIVEIRA, Simone dos. Op. cit.

Constituições de 1946 e de 1967-1969 também trataram da assistência judiciária como uma obrigação do Poder Público⁴⁹⁸.

Segundo Ferreira Cunha, as disposições nas Constituições Brasileiras sempre tiveram o objetivo do oferecimento de defensores públicos que pudessem atender aos interesses de todos, inclusive dos mais pobres. O avanço de tais legislações culminou em oscilações jurídicas e da ordem social no Brasil até o ano de 1988, quando surge a Carta Cidadã, a qual assegurou a Defensoria Pública (DP) propriamente dita, garantindo o justo provimento jurisdicional a todos os cidadãos brasileiros⁴⁹⁹.

O artigo 134 da CRFB/88 dispõe que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos que necessitem. Isso está alinhado à disposição do inciso LXXIV do art. 5º, no qual fica claro que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”⁵⁰⁰. Já o § 4º do artigo 134 contempla como princípios institucionais da DP a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, os quais também se aplicam ao Ministério Público.

A Lei Complementar nº 80, de 1994⁵⁰¹, é que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, estabelecendo as normas gerais para o seu funcionamento e organização nos Estados. Já em seu artigo 2º, é evidenciado que, quando utilizamos o termo “Defensoria Pública”, estamos abordando a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados.

Os artigos 3º e 4º da LC 80/94⁵⁰² abrangem as funções institucionais e os objetivos da Defensoria Pública, dentre os quais, o primeiro consiste na primazia da dignidade da pessoa

⁴⁹⁸ MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. A Constitucionalização da Defensoria Pública: Disputas por Espaço no Sistema de Justiça. **Opinião Pública**, Campinas, v. 23, n. 03, p. 647-681, set./dez. 2017. p. 26.

⁴⁹⁹ FERREIRA CUNHA, Breno Valente. **A Defensoria Pública no Brasil e a defesa dos Direitos Transindividuais**. 2020. 210 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Núcleo de Trabalho de Curso, UniEvangélica, Anápolis, 2020.

⁵⁰⁰ BRASIL. 1988. s/n.

⁵⁰¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 17 ago. 2021.

⁵⁰² **Art. 3º** São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

humana e na redução das desigualdades sociais; o segundo, na afirmação do Estado Democrático de Direito; já o terceiro, na prevalência dos Direitos Humanos e, por fim, o quarto, na garantia dos princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório.

Ora, no escopo das atribuições da Defensoria⁵⁰³, já encontramos elementos relacionados ao objetivo do presente estudo, posto que ela atua não tão somente na defesa dos

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

⁵⁰³ **Art. 4º** São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I - promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses;

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

II - patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

III - patrocinar ação civil;

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IV - patrocinar defesa em ação penal;

IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

V - patrocinar defesa em ação civil e reconvir;

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VI - atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei;

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VII - exercer a defesa da criança e do adolescente;

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VIII - atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IX - assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes;

IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

X - atuar junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas;

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XI - patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado;

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XII - (VETADO);

XIII - (VETADO);

interesses e garantias fundamentais de grupos vulnerabilizados, mas também contempla a priorização dos mecanismos adequados de resolução de conflitos, como a arbitragem.

Dentre os principais temas que englobam a atuação da DP no Brasil, o mais relevante certamente é o exercício de sua função institucional em favor da proteção de grupos vulneráveis, com o emprego do termo *custos vulnerabilis*, o qual é utilizado para designar as

XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XIX – atuar nos Juizados Especiais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XX – participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 1º (VETADO).

§ 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.

§ 3º (VETADO).

§ 4º O instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 5º A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 7º Aos membros da Defensoria Pública é garantido sentar-se no mesmo plano do Ministério Público. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 8º Se o Defensor Público entender inexistir hipótese de atuação institucional, dará imediata ciência ao Defensor Público-Geral, que decidirá a controvérsia, indicando, se for o caso, outro Defensor Público para atuar. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 9º O exercício do cargo de Defensor Público é comprovado mediante apresentação de carteira funcional expedida pela respectiva Defensoria Pública, conforme modelo previsto nesta Lei Complementar, a qual valerá como documento de identidade e terá fé pública em todo o território nacional. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 10. O exercício do cargo de Defensor Público é indelegável e privativo de membro da Carreira. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 11. Os estabelecimentos a que se refere o inciso XVII do caput reservarão instalações adequadas ao atendimento jurídico dos presos e internos por parte dos Defensores Públicos, bem como a esses fornecerão apoio administrativo, prestarão as informações solicitadas e assegurarão acesso à documentação dos presos e internos, aos quais é assegurado o direito de entrevista com os Defensores Públicos. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

intervenções da mesma em nome próprio, com lastro no interesse constitucional e legal. A exemplo da análise das funções *custos legis et juris* e *custos societatis* do MP, cumpre-se a realização de uma avaliação e anotações envolvendo a DP no contexto *custos vulnerabilis*.

De acordo com Santiago e Maia, a função *custos vulnerabilis* coloca-a como defensora dos grupos e indivíduos vulneráveis, assim como da comunidade carcerária e das comunidades carentes (*amicus communitas*)⁵⁰⁴. Por isso, não é incorreto empregar o termo *custos vulnerabilis et amicus communitas* para abranger o teor inteiro do contexto de atuação da DP:

A Defensoria Pública é órgão de garantia e mormente quando se encontra na condição de órgão de execução penal. Assim sendo, para além do agir em representação postulatória do apenado sem patrocínio advocatício, devendo atuar quando em nome da missão constitucional da Defensoria Pública autonomamente (“legitimidade extraordinária”) e até mesmo em caráter complementar ao advogado privado, em harmonia com este, a fim de reequilibrar a balança processual em relação ao órgão público interessado na execução da lei (Ministério Público) e amplificar o contraditório dos necessitados na formação dos precedentes em favor dos mais vulneráveis⁵⁰⁵.

Rosendo e Oliveira apontam que devemos compreender “a legitimidade da Defensoria Pública para, em cumprimento à sua missão constitucional, atuar como órgão interveniente (*custos vulnerabilis*)”⁵⁰⁶, sendo que tal atuação não se confunde com *amicus curiae*, ainda que ambas as posições possam ser ocupadas pela DP no contexto de sua atividade. Isso porque a atuação *custos vulnerabilis* é mais abrangente e ligada intimamente à missão constitucional da instituição, com alcance muito maior do que na dimensão *amicus curiae*.

Enquanto o “*amicus curiae* tem seus poderes definidos pelo magistrado e não possui amplo leque recursal, podendo tão somente opor os embargos de declaração e recorrer da decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas”⁵⁰⁷, a DP intervém na condição de *custos vulnerabilis*, possuindo amplos poderes para a produção de provas e interposição de todo e qualquer recurso, em uma analogia com o artigo 179, inciso II, apresentado no tópico anterior, a respeito do Ministério Público na condição de interveniente. Destaca-se, assim, que:

⁵⁰⁴ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurilio Casas. O Garantismo Penal, O Encarcerado Vulnerável e a Intervenção da Defensoria Pública na Execução Penal: *Custos Vulnerabilis?* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 152, n. 2, p. 173 – 209, fev. 2019.

⁵⁰⁵ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurilio Casas. Op. cit., p. 13.

⁵⁰⁶ ROSENDO, Alana Dias; OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. A Intervenção Processual da Defensoria Pública Como Custos Vulnerabilis: Mecanismo para Assegurar o Acesso à Justiça e a Tutela de Direitos Fundamentais. 2020. 77f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Tiradentes – UNIT, Aracaju, 2020. p. 9.

⁵⁰⁷ ROSENDO, Alana Dias; OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. Op. cit., p. 10.

Ao fazermos a análise da missão constitucional conferida à Defensoria Pública a partir de uma interpretação sistemática, sob a ótica dos princípios fundamentais da República Federativa e conferindo máxima efetividade às normas constitucionais, constatamos que a atuação da Instituição na condição de *custos vulnerabilis* se dá em cumprimento ao fim para que foi criada. Embora inicialmente limitada ao aspecto econômico, o fortalecimento dessa jovem instituição desponta para a ressignificação do papel constitucional que lhe foi atribuído, o qual está intimamente vinculado à promoção dos direitos humanos e defesa dos necessitados⁵⁰⁸.

E que:

O termo jurídico indeterminado, com proposital abertura constitucional, visa abranger os indivíduos e grupos que vivenciam diversas espécies de vulnerabilidade e, por isso, carecem da assistência jurídica gratuita fornecida pelo Estado. Sendo assim, ter na composição do sistema de justiça uma instituição vocacionada à tutela dos direitos daqueles que se encontram em especial situação de vulnerabilidade significa, sobretudo, garantir a estes o direito a ter direitos. Para além disso, a atuação como órgão interveniente nas demandas que repercutirão efeitos na esfera de interesses dos necessitados assegura a estes participação no processo de construção e modificação da sociedade em que estão inseridos, com a possibilidade de influência no debate e, conseqüentemente, democratização do processo⁵⁰⁹.

Em estudo intitulado “A Tutela dos Direitos das Classes Vulneráveis: uma análise da possibilidade da Defensoria Pública intervir como *Custos Vulnerabilis*”, Santos de Oliveira⁵¹⁰ destaca que, na Constituinte de 1988, a utilização do termo “necessitados” para versar sobre aqueles que seriam beneficiados pela DP se referia tão somente aos necessitados economicamente falando, ou seja, aqueles que não teriam os recursos suficientes para o pagamento de despesas relacionadas à sua defesa, em uma clara anotação do legislador para promover o acesso à justiça. Segundo o autor, fez-se indispensável uma releitura constitucional, fugindo do positivismo, para que, dentre os necessitados, fossem compreendidos os *vulnerabilis* como um todo e a Defensoria Pública como sua guardiã.

Custos Vulnerabilis, dessa forma, significa que “a Defensoria Pública tem o papel de atuar na garantia dos direitos dos necessitados economicamente, socialmente, culturalmente, ou algum outro tipo de vulnerabilidade que possa surgir”⁵¹¹ e, como visto no artigo 4º da LC nº 80, de 1994, o próprio inciso XI faz menção direta aos vulnerabilizados em sentido amplo.

O termo *Custos Vulnerabilis* ganhou destaque em meio à discussão da ADI 3943/DF (que questionava o inciso II do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, alterada pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, a qual concedia legitimidade à Defensoria Pública para manejar Ação

⁵⁰⁸ ROSENDO, Alana Dias; OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. Op. cit., p. 23-24.

⁵⁰⁹ ROSENDO, Alana Dias; OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. Op. cit., p. 24.

⁵¹⁰ SANTOS DE OLIVEIRA, Arthur. Op. cit.

⁵¹¹ SANTOS DE OLIVEIRA, Arthur. Op. cit., p. 7.

Civil Pública (ACP) antes do advento do NCPD em março de 2015), quando o defensor público Maurílio Casas Maia defendeu que, ao passo que o Ministério Público atuaria na Ação Civil Pública como *custos legis* ou *custos juris*, a Defensoria Pública manejaria a ACP em defesa das vulnerabilidades, elucidando a intervenção *custos vulnerabilis* para explicar os “modos de atuação defensoriais”, com o STF reconhecendo a constitucionalidade do dispositivo e mantendo a legitimidade da DP para ajuizar ACP em defesa dos mais vulneráveis⁵¹².

O próprio defensor público acima mencionado redigiu pesquisa intitulada “A Legitimidade Coletiva da Defensoria Pública para a tutela de Segmentos Sociais Vulneráveis”⁵¹³, na qual defende que “a intervenção constitucional defensorial é movida pelo resguardo do interesse institucional do próprio Estado Defensor, constitucionalmente e legalmente previsto”⁵¹⁴.

Quando falamos em pessoas necessitadas, estamos tratando de pessoas que, ao menos economicamente, estão vulnerabilizadas. Contudo, o conceito jurídico de vulnerabilidade apresentado no capítulo 2 da presente tese é bastante abrangente. Por isso, ao passo que, na Constituinte de 1988, dá-se destaque à palavra “necessitados”, a LC nº 80/94 cunhou o termo “vulnerabilidade”. Considerando as funções institucionais da Defensoria Pública, ela é forjada, sim, como *custos vulnerabilis*, ou seja, como guardiã dos vulnerabilizados,

Uma parcela significativa dos estudos e publicações encontrados na pesquisa realizada para a elaboração da presente tese trata da questão da tutela individual a partir da Defensoria Pública. Pode-se citar o exemplo de um homem que foi preso após realizar furtos em um estabelecimento local e não dispunha de condições financeiras para obter acesso a um advogado que realizasse sua defesa; nesse ponto, surge a Defensoria Pública como a instituição que fornecerá a prestação dessa assistência jurídica/judiciária.

E é aqui que me permito refletir, a partir dos levantamentos realizados ao longo da tese, para argumentar a favor da DP na condição de interventora na tutela coletiva dos grupos vulnerabilizados. Isso porque suas funções institucionais, tal como previstas na LC nº 80, não restringem a atuação dessa organização tão somente à defesa dos direitos individuais, mas também dos direitos coletivos.

⁵¹² SANTOS DE OLIVEIRA, Arthur. Op. cit.

⁵¹³ MAIA, Maurílio Casas. A Legitimidade Coletiva da Defensoria Pública para a tutela de Segmentos Sociais Vulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 101, n. 17, p. 351-383, set./out. 2015.

⁵¹⁴ MAIA, Maurílio Casas. Op. cit., p. 380.

Elaboro outro exemplo para estimular a compreensão: a comunidade quilombola de Piriroka, localizada no interior do Acre⁵¹⁵, sempre recebeu um grande número de visitantes, os quais tinham interesse em saber sobre a história da comunidade e de sua constituição a partir de indivíduos africanos que foram trazidos ao Brasil para a exploração do trabalho escravo. Além da pesca, da caça e de trabalhos de artesanato, a atividade turística passou a ser um fundamento para a sobrevivência e atendimento das necessidades de todo o grupo, composto por cerca de 50 pessoas.

Ocorre que, diante do avanço da pandemia de Covid-19, tais atividades turísticas foram suspensas e, mesmo após a comunidade inteira de Piriroka ter sido vacinada e ter também avançado a vacinação da população dessa cidadezinha no interior do Acre (acima de 90% das pessoas com 18 anos ou mais foram vacinadas), o governador do Estado a manteve fechada, restringindo as visitas de terceiros.

Nesse ponto, já existindo a adoção dos procedimentos e protocolos sanitários e de segurança, não deveria haver nenhum impeditivo para que a comunidade Piriroka voltasse às suas atividades, uma vez que a pesca e a caça serviam apenas para a alimentação do grupo e a venda de artesanatos também havia caído vertiginosamente com a paralisação. De fato, não haveria nenhum motivo plausível para manter a comunidade fechada para o público. Qual seria o papel da Defensoria Pública nesse caso?

Se considerarmos o papel *custos vulnerabilis* da DP, ela não deveria priorizar os interesses da Administração Pública, mas sim os dos vulnerabilizados. E, se partirmos da afirmação anterior de que tal instituição pode, assim como no caso do Ministério Público, atuar como agência interventora, ela, de fato, seria capaz de promover ações voltadas à abertura da comunidade Piriroka. Além disso, levando em conta a priorização dos meios adequados de resolução de conflitos nos termos do artigo 4º da LC nº 80, mecanismos como a negociação e a arbitragem poderiam ser utilizados para a chegada em um consenso entre governo e grupo vulnerável para a reabertura da comunidade ao público.

Não haveria sentido em cunharmos a expressão *custos vulnerabilis* da Defensoria Pública se ela não pudesse intervir em prol dos interesses e direitos dos vulnerabilizados. Em nosso exemplo, temos um grupo que só possuía acesso a recursos financeiros a partir das visitas de terceiros e, de modo autoritário, elas não se fizeram mais possíveis, nem mesmo com o avanço da vacinação. Nesse sentido, caberia, sim, uma atuação da DP na visão do autor da presente tese.

⁵¹⁵ Exemplo fictício desenvolvido pelo autor.

Cumpre-se discorrer também sobre a legitimação ativa dessa instituição para propor a ACP, questão já brevemente abordada no presente tópico. De acordo com Cristina Ferraz⁵¹⁶, foi a partir do advento da Lei nº 11.488, de 2007, que a DP passou a ser legitimada no rol de aptos à ação civil pública, fato que enfrentou resistência por parte do Ministério Público. Para tal autora:

justifica-se a legitimidade da Defensoria Pública para promover a ação civil pública voltada à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, dada à natureza do processo coletivo e da indisponibilidade do seu objeto a impedir a cisão do interesse transindividual. Trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo. Esta orientação vai ao encontro da garantia estabelecida pelo princípio do acesso à justiça, bem como se ajusta às diretrizes estabelecidas pelo interesse público, i.é, o interesse do todo, do conjunto social⁵¹⁷.

Se a Defensoria Pública é *custos vulnerabilis* e não há nenhum impedimento legal para que ela deixe de ser legitimada para proposição de ACP, é natural que ela o faça a partir da defesa dos interesses de uma coletividade envolvendo grupos de pessoas vulnerabilizadas. Minotto defende que “mais importante do que contarem com diversos legitimados para pleitearem seus interesses em juízo é saber a quem podem recorrer”⁵¹⁸; a prerrogativa de atuação da DP em prol dos grupos vulnerabilizados permite, assim, sua legitimação como presente no rol daqueles que são passíveis de propor ACP. Tal autora, entretanto, não reconhece a legitimidade da DP para tal proposição, já que, segundo ela:

Se optarmos por decidir que a Defensoria Pública possui legitimidade para propor ACP apenas quando haja pertinência temática, estaríamos respeitando as finalidades constitucionais traçadas à instituição sem lhe retirar a legitimidade, porém, ainda assim correríamos o risco de estarmos contrariando a constituição, pois segundo alguns juristas e doutrinadores, o constituinte não criou a Defensoria Pública para defender direitos alheios em nome próprio, conforme ocorre com a tutela de direitos transindividuais. Seguindo o entendimento de que a Defensoria Pública não tem legitimidade para propor ACP, certamente estariam sendo respeitados os limites constitucionais traçados à instituição, porém, o risco que estaríamos correndo seria o de não garantir de maneira efetiva o acesso à justiça aos titulares de direitos transindividuais, principalmente no que tange aos titulares de direitos individuais homogêneos, visto que o Ministério Público apenas poderá tutelar esses direitos em juízo quando haja relevância social⁵¹⁹.

⁵¹⁶ FERRAZ, Cristina. Legitimidade da Defensoria Pública na Ação Civil Pública à luz do acesso à justiça. **Rev. Direito e Justiça: Reflexões**, Santo Ângelo/RS, v. 16, n. 27, p. 23-45, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/322641188.pdf>. Acesso em: ago. 2021.

⁵¹⁷ FERRAZ, Cristina. Op. cit., p. 9.

⁵¹⁸ MINOTTO, Jéssica do Nascimento. **Defesa dos Vulneráveis**. 2014. 72f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, Criciúma, 2014. p. 56.

⁵¹⁹ MINOTTO, Jéssica do Nascimento. Op. Cit., p. 56-57.

Ao longo do presente estudo, foi reforçado por diversas vezes o papel desempenhado pela Constituição de 1988 em defesa das pessoas e dos vulnerabilizados; a tese de que a legitimidade da DP para propor a ACP nesses casos tiraria as atribuições do MP não se sustenta, tendo em vista que, em momento algum, houve legislação que o impedisse de cumprir tal função. Pelo contrário: a possibilidade de legitimação ativa da DP nesse contexto apenas cria uma nova possibilidade, em especial ao considerarmos a tutela coletiva destes grupos.

Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva destaca que:

a Defensoria Pública é legítima para propor ação civil pública; é legítima indiscriminadamente para propô-la em defesa de interesses individuais homogêneos, desde que seus titulares individuais sejam hipossuficientes; é legítima para propor ACP em favor de direitos coletivos de entidades associativas filantrópicas em geral e a demais pessoas jurídicas que provem insuficiência de recursos; pode defender direitos coletivos de grupos sem personalidade jurídica desde que o objeto da ação seja comumente associado aos grupos titulares de direitos à assistência jurídica integral e gratuita; pode ajuizar ACP em favor da defesa de direitos difusos desde que, do caso concreto, demonstre-se inequivocamente que o grupo imediatamente interessado é de indivíduos ou comunidades hipossuficientes. **A utilização da ação civil pública pela Defensoria é um grande passo no acesso à justiça no Brasil. É o caminho, como já apontado, para desfazer uma contradição histórica no país: a Defensoria deverá transformar uma Justiça de poucos em uma Justiça de todos.** *Cura pauperibus clausa no est* – o Tribunal não está fechado aos pobres. Nem jamais devia ter estado⁵²⁰.

A justiça não é elitista e tampouco deve se fechar para os vulnerabilizados, já que um dos fulcros primordiais do Estado Democrático de Direito consiste em assegurar o acesso à justiça ante o cumprimento da inafastabilidade da jurisdição e do princípio da isonomia/igualdade. Por isso, a legitimidade da Defensoria Pública para propor ACP em favor destes grupos foi uma ação louvável por parte do legislador pátrio, assegurando que tais grupos não permaneçam desamparados.

5.3.3 Da intervenção de Terceiros: ampliação da democratização do acesso à justiça

Validando as argumentações de que a arbitragem, bem como outros mecanismos de solução alternativa de conflitos, quando utilizados por atores estatais (Ministério Público e Defensoria Pública), podem ser decisivos para reparar o dano (primeira *ratio* em matéria de paridade de armas ou de indenização) em demandas e lides que envolvem a tutela coletiva de

⁵²⁰ QUEIROZ E SILVA, Jules Michelet Pereira. Da Promoção de Ação Civil Pública pela Defensoria Pública. *Revista Direito e Liberdade – ESMARN*, Natal/RN, v. 12, n. 1, p. 100-101, jan./jun. 2010.

grupos vulnerabilizados, o presente tópico abordará a possibilidade de intervenção de terceiros nesse processo.

Segundo Fragoso Alves, a intervenção de terceiros na via arbitral ocorre com a ação dos ditos terceiros imperfeitos, aqueles que não participam do processo arbitral, e dos terceiros absolutos, estranhos ao procedimento arbitral e à convenção de arbitragem⁵²¹. Em relação aos terceiros imperfeitos, eles podem ser “coagidos”, ao passo que os terceiros absolutos apenas agirão voluntariamente:

Note-se ainda que a maior vantagem da intervenção de terceiros, via de regra, é a viabilidade do exercício do contraditório pelo terceiro dentro de um mesmo processo – que já está em curso. Mas o contraditório não se confunde com seu exercício. Enquanto o contraditório é um conceito objetivo, ligado ao binômio informação-reação, no qual as partes devem ser informadas do que ocorre no processo e tem que lhes ser dada oportunidade para se manifestar, o seu exercício é uma faculdade jurídica que é colocada à disposição das partes. Em decorrência disso, viabilizando-se o exercício do contraditório ao terceiro, pode-se garantir, em uma perspectiva macro, a celeridade e a economia processual, reduzindo-se as chances de surgimento de uma nova demanda (judicial) e a probabilidade de impugnação da sentença por terceiros⁵²².

Para tal autora, essa intervenção de terceiros na arbitragem pode ser espontânea/voluntária ou provocada (coativa):

- a) Considera-se intervenção voluntária aquela que decorre com espontaneidade da conduta do terceiro, quer para fazer valer o direito de uma parte (ou partes), quer para fazer prevalecer um interesse seu;
- b) Em se tratando da intervenção coativa, a iniciativa do terceiro se dá pela postulação de uma das partes em litígio, a qual provoca o ingresso dessa figura como uma forma de preservação de seus direitos, sendo “convidado” a integrar o procedimento arbitral.

Conforme explicitado ao longo do desenvolvimento da tese, a proteção dos grupos vulnerabilizados ou de qualquer pessoa ou coletivo que se encontre em situação desfavorável é uma questão moral; a vulnerabilidade e o sentimento de injustiça devem despertar não apenas a indignação da sociedade, mas também promover o alcance e a celebração de ações para a criação de justiça e igualdade.

⁵²¹ FRAGOSO ALVES, Gabriela. **A Intervenção de Terceiros na Arbitragem, à luz do conceito de Terceiros Imperfeitos e Terceiros Absolutos**. 2018. 65f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

⁵²² FRAGOSO ALVES, Gabriela. Op. cit., p. 30-31.

Quando tratamos dos grupos de pessoas vulnerabilizadas, portanto, devemos considerar a intervenção como um conceito amplo. Em um exemplo claro, quando uma coletividade de pessoas (uma ONG, por exemplo) coleta alimentos e utensílios para distribuí-los voluntariamente para uma comunidade quilombola em grau de vulnerabilidade, essa coletividade está, de fato, intervindo na realidade social daquele grupo vulnerável. O mesmo vale para toda e qualquer ação que pleiteie sua transformação e fortalecimento.

Mas há de ser considerada a intervenção de terceiros especificamente no contexto do uso da arbitragem para a tutela coletiva dos vulnerabilizados. E, nesse ponto, defendo tal modalidade de ação como uma possibilidade de ampliação do acesso à justiça, como veremos mais adiante.

Para Vidal Mello, a intervenção coercitiva de terceiros em procedimento arbitral não é admitida no caso brasileiro, de modo que ninguém poderá ser compelido a participar desse processo se não tiver consentido. O interesse jurídico, nesses termos, é insuficiente para integrar a parte à arbitragem, já que não basta o vínculo com a relação jurídica para vincular-se a ela, é necessário também manifestar vontade expressa ou tácita, em respeito ao princípio da autonomia da vontade⁵²³.

Quando falamos em terceiros, podemos também abranger a atuação do MP e da DP no contexto dos atores vulnerabilizados perante o procedimento arbitral, hipóteses que, como visto ao longo dos tópicos anteriores, são completamente cabíveis frente à doutrina e à jurisprudência brasileiras. Diversos levantamentos são passíveis de serem realizados a partir dessa afirmação, como a possibilidade de intervenção de um Terceiro não envolvido diretamente nos conflitos relativos a tais grupos, como alguém da sociedade civil.

Cintia Regina Guedes⁵²⁴ propõe que a falta de previsão específica de enquadramento de Terceiros revela como a figura processual mais adequada a de *amicus curiae*, não considerando apenas sua função clássica (de sujeito/terceiro imparcial e auxiliar do juízo), mas também como ela vem sendo admitida pelo direito norte-americano, como um *litigant amici*:

⁵²³ VIDAL MELLO, Pedro Dechtar. **Intervenção de terceiros, litisconsórcio e extensão da cláusula compromissória em procedimentos arbitrais no ordenamento brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14364/intervencao-de-terceiros-litisconsorcio-e-extensao-da-clausula-compromissoria-em-procedimentos-arbitrais-no-ordenamento-brasileiro>. Acesso em: set. 2021.

⁵²⁴ GUEDES, Cintia Regina. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o papel da Defensoria Pública como porta voz dos Direitos dos Litigantes Individuais na formação da Tese Jurídica Vinculante. In: CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS, 13., 2017, Santa Catarina. **Anais...** Santa Catarina, 2017. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/38642/CINTIA_REGINA_GUEDES.pdf. Acesso em: 13.set. 2021.

Com efeito, embora o *amicus curiae* tenha surgido como uma figura imparcial (“amigo da Corte”), este atingiu grande desenvolvimento prático nos sistemas que adotam o modelo de *stare decisis* típico dos países de common law, pois em razão da vinculação dos juízes aos precedentes, a decisão tomada em um processo judicial pode afetar a vida de dezenas e até milhares de pessoas. Como, com o advento do novo CPC, o sistema processual brasileiro vem se aproximando cada vez mais do sistema de precedentes dos países do *common law*, já adotando claramente instrumentos como o *overruling* (superação) e o *distinguishing* (distinção), pode-se utilizar a evolução do papel do *amicus curiae* ocorrida no direito norte-americano como inspiração para o desenvolvimento da figura também no direito brasileiro⁵²⁵.

Para tal autora, a concepção inicial do *amicus curiae* como figura processual consistia em não o compreender como parte do processo, recorrendo a ele apenas para prestar informações ao tribunal em assuntos que não fossem dominados pelos julgadores, mas sempre como um “*disinterested by stander*”, ou seja, como terceiro sem interesse algum na resolução da controvérsia. *A posteriori*, o *amicus curiae* desenvolveu-se sobremaneira no direito norte-americano, evoluindo da neutralidade para um papel diverso, de garantia de participação de pessoas, instituições ou órgãos que seriam afetados pela decisão, desde que, e sublinho, a falta de sua participação pudesse causar grave injustiça. A figura dos *litigant amici* serve, assim, para defender algum interesse de um grupo (ou seja, não um interesse pessoal) afetado pela demanda, com poderes que passam a ser estabelecidos a partir da qualidade do interesse defendido, matéria sobre a qual não há consenso nem na doutrina e nem na jurisprudência norte-americana. Essa é uma das justificativas, inclusive, que sustentam a intervenção da DP como terceiro no contexto dos vulnerabilizados:

O que se percebe pelo estudo do tema no direito norte-americano é que, na falta de um método ou de uma regulamentação para que se pudesse admitir a participação dos terceiros não representados no processo, a jurisprudência das Cortes Federais foi desenvolvendo informalmente a figura do *amicus curiae* também com essa função, tendo sua flexibilidade contribuído muito para tanto. Tal situação também pode ocorrer no direito brasileiro, pois desde o advento do novo CPC, a figura do *amicus curiae* não somente passa a ter previsão legal expressa, como passa a ser possível sua atuação em qualquer tipo de demanda (desde que presente a “relevância da matéria” ou a “repercussão social da controvérsia”), havendo previsão genérica, no art. 138, de uma cláusula geral de atuação do *amicus curiae*, podendo a atuação da Defensoria neste ponto ser construída, paulatinamente, pela doutrina e jurisprudência, e adaptável a cada caso concreto⁵²⁶.

O *amicus curiae* encontra previsão no Capítulo V do NCPC, em uma concepção mais voltada ao processo tradicional pela via do Judiciário. A intervenção de terceiros na via arbitral como *amicus curiae litigant amici* ainda não foi bem esclarecida pela doutrina e pela

⁵²⁵ GUEDES, Cintia Regina. Op. cit., p. 10.

⁵²⁶ GUEDES, Cintia Regina. Op. cit., p. 11-12.

jurisprudência, mas, a partir do exposto até então, tem-se que a mesma seria possível considerando outros, além do MP e da Defensoria Pública, desde que haja repercussão social da controvérsia.

Quando falamos das violações envolvendo grupos ou pessoas vulnerabilizados, estamos tratando de uma matéria de repercussão social, associada ao interesse e ao compromisso da sociedade civil e de todos os sujeitos em defesa dos interesses dos mais frágeis no contexto do Estado Democrático de Direito. Se podem recorrer à arbitragem pessoas físicas maiores de 18 anos que tenham discernimento e sejam capazes de exprimir a sua vontade, em tese, integrantes da sociedade civil poderiam contribuir para fomentar esse instituto em lides que envolvam pessoas vulnerabilizadas, atuando “quase como um *amicus curiae*”, sem ter interesse particular algum na controvérsia.

Pensemos novamente no exemplo da questão territorial envolvendo comunidades indígenas ou quilombolas; nesse ponto, ao nos apropriarmos das noções de justiça e igualdade em defesa dos vulnerabilizados, um Terceiro (ou um grupo de Terceiros) pode intervir para auxiliar essas minorias, no sentido de fazer com que elas se valham do instituto da arbitragem para a resolução de litígios. É importante destacar que o terceiro desinteressado não figurará no processo arbitral propriamente dito, salvo se, assim como o *amicus curiae*, contribuir para fornecer entendimentos específicos no convencimento do árbitro.

Significa dizer que, em uma demanda relativa à questão territorial das comunidades indígenas ou quilombolas, um terceiro pode “intervir” no processo arbitral para esclarecer questões particulares referentes à história do povo em violação e sua representatividade para o grupo vulnerável. Na Ilha de Marambaia, seria possível a intervenção de um terceiro para, ante o acionamento do procedimento arbitral, esclarecer ao árbitro o histórico e o relacionamento daquele povo com o local, o qual está acima de interesses econômicos.

Contudo, cumpre-se destacar que a doutrina brasileira dá mais ênfase para a atuação do Ministério Público e, em especial, da Defensoria Pública como Terceiros interventores nessa temática, reforçando que atores estatais podem se fazer valer e serem decisivos para reparar danos ou resolver demandas dos vulnerabilizados, contemplando a arbitragem ou outros mecanismos adequados de solução de conflitos. A seguir, serão abordados casos específicos e concretos da jurisprudência nos quais a arbitragem poderia ser acionada.

5.4 DOS CASOS CONCRETOS NOS QUAIS A ARBITRAGEM PODERIA SER UTILIZADA NA OBTENÇÃO DE SOLUÇÕES E REPARAÇÕES DE DANO

Diversos sujeitos e instituições (em especial atores estatais como o Ministério Público Estadual, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública Estadual e a Defensoria Pública Federal) podem atuar como interventores na utilização da arbitragem para a resolução alternativa de conflitos e demandas de pessoas vulnerabilizadas. No presente item, serão abordados casos concretos da jurisprudência nos quais a arbitragem poderia ter sido invocada.

5.4.1 Acidente Nuclear Césio-137, em Goiânia

O acidente nuclear envolvendo a substância Césio-137, ocorrido em Goiânia/GO na segunda metade da década de 1980, é um dos casos notórios sobre o qual se especula que a arbitragem poderia ter sido utilizada na resolução das demandas e na busca por soluções “justas”. Suzane de Alencar Vieira aponta que, em setembro de 1987, o despojo de equipamentos abandonados nas ruínas do Instituto de Previdência e Assistência do Estado de Goiás (Ipasgo) despertou a curiosidade de dois rapazes desempregados que viram na parafernália de ferro e chumbo a possibilidade de obter algum rendimento monetário⁵²⁷. Roberto e Wagner encontraram um aparelho radioterápico que continha cápsula de Césio-137 e o levaram para a casa do primeiro, na Rua 57, rompendo o invólucro de chumbo e perfurando a placa de lítio que isolava as partículas radioativas, com a peça sendo vendida para Devair, dono de um ferro velho:

Nas mãos de Devair, a cápsula revelou um brilho azul fascinante em uma noite de setembro. Entusiasmado com sua descoberta, Devair divulgou na vizinhança o espetáculo da luz azul e distribuiu entre parentes, amigos e vizinhos alguns fragmentos do pó desprendidos do interior da cápsula. O césio-137, liberado da cápsula, passaria a circular silenciosamente pela vizinhança do Bairro Popular, Setor Aeroporto e Setor Norte Ferroviário, bairros da região central de Goiânia. A substância radioativa usada no tratamento de doenças havia escapado da cápsula protetora e se transformara em uma terrível fonte de contaminação. Nas noites de setembro de 1987, o césio-137 emanava uma deslumbrante luz azul que seduzia os moradores. Sob a forma de pedra ou pó, o césio-137 circulava de mão em mão como uma dádiva maravilhosa que, por vezes, era recebida como um signo de sorte e bem-aventurança⁵²⁸.

Elza Guedes Chaves afirma que, desde a violação do lacre, a radiação já foi liberada para as pessoas que manipularam as partículas de Césio-137 como se fossem sucata comum; aquilo que parecia, para os moradores, uma substância inofensiva acabou se revelando como um acidente que atingiu homens, mulheres, animais domésticos, casas e ruas, chegando até a

⁵²⁷ ALENCAR VIEIRA, Suzane de. Césio-137, um drama recontado. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 27, n.77, p. 36-52, 2013.

⁵²⁸ ALENCAR VIEIRA, Suzane de. Op. cit., p. 218.

atmosfera terrestre⁵²⁹. A partir dos registros oficiais, a radiação alcançou uma área de 2.000 m² não contínuos, infiltrando-se no solo até a profundidade de 50 cm e demandando, inclusive, a derrubada de árvores e plantas em um raio de 100 metros das zonas afetadas:

Segundo informações de técnicos da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) que participaram do processo de descontaminação de Goiânia, foram demolidas sete casas e gerados 6.500 m³ de rejeitos radioativos, que foram transferidos para um depósito provisório na cidade de Abadia de Goiás onde, posteriormente, foi construído um depósito definitivo. De acordo com informações oficiais, quando o fato se tornou público dezesseis dias mais tarde, 249 pessoas já estavam contaminadas ou irradiadas, entre as quais quatro faleceram em menos de um mês contado a partir da divulgação do acidente⁵³⁰.

No escopo da jurisprudência sobre tal grave acidente de repercussão nacional, há o reconhecimento, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de que a União contribuiu para o acidente, vide julgado abaixo, sobre o qual grifo:

ADMINISTRATIVO. DIREITO NUCLEAR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE RADIOATIVO EM GOIÂNIA. CÉSIO 137. ABANDONO DO APARELHO DE RADIOTERAPIA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO E VIGILÂNCIA SANITÁRIO-AMBIENTAL DE ATIVIDADES COM APARELHOS RADIOATIVOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO E DOS ESTADOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O art. 8º do Decreto 81.394/1975, que regulamenta a Lei 6.229/1975, **atribuiu ao Ministério da Saúde competência para desenvolver programas de vigilância sanitária dos locais, instalações, equipamentos e agentes que utilizem aparelhos de radiodiagnóstico e radioterapia.** 3. **Cabe à União desenvolver programas de inspeção sanitária dos equipamentos de radioterapia, o que teria possibilitado a retirada, de maneira segura, da cápsula de Césio 137,** que ocasionou a tragédia ocorrida em Goiânia em 1987. 4. Em matéria de atividade nuclear e radioativa, **a fiscalização sanitário-ambiental é concorrente entre a União e os Estados, acarretando responsabilização solidária, na hipótese de falha de seu exercício.** 5. **Não fosse pela ausência de comunicação do Departamento de Instalações e Materiais Nucleares (que integra a estrutura da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN, órgão federal) à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, o grave acidente que vitimou tantas pessoas inocentes e pobres não teria ocorrido.** Constatação do Tribunal de origem que não pode ser reapreciada no STJ, sob pena de violação da Súmula 7. 6. **Aplica-se a responsabilidade civil objetiva e solidária aos acidentes nucleares e radiológicos, que se equiparam para fins de vigilância sanitário-ambiental.** 7. A controvérsia foi solucionada estritamente à luz de violação do Direito Federal, a saber, pela exegese dos arts. 1º, I, “j”, da Lei 6.229/1975; 8º do Decreto 81.384/1978; e 4º da Lei 9.425/96. 8. Recurso Especial não provido. (REsp 1180888/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 28/02/2012 (grifos nossos)⁵³¹.

⁵²⁹ CHAVES, Elza Guedes. GOIÂNIA É AZUL: o acidente com o césio 137. *Revista UFG*, Goiânia/GO, v. 9, n.1, p. 34-58, 2017.

⁵³⁰ CHAVES, Elza Guedes. Op. cit., p. 1.

⁵³¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-go-cesio-137-indenizacao.pdf>. Acesso em: set. 2021.

Ora, se a União já é concebida como responsável pelo acidente nuclear que ocorreu em Goiânia, é natural que as pessoas façam uso de suas faculdades processuais (e extraprocessuais) para as reparações do dano, ante a fixação e pagamento de *quantum* indenizatório. No acórdão nº 00233902920084013500⁵³² da Sexta Turma do TRF1, o Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian contemplou que o direito à reparação não surge com o acidente, mas com a lesão por ele causada, ou seja, pelo conhecimento, por parte da vítima, da lesão sofrida. Se anos depois do dano inicial ocorrido a partir do acidente radiológico com a bomba de Césio-137 o seu efeito continua provocando lesões em novas vítimas, não há decurso do prazo de prescrição quinquenal contra a fazenda pública, rejeitando a possibilidade de prescrição do pleito indenizatório.

Nesse sentido, tendo em vista que o acidente com o Césio-137 continua gerando vítimas a partir do dano ambiental provocado e, havendo a responsabilidade da União (já admitida pela jurisprudência do STJ), os prejudicados pelos graves efeitos da tragédia podem pleitear indenizações. Desse modo, indaga-se: ante o reconhecimento da existência de jurisprudência que já deliberou sobre a matéria, seria possível fazer uso da arbitragem com o intuito de fomentar a solução alternativa para as controvérsias? Em tese, conhecendo os problemas processuais estruturais vivenciados pelo Brasil e as dificuldades do Judiciário no julgamento de casos, mesmo quando repetitivos, é possível que sim.

A própria legislação, por meio da Lei nº 9.425/96, dispõe em seu artigo 1º sobre a concessão de pensão vitalícia a título de indenização especial às vítimas do acidente, sendo que, no inciso IV do artigo 2º, está estabelecido o montante de 150 UFIR para descendentes de pessoas irradiadas ou contaminadas que vierem a nascer com alguma anomalia em decorrência da exposição comprovada dos genitores à substância Césio-137 do acidente goiano. Ora, já há previsão legal e uma jurisprudência que serviria, por exemplo, para orientar os árbitros ante o acionamento da arbitragem para a reparação de danos das vítimas do acidente da década de 1980, de modo que esta última, bem como outros mecanismos de resolução de conflitos adequados, apresenta-se como uma possibilidade viável de utilização. Inexistem, na doutrina brasileira sobre o tema, estudos que versem sobre a arbitragem especificamente no caso da reparação de danos para vítimas da tragédia, de modo que a presente tese é pioneira no esclarecimento da questão.

⁵³² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-go-cesio-137-indenizacao.pdf>. Acesso em: set. 2021.

Cumpre-se destacar que até 2017, 30 anos após o acidente, 1.141 pessoas ainda tinham suas vidas ligadas ao Césio-137⁵³³. Por isso, há uma grande demanda pelas possibilidades e ao Poder Público, gastos que giram em torno de milhões de reais⁵³⁴, incluindo os montantes indenizatórios pagos às vítimas. Tem-se, de acordo com Helou e Costa Neto, que os “grupos sociais mais afetados são os de menores recursos econômicos, por terem mais dificuldade de acesso aos serviços de saúde e por enfrentarem maiores problemas para a reabilitação social depois do desastre”⁵³⁵, sendo possível, inclusive, referirmo-nos à existência de um grupo vulnerável composto pelas vítimas de Césio-137 em Goiânia.

Em julgamento do Tribunal Regional Federal 1⁵³⁶ (o qual teve, no inteiro teor da sentença, oculto o nome das partes), o juiz federal Marcelo Gentil Moreira decidiu pela condenação dos réus em indenização pelos danos morais causados em litígio no qual a parte autora buscou o reconhecimento de sua condição de vítima do acidente e a consequente concessão de pensão vitalícia. Trata-se de caso cujo autor é filho de vítima diretamente exposta à radiação, o qual apresentou, desde cedo, problemas crônicos de saúde, como a perda de visão total no olho esquerdo e severa no olho direito e que não teve reconhecido, na esfera administrativa, o direito à pensão especial. Moreira julgou o seguinte:

1. Condenação da União na concessão de pensão especial para a parte autora, com obrigação de fazer com tutela de urgência, em prazo de 60 dias a contar da intimação, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100,00;
2. Condenação da União no pagamento de valores atrasados da pensão especial, a contar de outubro de 2014, com incidência de juros de mora e correção monetária;
3. Condenação dos réus para que, de modo solidário, paguem o valor de R\$ 30.000,00 a título de danos morais;
4. Condenação da parte ré ao ressarcimento de custas adiantadas pela parte autora e pagamento de honorários advocatícios.

⁵³³ Disponível em: <https://istoe.com.br/trinta-anos-depois-1-141-ainda-tem-rotina-ligada-ao-cesio-137/>. Acesso em: set. 2021.

⁵³⁴ Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-efetiva-acordo-para-gestao-de-seguranca-em-barragens-de-minerais-radioativos>. Acesso em: set. 2021.

⁵³⁵ HELOU, Suzana; COSTA NETO, Sebastião Benício. (orgs.). **Césio-137: Consequências Psicossociais do Acidente de Goiânia**. Goiânia: Editora da UFG, 2016. p. 5. Disponível em: https://www.saude.go.gov.br/images/imagens_migradas/2016/12/cesio-137-consequencias-psicossociais-do-acidente-de-goiania.pdf. Acesso em: set. 2021.

⁵³⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-go-cesio-137-indenizacao.pdf>. Acesso em: set. 2021.

Vê-se que já há uma robusta jurisprudência, além da própria legislação, que fornece os parâmetros para a utilização de mecanismos de resolução alternativa de conflitos, como a própria arbitragem. Havendo um grande número de casos de vítimas que pleiteiem a reparação de danos pela via judicial, a via arbitral mostra-se apropriada para a obtenção de soluções mais céleres e eficazes para as mesmas.

5.4.2 Queda do Edifício Palace II, no Rio de Janeiro

Azevedo e Martins apontam que, em 1998, a queda do Edifício Palace II matou 8 pessoas e deixou centenas de vítimas e famílias desabrigadas. Trata-se de um caso que não contou com um número de mortos tão grande quanto outras tragédias brasileiras, mas que ganhou repercussão à época em função da exploração jornalística do fato⁵³⁷. Na madrugada de 22 de fevereiro de 1998, moradores de um condomínio da Barra da Tijuca acordaram com um estrondo e um abalo na estrutura do prédio em que moravam, demandando evacuação imediata⁵³⁸. O acidente se tratava de uma tragédia anunciada, havendo completa omissão dos responsáveis em evitá-lo, gerando um desastre na vida dos moradores.

No julgamento de ação de apelação APL nº 00152880520088190001 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), ficou constatada a existência de jurisprudências que versam sobre o caso em questão, não cabendo ao Poder Judiciário a análise de demandas preexistentes em litígios julgados sobre o desabamento do Edifício Palace II. Contudo, eles ainda estão em andamento, como na 19ª Câmara Cível do Rio de Janeiro, a qual determinou que as empresas Sersan e Matersan pagassem R\$ 500 mil de indenização por danos morais a uma família que residia no prédio, também devolvendo a ela tudo que foi pago em aluguéis, perdas materiais, valores de promissórias pagas pela compra do imóvel e demais custos decorrentes da queda da construção⁵³⁹. As apelações das empresas não vêm sendo acatadas pelo TJRJ:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DESABAMENTO DE EDIFÍCIO. INTERDIÇÃO PELA AUTORIDADE PÚBLICA E POSTERIOR

⁵³⁷ AZEVEDO, Anna Carolina Ulandovski; MARTINS, Maura Oliviera. O valor-tragédia: estratégias discursivas no tratamento jornalístico dos casos “Isabella Nardoni” e “Palace II”. *Cad. da Esc. de Com.*, Curitiba, v. 22, n. 05, p. 1-16, 2007.

⁵³⁸ Disponível em: <http://m.acervo.estadao.com.br/noticias/acervo,desabamento-do-palace-ii-matou-8-pessoas-no-rio-em-1998,70003050658,0.htm#:~:text=Era%20madrugada%20de%2022%20de,estrutura%20do%20pr%C3%A9dio%20onde%20moravam>. Acesso em: set. 2021.

⁵³⁹ Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/08/31/justica-determina-que-empresas-indenizem-em-r-500-mil-familia-que-morava-no-palace-ii-predio-que-caiu-no-rio.ghtml>. Acesso em: set. 2021.

DEMOLIÇÃO. PALACE II. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DAS RÉS. PREJUDICIAL DE MÉRITO REJEITADA. PRESCRIÇÃO NÃO EVIDENCIADA. DEMORA PARA EFETIVAÇÃO DA CITAÇÃO QUE NÃO SE DEU POR INÉRCIA DOS AUTORES, MAS POR SITUAÇÕES PROVOCADAS PELAS RÉS E SEUS REPRESENTANTES. DIVERSAS TENTATIVAS DE LOCALIZAÇÃO DAS EMPRESAS EM VARIADOS ENDEREÇOS. PARTE AUTORA QUE NÃO PODE SER PREJUDICADA EM SUA PRETENSÃO, NOTADAMENTE PORQUE NÃO HOUVE DESÍDIA DO TITULAR DO DIREITO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA AUSÊNCIA DE CULPA DAS RÉS QUE JÁ FOI PRECEDENTEMENTE EXAMINADA E JULGADA. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS RÉS. DANO MORAL EVIDENCIADO. VERBA CORRETAMENTE FIXADA, EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA EM SEDE RECURSAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (0080696-89.1998.8.19.0001 - Apelação. Des(a). Lúcio Durante - Julgamento: 17/08/2021 - Décima Nona Câmara Cível).

Nesse ponto, indaga-se: como é possível falarmos que, neste caso, foi “feita justiça”? Isso porque o conceito de justiça trabalhado no presente estudo presume não apenas o alcance de uma decisão eficaz, mas também célere. No litígio em questão, o Judiciário se arrastou por duas décadas para concluir a demanda de uma única família.

Por isso, a arbitragem também poderia ser aplicada nesse caso, tanto para essa família quanto para a coletividade de moradores, a partir da extensão dos danos gerados pela queda do Palace II. A tutela coletiva poderia ser aplicável na arbitragem, obtendo decisões céleres e eficazes para as famílias que tiveram perdas semelhantes, assim como para aqueles que perderam entes queridos em um caso claro de omissão das empresas rés.

5.4.3 Tragédia do voo 3054 da TAM, em Congonhas

O acidente com o *Airbus* 3054 da TAM, em julho de 2007, foi um caso de repercussão nacional e internacional que evidenciou despreparo por parte da companhia aérea, visto que a própria desconhecia e apresentou dificuldades para apurar suas causas. Trata-se de tragédia que vitimou 199 pessoas, entre tripulantes, passageiros e funcionários da empresa ao colidir com um prédio.

A aeronave deixou Porto Alegre/RS e não conseguiu parar na pista do Aeroporto de Congonhas, na Zona Sul de São Paulo/SP, chocando-se com um edifício da TAM, levando a óbito todas as 187 pessoas que estavam no interior do avião e outras 12 no espaço terrestre. As investigações da Polícia Federal levaram dois anos e meio para serem concluídas, sem apontar culpados, não tendo encontrado nexos de causalidade que vinculasse a tragédia às

pessoas responsáveis pelo aeroporto⁵⁴⁰. Basicamente, a conclusão foi de que o acidente foi provocado por um erro dos pilotos.

No aspecto jurídico de área cível (já que a parte criminal ficou a cargo da PF), os caminhos encontrados pelos familiares das vítimas foram basicamente os seguintes:

1. A primeira hipótese consiste na celebração de acordos com a TAM;
2. Processar os responsáveis pela companhia no Brasil;
3. Processar os responsáveis pela empresa nos Estados Unidos⁵⁴¹.

É importante destacar o caso dessa tragédia aérea, pois, no mesmo, foi criada a Câmara de Indenização 3054 para promover acordos entre os familiares das vítimas e a TAM, a qual conseguiu intermediar 55 dos 59 casos apreciados, com números que representaram um índice de 92% de solução. A negociação coletiva começou em abril de 2008 e, inicialmente, foi acertado o dever de assistência às famílias por meio de um termo de compromisso, e, posteriormente, foi definido o formato e os parâmetros utilizados pela Câmara nos 14 meses seguintes, também criando a prerrogativa de acordo para as pessoas que ficaram desalojadas com a queda do avião⁵⁴².

Nesse sentido, a defensora pública Carolina Brambila Bega afirma o seguinte:

Não há dúvidas de que este modelo de Câmara de Indenização, desenvolvido para facilitar o recebimento das indenizações relativas ao acidente com o voo TAM 3054, possa ser aplicado em outros casos similares, em que haja necessidade de composição de danos. De fato, em razão do êxito alcançado, a implementação de instâncias específicas de indenização está sendo abordada, inclusive, na próxima fase da proposta de “Reforma do Judiciário”, como forma de redução da sobrecarga de trabalho deste e de oferecimento de uma resposta efetiva e célere para a liquidação dos danos nas esferas coletivas, propiciando, destarte, uma composição justa e solidária entre as partes. Os referidos agentes inovam, portanto, ao apresentar a Câmara de Conciliação Voo 3054 como um modelo de participação que envolve diversos órgãos do Estado e a iniciativa particular, na busca conjunta de soluções pacíficas para conflitos coletivos.

Assim, temos aqui um modelo exitoso para a resolução de demandas coletivas, com a utilização de mecanismos adequados de solução de conflitos. Mesmo que, nesse caso, não tenha sido utilizado o instituto da arbitragem, mas sim uma nova proposta de mediação, o ocorrido forneceu uma resposta célere e eficaz aos familiares das vítimas do acidente. Se

⁵⁴⁰ Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/apos-10-anos-ninguem-foi-condenado-por-acidente-da-tam-em-congonhas-sp.ghtml>. Acesso em: set. 2021.

⁵⁴¹ Um dos passageiros do voo 3054 era norte-americano, residente em Miami.

⁵⁴² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-ago-12/camara-indenizacao-encerrada-92-acordos-acidente-tam>. Acesso em: set. 2021.

considerarmos a queda do Edifício Palace II, a qual conta até hoje com casos apreciados pelo Poder Judiciário em uma tragédia ainda mais antiga, ocorrida no século passado, podemos afirmar que a Câmara de Indenização 3054 é um case de sucesso para debelarmos a crise que tal poder enfrenta.

A questão da inovação é relevante para essa afirmação, já que o caso concreto demonstrou o aperfeiçoamento de um meio alternativo de resolução de conflitos, o que nos faz indagar sobre a exequibilidade de utilização desses institutos em outros casos, como na própria queda do Palace II. Podemos, inclusive, fazer um contraponto com o caso do acidente da Air France, abordado no tópico seguinte.

5.4.4 Tragédia do voo 447 da Air France, no Rio de Janeiro

Rocha e Lima apontam que em “1º de junho de 2009, o Airbus 330 da Air France que saía do Rio de Janeiro com destino a Paris se choca com o Oceano Atlântico matando as 228 pessoas que estavam a bordo”⁵⁴³, tendo como causas erros humanos, associados às falhas técnicas que concorreram para a queda da aeronave:

No dia 1º de junho de 2009, às 2h14, o voo AF447, Rio de Janeiro/ Paris, com 216 passageiros e 12 tripulantes, caiu no oceano Atlântico sem deixar sobreviventes. Os primeiros destroços do avião, um Airbus 330, são encontrados em 6 de junho de 2009. Quase dois anos depois, as caixas-pretas foram recuperadas, uma delas contendo registros das conversas entre os pilotos e a outra com centenas de parâmetros técnicos. Como de praxe após acidentes graves, um inquérito técnico foi aberto pelo BEA (*Bureau d'Enquêtes et d'Analyses*) – autoridade francesa responsável pelas análises dos acidentes da aviação civil – para esclarecer as causas e propor medidas preventivas. Esse inquérito gerou 4 relatórios oficiais, divulgados entre julho/2009 e julho/2012. No último deles, foi apresentado o resultado de uma análise realizada pelo grupo de Fatores Humanos (FH) do BEA, criado em julho/2011 com o propósito de complementar as análises realizadas até então⁵⁴⁴.

Embora o Air France 330 tenha circunstâncias específicas, trata-se de um acidente comparável ao da TAM 3054 quando consideramos aspectos como o número de vítimas: foram 228 no primeiro caso e 199 no segundo. O grande diferencial da TAM na tutela coletiva foi a criação de uma Câmara Especial para a resolução alternativa de conflitos, o que não ocorreu no caso da Air France. Por isso, é importante investigar em que passo estão as demandas judiciais envolvendo tal caso.

⁵⁴³ ROCHA, Raoni; LIMA, Francisco. Erros humanos em situações de urgência: análise cognitiva do comportamento dos pilotos na catástrofe do voo Air France 447. *Gest. Prod.*, São Carlos, v. 25, n. 3, p. 568-582, 2018. p. 568.

⁵⁴⁴ ROCHA, Raoni; LIMA, Francisco. Op. cit., p. 569.

Em agosto de 2021, mais de doze anos após o trágico acidente da Air France, foi decidido que tal empresa e a Airbus seriam condenadas por homicídio culposo; Danièle Lamy, presidente da associação francesa *Entraide et Solidarité AF447*, declarou que tal decisão encerrou 12 anos de procedimentos recheados de esperanças, incertezas e humilhações, mas nunca de resignação⁵⁴⁵.

Percebe-se um caso claro da tendência internacional de afogamento do Judiciário: somente 12 anos depois, começam a ser indicados os caminhos para o alcance da justiça. Mas e quanto aos familiares das 228 vítimas perdidas na tragédia? Até o momento de elaboração da tese, as datas do processo apontado acima sequer foram divulgadas. Se tivesse sido criada uma Comissão Especial que fizesse uso de institutos como a mediação e a arbitragem, é certo que a reparação do dano já teria sido obtida, com o pagamento de indenizações aos familiares, o que não impediria o curso do processo criminal para apurar a responsabilidade.

O arrastamento de ações judiciais contra a Air France não faz nada além de prolongar demasiadamente o sofrimento dos familiares, de modo que a utilização de meios adequados de resolução de conflitos poderia promover o alcance de decisões mais céleres e eficazes, fora da via tradicional da judicialização.

Cotejando o caso TAM 3054, que se fez valer da pacificação na justiça multiportas, e o caso Air France 330, no qual a opção foi a judicialização, constata-se que, no primeiro, as respostas essenciais foram obtidas de um modo mais célere para a maior parte dos casos, enquanto o segundo continua refém do Poder Judiciário. Assim, fazer-se valer dos mecanismos adequados de solução de conflitos para casos de acidentes aéreos é uma possibilidade contundente para promover a reparação de dano de modo mais rápido e efetivo.

5.4.5 Incêndio da Boate Kiss, em Santa Maria

Outra notável tragédia, ocorrida em janeiro de 2013, foi o caso do incêndio na Boate Kiss, em Santa Maria/RS. Peixoto et al. apontam que tal incêndio vitimou 242 pessoas e deixou outras 600 feridas, tendo sido “provocado pelo uso irregular de um material pirotécnico no interior da boate [que] propagou-se nas espumas de isolamento acústico que revestiam o teto da boate”⁵⁴⁶. Tais espumas, em contato com o fogo, passaram a liberar uma

⁵⁴⁵ Disponível em: <https://noticias.r7.com/internacional/air-france-e-airbus-serao-julgadas-por-acidente-no-voorio-paris-27082021>. Acesso em: set. 2021.

⁵⁴⁶ PEIXOTO, Priscila dos Santos et al. A Despedida Anunciada: Emoções e Espiritualidade entre familiares das vítimas da Boate Kiss. **Ciencias Sociales y Religión/Ciências Sociais e Religião**, Porto Alegre, v.21, n. 24, p. 71-89, jan./jul. 2016. p. 72.

fumaça tóxica contendo cianeto e outros gases, o que causou as mortes, de acordo com os laudos médicos constantes nos atestados de óbito ratificados pelo inquérito policial.

Nesse contexto, a opção geral dos familiares foi a busca pela obtenção de indenizações por meio da via judicial. Destaca-se o caso abaixo, julgado mais de sete anos depois:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. BOATE KISS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 37 § 6º DA CF. DEVER DE INDENIZAR. 1) Trata-se de ação indenizatória, na qual postulam os autores indenização por danos materiais e morais, em face da morte de seu filho na noite do dia 27/01/2013, nas dependências da Boate Kiss, em decorrência de incêndio, julgada improcedente na origem. 2) DEVER DE INDENIZAR DOS ENTES PÚBLICOS - A responsabilidade civil do Estado e do Município é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, respondendo pelos danos que seus agentes derem causa, seja por ação, seja por omissão, cabendo à parte contrária a prova dos fatos, o nexo de causalidade e o dano. Nas hipóteses de omissão do Poder Público, todavia, aplica-se a Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, exigindo, então, a comprovação da falha do ente público no dever de agir, consubstanciada na não adoção de medida efetiva e eficaz a fim de impedir o resultado danoso. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. 3) No caso dos autos, a responsabilidade do ente público deve ser reconhecida, uma vez que a prova é vasta a evidenciar a falha de fiscalização sobre o funcionamento do estabelecimento e falha na fiscalização sobre a atividade explorada pela empresa ré – Boate Kiss, que não estava adequada quanto aos critérios de segurança para o exercício regular da atividade – casa noturna. 4) Evidente a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Santa Maria em reparar os danos sofridos pelos autores, uma vez evidenciada a falha no dever de fiscalização da Boate Kiss e o nexo de causalidade com o evento danoso, aliado ao princípio da solidariedade social para com as vítimas da tragédia. 5) DANOS MORAIS E QUANTUM INDENIZATÓRIO - Relativamente aos danos morais, pouco precisa ser dito, considerando ser evidente o sofrimento e a tristeza profunda suportadas pelos pais com a perda de um filho, de apenas 19 anos de idade, mormente em uma situação tão trágica. Trata-se, o caso em apreço, de danos morais *in re ipsa*. 6) Pertinente ao valor do dano moral deve ser estabelecido de maneira a compensar a lesão causada em direito da personalidade e com atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como aos casos análogos da jurisprudência, arbitra-se a indenização em R\$50.000,00 (...) para cada autor (CNJ: 0085394-67.2020.8.21.7000)⁵⁴⁷.

Nesse caso, o montante total a ser pago aos pais foi de R\$ 109.000 (cento e nove mil reais): R\$ 50.000 para cada genitor por danos morais e o pagamento de indenização de outros R\$ 9.000 por danos materiais. Cumpre-se destacar que o caso da Boate Kiss se encontra entre as principais tragédias brasileiras, vitimando mais pessoas do que o caso do acidente da TAM tratado anteriormente. No entanto, os empresários responsáveis, embora de boa situação financeira, não contam com a mesma disponibilidade de recursos que a companhia aérea, mas o Estado e o município de Santa Maria gozam de tais meios, vide decisão acima.

⁵⁴⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-camara-civel-tj-rs-reforma5.pdf>. Acesso em: set. 2021.

No ano de 2019, noticiou-se que, seis anos após a tragédia da Boate Kiss, nenhum dos mais de mil pedidos de indenização tinha sido pago⁵⁴⁸. A justiça, por meio do Judiciário, novamente se mostrou engessada e ineficaz para lidar com tal demanda. Tal falha poderia, outra vez, ser resolvida com a utilização de um modelo de justiça multiportas, mais especificamente com os meios adequados de resolução de conflitos. Embora a decisão acima tenha sido relativamente célere se comparada a outros casos de morosidade da justiça, os quais, no presente estudo, chegam a mais de duas décadas de espera, modelos como a arbitragem seriam capazes de resolver a maior parte das mais de mil demandas indenizatórias.

5.4.6 Incêndio no Ninho do Urubu, no Rio de Janeiro

No caso dos garotos do Ninho do Urubu, em incêndio no Clube de Regatas do Flamengo, apresentado no tópico 4.1.2.2 da presente tese, deparamo-nos com um novo caso de descrédito do Poder Judiciário para apurar a demanda e, ante a necessidade de alcance de decisões céleres e eficazes, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) passou a realizar as audiências de mediação com os representantes das famílias dos atletas vítimas da tragédia; o clube de futebol pediu a instauração de mediação, pois acreditava ser a medida mais adequada mediante as necessidades particulares de cada caso, de acordo com advogado do Flamengo, Álvaro Piquet Pessôa, em uma sinalização ao modelo de justiça multiportas⁵⁴⁹.

O caso do incêndio no Ninho do Urubu é marcado tragicamente por uma sucessão de desacordos entre familiares, clube e o MPT. Até agosto de 2019, o time só tinha firmado acordos com duas famílias (de Áthila Paixão e Gedinho), além do pai de Rykelmo. Tais acordos contam, contudo, com cláusula de confidencialidade, não sendo possível apurar se os valores ajustados chegam perto dos montantes indenizatórios solicitados pelos familiares, como no caso da mãe do atleta Rykelmo, que pede R\$ 6,9 milhões de compensação e a anulação de acordo com o lado paterno na Justiça. A promotora do MPT afirma, entretanto, que há uma discrepância muito grande entre os valores pleiteados pelos familiares e os valores oferecidos pelo CRF⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2019/01/seis-anos-apos-tragedia-da-kiss-nenhum-dos-mais-de-mil-pedidos-de-indenizacao-foi-pago-cjrcg4vvh00fr01ny8ad06mbv.html>. Acesso em: set. 2021.

⁵⁴⁹ Disponível em: www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6204119. Acesso em: set. 2021.

⁵⁵⁰ Disponível em: <https://ge.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia/audiencia-de-conciliacao-entre-flamengo-e-mpt-sobre-incendio-no-ninho-termina-sem-acordo.ghtml>. Acesso em: set. 2021.

Parece que, nesse caso, a mediação e a conciliação acabaram não surtindo os efeitos desejados; com a arbitragem, no entanto, seria possível obter melhores resultados, mas trata-se de algo não utilizado pelas famílias. Estamos diante de um verdadeiro imbróglio de negociação, com a postulação de ações que podem permanecer por anos (para não dizer décadas) arrastando-se no Judiciário, sem a obtenção de uma solução mutuamente benéfica para as partes conflitantes.

5.4.7 Rompimento da barragem de Brumadinho, em Minas Gerais

No caso de Brumadinho, apresentado no tópico 4.1.2.1 do presente estudo, deparamo-nos com outro caso envolvendo um grande número de vítimas. A Vale⁵⁵¹ apresenta em seu portal eletrônico informações sobre o pagamento de indenizações, tendo, até o momento de elaboração da tese, efetuado o pagamento de montantes para mais de 101 mil pessoas que recebem auxílio emergencial mensal, 3.996 acordos de indenizações individuais para 8.552 pessoas e 1.413 acordos de indenizações trabalhistas para 2.434 pessoas⁵⁵².

O portal também oferece instruções aos que tenham direito às indenizações, incluindo locais de atendimento e outras questões. Além disso, são tratados assuntos relativos à reparação ambiental, diante dos graves impactos gerados pelo rompimento de água, tais como:

1. Preservação/Recuperação da flora e fauna adicionais;
2. Remoção dos rejeitos em terra e dentro do rio, destinando-os a áreas seguras e controladas;
3. Contenção dos rejeitos para que eles não cheguem ao rio a partir das chuvas;
4. Monitoramento e recuperação da qualidade da água e do solo;
5. Estudos de avaliação de risco à saúde humana e ecológica.

Em “Solução de conflitos em ambientes dominados por litigantes habituais e os Acordos Individuais via Defensoria Pública em Brumadinho”⁵⁵³, Leandro Coelho de Carvalho

⁵⁵¹ Disponível em: http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/servicos-para-comunidade/minas-gerais/atualizacoes_brumadinho/Paginas/default.aspx. Acesso em: set. 2021.

⁵⁵² Disponível em: http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/servicos-para-comunidade/minas-gerais/atualizacoes_brumadinho/Paginas/indenizacoes.aspx. Acesso em: set. 2021.

⁵⁵³ COELHO DE CARVALHO, Leandro. **Solução de conflitos em ambientes dominados por litigantes habituais e os Acordos Individuais via Defensoria Pública em Brumadinho**. 2021. 254f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Belo Horizonte, 2021.

aborda questões acerca da tutela coletiva, do papel da administração pública e da paridade de armas no caso de Brumadinho, afirmando que:

Um acordo satisfatório depende de fatores vários. Voluntarismo sem poder de barganha, preparo correto ou interlocução permanente com o destinatário pode desandar numa via de baixa qualidade, a incorrer no modelo temido por Owen Fiss e Marcelo Barbi Gonçalves. É improvável o indivíduo, sozinho ou em pequeno grupo, compor o litígio em condições tão favoráveis ou melhores do que aquelas contidas no termo firmado por DPMG e Vale S/A. O bom resultado pressupõe relações minimamente paritárias. Nas assimétricas, exige-se intervenção de atores suficientemente fortes. É necessário ponderar o forte desbalanceamento de poder quando litigantes eventuais enfrentam habituais. Em situações como a dos rompimentos de barragens, o Poder Público deve, sim, fomentar iniciativas ou atuar diretamente em prol do litigante eventual, preferencialmente com esforços coordenados, para coibir abusos, elevar as chances de nivelamento e possibilitar, com isso, a obtenção de resultado socialmente efetivo⁵⁵⁴.

E que:

A Defensoria Pública também se coloca à disposição das pessoas atingidas para ajuizar a ação, caso prefiram, mas houve opção quase unânime pelo acordo. Seria conveniente investigar a fundo as razões, já que os signatários não têm grandes empecilhos de acesso à justiça. Se por um lado pode ser creditada à descrença no Judiciário, necessidades imediatas ou desconhecimento, por outro esse entusiasmo com o meio autocompositivo contradiz o padrão de comportamento nacional. A sociedade brasileira é marcada por autoritarismo latente, apesar de paradoxalmente se enxergar “cordial”, o que parece contribuir para manter nossa postura adversarial em patamar insuportável. Não obstante, e apesar das críticas iniciais, a adesão ao TC foi maciça. Certo é que a acolhida, ainda que por mera conveniência, ratifica o interesse social na estratégia⁵⁵⁵.

Independentemente dos motivos ou fatores pelos quais os ofendidos optaram pela realização do acordo, cumpre-se destacar que as negociações contribuem para o enfrentamento da crise do Poder Judiciário, novamente reforçando a arbitragem e os demais mecanismos de resolução de conflitos como um meio através do qual podem ser obtidas decisões eficientes e mais céleres ante as demandas individuais e coletivas.

5.4.8 Outros casos pertinentes abordados pela jurisprudência

Outros apontamentos devem ser realizados no contexto do entendimento jurisprudencial da arbitragem coletiva. O primeiro se refere à impossibilidade de substituição das partes e de ingresso do processo judicial no lugar da arbitragem, algo já pacificado pelo

⁵⁵⁴ COELHO DE CARVALHO, Leandro. Op. cit., p. 139.

⁵⁵⁵ COELHO DE CARVALHO, Leandro. Op. cit., p. 140.

Superior Tribunal de Justiça⁵⁵⁶. Cumpre-se analisar casos que envolvem vulnerabilizados, como o abaixo descrito, referente à questão territorial e ambiental de uma comunidade quilombola:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR. REQUISITOS. INOCORRÊNCIA DESOCUPAÇÃO DE ÁREA EM PARQUE ESTADUAL. POPULAÇÕES TRADICIONAIS. IMPACTO AMBIENTAL CUJA EXTENSÃO NÃO SE AFERE DE IMEDIATO. 1. Cuidamos de recurso tirado em face de decisão que denegou liminar para desocupar área em parque estadual sob alegação de que está sendo indevidamente desmatada e ocupada com plantio de árvores exóticas. 2. A ocorrência dos danos, apesar de existirem alguns indícios, não se afigura, in limine, apta a conduzir à conclusão pela necessidade de desocupação. O órgão estadual ambiental responsável pela gestão da área expressamente afirmou que a medida é desnecessária. Necessidade de desenvolvimento dos fatos em contraditório. 3. A tradicionalidade da ocupação indica a consolidação temporal da situação que afasta, ao menos neste momento, a urgência do provimento. Recurso desprovido (TJSP; Agravo de Instrumento 2163749-33.2021.8.26.0000; Relator (a): Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XV - Butantã - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/07/2021; Data de Registro: 30/07/2021).

O juízo do caso acima partiu da comprovação identificada da população de quilombolas que ocupa a área e de indícios de uso de agricultura também tradicional, declarando a possibilidade de evasão como “inefavelmente insujeita”. Trata-se de jurisprudência do TJSP cuja decisão se deu em favor do grupo vulnerável, o qual ocupou historicamente tal território e difundiu-lhe práticas de plantio e agricultura.

De fato, ante a todo o exposto, seria lamentável se o órgão julgador decidisse pela desocupação da população que ali vive há muitos anos. No entanto, cumpre-se indagar: tal população poderia fazer-se valer de meios adequados de resolução de conflitos para lidar com essa demanda coletiva? Tendo em vista que a intenção se dá claramente na vacância do território, a possibilidade de utilização da mediação e da conciliação é dificultada. Contudo, se, por sua vez, a arbitragem for vislumbrada de maneira adequada, com um árbitro imparcial escolhido pelas partes, o mesmo deverá considerar:

- I. A jurisprudência existente sobre o tema, contemplando não apenas os julgados anteriores do TJSP, mas a jurisprudência dominante sobre o tema;
- II. O parecer de órgão estadual ambiental responsável pela gestão da área (podendo esse ser um terceiro interventor na qualidade de *amicus curiae*), o qual se posicionou em favor do grupo vulnerável;

⁵⁵⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-23/veja-stj-julgado-instituto-arbitragem>. Acesso em: set. 2021.

- III. O contexto histórico e social do grupo vulnerável (população quilombola), ou seja, das pessoas que ocuparam aquele território há muitos anos e que fazem uso da terra para a manutenção de suas necessidades básicas, sem provocar danos ao meio ambiente e ao próprio local.

A defesa pelo uso da arbitragem, nesse caso, se dá em função de haver um respaldo para a atuação do árbitro ante a seu processo de convencimento, visto que ele pode partir de questões anteriormente julgadas pelos tribunais, da própria doutrina sobre o tema e, evidentemente, da legislação, aplicando-as ao contexto do caso concreto. Assim, seria possível obter uma decisão célere e eficaz, sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário.

Em relação à atuação da Defensoria Pública no contexto da arbitragem coletiva de vulnerabilizados, é necessário legitimá-la ante a jurisprudência do STF, o qual julgou a ação direta de inconstitucionalidade já abordada no presente estudo:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO PARÂMETRO CONSTITUCIONAL INVOCADO. PREJUÍZO DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. Decisão Monocrática Vistos etc. 1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, tendo por objeto os incisos II, III, VI, VII, VIII, XI, XV e XVI do artigo 4º da Lei Complementar estadual nº 183, de 31 de março de 2010, do Estado de Sergipe, que “dispõe sobre a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de Sergipe, e dá outras providências”. 2. Sustenta-se a inconstitucionalidade material da lei atacada, por afronta ao disposto nos arts. 5º, LXXIV, e 134 da Constituição Federal, sob o argumento de que teria outorgado a Defensoria Pública funções distintas das atribuições da instituição. A autora alega que aqueles “atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis”, de forma que a Defensoria Pública do Estado de Sergipe não poderia atuar “na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”. (STF - ADI: 4452 SE 9941039-55.2010.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 11/06/2021, Data de Publicação: 15/06/2021)⁵⁵⁷.

Tal decisão, ainda recente, apontou para a atribuição da DP em se tratando dos grupos sociais vulnerabilizados ou que mereçam qualquer proteção especial do Estado; a Defensoria Pública do Estado de Sergipe – DPE, bem como toda e qualquer Defensoria Pública Estadual ou mesmo a Federal, pode atuar em prol dos interesses e direitos coletivos, não havendo inconstitucionalidade nessa matéria. Ante a essa compreensão, passamos para a análise de

⁵⁵⁷ Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=arbitragem%20coletiva%20grupos%20vulner%C3%A1veis&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: set. 2021.

outros casos envolvendo a possibilidade de utilização do instituto da arbitragem em defesa de demandas coletivas destes grupos:

DIREITO INDÍGENA, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO INDÍGENA. AUTODETERMINAÇÃO E CAPACIDADE CIVIL DOS ÍNDIOS. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAR A FUNAI PELA PROTEÇÃO DE PROPRIEDADE PARTICULAR. ESTATUTO DO ÍNDIO. LEI 6.001/1973. EXTINÇÃO DO REGIME TUTELAR CIVIL DOS POVOS INDÍGENAS. ART. 6º, IV E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. IMPOSSIBILIDADE DE COMINAÇÃO DE SANÇÃO À FUNAI EM DECORRÊNCIA DOS ATOS DOS ÍNDIOS. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Na origem, os particulares ajuizaram Ação de Reintegração de Posse na qual sustentam ser legítimos posseiros e proprietários da área ocupada por índios da aldeia Tekoha Tajypoty. O acórdão recorrido reconheceu dever da Funai de proteger imóveis privados contra ocupação por indígenas, quando ainda pendente estudo antropológico pela autarquia. O Tribunal concedeu a suspensão do pagamento da multa, mas manteve a obrigação de a Funai orientar os índios sobre os comandos judiciais e proteger a área particular, sob pena de aplicação de nova sanção. (REsp 1685058/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 09/09/2020)⁵⁵⁸.

Nesse caso, o julgador esclareceu que a FUNAI possui as competências e atribuições administrativas para a prestação de assistência às comunidades indígenas, inclusive no sentido de orientá-las para o cumprimento de decisões judiciais e respeito à ordem jurídica vigente. Os índios haviam ocupado um território privado, cuja desocupação foi demandada judicialmente.

O que se pretende indagar nesse presente momento não se revela no caso em si, mas sim na exequibilidade de utilização da arbitragem, com intervenção da FUNAI, para promover o cumprimento de decisão judicial. Nesse caso, os indígenas e os particulares deveriam inicialmente pautar a escolha do árbitro, com o auxílio da referida Fundação, mas sem fazer com que um membro diretamente interessado no resultado do procedimento arbitral ocupasse essa função.

A arbitragem se daria a partir de decisão judicial já tomada, a qual deve ser acatada pelos índios, diante da inaplicabilidade de recursos. É necessário ao árbitro esclarecer a essa comunidade e à FUNAI sobre o cumprimento da desocupação do território dos particulares. Isso permitiria um melhor trato da questão, posto que já existe jurisprudência dominante sobre o tema, não sendo preciso acionar a instância do Superior Tribunal de Justiça.

⁵⁵⁸Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701710502&dt_publicacao=09/09/2020. Acesso em: set. 2021.

Ora, o que defendo na tese não é que a arbitragem seja banalizada como único caminho para as demandas de interesses coletivos que envolvem pessoas vulnerabilizadas, mas sim que ela seja acionada nas seguintes condições:

- I. Quando há entendimento pacificado da controvérsia por outros tribunais, priorizando sempre a jurisprudência das instâncias superiores do STJ e do STF;
- II. Quando há esclarecimento da controvérsia a partir da doutrina jurídica especializada na matéria a ser tratada pela arbitragem;
- III. Quando há legislação que verse sobre a matéria em questão;
- IV. Quando Ministério Público e Defensoria Pública, na medida de suas atribuições na condição de agentes estatais, compreenderem ser cabível a utilização da arbitragem.

Para esclarecer o ponto I acima descrito, evidenciamos o seguinte: se tratamos de um caso muito específico, o qual ainda não foi julgado pela via judicial, é pouco provável que a arbitragem seja postulada como mecanismo adequado para a resolução da controvérsia. A maior parte dos casos, sobretudo aqueles que abarcam os direitos dos povos vulnerabilizados ao território, já conta com entendimento pacificado nos tribunais e instâncias superiores, o qual é passível de ser utilizado pelo árbitro em seu processo de convencimento e para arbitrar a decisão.

Pensemos, então, em uma possibilidade de caso no qual não seria aplicável a arbitragem. Consideremos o exemplo de seis indígenas da tribo kulina (na cidade de Envira/AM) suspeitos de antropofagia, ainda que o canibalismo não fosse uma prática comum dos indígenas sul-americanos no ano de 2009⁵⁵⁹. Para tanto, será analisado o exemplo fictício de uma tribo isolada, composta por cerca de 100 membros, doravante denominada de grupo dos Caninambás, que habitava uma região isolada da Amazônia, não tendo contato nem com a sociedade civil nem com a Fundação Nacional do Índio ao longo de sua história.

Ocorre que, em virtude do desmatamento, os Caninambás sofreram muito com a degradação ambiental e as proximidades da região ocupada por eles para a caça, pesca e colheita acabou se tornando inóspita, gerando a necessidade de seu deslocamento. Os índios encontraram uma área perfeita para sua ocupação nas redondezas da cidade de Imaurus

⁵⁵⁹ Disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL995160-5598,00-indios+sao+suspeitos+de+canibalismo+no+amazonas.html>. Acesso em: set. 2021.

(também fictícia), um município pequeno e rural, com uma população de apenas 14.000 habitantes.

Essa nova região ocupada pelos Caninambás em sua peregrinação ficava há 20 quilômetros da residência mais próxima. Contudo, gerou uma grande preocupação na população civilizada de Imaraus, com o surgimento de um boato de que tal tribo possuía uma particularidade: quando seus membros envelheciam e não estavam mais aptos a contribuir para a sobrevivência do grupo, eles sacrificavam-se e serviam de alimento para os demais.

Não havia qualquer confirmação sobre a veracidade da boataria, mas isso gerou um pânico generalizado naquela pequena cidade. Nesse caso fictício, o qual conta com diversas nuances muito específicas, defendo a inaplicabilidade de utilização do instituto da arbitragem, já que sua complexidade deveria ser analisada por um magistrado e possivelmente pelas Cortes Superiores. Tal caso envolve o possível crime de destruição, subtração ou ocultação de cadáver, previsto no artigo 211 do Diploma Penal⁵⁶⁰, devendo ser apurado pela investigação policial, e a controvérsia com o artigo 231 da Constituição Federal, que reconhece a organização social, os hábitos, os costumes, as tradições e as diferenças culturais dos povos indígenas, assegurando-lhes o direito de manter sua cultura, identidade e modo de ser, colocando-se como dever do Estado brasileiro a sua proteção.

Tratamos de um exemplo tão extremo justamente para demonstrar que, na maior parte dos casos envolvendo demandas coletivas de vulnerabilizados, é, sim, cabível fazer uso do instituto da arbitragem para a solução de controvérsias, mas não naqueles “inéditos” e que contem com ambiguidade na interpretação da legislação. No entanto, como dito, para a maior parte deles, a arbitragem desponta como uma possível forma alternativa de resolver conflitos e obter a reparação de danos.

Contudo, se considerarmos os ensinamentos de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Ananis Alves Ferreira⁵⁶¹ de que não há confiabilidade na arbitragem coletiva, já que seu funcionamento depende de ampla publicidade dirigida aos órgãos do Poder Judiciário e aos demais colegitimados, bem como ao próprio grupo vulnerável envolvido, é possível, sim, fazer uso dela para demandas coletivas inéditas, ainda que esse não seja o caminho mais apropriado para tal.

⁵⁶⁰ No Brasil, não há previsão legal expressa para o crime de canibalismo/antropofagia.

⁵⁶¹ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LINS ROCHA, Matheus; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananis Alves. Op. cit.

5.5 ARBITRAGEM NA TUTELA COLETIVA DE GRUPOS VULNERABILIZADOS

A exemplo do trabalho nos capítulos anteriores, será apresentada também no presente capítulo a síntese dos pontos principais nele abordados, conduzindo o estudo a uma conclusão verdadeiramente aplicável ao problema de pesquisa exposto, com base na problemática anteriormente apresentada. Foram trabalhados temas essenciais, como o da arbitragem e seus efeitos na tutela coletiva “*lato sensu*”, fomentando a utilização do referido instituto para a efetividade da jurisdição coletiva, a participação “no” e “pelo” processo, os legitimados ativos na arbitragem coletiva em defesa dos vulnerabilizados (Ministério Público, Defensoria Pública e intervenções de Terceiros), bem como foi empreendida a análise de diversos casos nos quais a arbitragem poderia ser aplicada para a resolução de lides coletivas, como o acidente nuclear Césio-137 em Goiânia (1986), o incêndio na Boate Kiss em Santa Maria (2013), o acidente da Air France (2009), dentre outros.

Como visto, a arbitragem coletiva consiste na “aplicação do instituto em estudo para solução de conflitos metaindividuais, abrangendo no seu objeto direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”⁵⁶². Quando tratamos dos referidos grupos, estamos abordando conjuntos que merecem uma proteção especial do Estado, posto que se encontram, por inúmeras vezes, ante a situações que envolvem direitos da coletividade de suas aglomerações, como no direito ao território de comunidades quilombolas e indígenas.

Para viabilizar a arbitragem como uma possibilidade de resolução autocompositiva do conflito no sistema de justiça multiportas com paridade de armas, no entanto, é indispensável versar sobre a participação desses sujeitos no e por meio do processo arbitral, bem como analisar sua aplicação para a efetividade da jurisdição coletiva.

Como visto, a maior parte dos estudos que tratam da efetividade da jurisdição coletiva está situada no ramo do Direito do Trabalho, como no caso de dispensas coletivas, as quais acabam gerando interesses e direitos em comum que podem ser melhor tratados no contexto arbitral. A perspectiva sumaríssima que envolve a arbitragem coletiva decorre da orientação jurídica do acesso à justiça, sem confundir-se com a utilização desse mecanismo, ainda que ela deva se submeter às regras gerais do procedimento arbitral.

Confirmou-se, durante as análises, a efetividade da jurisdição coletiva para casos que abarcam demandas coletivas de grupos vulnerabilizados, desde que seja assegurada uma participação “no” e “pelo” processo, uma participação associada ao cumprimento do princípio

⁵⁶² FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LINS ROCHA, Matheus; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananis Alves. Op. cit., p. 109.

regente da isonomia, segundo o qual todas as partes devem ser tratadas com igualdade na medida de sua igualdade e de modo desigual ao considerarmos suas desigualdades.

Argui a tese de uma possível “crise de participação” dos grupos no processo arbitral, a partir da qual tais indivíduos são silenciados ou inviabilizados, o que pode interferir em outras questões, como na escolha do árbitro. Por isso, faz-se possível a intervenção de Terceiros tanto no procedimento judicial padrão quanto na jurisdição de vulnerabilizados pela arbitragem, como é o caso da FUNAI no tocante a questões jurídicas que abrangem os indígenas, já que a referida Fundação possui competências e atribuições administrativas para a prestação de assistência a essas comunidades, inclusive no sentido de orientá-las no cumprimento de decisões judiciais em respeito à ordem jurídica vigente, mas também nas possibilidades de exercício de mecanismos adequados de resolução de conflitos.

O enfrentamento da crise de participação passa pela existência de duas figuras essenciais: o Ministério Público e a Defensoria Pública. Quanto ao Ministério Público, existem duas correntes predominantes sobre sua participação na arbitragem coletiva: uma defende a impossibilidade de ele ingressar em arbitragem, já que possui legitimidade apenas para ajuizar ações que versem sobre direitos indisponíveis e, portanto, não-arbitráveis, e a outra defende que sua intervenção não está condicionada à indisponibilidade do direito e que o órgão não é vinculado apenas à jurisdição Estatal, admitindo-se sua participação na arbitragem.

Posiciono-me ao lado de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Ananias Alves Ferreira⁵⁶³ no sentido de compreender que não existe qualquer fundamento para uma interpretação na qual a participação do MP se constitua como impeditivo para a submissão da controvérsia à apreciação dos árbitros. Por isso, defendemos que o Ministério Público pode atuar como interventor para demonstrar como a arbitragem ou outros meios de solução alternativa de conflitos podem ser decisivos na reparação de danos, sendo a primeira *ratio* em matéria de paridade de armas, com o pagamento de compensações indenizatórias ou alcance de outras soluções de problemas.

Em se tratando da controvérsia específica acerca da participação da Defensoria Pública, a polêmica gira em torno dos questionamentos do próprio MP quanto à sua possibilidade de intervenção na arbitragem, a partir do entendimento de que essa seria uma atribuição exclusiva do Ministério Público na condição de ator Estatal.

⁵⁶³ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LINS ROCHA, Matheus; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. Op. cit.

Entre as funções institucionais da DP, contudo, estão a prestação de orientação jurídica e o exercício da defesa dos necessitados em todos os níveis; a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios por meio da arbitragem, da mediação, da conciliação, da negociação e de demais técnicas alternativas de resolução de conflitos; a promoção de ações que proporcionem a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar um grupo de pessoas hipossuficientes; a promoção dos direitos fundamentais (direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos e ambientais, admitindo todas as possibilidades de ações para proporcionar a adequada e efetiva tutela), e o exercício de defesa dos direitos de todos e quaisquer atores sociais vulnerabilizados que mereçam proteção especial do Estado, dentre outras que a legitimam com previsão legal como postulante interventora na arbitragem em defesa de grupos vulnerabilizados.

Esse é justamente o entendimento da jurisprudência do STJ, que compreende que a Defensoria Pública pode atuar em prol dos interesses e direitos coletivos, não havendo inconstitucionalidade nessa matéria, e que sua legitimidade para tal não interfere nas possibilidades efetivas de atuação do Ministério Público. A atuação do MP e da DP nesse ínterim ocorre da seguinte forma:

- a) O Ministério Público atua como *custos legis et juris*, ou seja, como guardião da lei e do próprio Direito, sendo *custos legis* na Arbitragem Coletiva, com presença obrigatória em razão da natureza jurisdicional do instituto;
- b) Já a Defensoria Pública atua com função *custos vulnerabilis*, como protetora e defensora dos grupos e indivíduos vulnerabilizados, assim como da comunidade vulnerável dos encarcerados e das comunidades carentes (*amicus communitas*).

Também foi analisada a possibilidade de intervenção de Terceiros na arbitragem para a jurisdição coletiva dos atores sociais vulnerabilizados, apontando diversas oportunidades e exemplos, como a ação da FUNAI como figura semelhante à de *amicus curiae* (amigo da corte) no procedimento arbitral que envolva indígenas, bem como a participação de Terceiros que tenham notável conhecimento sobre outras matérias da controvérsia apreciada pelo árbitro. Tal intervenção na via arbitral como *amicus curiae/litigant amici* ainda não foi plenamente esclarecida pela doutrina e pela jurisprudência, mas, a partir da análise realizada, a exemplo do MP e da DP, ela se faz possível, desde que haja repercussão social da controvérsia. Em suma, em uma controvérsia que concirna pessoas vulnerabilizadas, pode-se

contar com a intervenção de Terceiros para esclarecer questões particulares, abarcando a história do povo em violação e sua representatividade para o grupo vulnerável.

Em seguida, foram apresentados casos concretos de notável repercussão no Brasil, dando destaque para a correlação das tragédias aéreas da Air France 330, que seguiu a via judicial, e a da TAM 3054, composta por uma comissão de arbitragem para a resolução de demandas indenizatórias (reparação de dano) dos familiares das vítimas. Percebe-se que, enquanto a maior parte das lides envolvendo a TAM 3054 foi solucionada de modo célere e eficaz, as demandas judiciais da Air France 330 ainda permanecem em curso, mesmo após mais de uma década do acidente aéreo.

A morosidade do Poder Judiciário também foi discutida em outros casos, como no desabamento do Edifício Palace II, em 1998, que ainda não foi completamente resolvido mais de vinte anos depois. Em demandas coletivas, a arbitragem consiste, assim, em uma forma de obter decisões céleres e eficazes de modo mais eficiente do que nos processos judiciais. Foi dada ênfase para a arbitragem, mas é bem verdade que outros mecanismos de justiça multiportas, como a conciliação e a negociação, também poderiam cumprir esse papel.

A arbitragem e os meios adequados de resolução de conflitos como institutos que podem beneficiar as demandas de vulnerabilizados, apresentando suas principais nuances e os legitimados ativos para a intervenção nesse contexto.

De fato, institutos como a arbitragem são indispensáveis para o enfrentamento da crise do Poder Judiciário, a qual é um problema histórico caracterizado por feridas como a morosidade, a ineficiência e a incapacidade de abordar os conflitos jurídicos. Um Judiciário lento e engessado é incapaz de produzir e promover o acesso à justiça, gerando, assim, inquietações do sistema jurídico, que repercutem a partir do fortalecimento dos meios adequados de resolução de conflitos.

Deste modo, institutos como a arbitragem se apresentam como uma poderosa arma para a tutela coletiva de vulnerabilizados nos mais variados conflitos e controvérsias relacionados à condição de vulnerabilidade dos mesmos. Trata-se de uma inevitabilidade que já é constatada pela doutrina jurídica brasileira e reafirmada na legislação vigente, a qual determina que, sempre que possível, deve-se optar por tal instituto e pelos demais meios adequados de resolução de conflitos.

Não se defende, aqui, a arbitragem como um “santo remédio” para o enfrentamento da crise do Judiciário e para promover a concreção dos direitos coletivos de grupos vulnerabilizados, mas sim que tal mecanismo desponta como uma das principais

possibilidades de alcançar tais objetivos, respeitando as particularidades do procedimento arbitral e as especificidades de cada grupo vulnerável no caso concreto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A República Federativa do Brasil, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, concentra-se na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, comprometida com a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais. Passadas mais de três décadas da entrada em vigor do Diploma Constitucional vigente, embora avanços muito importantes tenham sido realizados, considera-se que tais objetivos ainda estão em curso, sobretudo ao levarmos em conta as questões e especificidades dos vulnerabilizados que compartilham do território nacional.

O primeiro ponto na elaboração da tese deu-se na identificação de *quem são* tais grupos e quais são suas características. Como visto, a vulnerabilidade coletiva costuma se apresentar como um contingente de grande magnitude, costumeiramente referido como “os indígenas” ou “os quilombolas”, como grupos destituídos de poder que ainda mantém a cidadania, sem sequer compreenderem que estão sendo vítimas de alguma forma de abuso ou privação de direitos.

A robusta literatura científica sobre tal tema versa sobre um compromisso moral de proteção das partes hipossuficientes, que se engloba no campo das ciências jurídicas a partir do fortalecimento das noções de resguardo dos Direitos Humanos no plano internacional pós-Segunda Guerra Mundial.

A realidade nacional é por muitas vezes insólita: por estarmos tratando de um país de dimensões continentais, contamos com um povo muito diversificado social e culturalmente e com a presença de uma série de atores socialmente vulnerabilizados. Aplicar o princípio constitucional da isonomia deve considerar as particularidades dos indivíduos e coletivos vulnerabilizados, evitando a criação de falsa simetria perante uma igualdade plena: os iguais devem ser tratados na medida de sua igualdade, mas os desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade.

Para a promoção de uma existência digna de tais sujeitos, é indispensável que haja a tutela de direitos, tanto no plano material quanto no plano processual, abordando as dinâmicas constitucionais e infraconstitucionais, assumindo um compromisso ante o Estado Democrático de Direito que permita o reconhecimento das diferenças e de suas manifestações na vida social, fazendo com que membros de grupos minoritários sejam igualmente respeitados. Contudo, na prática, as violações contra tais minorias são recorrentes, em uma espécie de “cidadania incompleta dos vulnerabilizados” que perpetua desigualdades também no âmbito do Direito.

Idealmente, tais grupos poderiam se fazer valer do Poder Judiciário para a tutela de seus direitos, por conta própria ou a partir da iniciativa de seus representantes. No entanto, a cultura de judicialização perpetuada ao longo da história do Brasil, seguindo uma tendência internacional de acionar tal Poder, provocou um Judiciário em crise, extremamente moroso e ineficaz, o que gerou a necessidade de pensar e legitimar os ditos mecanismos adequados de resolução de conflitos para o tratamento das demandas jurídicas desses grupos e da sociedade civil organizada.

O Estado Democrático de Direito clama e depende de um Judiciário eficiente para a resolução de conflitos. Deste modo, as ferramentas denominadas meios adequados para a solução de conflitos, como a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem, são recursos democráticos que evitam uma sobrecarga deste Poder, para que ele possa exercer suas funções de modo competente, em harmonia com o Poder Executivo e com o Poder Legislativo.

Na atualidade, valoriza-se um sistema de justiça multiportas, termo oriundo da teoria de Frank Sander para classificar a abertura de novas possibilidades de resolução de conflitos, o que abrange justamente os meios adequados, priorizando os caminhos autocompositivos para a solução de controvérsias. Em contrapartida, uma justiça que não é multiportas acaba sendo fechada para tais instrumentos, contribuindo para perpetuar desigualdades e para aprofundar a crise do Poder Judiciário brasileiro.

No presente estudo, o enfoque deu-se na utilização da arbitragem como mecanismo para a tutela dos direitos coletivos de grupos de pessoas vulnerabilizadas. Seu uso, no entanto, não foi vislumbrado tão somente para efetivar o rompimento da cultura nacional de judicialização, mas também para promover o próprio acesso à justiça, o qual não necessariamente se confunde com o acesso ao Judiciário, ocorrendo com a apreciação das lides a partir da aplicação da lei.

De modo algum o modelo de justiça multiportas impede que os vulnerabilizados acessem o Poder Judiciário, mas tal acesso por muitas vezes acaba sendo um impeditivo para o exercício de seus direitos coletivos. Validar e legitimar os mecanismos adequados para a resolução de conflitos, outrossim, desponta como uma possibilidade de promoção e fortalecimento de seu alcance à justiça, buscando caminhos e alternativas que vão além da “jurisdição comum”.

Tão importante quanto promover o acesso à Justiça por parte dos vulnerabilizados por meio de mecanismos como a arbitragem, é reconhecê-lo a partir do potencial para a paridade de armas. Essa última encontra respaldo no artigo 7º do CPC/2015, o qual assegura às partes

paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, em associação com o princípio da isonomia.

Seria incoerente falar em uma “paridade de armas” natural por parte dos grupos vulnerabilizados no tocante a outros sujeitos processuais, como particulares ou o próprio Estado. Isso porque a condição de vulnerabilidade está intrinsecamente relacionada ao enfraquecimento dessas minorias no contexto jurídico, sem que elas, muitas vezes, sequer reconheçam ou sejam informadas da existência de seus direitos. Assim como o trabalhador, por exemplo, sempre será parte hipossuficiente em comparação com o empregador, os grupos vulnerabilizados, quando não atendido o princípio de paridade, também estarão em situação mais frágil do que os sujeitos processuais em conflito com eles.

Indaga-se, portanto, se a arbitragem seria capaz de promover a paridade de armas em demandas e na tutela coletiva de direitos das pessoas vulnerabilizadas na perspectiva multiportas.

A partir da contribuição de outros teóricos sobre essa matéria, evidencia-se que o procedimento arbitral fortalece a paridade de armas, desde que seja aplicado de modo adequado, como no caso da escolha do árbitro pelas partes.

Constatou-se também que a única desigualdade específica que poderia ser identificada nesse método, em comparação com o processo Estatal, seria da inevitável diferença de estratégias, técnicas, conhecimentos e habilidades dos advogados, mas considera-se que, na arbitragem, as partes podem litigar com as mesmas possibilidades de êxito, independentemente de suas condições financeiras.

Há, no mesmo sentido, sustentação teórica que a arbitragem poderia impedir a paridade de armas se comparada ao processo judicial tradicional, o que, na prática, não ocorre, uma vez que se trata de um instituto bem consolidado e já definido pela legislação. Se o Judiciário é incapaz de lidar com todas as demandas submetidas à sua apreciação, os mecanismos adequados de resolução de conflitos não podem ser aplicados sem considerar a questão da paridade de armas e, sendo a arbitragem um instituto associado a essa isonomia, o mesmo se valida para a tutela coletiva de vulnerabilizados.

A arbitragem coletiva é definida, assim, como a aplicação adaptada do instituto tradicional da arbitragem para a resolução de demandas que envolvam conflitos metaindividuais, contemplando direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Contudo, só se pode falar em paridade de armas ante o acionamento do instituto da arbitragem

coletiva se ela permitir a plena participação dos vulnerabilizados “no” e “pelo” procedimento, constatando-o com válida aplicação para a efetividade da jurisdição coletiva.

Pode ocorrer a “crise de participação” dos grupos no processo arbitral, com tais indivíduos por muitas vezes sendo silenciados ou inviabilizados em questões como a escolha dos árbitros. Para que a arbitragem promova a paridade de armas no âmbito da justiça multiportas, é indispensável estimular e criar condições para aumentar a participação dessas minorias, evitando que o instituto possa ser banalizado e servir a interesses de terceiros.

Justamente no contexto dessa deflagrada crise, deve-se reconhecer a intervenção de Terceiros, em especial do Ministério Público na condição de *custos legis et juris*, ou seja, como guardião da lei e do próprio Direito, sendo também na Arbitragem Coletiva, com presença obrigatória em razão da natureza jurisdicional do instituto. E também participação da Defensoria Pública, que, por sua vez, atua como *custos vulnerabilis*, sendo protetora e defensora dos grupos e indivíduos vulnerabilizados, assim como da comunidade vulnerável dos encarcerados e das comunidades carentes (*amicus communitas*).

Assim, o enfrentamento da crise de participação passa pela presença dessas duas figuras essenciais. Quanto ao Ministério Público, existem duas correntes predominantes sobre sua participação na arbitragem coletiva: uma defende a impossibilidade de ele ingressar em arbitragem, já que possui legitimidade apenas para ajuizar ações que versem sobre direitos indisponíveis e, portanto, não-arbitráveis; já a outra defende que sua intervenção não está condicionada à indisponibilidade do direito e que o órgão não é vinculado apenas à jurisdição Estatal, admitindo-se sua participação na arbitragem.

Não há qualquer impeditivo para que o MP atue como interventor na arbitragem coletiva envolvendo a tutela de vulnerabilizados, sendo ele um ator de Estado essencial para a utilização deste e de outros mecanismos adequados de resolução de conflitos para a reparação de danos nessas demandas, considerada a primeira *ratio* no contexto da paridade de armas a partir de práticas como o pagamento de indenizações nos casos em que tais grupos tenham sido prejudicados.

Quanto à Defensoria Pública, encontramos fatores como a prestação de orientação jurídica e exercício da defesa dos necessitados em todos os níveis; a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios por meio da arbitragem, da mediação, da conciliação, da negociação e de demais técnicas alternativas de resolução de conflitos; a promoção de ações que proporcionem a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar um grupo de pessoas hipossuficientes; a promoção dos direitos fundamentais (direitos individuais, coletivos,

sociais, econômicos e ambientais, admitindo todas as possibilidades de ação para proporcionar a adequada e efetiva tutela), e o exercício de defesa dos direitos de todos e quaisquer grupos sociais vulnerabilizados que mereçam proteção especial do Estado, dentre outras.

Percebe-se, assim, que a essência institucional da DP a coloca como legitimada ativa para intervir nas questões envolvendo vulnerabilizados e direitos coletivos, devendo sempre priorizar meios adequados de resolução de conflitos, como a arbitragem. Tal órgão público pode atuar em prol dos interesses e direitos coletivos e o recomendável seria uma sinergia com o Ministério Público.

Outros Terceiros podem intervir na arbitragem para a tutela coletiva de pessoas e atores sociais vulnerabilizados em uma tese que se aproxima da *amicus curiae* na tutela da justiça tradicional pela via do Judiciário. Isso ocorre, por exemplo, quando um terceiro participa do procedimento arbitral para esclarecer ao árbitro um tema que não seja de seu domínio ou na participação de instituições representativas dos grupos vulnerabilizados, como no caso da intervenção da FUNAI nas demandas coletivas envolvendo tribos indígenas que apresentem grau de vulnerabilidade ante o Poder Público, ou mesmo nos conflitos que envolvam particulares. Destaca-se que essa tese de atuação de Terceiros na arbitragem na condição de *amicus curiae* / *litigant amici* ainda não foi plenamente estabelecida pela doutrina, de modo que o presente estudo posiciona a intervenção deles como uma possibilidade a ser explorada para fortalecer a arbitragem como mecanismo alternativo de resolução de conflitos.

A arbitragem, entretanto, ainda não foi viabilizada efetivamente como um mecanismo alternativo em prol dos grupos vulnerabilizados na tutela coletiva. Espera-se que, com os argumentos apresentados ao longo da tese, ocorra o seu fortalecimento como meio adequado para tal, em um contraponto à cultura da judicialização. A valorização dos direitos destes atores está intrinsecamente relacionada ao acesso à justiça, e, se diante da crise do Poder Judiciário o mesmo se torna relativamente inacessível para tais indivíduos, é indispensável fortalecer tal instituto, assim como os demais meios de resolução alternativa de conflitos.

A partir da análise jurisprudencial realizada, tornou-se possível conhecer casos em que a arbitragem foi ou não utilizada, bem como reafirmar a morosidade e a ineficiência da justiça pela via do Judiciário. O caso mais notável foi o comparativo entre os acidentes aéreos da Air France 330, que seguiu a via judicial, e o da TAM 3054, no qual foi composta uma comissão de arbitragem para a resolução de demandas indenizatórias (reparação de dano) dos familiares das vítimas. Percebe-se que, enquanto a maior parte das lides envolvendo a TAM 3054 foi

resolvida de modo célere e eficaz, as demandas judiciais da Air France 330 ainda permanecem em curso.

Embora tais acidentes aéreos não versem sobre a existência de pessoas em situação de vulnerabilidade, traça-se um paralelo em relação a ela nesse contexto: demandas que envolvam os interesses e direitos coletivos de minorias, quando tramitam pelo Judiciário, apresentarão mais dificuldades e um maior tempo para a busca por uma solução justa, enquanto as demandas que transcorrem a partir do acionamento da arbitragem são resolvidas de modo mais célere e eficaz.

Assim, são quatro condições essenciais para fazer uso da arbitragem coletiva em prol da tutela de direitos e interesses destes grupos, na seguinte disposição: a) quando houver entendimento pacificado da controvérsia por outros tribunais, priorizando sempre a jurisprudência das instâncias superiores do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal; b) quando houver esclarecimento da controvérsia a partir da doutrina jurídica especializada sobre a matéria a ser tratada pela Arbitragem; c) quando há legislação que verse sobre a matéria em questão; d) quando o Ministério Público e a Defensoria Pública, na medida de suas atribuições como agentes estatais, compreenderem ser cabível a utilização da Arbitragem.

O convencimento do árbitro no procedimento arbitral deve contar com um “corpo” para o processo de tomada de decisão. Em casos cuja jurisprudência já apresenta certo grau de consenso nas demandas coletivas de vulnerabilizados, o árbitro pode fazer uso da mesma para embasar a arbitragem. Entretanto, em casos inéditos, é possível que a arbitragem não seja validada como o recurso mais apropriado, já que caberia ao árbitro uma espécie de atuação como magistrado, sendo recomendável a apreciação pelo Judiciário.

O principal argumento sustentado ao longo da tese se deu na perspectiva de que, sempre que for possível fazer uso da arbitragem na tutela coletiva dos grupos, bem como dos demais mecanismos adequados de resolução de conflitos, o instituto deve ser utilizado. No entanto, quando a arbitragem não for contemplada como um meio de acesso à justiça, segue-se a via do Judiciário, mesmo com os problemas processuais estruturais já conhecidos e apresentados ao longo do estudo. Deste modo, não se vislumbrou a arbitragem como uma “saída milagrosa” para o enfrentamento da crise do Judiciário e para promover a concreção dos direitos coletivos de grupos vulnerabilizados, mas sim como um mecanismo válido para tal.

Dentre as limitações enfrentadas para o alcance de uma conclusão verdadeiramente aplicável no presente estudo, destacou-se a ausência de pesquisas específicas envolvendo o

uso da arbitragem para a tutela coletiva dos grupos; a maioria das publicações encontradas pelo autor versam sobre a utilização da arbitragem coletiva nas demandas que abordam o direito societário ou o direito trabalhista, sendo o presente estudo um dos pioneiros para a abordagem nessa matéria. Outra limitação constatada foi a dificuldade de encontro de jurisprudência ou de casos nos quais a arbitragem promoveu a paridade de armas e a reparação do dano ante os direitos coletivos de grupos vulnerabilizados. Por isso, foram elaborados exemplos que estimulam a compreensão, em especial no contexto das experiências da arbitragem com indivíduos indígenas e comunidades quilombolas.

REFERÊNCIAS

ABATE, Mizanie; BIRHANU, Alebachew; ALEMAYEHU, Mihret. Advancing Access to Justice for the Poor and Vulnerable through Legal Clinics in Ethiopia: Constraints and Opportunities. **Mizan Law Review**, Addis Ababa, v. 11, n.1, p. 172-199, set. 2017.

ABBOUD, George; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Dito e o Não-Dito sobre a Instrumentalidade do Processo: Críticas E Projeções a partir de uma Exploração Hermenêutica da Teoria Processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 166, n. 2, p. 1-33, dez. 2008.

AGUIAR, Gabriel Moura. **Arbitragem Coletiva: A Experiência Internacional e a Aplicabilidade ao Direito Brasileiro**. 2020. 149f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2020.

ALCANTARA DA SILVA, Joslaine Montanheiro; SCHETINO DE LIMA, Marco Aurélio. Análise do Instituto da Arbitragem como Método de Resolução dos Conflitos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA, 9., 2020, Curitiba. **Anais...** Curitiba/PR, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/4374/371372627>. Acesso em: jul. 2021.

ALENCAR VIEIRA, Suzane de. Césio-137, um drama recontado. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 27, n.77, p. 217-233, 2013.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 81-117.

ALVES DE SOUSA, Paula. A Personalidade Jurídica dos Animais. **RJLB**, Lisboa, v. 5, n. 2, p. 721-745, 2019.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2015. 400 p.

AMADEO, Javier. Identidade, Reconhecimento e Redistribuição: uma análise crítica do pensamento de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. **Política & Sociedade**, Florianópolis, v.16, n. 35, p. 242-270, jan./abr. 2017.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 11-33, 2008.

ANDREWS, George Reid. Democracia racial brasileira 1900-1990: um contraponto americano. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 95-115, 1997.

ANGELUCCI, Paola; SENRA, Laura Monteiro; FERREIRA, Lizia Fazolatto. **Estudo Sobre A Legitimidade para Ações Coletivas no Caso de Mariana. Diálogos sobre Direitos Humanos**. Disponível em: homacdhe.com/dialogossobredireitoshumanos/wp-content/uploads/sites/5/2017/02/Ações-Coletivas-em-Mariana-Paola-Laura-Lívia.pdf. Acesso em: ago. 2021.

ARCANJO SERRA, Miguel. **A Aplicabilidade do Instituto da Arbitragem aos dissídios individuais de trabalho**. 2016. 77f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Programa de Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 661–677, 2019a.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019b. p. 799-824.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

AZEREDO DALE, Izadora Faria Freitas. **A arbitrabilidade subjetiva e objetiva**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48578/a-arbitrabilidade-subjetiva-e-objetiva>. Acesso em: ago. 2021.

AZEVEDO, Anna Carolina Ulandovski; MARTINS, Maura Oliviera. O valor-tragédia: estratégias discursivas no tratamento jornalístico dos casos “Isabella Nardoni” e “Palace II”. **Cad. da Esc. de Com.**, Curitiba, v. 1, n. 05, p. 1-16, 2007.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Tutela Jurisdicional adequada às pessoas em situação de vulnerabilidade**. 2019. 273f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Vulnerabilidade**: Critério para a adequação procedimental. A adaptação do procedimento como garantia ao acesso à justiça de sujeitos vulneráveis. Boa Esperança: Ed. CEI, 2021. 335 p.

BACK, Gabriela Cristina. **Arbitragem como método de resolução de conflitos de natureza transindividual**. 2018. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 450 p.

BARBOSA MIGLIORE, Alfredo Domingues. **A Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas**. 2010. 372f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 42-60.

BASTOS, Marcelo dos Santos. Inclusão das Minorias e dos Grupos Vulneráveis: Vertente Eficaz e Necessária para a continuidade da Ordem Jurídica Constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, v.3, n. 18, p. 77-89, jul./dez. 2011.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; VIEIRA, Renato Rodrigues; ADAMS, Luis Inácio Lucena. O desastre de Mariana Atuação Interfederativa para superação dos impactos da maior tragédia da história do Brasil. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 02, p. 45-76, abr./jun. 2017.

BERGSTEIN, Laís. Pequenos grandes danos: a relevância da tutela coletiva do consumidor face aos danos de pequena expressão econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, ano 29, p. 341-368, mai.-jun./2020.

BERNARDES DIAS, Ricardo Gueiros. Justiça Multiportas e os conflitos envolvendo a Administração Pública: Arbitragem e os Interesses Públicos Disponíveis. **Rev. Jurídica**, Curitiba, v. 03, n. 60, p. 361-383, 2020.

BETTONI SANTOS, Victória Regina. **A Mediação como solução para o conflito da Alienação Parental**. 2020. 78f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, UniCesumar – Universidade Cesumar, Maringá, 2020.

BIAZI, Ingrid Betim. **As Formas Consensuais de Resolução de Conflitos na Solução de Caso Paradigmático**: O Incêndio no Centro de Treinamento do Flamengo. 2019. 67f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Antônio Meneghetti Faculdade – AMF, Restinga Sêca, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995a.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda**: razões e significados de uma distinção política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Unesp, 1995b.

BOURDIEU, Pierre. **Contre-feux**. Paris: Liber/Raisons d'Agir, 1998.

BRAMBILA BEGA, Carolina. **Curadoria Especial - Tutela da Vulnerabilidade Processual**: análise da efetividade dessa atuação. 2012. 271 fls. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Decreto nº 63.223**, de 6 de setembro de 1968. Promulga a convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-63223-6-setembro-1968-404776-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.085**, de 19 de abril de 2007a. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm Acesso em: 14 out.2021.

BRASIL. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 30.822**, de 6 de maio de 1952. Promulga a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 58.563**, de 1º de junho de 1966. Promulga e Convenção sobre Escravidão de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão de 1956 e a Convenção Suplementar sobre a Escravidão, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Similares à Escravidão (1957). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58563.html. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.177**, de 1º de agosto de 2007b. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009a. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 65.810**, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 8.767**, de 11 de maio de 2016a. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.760**, de 11 de abril de 2019. Altera o Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/kujrw0tzc2mb/content/id/71137359/do1e-2019-04-11-decreto-n-9-760-de-11-de-abril-de-2019-71137323. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 40**, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 50.215**, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d50215.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992a. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992b. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992c. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.016**, de 07 de agosto de 2009b. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 19 out.2021.

BRASIL. **Lei nº. 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002a. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 14.out.2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.388**, de 25 de setembro de 2002b. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.300**, de 23 de junho de 2016d. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.066**, de 30 de setembro de 2020. Altera a Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), a Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, que cria o Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, e o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14066.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. **Tratados em direitos humanos: Sistema internacional de proteção aos direitos humanos** / Secretaria de Cooperação Internacional – Brasília: MPF, 2016b. 4v. (Coleção MPF Internacional; v. 2). ISBN 978-85-85257-09-5. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/publicacoes/docs/15_007_tratados_em_direitos_humanos_vol_2_online.pdf. Acesso em: 14 out. 2021

BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. **Tratados em direitos humanos: Sistema internacional de proteção aos direitos humanos / Secretaria de Cooperação Internacional** – Brasília: MPF, 2016c. 4v. – (Coleção MPF Internacional; v. 3). ISBN 978-85-85257-09-5. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/publicacoes/docs/15_007_tratados_em_direitos_humanos_vol_3_online.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Adaptada e proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução n. 217A (III), de 10 de dezembro de 1948 (Publicada no Diário da República, I Série A, no 57/78, de 9 de março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/154492/000154492.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRESSIANI, Nathalie. Redistribuição e Reconhecimento: Nancy Fraser entre Jürgen Habermas e Axel Honneth. **CADERNO CRH**, Salvador, v. 24, n. 62, p. 331-352, mai./ago. 2011.

BRITO, Gustavo Davi; MARCATO, Gisele Caversan Beltrami. Modalidades de Soluções de Conflitos de Interesse. **Revolução na Ciência**, Presidente Prudente/SP, v. 14, n. 14, p. 1-14, 2018. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7213/67647395>. Acesso em: jun. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; SANTIAGO, Hiasmine. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. **Revista CNJ**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 199-211, jul./dez. 2020.

CALDAS FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro. A Justiça e os vulneráveis: o Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais incorporados pela Constituição Federal de 1988. In: Biblioteca Digital do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: **Coleção Constituição do Brasil 30 anos (1988-2018)**, 2018. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/9204>. Acesso em: jun. 2021.

CAMBI, Accácio. O Novo Código de Processo Civil à Luz de Alguns Princípios Constitucionais. **JURIS PLENUM**, Paraná, ano 15, n. 89, set. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, 168 p.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. **Revista ANNEP de Direito Processual**, São Paulo, v. 1, n.1, p. 140-162, jan.-jun. 2020.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O Justo Processo Arbitral e o Dever de Revelação (Disclosure) dos Peritos. **Revista Eletrônica de Direito Processual REDP**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, p. 581-597, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8692/6564>. Acesso em: ago. 2021.

CARVALHO SILVA, Pahola Gyselle. Casa da família: novo modelo multiportas para resolução de conflito no âmbito familiar. **Braz. J. of Develop.**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 1774-1793, jan. 2019.

CASAGRANDE, Cássio. Arbitragem e Mediação – Incompatibilidade com a destinação institucional do Ministério Público – Inconstitucionalidade do Inciso XI Público – Inconstitucionalidade do Inciso XI do Art. 83 da Lei Complementar n. 75/93. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, ano 2, n. 8, p. 15-25, jul./set. 2003.

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. **Personalidade Jurídica do Robô e sua efetividade no Direito**. 2009. 289f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

CASTRO, Alexander de; TOLEDO NETO, Silvio. Políticas Públicas como forma de Tutela dos Direitos Personalíssimo do Idoso – Uma Breve Análise da Existência do Direito Penal do Idoso. **Rev. do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 4, n. 2, p. 76-92, dez. 2019.

CELSE MARTINS, José. Os novos rumos da pacificação em tempos de globalização e tecnologia. **Rev. da Faculdade de Direito**, São Bernardo do Campo, v. 1, n. 1, p. 271-289, 2004.

CHAVES, Elza Guedes. GOIÂNIA É AZUL: o acidente com o césio 137. **Revista UFG**, Goiânia/GO, v. 9, n.1, p. 34-58, 2017.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. 380 p.

CINTRA ARAÚJO, Evelyn. **Teoria Geral do Processo**. Disponível em: professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/15445/material/Apostila%20completa%20-%20TGP%202018.pdf. Acesso em: mai. 2021.

COELHO DE CARVALHO, Leandro. **Solução de conflitos em ambientes dominados por litigantes habituais e os Acordos Individuais via Defensoria Pública em Brumadinho**. 2021. 254f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Belo Horizonte, 2021.

COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Doglas Cesar. O Direito à diferença e a Proteção Jurídica das Minorais na América Latina. **Direito em Debate**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 45, p. 182 –197, jan./jun. 2016.

CORDEIRO, Débora Cristina da Silva. Por que algumas mulheres não denunciam seus agressores? **CSONline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, Juiz de Fora, v. 1, n. 27, p. 365-383, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/csonline/article/view/17512/8878>. Acesso em: 23 mai. 2021.

CORRÊA DE SOUSA, Victor Roberto. **Ministério Público - Aspectos Históricos**. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/content/download/1669/14828/file/Souza%20-%20Ministerio%20Publico%20aspectos%20historicos.pdf>. Acesso em: ago. 2021.

COSTA FILHO, Aderval. As Comunidades dos Quilombos, Direitos Territoriais, Desafios Situacionais e o Ofício do(a) Antropólogo(a). **Novos Debates**, Belo Horizonte/MG, v. 2, n. 2, p. 126-140, jun. 2016.

COSTA PEREIRA, Mateus. A paridade de armas sob a óptica do garantismo processual. **R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 247-265, abr./jun. 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 212, n. 59, p. 109-136, out. 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Considerações para a plena admissibilidade da tutela arbitral coletiva**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/paradoxo-corte-consideracoes-plena-admissibilidade-tutela-arbitral-coletiva>. Acesso em: ago. 2021.

DA SILVA NETO, Arthur Corrêa. Legitimação Extraordinária na Tutela Individual de pessoas que compõem grupos sociais vulneráveis – A atuação da Defensoria Pública. In: CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS, 9., 2010, Abaetetuba/PA. **Anais...** Abaetetuba/PA: 2010. p. 156-175. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20950/ARTHUR_CORR_A_DA_SILVA_NETO.pdf. Acesso em: mai. 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo - Vitória**, Vitória, v.15, n.15, p. 111-142, 1º/2º sem. 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro/RJ, v. 5, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

DOMENE, Daniela Maciel. **A institucionalização da mediação no novo código de processo civil e na lei 13.140/2015**. 2016. 78f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

EICHENBERGER, Kurt. Die richterliche Unabhängigkeitsstaatsrechtliches Problem. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Diógenes Wagner Silveira. **Justiça Multiportas e Práticas Restaurativas na Polícia Militar do Estado de São Paulo à Luz da Hermenêutica Constitucional da Ordem Pública**. 2021. 289f. Dissertação (Mestrado em Justiça, Empresa e Sustentabilidade) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2021.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tutela Processual dos Direitos Humanos nas Relações de Trabalho. **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV**, São Paulo/SP, v.1, n.6, p. 199-224, nov./dez. 2005.

FERNANDES, Almir Garcia; BORGES, Florença Drummond. A Arbitragem Internacional Privada como método de resolução de disputas comerciais. **Revista Jurídica UNIARAXÁ**, Araxá, v. 21, n. 20, p. 15-40, ago. 2017.

FERNANDES, Gabriel de Castro B. **Corte Arbitral**: eficácia, aplicação em contratos de adesão e consumeristas e a relação com a nova acepção ao princípio do acesso à justiça. 2020. 62f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Escola de Direito e Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Anotações sobre os Ministérios Públicos brasileiro e americano. **JUSTITIA**, São Paulo, v. 50, n. 144, p. 48-54, 1988

FERRAZ, Cristina. Legitimidade da Defensoria Pública na Ação Civil Pública à luz do acesso à justiça. **Rev. Direito e Justiça: Reflexões**, Santo Ângelo/RS, v. 16, n. 27, p. 23-45, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/322641188.pdf>. Acesso em: ago. 2021.

FERREIRA CUNHA, Breno Valente. **A Defensoria Pública no Brasil e a defesa dos Direitos Transindividuais**. 2020. 210 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Núcleo de Trabalho de Curso, UniEvangélica, Anápolis, 2020.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LINS ROCHA, Matheus; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de Arbitragem Comentada**. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPODIV, 2021. 383 p.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

FRAGOSO ALVES, Gabriela. **A Intervenção de Terceiros na Arbitragem, à luz do conceito de Terceiros Imperfeitos e Terceiros Absolutos**. 2018. 65f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

FRANZONI, Diego; DAVIDOFF, Fernanda. Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o poder público. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 243-264, 2014.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, v. 7, n., 63, p. 7-20, 2002.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça da era pós-socialista. **Cadernos de campo**, São Paulo, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? **Lua Nova**, São Paulo, v.1, n. 70, p. 101-138, 2007.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, v.1, n. 77, p. 11-39, 2008.

FREDMAN, Sandra. Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties 180 (2008). In: PERONI, Lourdes; TIMMER, Alexandra. **Vulnerable groups**: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law. Oxford: Oxford University Press and New York University School of Law, 2013.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FREITAS DE ASSIS, Natália Maria; FREITAS ARAÚJO, Lílian Gabriele de. A Arbitragem aplicada ao conflito ambiental. **Rev. Eletrônica Direito E-Nergia**, Natal, v. 4, ano 3, n. 2, p. 1-20, ago./dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5004/4031>. Acesso em: jul. 2021.

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002. 592 p.

GAGNO, Luciano Picoli. A Tutela Coletiva como fator de democratização do Estado e de realização dos Direitos Fundamentais. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 60-75, jan./jun. 2020.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 135 p.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. **Acesso à justiça**: uma nova perspectiva global. Disponível em: <https://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>. Acesso em: 28 jul. 2021.

GLOBEKNER, Osmir Antônio. A Tutela Individual e Coletiva do direito à saúde pelo Ministério Público. **Revista Jurídica ESMP-SP**, São Paulo, v. 8, p. 129-148, 2015a.

GLOBEKNER, Osmir Antônio. Tutela de Interesses Difusos e Coletivos. **Revista Jurídica ESMP-SP**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 129-148, 2015b.

GOMES DE LIMA, João Rodolfo. **Direito Inclusivo Constitucional: A proteção Institucional aos grupos vulneráveis**. 2013. 273f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; Cruz, Luana Pedrosa de Figueiredo. Ações Coletivas Passivas - Um diálogo com a doutrina - Primeira Parte. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 44, n. 87, p. 300-301, 2019.

GOMES PEREIRA, Wellington. **Princípio da Conciliação e Mediação no NCPC**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62162/principio-da-conciliacao-e-mediacao-no-ncpc>. Acesso em: jun. 2021.

GONÇALVES DE CARVALHO, Daniela. **Direito ao Reconhecimento como Direito Fundamental e a Proteção Jurídica do Indígena no Brasil**. Publicações da Escola da AGU, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Publ-Esc-AGU_v.11_n.01.pdf#page=103. Acesso em: jun. 2021.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casa. **Custus Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

GONÇALVES, Ana Catarina Piffer; MARTIN, Andréia Garcia. **Acesso à Justiça Inclusivo: Formas do Poder Judiciário e do Ministério Público superarem a exclusão social dos Grupos Vulneráveis**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=655ea4bd3b5736d8>. Acesso em: mai. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses Jurídicas - Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GOULART DE SENA, Adriana. Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 72-99, jul./dez. 2007.

GRANDINO RODA, João. **A evolução que criou a pessoa jurídica merece ser conhecida**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-21/olhar-economico-evolucao-criou-pessoa-juridica-merece-conhecida>. Acesso em: ago. 2021.

GRASSI DE GOUVEIA, Lúcio. Audiência de conciliação versus audiência preliminar – A opção pela primeira e as consequências da eliminação da segunda no projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC). **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, p. 01-09, jan./mar. 2014.

GRAZIOTTIN COSTA, Thaise; RIBAS, Lídia Maria. Inovação na Jurisdição Estatal: De Contenciosa para uma Jurisdição Singular, Compartilhada, Efetiva, Democrática e Emancipatória. **Rev. Costa Rica**, Costa Rica, v. 3, n. 1, p. 190-215, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3682/pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

GREFF MARIANI, Rômulo. **Arbitragens Coletivas no Brasil**. 2013. 279f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2013.

GRIEBLER, Julie Klebert. O Third-Party Funding no Procedimento Arbitral: Obstáculo ou Promoção da Paridade de Armas? In: SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UFRGS, 30., 2018, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: UFRGS, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências da Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos**. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67016/69626>. Acesso em: mai. 2021.

GUEDES, Cintia Regina. **O Incidente De Resolução De Demandas Repetitivas e o Papel da Defensoria Pública como porta voz dos Direitos dos Litigantes Individuais na Formação da Tese Jurídica Vinculante**. In: CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS, 13., 2017, Santa Catarina. **Anais...** Santa Catarina, 2017. p. 1-15. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/38642/CINTIA_REGINA_GUEDES.pdf. Acesso em: set. 2021.

GUERRA DE MELO, Rafael. **Comunicação pública, participação social e paridade participativa** - O caso do Prós e Contras. 2019. 271f. Dissertação (Mestrado em Comunicação nas Organizações) – Departamento de Comunicação, Universidade Lusófona de Humanidades, Lisboa, 2019.

GUMERATO RAMOS, Glauco. **Mediação e conciliação no NCPC brasileiro: uma breve análise crítica**. Disponível em: <https://ceja.cl/handle/2015/5531>. Acesso em: jun. 2021.

GURGEL E SILVA, Sérgio Quezado. **Avanços da Tutela Jurisdicional e Questões Hodiernas Sobre Sua Efetividade**. Disponível em:

https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/fa7_avancos_da_tutela_jurisdicional_e_questoes_hodiernas_sobre_sua_efetividade.pdf. Acesso em: mai. 2021.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HAYEK, Friedrich August Von. **O Caminho da Servidão**. São Paulo: Instituto Liberal, 1990. 256 p.

HECHT CURY, Carolina. **Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal: O Dever da Fundamentação da Sentença Arbitral**. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

HELOU, Suzana; COSTA NETO, Sebastião. **Césio-137: Consequências Psicossociais do Acidente de Goiânia**. Goiânia: Editora da UFG, 2016. 128 p. Disponível em: https://www.saude.gov.br/images/imagens_migradas/2016/12/cesio-137-consequencias-psicossociais-do-acidente-de-goiania.pdf. Acesso em: set. 2021.

HONNETH, Axel. **Reconhecimento como ideologia: sobre a correlação entre moral e poder**. Tradução de Ricardo Criciúma. Disponível em: revistafevereiro.com. Acesso em: fev. 2017.

HONNETH, Axel. **The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts**. Cambridge/Massachusetts: The MIT Press, 1996. 240 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto; BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Jurisdição internacional e tutela processual do consumidor: foro do domicílio do consumidor como critério de jurisdição protetora. **Rev. de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 131, ano 29, p. 325-344, set./out. 2020.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 149 p.

KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado**. Tradução de Legas Lacambra. Barcelona: Labor, 1934. 544 p.

KUYVEN, Fernando. Arbitragem coletiva e responsabilidade da companhia aberta. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Orgs.). **Arbitragem Coletiva Societária**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

LADEIRA, Wânia Terezinha. **O Papel do Mediador no Gerenciamento e Negociações de Conflitos em Audiências de Conciliação**. 2005. 220f. Tese (Doutorado em Letras) – Programa de Pós-graduação em Letras, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2005.

LEAL COSTA, Max Alexandre. A Hermenêutica Filosófica como técnica fundamental para a adequada Interpretação, Integração e Aplicação dos direitos das minorias e grupos vulneráveis. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BAPTISTA, Fernando Pavan (orgs.). **IV Congresso Internacional UNIFIEO. O Método do Caso e Direitos Fundamentais: Proteção das minorias e grupos vulneráveis na América Latina**. Osasco: EDIFIEO, 2019.

LEÃO SILVA, Rafael. **O Papel da Mediação e da Conciliação no Sistema Multiportas de acesso à justiça após a vigência da Lei 13.105/15**. 2018. 67f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal do Pernambuco, Recife, 2018.

LEARTH, Teresinha. **Negociação Coletiva: Sindicato e Jurisdição Trabalhista no Brasil**. Disponível em: https://www.trt13.jus.br/arquivos/revista/revista10_trt13.pdf#page=52. Acesso em: 08 jun. 2021.

LEITE VIEIRA, Romana. **A Arbitragem e o papel do Ministério Público como árbitro**. Disponível em: http://www.pgj.ce.gov.br/ESMP/publicacoes/ed12010/artigos/8Arb_papel.pdf. Acesso em: ago. 2021.

LEITE, Ilka Boaventura. Os quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas. **Etnográfica**, Lisboa, v. 4, n. 2, p. 333-354, 2000.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, v. 29, n. 115, p. 441-468, jul./set. 1992.

LIMA ROCHA, Lorena Gonçalves. O Sistema Multiportas no Código Processual Civil de 2015: A Mediação como alternativa de autocomposição do conflito. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 12, n. 2, p. 209-230, 2017. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/435/pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e o Regime Jurídico do Direito de Ação. **Argumenta – UENP**, Jacarezinho. v. 8, n. 18, p. 117-134, 2013.

LINCOLN DOS SANTOS, Marcos. **A efetividade da prestação jurisdicional a partir da resolução nº 125/2010 do Cnj.** Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/9188/3/artigo-Santos%2CMLD-A%20efetividade%20da%20presta%C3%A7%C3%A3o%20jurisdicional%20a%20partir%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20125-2010%20do%20CNJ.pdf>. Acesso em: jun. 2021.

LISBOA DA SILVA, Nayara. **O Princípio da paridade de armas como uma ficção jurídica no Processo Penal Brasileiro** – Uma Análise sobre a violação do Princípio e suas consequências. 2018. 16f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito) – Centro Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

LOPES RIBEIRO, Ludmila Mendonça. Ministério Público: Velha instituição com novas funções? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Belo Horizonte, v.113, n. 2, p. 51-82, set. 2017.

LORENCI, Matheus Belei Silva de; SILVA, Renan Sena; DUTRA, Vinícius Belo. “Justiça multiportas”: a arbitragem como método extrajudicial de solução de litígios no âmbito do Direito Internacional Privado. In: CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL, 2., 2017, Vitória. **Anais...** Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), 2017. p. 530-544. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19863>. Acesso em: jun. 2021.

LUIZ FERNANDES, Francisco. Da Inaplicabilidade Exegética quanto a formalidade contida no Inciso I, do Art. 5º da Constituição Federal de 1988. **Revista Científic@ Universitas**, Itajubá/MG, v. 1, n. 2, p. 1-10, 2009.

LUZIA DA SILVA, Elaine; CORRÊA ROSADO, Leonardo Coelho; SOUZA MELO, Mônica Santos de. Um Estudo do Ethos Discursivo em Audiências de Conciliação. **Linguagem em (Dis)curso**, Tubarão, SC, v. 12, n. 1, p. 71-98, jan./abr. 2012.

MACHADO PINTO, Thamara. A tragédia no jornalismo: uma análise das escaladas do Jornal Nacional sobre o Brumadinho (MG), Suzano (SP) e o incêndio no CT do Flamengo. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO SUDESTE, 24., 2019, Vitória. **Anais...** Vitória: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2019. p. 1-15.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. **Scientia Iuris**, Londrina/PR, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/37339/25811>. Acesso em: 20 out. 2021.

MAIA, Maurilio Casas. A Legitimidade Coletiva da Defensoria Pública para a tutela de Segmentos Sociais Vulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 101, n. 17, p. 351-383, set./out. 2015.

MAIOR, Nívea Maria Santos Souto et al. Direitos Humanos e Serviço Social: Demandas e Desafios Contemporâneos. **Temporalis**, Brasília (DF), v. 18, n. 36, p. 127-138, jul./dez. 2018.

MALTINTI, Juliana de Camargo. Direito Fundamental à Jurisdição Efetiva. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, São Paulo – SP. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 177-198. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2382.pdf. Acesso em: 29 mai. 2021.

MARCHEZAN FERREIRA, Antônio Rafael. Tutela Possessória e a remoção forçada de grupos vulneráveis e famílias de baixa renda. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro/RJ, v. 14, n., p. 92-111, 2014. p. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14527/15852>. Acesso em: mai. 2021.

MARO, Públio Virgílio. **Resistir é preciso: De Mariana à Brumadinho impera a ineficiência e irresponsabilidade – pública e privada.** Disponível em: https://www.forumat.net.br/at/sites/default/files/arq-paginas/o_caso_de_brumadinho_transparencia_capixaba.pdf. Acesso em: ago. 2021.

MARTINEZ, Alejandro Rosillo. **Fundamentação dos Direitos Humanos desde a Filosofia da Libertação.** Tradução de Ivone Fernandes Morcilo Lixa; Lucas Machado Fagundes. Ijuí: UNIJUÍ, 2015.

MARTINS, Agemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro. **Sequência**, Florianópolis, v. 32, n. 63, p. 319-352, dez. 2011.

MASTRANTONIO, Simone Aparecida Barbosa. Inclusão dos grupos vulneráveis no mercado de trabalho como efetivação dos direitos fundamentais. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, Curitiba, v. 2, n. 18, p. 143-153, maio 2013. p. 143. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/96326/2013_mastrantonio_simone_inclusao_grupos.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: jun. 2021.

MATOS, Eneas. Direitos da personalidade e pessoa jurídica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 797, s/p., set. 2005.

MATTOS, Eduardo da Silva; RENZETTI, Bruno Polonio. Arbitragem Coletiva no Mercado de Capitais Brasileiro e Direitos Individuais Homogêneos: Uma Abordagem Em Direito & Economia. **EALR**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 62-63, set./dez. 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 29. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDEIROS, Bruno Carlos R. de O. As Minorias, os Grupos Vulneráveis e a Cidadania Incompleta: O Papel do Estado e da Educação na efetivação de uma plenitude cidadã. In: Diretório Acadêmico Benjamin Colucci. (org.). **Anais da Semana Jurídica: O velho mundo das novas leis e as velhas leis do novo mundo - perspectivas do Direito Contemporâneo**. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Fernanda-Barcellos-Mathiasi/publication/337001643_universidade_federal_de_juiz_de_fora_faculdade_de_direito_o_diretorio_academico_benjamin_colucci_anais_da_semana_juridica_do_dabc_o_velho_mundo_das_novas_leis_e_as_velhas_leis_do_novo_mundo_perspectivas/links/5dbf2563299bf1a47b11c3d5/universidade-federal-de-juiz-de-fora-faculdade-de-direito-diretorio-academico-benjamin-colucci-anais-da-semana-juridica-do-DABC-O-velho-mundo-das-novas-leis-e-as-velhas-leis-do-novo-mundo-perspectivas.pdf#page=54>. Acesso em : jun. 2021.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 233, n. 2, p.71-101. jul./set. 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45444>. Acesso em: 20 out. 2021.

MELEU, Marcelino; THAINES, Aletei Hummes. Sistema Social de Tratamento de Conflitos: da Jurisdição Estatal à Mediação Comunitária. **UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 13, n. 2, p. 37-46, set. 2012.

MELO, Luiz Carlos Figueira; OLIVEIRA, Lorena Franco de. O suporte resolutivo municipal no processamento dos conflitos coletivos: o acesso à justiça e à participação nos processos extrajudiciais de resolução e acompanhamento dos conflitos coletivos no Triângulo Mineiro. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro/RJ, v. 13, n. 2, p. 35-52, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/53245>. Acesso em: 20 out. 2021.

MENDES DE MELO, Daniele. O Processo Estrutural como mecanismo de acesso a Direitos Sociais por Grupos Vulneráveis: Ressignificação do papel do Poder Judiciário. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro [S.l.]**, Rio de Janeiro/RJ, v. 24, n. 48, p. 77–99, jul. 2020.

MENDES MATOS, Isabella Cristina. **Audiência Prévia de Conciliação/Mediação no Processo Civil: Uma Análise Crítica**. 2021. 135f. Monografia (Especialização) – Programa de

Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS), Goiânia, 2021.

MENDES, Aluísio 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 Iuris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 03, p. 1827-1858, 2015.

MÉSZÁROS, István. **Para além do capital**: rumo a uma teoria da transição. Tradução Paulo Cezar Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2002.

MINOTTO, Jéssica do Nascimento. **Defesa dos Vulneráveis**. 2014. 72f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, Criciúma, 2014.

MIRANDA DE BARROS, Juliana. **Aplicação do Método Adequado de Resolução de Conflitos decorrente de Abandono Afetivo: Mediação X Justiça Restaurativa**. 2020. 78f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2020. p. 25.

MOMBELLI, Raquel. Muito além do laudo: o fazer antropológico e as comunidades quilombolas. In: ZHOURI, Andréa. **Desenvolvimento, reconhecimento de direitos e conflitos territoriais**. Brasília: ABA Publicações, 2012. Disponível em: http://www.aba.abant.org.br/files/20190320_5c926e768042f.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

MONTEIRO DA SILVA, Orlando Sampaio de Almeida. **A Legitimidade da Defensoria Pública para promover a tutela coletiva da moralidade administrativa**. 2018. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Sergipe (UFS), São Cristóvão, 2018.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MOREIRA, Amanda Pierre de Moraes. **A evolução do instituto da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil**. 2017. 68f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/8560>. Acesso em: 20 out. 2021.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. A Constitucionalização da Defensoria Pública: Disputas por Espaço no Sistema de Justiça. **Opinião Pública**, Campinas, v. 23, n. 03, p. 647-681, set./dez. 2017.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI, Graziela Argenta. Processo Internacional Transfronteiriço: Os litígios que não respeitam fronteiras – Da Soberania à Tutela dos direitos. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, v.2, n.1, p. 1-15, jan./jul. 2016.

MÜLLER, Cintia Beatriz. A Utilização de Meios Alternativos de Solução de Conflitos em Processos de Territorialização: Casos de Alcântara e Marambaia. Caderno de Debates Nova Cartografia Social, Manaus, v. 01, n. 02, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: atualizado até 15.03.2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva no Brasil**. Disponível em: <https://americana.edu.co/medellin/wp-content/uploads/2020/09/La-Independencia-Judicial-y-las-Reformas-a-la-Justicia.pdf#page=33>. Acesso em: jul. 2021.

NETO, Antônio José de Mattos. **Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da Lei Da Arbitragem**. Disponível em: <http://rakuten.livrariacultura.com.br/imagem/capitulo/42144163.pdf#page=55>. Acesso em: ago. 2021.

NETTO DE FARIA, Marina Barcellos. **A Conciliação no Novo Código de Processo Civil**. 2016. 72f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, 2016.

NYIRENDA, Andrew K.C. **The Role of The Judiciary In Protecting The Rights Of Vulnerable Groups In Malawi**. Disponível em: <https://www.southernafricalitigationcentre.org/wp-content/uploads/2017/08/1Andrew-Nyirenda.pdf>. Acesso em: mai. 2021.

OLIVEIRA, Beatriz Martins de. **Remoção de conteúdo em aplicações on-line e a relativização do curso jurisdicional obrigatório estabelecido pelo Marco Civil da Internet**: uma adequação à Sociedade da Informação. 2020. 197f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2020.

OLIVEIRA, Patrícia Roberta Leite; NUNES, Tiago. Sistema Multiportas para solução adequada de conflitos de interesses: Mediação, Conciliação e Arbitragem. **Direito & Realidade**, Monte Carmelo, v.6, n.6, p. 57–74, 2018.

ONODA CALDAS, Camilo. Estado e Grupos Vulneráveis: as proteções constitucionais fundamentais no âmbito político e econômico sob o enfoque da Filosofia do Direito. **Princípios**, São Paulo, v. 158, n., p. 10-20, 2019.

OVIEDO, Rafael Antônio Malagón; CZERESNIA, Dina. O conceito de vulnerabilidade e seu caráter biossocial. **Interface**, Botucatu, v. 19, n. 53, p. 237-249, 2015.

PARENTONI, Leonardo Netto. Mudanças no Horizonte do Processo Coletivo Brasileiro. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, ano IV, n. 24, p. 26-54, dez./jan. 2009.

PASSOS DE FREITAS, Vladimir; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Rio de Janeiro/RJ, v. 7, n. 2, p. 07-27, 2017. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/issue/download/241/18>. Acesso em: 20 out. 2021.

PAULA, Carlos Eduardo Artiga; SILVA, Ana Paula; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Legislative vulnerability of minority groups. *Ciência & Saúde Coletiva*, São Paulo, v. 22, n. 12, p. 3841-3848, 2017.

PEIXOTO, Priscila dos Santos et al. A Despedida Anunciada: Emoções e Espiritualidade entre familiares das vítimas da Boate Kiss. **Ciencias Sociales y Religión/Ciências Sociais e Religião**, Porto Alegre, v.21, n. 24, p. 71-89, jan./jul. 2016.

PELLEGRINI, Elizabete; ALMEIDA, Frederico de. Os Lírios que nascem da Lei: Reflexões sobre o Acesso à Justiça da Política Nacional de Conciliação Brasileira. **Revista Antropolítica**, Niterói, v. 6, n. 51, p. 190-213, 1. quadri., 2021.

PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana. **Arbitragem de Litígios com Entes Públicos**. 2. ed. Coimbra: Grupo Almedina, 2015.

PERONI, Lourdes; TIMMER, Alexandra. **Vulnerable groups**: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law. New York: Oxford University Press and New York University School of Law, 2013. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/11/4/1056/698712>. Acesso em: mai. 2021.

PERPETURO, Rafael Silva et al. Os Métodos Adequados de Solução de Conflitos: Mediação e Conciliação. **Rev. Fac. Direito**, São Bernardo do Campo, v. 24, n. 2, p. 1-21, 2018. p. 9.

Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.24_n.2.01.pdf. Acesso em: jun. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e diálogo entre Jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, v. 4, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012. Disponível em:
[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf). Acesso em: 20.out.2021.

QUEIROZ E SILVA, Jules Michelet Pereira. Da Promoção de Ação Civil Pública pela Defensoria Pública. **Revista Direito e Liberdade – ESMARN**, Natal/RN, v. 12, n. 1, p. 100-101, jan./jun. 2010.

QUEIROZ, Laryssa Saraiva. O Prelúdio do acesso à Justiça aos Vulneráveis no Brasil. **R. Defensoria Públ. União**. Brasília, DF, v.1, n.15, p. 87-114, jan./jun. 2021.

RAMALHO FERREIRA, Allan. Repercussões Processuais do Microsistema Protetivo das Pessoas Situadas em Assentamentos Informais: Vulnerabilidade, Necessidade e Acesso à Justiça (Comentários ao CPC-2015). **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 89-122, jul./dez. 2019.

RAMALHO, Joaquim. A personalidade jurídica das pessoas coletivas: evolução dogmática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. xx-xx, 2019.

RESADORI, Alice Hertzog; RIOS, Roger Raupp. Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro: autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória. **Civitas - Revista De Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 10-25, 2018. p. 13. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/27956>. Acesso em: 20 out. 2021.

RIBAS DE PAULO, Alexandre. Uma abordagem constitucional sobre a Justiça Restaurativa no âmbito criminal preconizada na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. **Rev. da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 8, n. 34, p. 148-161, ago. 2016.

RIBEIRO DA FONSECA, Domingos Thadeu. A Genealogia do Ministério Público Brasileiro: De Remota Concepção, Gestado no Direito Português e Partejado No Iluminismo Francês. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 5, n. 9, p. 131-166, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/6>. Acesso em: 20 out. 2021.

RIBEIRO, Ingrid Quirino; ABREU, Karoline Figueirêdo; LINHARES, Natáli Ribeiro. Acesso à justiça oferecido aos desprovidos de recursos: análise da justiça gratuita no novo CPC. **Rev. Bras. de Direito e Gestão Pública**, Pombal, PB, v.8, n.3, p. 810-822, jul./set.2020. Disponível em: <https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/8198>. Acesso em: 20 out. 2021.

RIOS DO AMARAL, Carlos Eduardo. **Tutela dos Direitos Fundamentais dos grupos sociais vulneráveis competente à defensoria pública**. Disponível em: <https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2336691/tutela-dos-direitos-fundamentais-dos-grupos-sociais-vulneraveis-competente-a-defensoria-publica>. Acesso em: mai. 2021.

ROCHA BARROS, Ana Luíza. **Novos Sistemas de Justiça na Atividade Jurisdicional brasileira: O Processo Estrutural À luz do litígio decorrente do rompimento da barragem da mina Córrego do Feijão em Brumadinho/MG**. 2020. 72f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2020.

ROCHA, Raoni; LIMA, Francisco. Erros humanos em situações de urgência: análise cognitiva do comportamento dos pilotos na catástrofe do voo Air France 447. **Gest. Prod.**, São Carlos, v. 25, n. 3, p. 568-582, 2018.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GONÇALVES, Jéssica; LAHOZ, Maria Alice Trentini. Mediação na Resolução CNJ n.º 125/2010 e na Lei n.º 13.105/2015 (NCPC): Uma Análise Crítica. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Bebedouro, v. 6, n. 1, p. 88-114, 2018. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63922310/2018_HWR-JG-MAT_MediacaoNovoCPC_Unifafibe20200714-3997-2vkego-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1625517278&Signature=eymR~nhbYM3TH6pzN8jF-Lbwkfqe0Copkd6t8qRR0W6Jy3bTXg6UW-2KsKkjcO7DLoVuQtoiea1uuzgeDK2UufDmdo5oNZbn2-bZXclSyZcIAncqX~rfdj8EvSTJDFWCtjnfhBiZK0szpXsGn4Eg75QaTedrUzUpKwAE0z8JD5va9l65Gqe9o4SS71A09neTMJfNy7WAXDiDqIIsgT0IzZTATTzqesMFXhYaeYY7nexUg vT4MineFYaSiOOIU8y8J9AHelFahyqbZ1bGfNgO7EJEDxvJuoh5rUnPvBUSVTNLRNFdD4ZpSj0yKhs9KZyF5wW3RQNOEqh7A4iEkY2w__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 19 jun. 2021.

ROQUE, André Vasconcelos. **Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura**. 2014. 288f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica) – Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ROSA BRITO, Ivone Maria de Lima. **Considerações sobre o acesso à justiça e a criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC**. 2014. 78f. Monografia

(Especialização) - Departamento do Curso de Direito, Instituto Municipal de Ensino Superior, Assis, 2014.

ROSENDO, Alana Dias; OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. A Intervenção Processual da Defensoria Pública Como Custos Vulnerabilis: Mecanismo para Assegurar o Acesso à Justiça e a Tutela de Direitos Fundamentais. 2020. 77f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Tiradentes – UNIT, Aracaju, 2020.

SAID FILHO, Fernando Fortes. **A Crise Funcional da Jurisdição: A Arbitragem como "locus" alternativos para a (re) solução de conflitos.** 2014. 297f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-graduação em Direito, UNISINOS, São Leopoldo/Teresina, 2014.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurilio Casas. O Garantismo Penal, O Encarcerado Vulnerável e a Intervenção da Defensoria Pública na Execução Penal: Custos Vulnerabilis? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 152, n. 2, p. 173 – 209, fev. 2019.

SANTOS DE OLIVEIRA, Arthur. **A Tutela dos Direitos das classes vulneráveis: uma análise da possibilidade da Defensoria Pública intervir como custos vulnerabilis.** 2020. 28f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas, Universidade Federal Rural do Semiárido, Mossoró, 2020.

SANTOS LIMA, Edislaine; VALLADARES, Leandro Carlos Pereira. Mediação e Conciliação: Os meios consensuais de resolução de conflitos no NCPC e sua contribuição para a pacificação de demandas. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, Paraná, v. 1, n. 3, p. 38-59, 2018. Disponível em: fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/283/pdf. Acesso em: jun. 2021.

SANTOS OLIVEIRA, Simone. Defensoria pública brasileira: sua história. **Revista De Direito Público**, Londrina/PR, v. 2, n. 2, p. 59-74, mai./ago. 2007. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11456>. Acesso em: 20 out. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Dilemas do nosso tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento. **Currículo sem Fronteiras**, Coimbra, Portugal, v. 3, n. 2, p. 5-23, jul./dez. 2003.

SANTOS, Karen Borges dos; LEMOS, Walter Gustavo da Silva; LEMOS, Vinicius Silva. **O Processo Estrutural como Instrumento Adequado para a Tutela de Direitos Fundamentais e a necessidade de ressignificação do Processo Civil.** Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela->

de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil/. Acesso em: 17 ago. 2021.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação**. 5. ed. rev. at. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

SCHNEIDER NUNES, Gustavo Henrique. O Contraditório como condição de possibilidade dos Poderes Instrutórios do Árbitro. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 8., 2020, Ribeirão Preto. **Anais...** Ribeirão Preto: , 2020. p. 77-104.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SESTER, Peter Christian. **Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

SILVA, José Gomes da. Conciliação Judicial. **Videre**, Dourados, MS, v. 1, n. 2, p. 123-134, jul./dez. 2009.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio; HIBNER, Davi Amaral. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais. **RBDA**, Salvador, v.13, n. 1, p. 55-95, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/30699>. Acesso em: 20 out. 2021

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Sistema de formação e classificação de contratos em ambiente de sociedade da informação**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc26%20correto.pdf?d=636808287678624823>. Acesso em: ago. 2021.

SIMÕES, Sandro Souza; FREITAS, Juliana; RANGEL, Camila de Paula. O processo estruturante como meio de alcance da igualdade formal: um caminho para o desenvolvimento. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 128, p. xx-xx, out. 2020/jan. 2021.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BARBOSA CASTRO, Lorena Roberta. Minorias e Grupos Vulneráveis: A Questão Terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Bebedouro/SP, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/219>. Acesso em: 20 out. 2021.

SOUTO, Patrick José. **Técnicas Processuais de Tutela do vulnerável no Código de Processo Civil para construção da Decisão Adjudicada e a Adequada Promoção de Acesso à Justiça**. 2020. 196f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2020.

SOUZA, Raul Tavares. Onde está a Dignidade do Ser Humano. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BAPTISTA, Fernando Pavan (orgs.). **IX Congresso Internacional UNIFIEO. O Método Do Caso E Direitos Fundamentais: Proteção das minorias e grupos vulneráveis na América Latina**. Osasco: EDIFIEO, 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CC 116.395, j. 18.03.2013, monocrática; STJ, 2ª Seç., **AgRg no CC 116395, j.12.06.2013**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=34436932&tipo=91&nreg=201300986566&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140425&formato=PDF&salvar=false> Acesso em: 04.nov.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26/DF**. Rel: Min. Celso de Mello, Brasília/DF, 13 de junho de 2019. DJe-243. Divulg 05-10-2020. Public 06-10-2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> Acesso em: 18.out.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção n. 473/ DF**. Relator: Min. Edson Fachin, Data de Julgamento: 23/10/2013, Data de Publicação: DJe-213 Divulg 25/10/2013 Public 28/10/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476> Acesso em: 18.out.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção n. 712/PA**, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553> Acesso em: 19.out.2021.

TALES DA PONTE, Júlio Ramon. **A Crise Sistêmica Do Capital: Uma Interpretação Marxiana**. Informe Econômico, jun. 2015.

TAYLOR, Charles. **The Politics of Recognition**. 1992. Disponível em: <https://www.amherst.edu/system/files/media/1417/Taylor%252C%2520Politics%2520of%2520Recognition.pdf>. Acesso em: ago. 2021.

TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

TAYLOR, Charles. **As fontes do Self**. A construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 2005.

TEIXEIRA, Francisco Dias. Princípios Constitucionais do Ministério Público. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, ano 1, n. 2, p. 69-82, jan./mar. 2002. p. 70.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. A Possibilidade de Tutela Coletiva do Direito Humano e Fundamental à Saúde no Estado Constitucional. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 1, n. 65, p. 651-669, jul./dez. 2014.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; ALVIM, Faustus Máximus de Araújo. Ampliação do acesso à justiça para os interessados difusos por meio das ações temáticas: um exame a partir do arcabouço processual da tragédia de Mariana/MG. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 36-53, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/2008>. Acesso em: mai. 2021.

VALÉRIO, Alana Fagundes. **O Direito ao respeito como um direito da personalidade para a proteção de grupos vulneráveis**. ETIC (Encontro de Iniciação Científica), 2018. p. 10. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/7136/67647245>. Acesso em: 23 mai. 2021.

Validade de cláusula compromissória inserida no acordo tendo em vista que se trata de controvérsia referente a reparação de dano ambiental causado ao particular, o que não configura “dano ambiental stricto sensu”, TJMG, 13ª CC, Apelação n. 1.0521.10.008673-0/001, j. 07.05.2015, unânime. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/3840> Acesso em: 14.out.2021.

VERÇOSA, Fabiane. O desafio da audiência de instrução na arbitragem coletiva societária. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Orgs.). **Arbitragem Coletiva Societária**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

VIDAL MELLO, Pedro Dechtar. **Intervenção de terceiros, litisconsórcio e extensão da cláusula compromissória em procedimentos arbitrais no ordenamento brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14364/intervencao-de-terceiros-litisconsorcio-e-extensao-da-clausula-compromissoria-em-procedimentos-arbitrais-no-ordenamento-brasileiro>. Acesso em: set. 2021.

VILHENA VIEIRA, Oscar. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. **SUR - Revista Internacional De Direitos Humanos**, São Paulo, v.3, n. 6, p. 31-47, 2007.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; DAMASCENA, Carine Valeriano. Aspectos relevantes da história dos direitos difusos e coletivos. **Revista Direito e Paz**, Local, v., n. 11, ano 6, p. xx - xx, 2º semestre de 2004.

VILLAVERDE, Roberta Marques Benazzi. **Personalidade Jurídica do anencéfalo**. 2011. 276f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: dos direitos aos Litígios Coletivos. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VON ONÇAY PAZ, Emmanuele Toderó; MELEU, Marcelo. CEJUSC: A Efetivação Cidadã do Acesso à Justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 79-95, jul./dez. 2017.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo; GABBAY, Daniela Monteiro. Admissibilidade e adequação da arbitragem coletiva como um mecanismo de acesso à justiça no mercado de capitais e seus aspectos procedimentais. **RBA**, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 67-94, 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura do direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

XAVIER, Camilla Siqueira. A Arbitragem em matéria tributária no Brasil: Avanços e Desafios. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, Brasília, v. 7, n. 8, p. 37-54, jan./jun. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/330772858_A_ARBITRAGEM_EM_MATERIA_TRIBUTARIA_NO_BRASIL_AVANCOS_E_DESAFIOS_TAX_ARBITRATION_IN_BRAZIL_ADVANCES_AND_CHALLENGES. Acesso em: 20 out. 2021.

XU, Chunyang. **Study on the Legal Protection of the Rights of Vulnerable Groups in Society**. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON EDUCATION, SPORTS, ARTS AND MANAGEMENT ENGINEERING, 2., 2016, Estados Unidos da América. **Anais...** Atlantis Press, 2016. Disponível em: <https://www.atlantis-press.com/proceedings/icesame-16/25850984> Acesso em: 20.out.2021

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; ZACARIAS, Fabiana. A negociação coletiva como instrumento de concretização de direitos na demissão coletiva e sua efetividade como

meio autocompositivo de resolução de conflitos. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 25, n. 2, p. 134-157, 2017.

ZENKNER, Marcelo; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2009.

ZOQUI, Maria Clara Silveira; FINOTTI SILVA, Nelson. A Mediação sob a luz do Direito brasileiro e francês. **Revista Interciência- IMES**, Catanduva, v.1, n.4, p. 8-10, julho 2020. Disponível em: <https://www.fafica.br/revista/index.php/interciencia/article/view/167>. Acesso em: 20 out. 2021.