

# ARGUMENTA

Journal Law

Nº 43 (MAI/AGO 2024)

E - ISSN 2317-3882



# ARGUMENTA JOURNAL LAW

Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Campus de Jacarezinho  
Centro de Ciências Sociais Aplicadas  
Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro  
Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL  
Tel.: +55 43 3511 4350 e +55 43 3511 4354  
Site: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta>  
[argumenta@uenp.edu.br](mailto:argumenta@uenp.edu.br)

## EDITORES

**Fernando de Brito Alves**

Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Jacarezinho – Brasil

**Jairo Néia Lima**

Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Jacarezinho – Brasil

## ASSESSORIA TÉCNICA

**Maria Natalina Costa**



FINANCIADA PELO



**PARANÁ**  
GOVERNO  
DO ESTADO

## FICHA CATALOGRÁFICA

---

Argumenta Journal Law (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP), n. 43 – maio / agosto 2024 – Jacarezinho. CDU 34(05) CDDir 340

As idéias emitidas nos artigos são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte. Pede-se permuta. Exchange is solicited. Piedese canje. Si prega l' ntercambio.



**COORDENAÇÃO DO PROGRAMA  
DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA / CCSA-CJ-UENP**

**Vladimir Brega Filho**

Universidade Estadual do Norte do Paraná / Jacarezinho – Brasil

---

**LINHA EDITORIAL**

- 1 – Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça
  - 2 - Função Política do Direito e Teorias da Constituição
  - 3 – Direitos e Vulnerabilidades
- 

**CONSELHO EDITORIAL**

**Celso Ludwig**

Universidade Federal do Paraná  
Curitiba – Paraná – Brasil

**Gilberto Giacoia**

Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Jacarezinho –Paraná – Brasil

**Mario Frota**

Universidade do Porto  
Porto - Portugal

**Oswaldo Giacoia Júnior**

Universidade Estadual de Campinas  
Campinas – São Paulo – Brasil

**Vladimir Brega Filho**

Universidade Estadual do  
Norte do Paraná  
Jacarezinho – Paraná - Brasil

**Josefa Muñoz Ruiz**

Universidade de Murcia  
Murcia – Espanha

**Àngel Cobacho López**

Universidade de Murcia  
Murcia – Espanha

**Mario Alberto Pedrosa dos Reis Marques**

Universidade de Coimbra - Portugal

**Zulmar Fachin**

Universidade Estadual de Londrina  
Londrina – Paraná - Brasil

**Paulo Nogueira da Costa**

Universidade de Lisboa - Portugal

**Gregório Assagra de Almeida**

Universidade de Itaúna  
Itaúna – Minas Gerais – Brasil

**Jean Carlos Dias**

Centro Universitário do Estado do Pará  
Belém – Pará – Brasil

**Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira**

Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul  
Paranaíba – MS – Brasil

**Cassius Guimarães Chai**

Universidade Federal do Maranhão  
São Luis – MA - Brasil

**Eduardo Augusto Salomão Cambi**

Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Jacarezinho – Brasil

**Samuel Rodríguez Ferrández**

Universidade de Murcia  
Murcia - Espanha

**Dirceu Pereira Siqueira**

UniCesumar  
Maringá - PR – Brasil

## CONSELHO TÉCNICO-CIENTÍFICO

---

**Álvaro dos Santos Maciel**

Universidade Veiga de Almeida – UVA  
Rio de Janeiro -RJ - Brasil

**Alexandre de Castro Coura**

Faculdade de Direito de Vitória  
Vitória – ES - Brasil

**Antonio Sergio Cordeiro Piedade**

Universidade Federal do Mato Grosso  
Cuiabá – Brasil

**Cláudia Karina Ladeira Batista**

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
Paranaíba – MS – Brasil

**Humberto Dalla Bernardina de Pinho**

Universidade Estácio de Sá  
Rio de Janeiro – RJ - Brasil

**Mario Lucio Garcez Calil**

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
Paranaíba – MS - Brasil

**Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis**

Inst. Brasiliense de Direito Público  
Brasília – DF – Brasil

**Rogério Filippetto de Oliveira**

Pontifícia Univ. Católica de Minas Gerais  
Belo Horizonte – MG - Brasil

**Carla Bertoncini**

Faculdades Integradas de Ourinhos  
Ourinhos – SP – Brasil

**Gelson Amaro de Souza**

Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Jacarezinho – PR - Brasil

**Ricardo Pinha Alonso**

Faculdades Integradas de Ourinhos  
Ourinhos – SP – Brasil

**Renato Bernardi**

Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Jacarezinho – PR - Brasil

**Sergio Tibiriça Amaral**

Fac. Integradas Antônio Eufrásio de Toledo  
Presidente Prudente - SP - Brasil

**José Eduardo Lourenço dos Santos**

Centro Universitário Eurípedes de Marília  
Marília –SP – Brasil

**Leonel Pires Ohlweiler**

Universidade Luterana do Brasil  
Canoas – RS – Brasil

**Marcelo Alves Pereira Eufrazio**

Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas  
Campina Grande – PB – Brasil

**Rafael Zelesco Barretto**

Universidade Presbiteriana Mackenzie  
São Paulo – SP -Brasil

**Jairo Neia Lima**

Universidade Est. do Norte do Paraná (UENP)  
Jacarezinho – PR - Brasil

**Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira**

Tribunal Regional do Trabalho  
Macau - RN - Brasil

**Clóvis Marinho de Barros**

Universidade Federal de Sergipe  
São Cristóvão – SE - Brasil

**Flavia Danielle Santiago Lima**

Universidade Católica De Pernambuco  
Recife – PE – Brasil

**Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral**

Universidade Estadual de Londrina  
Londrina - PR - Brasil

**Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça**

Universidade de Fortaleza - UNIFOR  
Fortaleza – CE - Brasil

**Daniel Oitaven Pamponet Miguel**

Faculdade de Direito da UFBA  
Salvador - BA – Brasil

**Rogério Montai de Lima**

Universidade Federal de Rondônia  
Rolim de Moura - RO - Brasil

**Regina Vera Villas Bôas**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
São Paulo - SP - Brasil

**Luana Renostro Heinen**

Fundação Universidade Regional de Blumenau  
(FURB) - Blumenau - SC –Brasil

**José Guilherme Wady Santos**

Estácio Fcat – Faculdade de Castanhal  
Castanhal - PA – Brasil

**Tiago Cappi Janini**  
Centro Universitário Salesiano São Paulo  
Lorena - SP - Brasil

**Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro**  
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Campo Grande – MS - Brasil

**Arthur Ramos do Nascimento**  
Universidade Federal da Grande Dourados  
Dourados – MS - Brasil

**Álvaro dos Santos Maciel**  
Universidade Veiga de Almeida – UVA  
Rio de Janeiro - RJ – Brasil

**Natalina Stamile**  
Universidade de Bergamo  
Bergamo - Itália

**Naima Worm**  
Universidade Federal do Tocantins,  
Campi Palmas Palmas – TO - Brasil

**José Mário Wanderley Gomes Neto**  
Universidade Católica de Pernambuco  
Recife - PE - Brasil

**Rafael Gomiero Pitta**  
UNICEPLAC -Centro Universitário  
Brasília – DF

**Luziane de Figueiredo Simão Leal**  
Universidade do Estado do Amazonas  
Boca do Acre - AM

**Alisson Melo**  
Centro Universitário 7 de Setembro  
Fortaleza - CE - Brasil

**Aloizio Lima Barbosa**  
Universidade Federal de Pernambuco  
Recife - PE - Brasil

**Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis**  
Universidade Estadual de Campinas  
Campinas, SP - Brasil

**André Viana Custódio**  
Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC  
Santa Cruz do Sul - RS - Brasil

**Bruno De Oliveira Rodrigues**  
Universidade Federal do Amazonas (UFAM)  
Manaus - AM - Brasil

**Carina Barbosa Gouvêa**  
Universidade Federal de Pernambuco  
Recife - PE - Brasil

**Danilo Lovisaro Do Nascimento**  
Universidade Federal do Acre  
Rio Branco - AC - Brasil

**Deilton Ribeiro Brasil**  
Universidade de Itaúna (UIT)  
Itaúna - MG - Brasil

**Felipe Da Veiga Dias**  
Atitus Educação  
Passo Fundo - RS - Brasil

**Ione Da Silva Cunha Nogueira**  
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Três Lagoas, MS - Brasil

**Leonardo Monteiro Crespo De Almeida**  
Universidade Católica de Pernambuco -  
UNICAP / Recife, PE - Brasil

**Mario Cesar Andrade**  
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/MG  
Governador Valadares, MG - Brasil

# SUMÁRIO

O COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES NO BRASIL: CRÍTICAS E MEDIAÇÕES A PARTIR DA APLICABILIDADE DA LEI 11.340/2006

Eduarda Camargo SANSÃO

Thainá Duarte Rezende ALVES

Ana Paula de Fátima COELHO

15

---

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CASOS DE CONFLITO ENTRE DIREITOS SOCIAIS E LIBERDADES ECONÔMICAS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Michele ZEZZA

53

---

NOTAS TEOLÓGICO-MATERIALISTAS SOBRE A ORIGEM DO ESTADO E DO DIREITO, A EXCEÇÃO E A VIDA NUA

Diogo Mariano Carvalho de OLIVEIRA

Vladimir BREGA FILHO

77

---

LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO, INTELIGÊNCIA E ODS: CONTRIBUIÇÕES PARA O ÀPERFEIÇOAMENTO DO SERVIÇO JUDICIÁRIO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ

Mariana Dionísio de ANDRADE

Eduardo Régis Girão de CASTRO PINTO

Paula Valverde SANTOS

109

---

RAÍZES E BASES DO AUTORITARISMO BRASILEIRO NA CONTEMPORANEIDADE: UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Anays Martins FINGER

Nina Trícia Disconzi Rodrigues PIGATO

Miriam Cheissele dos SANTOS

133

---

PANORAMA DAS DEMOCRACIAS NA AMÉRICA DO SUL À LUZ DO DESEMPENHO NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19 (2020-2021): COMO OS GOVERNOS RESPONDERAM AO PROBLEMA?

Arthur Ramos do NASCIMENTO

Fernanda Ferreira Rodrigues ROSA

151

---

PARTICIPAÇÃO POPULAR E LEGITIMIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Rômulo Linhares Ferreira GOMES

Alexandre de Castro COURA

179

---

EM BUSCA DE UM STANDARD PROBATÓRIO PARA O TESTEMUNHO INDIRETO (HEARSAY TESTIMONY) NO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL: TERMINOLOGIAS ESSENCIAIS E CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO À LUZ DO DIREITO COMPARADO

Danilo Lovisaro do NASCIMENTO

João Pedro Azevedo de CASTRO

201

---

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM BOBBIO E KANT E A SUA EFETIVAÇÃO PELO ACESSO À JUSTIÇA Thais Dalmolin Cervo YAMAKAWA Antonio Hilario Aguilera URQUIZA	233
O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A COMPLACÊNCIA COM A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE: DO DISCURSO À REALIDADE DAS PRÁTICAS PUNITIVAS Alexander de CASTRO Vinicius Basso LOPES	255
PARA ALÉM DE UMA CIDADANIA PERFORMÁTICA DAS MULHERES Josiane Caleffi ESTIVALET Marli Marlene Moraes da COSTA	283
APLICATIVOS DE DELIVERY E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR: A UTILIZAÇÃO DE DRONES NOS SERVIÇOS DE ENTREGA Diego Bianchi de OLIVEIRA Jonathan Barros VITA	305
PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES PARA O PRODUTOR RURAL Josilene Hernandes Ortolan DI PIETRO José Carlos FERREIRA JUNIOR	327
PRODUÇÃO CIENTÍFICA: TESES E DISSERTAÇÕES - (Maio / Agosto 2024)	345
AUTORES QUE PUBLICARAM NESTE NÚMERO	346
NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS	351

# CONTENTS

COMBATING DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AGAINST WOMEN IN BRAZIL: CRITICISM AND MEDIATION BASED ON THE APPLICABILITY OF LAW 11.340/2006 Eduarda Camargo SANSÃO Thainá Duarte Rezende ALVES Ana Paula de Fátima COELHO	15
CONSIDERATION OF CONFLICTS BETWEEN SOCIAL RIGHTS AND ECONOMIC FREEDOM IN THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION Michele ZEZZA	53
THEOLOGICAL-POLITICAL NOTES ABOUT THE ORIGINS OF THE STATE AND THE LAW, THE EXCEPTION AND THE BARE LIFE Diogo Mariano Carvalho de OLIVEIRA Vladimir BREGA FILHO	77
INNOVATION, INTELLIGENCE AND SGD LABORATORY: CONTRIBUTIONS TO JUDICIAL SERVICE IMPROVEMENT IN THE CEARÁ COURT OF JUSTICE Mariana Dionísio de ANDRADE Eduardo Régis Girão de CASTRO PINTO Paula Valverde SANTOS	109
ROOTS AND FOUNDATIONS OF BRAZILIAN AUTHORITARINISM IN CONTEMPORARY TIMES: A PERSPECTIVE FROM THE NEW LATIN AMERICA CONSTITUTIONALISM Anays Martins FINGER Nina Trícia Disconzi Rodrigues PIGATO Miriam Chessele dos SANTOS	133
OVERVIEW OF DEMOCRACIES IN SOUTH AMERICA IN LIGHT OF PERFORMANCE IN ADDRESSING COVID-19 (2020-2021): HOW HAVE GOVERNMENTS RESPONDED TO THE PROBLEM? Arthur Ramos do NASCIMENTO Fernanda Ferreira Rodrigues ROSA	151
POPULAR PARTICIPATION AND LEGITIMACY IN THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION Rômulo Linhares Ferreira GOMES Alexandre de Castro COURA	179
IN SEARCH OF A STANDARD OF PROOF FOR HEARSAY TESTIMONY WITHIN CONSTITUTIONAL DUE PROCESS: ESSENTIAL TERMINOLOGY AND EVALUATION CRITERIA IN LIGHT OF COMPARATIVE LAW Danilo Lovisaro do NASCIMENTO João Pedro Azevedo de CASTRO	201



HUMAN DIGNITY IN BOBBIO AND KANT AND ITS EFFECTIVENESS THROUGH ACCESS TO JUSTICE Thais Dalmolin Cervo YAMAKAWA Antonio Hilario Aguilera URQUIZA	233
THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM AND THE COMPLACENCE WITH THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: FROM THE DISCOURSE TO THE REALITY OF PUNITIVE PRACTICES Alexander de CASTRO Vinicius Basso LOPES	255
BEYOND A PERFORMATIC CITIZENSHIP OF WOMEN Josiane Caleffi ESTIVALET Marli Marlene Moraes da COSTA	283
DELIVERY APPS AND CONSUMER RIGHTS: THE USE OF DRONES IN DELIVERY SERVICES Diego Bianchi de OLIVEIRA Jonathan Barros VITA	305
DESIGNATED RURAL PROPERTY: ANNALYSIS AND IMPLICATIONS FOR THE AGRIBUSINESS FARMERS Josilene Hernandes Ortolan DI PIETRO José Carlos FERREIRA JUNIOR	327
SCIENTIFIC PRODUCTION THESES AND DISSERTATIONS (May / August 2024)	345
AUTHORS WHO PUBLISHED THIS ISSU	346
GUIDELINES FOR SUBMISSION	351

# RESUMEN

EL COMBATE A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y FAMILIAR CONTRA LAS MUJERES EN BRASIL: CRÍTICAS Y MEDIACIONES A PARTIR DE LA APLICABILIDAD DE LA LEY 11.340/2006

Eduarda Camargo SANSÃO

Thainá Duarte Rezende ALVES

Ana Paula de Fátima COELHO

15

---

CONSIDERACIONES SOBRE LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS SOCIALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Michele ZEZZA

53

---

APUNTES TEOLÓGICO-MATERIALISTAS SOBRE EL ORIGEN DEL ESTADO Y EL DERECHO, LA EXCEPCIÓN Y LA NUDA VIDA

Diogo Mariano Carvalho de OLIVEIRA

Vladimir BREGA FILHO

91

---

LABORATORIO DE INNOVACIÓN, INTELIGENCIA Y ODS: CONTRIBUCIONES PARA EL MEJORAMIENTO DEL SERVICIO JUDICIAL EN LA CORTE DE JUSTICIA DE CEARÁ

Mariana Dionísio de ANDRADE

Eduardo Régis Girão de CASTRO PINTO

Paula Valverde SANTOS

123

---

RAÍCES Y BASES DEL AUTORITARISMO BRASILEÑO EN LA CONTEMPORANEIDAD: UNA PERSPECTIVA DESDE EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Anays Martins FINGER

Nina Trícia Disconzi Rodrigues PIGATO

Miriam Chessele dos SANTOS

147

---

PANORAMA DE LAS DEMOCRACIAS EN AMÉRICA DEL SUR A LA LUZ DE SU DESEMPEÑO EN LA LUCHA CONTRA LA COVID-19 (2020-2021): ¿CÓMO HAN RESPONDIDO LOS GOBIERNOS AL PROBLEMA?

Arthur Ramos do NASCIMENTO

Fernanda Ferreira Rodrigues ROSA

165

---

PARTICIPACIÓN POPULAR Y LEGITIMIDAD EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Rômulo Linhares Ferreira GOMES

Alexandre de Castro COURA

193

---

EN BUSCA DE UN ESTÁNDAR PROBATORIO PARA EL TESTIMONIO INDIRECTO (HEARSAY TESTIMONY)

EN EL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL: TERMINOLOGÍAS

ESENCIALES Y CRITERIOS DE VALORACIÓN A LA LUZ DEL

DERECHO COMPARADO

Danilo Lovisaro do NASCIMENTO

João Pedro Azevedo de CASTRO

215

---

LA DIGNIDAD HUMANA EM BOBBIO Y KANT Y SU EFICACIA ATRAVÉS DEL ACCESO A LA JUSTICIA Thais Dalmolin Cervo YAMAKAWA Antonio Hilario Aguilera URQUIZA	<b>247</b>
EL SISTEMA PENITENCIARIO BRASILEÑO Y LA COMPLACENCIA CON LA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD: DEL DISCURSO A LA REALIDAD DE LAS PRÁCTICAS PUNITIVAS Alexander de CASTRO Vinicius Basso LOPES	<b>269</b>
MÁS ALLÁ DE UNA CIUDADANÍA PERFORMÁTICA DE LAS MUJERES Josiane Caleffi ESTIVALET Marli Marlene Moraes da COSTA	<b>297</b>
APLICATIVOS DE DELIVERY Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR: LA UTILIZACIÓN DE DRONES EN LOS SERVICIOS DE ENTREGA Diego Bianchi de OLIVEIRA Jonathan Barros VITA	<b>319</b>
PATRIMONIO RURAL AFECTADO: UN ANÁLISIS DE LAS IMPLICACIONES PARA LOS PRODUCTORES RURALES Josilene Hernandes Ortolan DI PIETRO José Carlos FERREIRA JUNIOR	<b>341</b>
PRODUCCIÓN CINETÍFICA: TESIS Y DISERTACIONES (Mayo / Agosto 2024)	<b>359</b>
LOS AUTORES QUE PUBLICAN EN ESTE NÚMERO	<b>360</b>
REGLAS PARA ENVÍO DE TEXTOS	<b>365</b>

# EDITORIAL

Editorial para não ser lido

Aproveito o solene pedido de licença para romper as regras do que é comumente feito, solicitado pela Professora Doutora Samia Moda Cirino no texto editorial da edição anterior, para dar sequência a algumas das reflexões por ela apresentadas sobre a ciência jurídica no Brasil.

De maneira sucinta e acertada, Cirino questionou a qualidade do ensino, a lógica de mercado na produção acadêmica e a formação tecnicista dos profissionais da área jurídica; apontou para a necessidade de reflexão, de crítica e inovação para se repensar o Direito na contemporaneidade; e, para tanto, considerou com superlativa relevância a pesquisa e os periódicos científicos da área como instrumentos de modificação e transformação do estabelecido. Insolitamente, Cirino convidou as pessoas interessadas à leitura da *Argumenta Journal Law* como uma via de fomentar o pensamento crítico e o intercâmbio de conhecimento, convocando(,) ao fim: *é preciso mudar!*

É preciso mudar, sem dúvidas. Mas as condições de transformação do funcionamento da pesquisa jurídica não se alteram reproduzindo-se um mais do mesmo apressado, impensado, encantado e capturado pela moda. A forma atual, quantitativamente acumulada e extremamente fácil de ser acessada não garante, necessariamente, inovação; a sociedade do conhecimento é, por enquanto, uma fabulação; e o pensamento crítico, mesmo dentro da academia, o privilégio de um privilégio. De modo que, às reflexões salientadas, importunamente outras quero acrescentar, prioritariamente em forma de recusa:

E a primeira das recusas se refere ao modismo que impregna a pesquisa jurídica no Brasil e que identifica qualidade teórica com data recente. Há, por aí, inúmeras neodiscussões, neoterminologias e novos olhares sobre novíssimos temas: ancestrais; elaborados no pretérito mais que (im)perfeito talvez muito mais rica e rigorosamente que o atual, mas que se desconhece justamente por não se conhecer a história do conhecimento social acumulado daquela determinada área ou tema. Se, conhecendo os clássicos das ciências sociais, de maneira geral, e das ciências jurídicas, de maneira particular, não podemos conhecer o acervo do pensamento nestas áreas em sua totalidade; até porque, sozinhos, os clássicos não dão conta de explicar completamente fenômenos da atualidade; sem eles, todavia, não conhecemos nem podemos

compreender nada desta mesma atualidade. As tendências atuais desdobram potências de pensamentos clássicos; a mais nova teoria elaborada no amanhã do mundo digital contém digitais das penas dos clássicos de outros tempos. No meio disso, publicações no agora destilam miríade de vulgarizações, banalizações, reduções, simplificações, mistificações e incompreensões.

A segunda recusa, contígua à primeira, se refere à importação ingênua de autores estrangeiros, que teorizam desde o seu próprio chão, sobre suas próprias conjunturas, questões e preocupações; e que nada dizem sobre a realidade brasileira e sequer com ela se importam, mas que aparentemente devem se fazer constar nos nossos textos acadêmicos. Autores estrangeiros que não têm reconhecimento e importância alguma em seus países de origem são alçados a gênios em muitos textos, pesquisas e programas. Há, inclusive, revistas que editorialmente recusam artigos quando nele não desfilam autores de fora. Alega-se, para tanto, a metáfora da globalização, a suposta universalização do pensamento e, mais burocraticamente, a importância da internacionalização dos programas de pesquisa. Não se escapa, no entanto, de um colonialismo mental, científico e cultural que garante, como sempre, alienação, de um lado; e perpetuação dos interesses do já estabelecido, de outro.

Estas duas características, somadas e presentes na pesquisa jurídica brasileira, engendram ainda uma terceira: a impossibilidade da discussão de temas que ameacem uma hipotética ordem capitalista. Frise-se o termo: discussão. É impensado e (mal) avaliado como radical qualquer movimento de pensamento e argumentação no sentido de romper o que está estabelecido. Pode-se produzir artigos e mais artigos, sempre científicos, humanistas e progressistas, sobre as mais variadas e brutais injustiças e exclusões que predominam na realidade contra a imensa maioria da população; mas o mínimo ensaio que suscite ou sugestione algo realmente disruptivo – para usar e esvaziar o termo da moda –, é avaliado como ortodoxo ou extremista ou, pior, como ultrapassado ou impossível. Trata-se, ao fim e ao cabo, da escamoteação de um pensamento fatalista: estamos condenados à realidade; patinamos no subdesenvolvimento, com nossa abissal desigualdade sobretudo de classe, mas também com marcas flagrantes de opressão racial, de identidade e gênero; naturalizamos desequilíbrios regionais e subserviências internacionais. Desapareceu na academia a possibilidade de discussão sobre a (des)continuidade histórica do capitalismo. Diante disso, as sugestões dadas pela pesquisa jurídica corriqueiramente não fazem mais do que salientar a importância do

princípio da dignidade humana junto à necessidade de reformas legislativas ou novas regulamentações, principalmente quando buscadas na sempre excelente experiência norte-americana ou européia. Mas o reformismo não elimina o sofrimento, a fome, a miséria, a violência e a injustiça; e o lucro não precisa de democracia para ser obtido.

Dentre outras possíveis de serem levantadas, discutidas e enfrentadas, estas três características podem, visto de um certo modo, ser encontradas nas pesquisas jurídicas contemporâneas no Brasil. Configuram nelas, deste modo, formas de exposição de pesquisa em que o estilo se parece mais com um formulário preestabelecido, submetido a uma razão instrumental e mercantil; uma receita seguida e escrita sobre qualquer tema tendo em vista o resultado: a publicação; mesmo que quase ninguém leia; mas que, conseqüentemente, resultará num esquadramento para avaliação e pontuação; um ranqueamento competitivo dos melhores do mais do mesmo. O burocratismo toma o lugar da ciência; a lógica da publicação produtivista antecede a própria função da pesquisa e da construção do conhecimento. De modo que, podemos questionar: é isto fazer pesquisa?

Se as características apresentadas puderem mesmo ser verificadas nos artigos resultados das pesquisas científicas, mesmo nos cursos de pós-graduação, não rompemos com nenhum paradigma nem teremos reflexão, crítica, inovação e muito menos desenvolvimento. A saída talvez seja uma recusa, à qual eu convido: não ler qualquer coisa sobre qualquer coisa, retornar aos clássicos e aos desconhecidos do nosso chão, reivindicar outro padrão de trabalho intelectual, inventar criativamente e construir uma alternativa. Boa leitura.

**José Alexandre Ricciardi Sbizera**

**Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.**

**Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito das Faculdades Londrina.**

# O COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES NO BRASIL: CRÍTICAS E MEDIAÇÕES A PARTIR DA APLICABILIDADE DA LEI 11.340/2006

COMBATING DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE  
AGAINST WOMEN IN BRAZIL: CRITICISM AND  
MEDIATION BASED ON THE APPLICABILITY OF LAW  
11.340/2006

EL COMBATE A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y FAMILIAR  
CONTRA LAS MUJERES EN BRASIL: CRÍTICAS Y  
MEDIACIONES A PARTIR DE LA APLICABILIDAD DE LA  
LEY/2006

## SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Lei Maria da Penha: histórico e aplicabilidade; 2.1. Aplicabilidade; 3. Reflexões sobre a estruturação legal para combate à violência das mulheres no campo do Direito Penal; 4. Possíveis enfrentamentos; Considerações finais; Referências.

## RESUMO:

A década de 1970 foi um período marcado pela organização das mulheres, principalmente em torno da bandeira contra a violência. No cenário de redemocratização brasileiras, as mulheres construíram manifestações e debates coletivos para o reconhecimento estatal das violências de gênero. Esse contexto culminou na criação da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que introduziu uma nova possibilidade no sistema jurídico brasileiro, com a institucionalização da violência doméstica e familiar

Como citar este artigo:  
SANSÃO, Eduarda,  
ALVES, Thainá,  
COELHO, Ana Paula.  
O combate à violência  
doméstica e familiar  
contra as mulheres  
no Brasil: críticas e  
mediações a partir  
da aplicabilidade  
da Lei 11.340/2006.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 43 2024,  
p. 15-52

Data da submissão:  
04/10/2023

Data da aprovação:  
14/11/2024

1. Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - Brasil
2. Universidade Federal de Lavras - Brasil
3. Universidade do Estado de Minas Gerais - Brasil

contra a mulher. A partir disso, esse trabalho objetiva avaliar como ela tem funcionado até o presente momento, com observação dos impactos, das atualidades e perspectivas que podem ser apontadas. Metodologicamente, adotou-se uma abordagem indutiva. Para os métodos procedimentais, foi realizado uma revisão bibliográfica, com base em juristas que têm trabalhado sobre o tema, seguido por uma análise documental, embasada em relatórios e notas técnicas de organizações e institutos de pesquisa. Considera-se uma avaliação sobre os efeitos do instrumento legislativo, desafios que se apresentam na atualidade e perspectivas possíveis para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra mulher no Brasil.

#### **ABSTRACT:**

The 1970s were a decade marked by women's organization, primarily centered around the fight against violence. In the context of Brazil's redemocratization, women organized collective demonstrations and debates for state recognition of gender-based violence. This movement culminated in the creation of Law 11,340/2006, known as the Maria da Penha Law, which introduced a new possibility into the Brazilian legal system by institutionalizing domestic and family violence against women. From this perspective, this work aims to evaluate how the law has functioned up to the present, observing its impacts, current developments, and potential future perspectives. Methodologically, an inductive approach was adopted. As for the procedural methods, a literature review was conducted, based on legal scholars who have worked on the topic, followed by a document analysis grounded in reports and technical notes from organizations and research institutes. An assessment is made of the effects of the legislative instrument, the challenges currently faced, and possible perspectives for addressing domestic and family violence against women in Brazil.

#### **RESUMEN:**

La década de 1970 fue un período marcado por la organización de las mujeres, principalmente en torno a la lucha contra la violencia. En el contexto de la redemocratización brasileña, las mujeres organizaron manifestaciones y debates colectivos para el reconocimiento estatal de las violencias de género. Este contexto culminó en la creación de la Ley 11.340/2006, conocida como la Ley Maria da Penha, que introdujo una



nueva posibilidad en el sistema jurídico brasileño, al institucionalizar la violencia doméstica y familiar contra la mujer. A partir de esto, este trabajo tiene como objetivo evaluar cómo ha funcionado hasta el presente, observando los impactos, los acontecimientos actuales y las posibles perspectivas que se pueden señalar. Metodológicamente, se adoptó un enfoque inductivo. En cuanto a los métodos procedimentales, se realizó una revisión bibliográfica, basada en juristas que han trabajado sobre el tema, seguida de un análisis documental, fundamentado en informes y notas técnicas de organizaciones e institutos de investigación. Se considera una evaluación sobre los efectos del instrumento legislativo, los desafíos actuales y las posibles perspectivas para enfrentar la violencia doméstica y familiar contra las mujeres en Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Lei Maria da Penha; Violência doméstica e familiar contra a mulher; Violência de gênero.

**KEYWORDS:**

Maria da Penha Law; Domestic and family violence against women; Gender-based violence.

**PALABRAS CLAVE:**

Ley Maria da Penha; Violencia doméstica y familiar contra la mujer; Violencia de género.

**1. INTRODUÇÃO**

A partir da década de 1970, os movimentos feministas fortaleceram os debates políticos sobre a violência de gênero, principalmente no sentido de colocar a discussão em um espaço público, com a responsabilização do Estado no sentido de promover medidas e ações que combatessem as violências sofridas pelas mulheres. A articulação de mulheres por meio de organizações e associações contribuiu na construção do contexto que gerou a Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, popularmente conhecida como a Lei Maria da Penha.

Esse instrumento legal versa sobre a violência doméstica e familiar contra as mulheres, sob as influências de discussões na sociedade brasi-

leiras, mas também de estruturas internacionais, que podem ser representadas pela Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, realizada em Pequim no ano de 1995, assim como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, organizada em Belém do Pará em 1994.

Ao considerar que a Lei Maria da Penha está presente no cenário jurídico brasileiro há catorze anos, esse trabalho objetiva avaliar como ela tem funcionado até o presente momento, com observação dos impactos, das atualidades e perspectivas que podem ser apontadas. A importância do tema se justifica no sentido de realizar uma análise que possa se somar às diferentes contribuições que têm sido produzidas em torno da questão da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil.

Metodologicamente, considera-se uma abordagem indutiva, pela centralidade em torno da Lei Maria da Penha direcionada para o contexto ampliado, dado o recorte para o Direito Penal, à questão da vitimização e possíveis enfrentamentos. Para os métodos procedimentais, foi realizada uma análise bibliográfica, sob a consideração dos trabalhos produzidos por Vera Regina Pereira de Andrade e Alessandro Baratta no campo da criminologia, a obra significativa de Carmen Hein de Campos que traz comentários específicos sobre a Lei Maria da Penha por uma perspectiva jurídica feminista e conta com contribuições de autores como Leila Linhares Barsted e Lênio Luiz Streck. Em termos de interdisciplinaridade, destaca-se a contrapartida teórica a partir do filósofo húngaro Stíván Meszáros e de Alexandra Kollontai, no sentido de confrontar um sentido jurídico estrito sobre o tema. Além dos autores citados, foram trabalhados outros pesquisadores que têm produzido material relevante sobre a situação da violência doméstica e familiar sobre as mulheres.

Em sequência, foi estruturada uma análise documental, realizada a partir de dados secundários explicitados em notas técnicas e relatórios, entre os quais destacamos as notas “Mulheres e seus temas emergentes”, organizadas pelo Instituto de Pesquisa DataSenado. Os trabalhos realizados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública proveram dados e avaliações recentes sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A partir desse percurso metodológico, o presente trabalho foi estruturado da seguinte forma: aborda-se uma avaliação da Lei Maria da Penha, com seu histórico de criação, sua aplicabilidade e dados relativos.

Segue-se para uma observação da relação do Direito Penal com o quadro de violência doméstica das mulheres, direcionado para uma análise sobre os possíveis enfrentamentos sobre o tema, com destaque para a organização dos Centros de Referência de Atendimento a Mulheres em situação de violência doméstica.

## **2. A LEI MARIA DA PENHA: HISTÓRICO E APLICABILIDADE**

A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, entrou em vigor em 07 de agosto de 2006, marcada pelo reconhecimento da violência contra a mulher. Introduziu uma nova possibilidade no sistema jurídico brasileiro, com a institucionalização da violência doméstica e familiar contra a mulher. Destaca-se a importância desse instrumento legislativo por publicizar um problema dos núcleos familiares como uma questão a ser trabalhada pelo Estado por diferentes perspectivas para o combate à violência de gênero. De modo específico, este texto parte da verificação dos termos legais para compreender o histórico, o sentido de mobilização do Direito e os próprios direcionamentos em torno da aplicabilidade.

Entre os avanços produzidos pela lei, verifica-se a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, com estruturas específicas para tratar das vítimas desse tipo de violência, a partir de uma atuação diversa baseada num atendimento jurídico, de saúde e psicossocial. Facilitou o acesso à justiça com um atendimento diferenciado para as mulheres violentadas ou em um contexto de risco, além do trabalho integrado em medidas estatais para a prevenção da violência doméstica (Mello, *et al*, 2018, p. 21).

Politicamente, um dos destaques da lei se baseia em trabalhar as questões da violência de gênero a partir da instrução e formação, com o estabelecimento de que os agressores deveriam participar de programas de reeducação e recuperação<sup>1</sup>. Esse ponto traz como o indicativo o reconhecimento da importância dos homens na superação das violências de gênero. A Lei Maria da Penha produziu um enrijecimento das medidas punitivas aos agressores, com maior rigor em crimes de menor potencial ofensivo, como a ameaça e a lesão corporal leve. Identifica-se que essa possibilidade a partir do intuito de evitar a ocorrência de violências mais graves, como o homicídio da vítima (Mello, *et al*, 2018, p. 23).

A Lei Maria da Penha foi organizada no intuito de produzir mecanis-

mos que coibissem a violência doméstica e familiar contra as mulheres. O caput da lei apresenta como base o “§ 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher” (Brasil, 2006).

A construção dessa lei está inserida em um contexto internacional de combate à violência de gênero, ponto fundamentado no sentido jurídico pelas convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Trata-se de um reconhecimento estatal na necessidade de assistir mulheres e protegê-las das situações de violência doméstica. Reconhece diferentes formas de violências contra a mulher, apontadas do art. 7º: violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Importa destacar o Título III da lei supracitada, que trata da assistência para a mulher que se encontra em uma situação de violência doméstica e familiar. Divide-se em medidas de prevenção, formas de assistência e o atendimento pela autoridade policial. Esse trecho demonstra a necessidade de um trabalho integrado entre o Poder Público, em todos os níveis da federação, porém sem restringir a ações meramente governamentais.

Reconhece-se que a materialização legislativa representa uma articulação entre Poder Judiciário, organização de pesquisas e estudos sobre o tema, instrumentos de comunicação e explicação sobre o tema, campanhas educativas, organizações não-governamentais, inserção do debate nos currículos escolares para a construção de uma nova realidade para a violência doméstica e familiar contra mulher. Nesse sentido, orienta-se pela perspectiva de que a avaliação do texto legislativo pode contribuir para produção da crítica sobre a ineficiência como instrumento de regulação, controle e educação, visto que o próprio instrumento reconhece o trabalho conjunto a outros setores sociais.

Quanto ao atendimento policial, é possível levantar um ponto específico. Legalmente, o art. 10-A, § 1º, III coloca como diretriz a “não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada” (Brasil, 2006). Entretanto, a recepção das mulheres violentadas pelo sistema penal se aparta dessa conduta indicada.

Novas violências são exercidas no sentido da reprodução de discursos que promovem constrangimentos e humilhações para a mulher, a qual

tem sua vida pessoal vasculhada no sentido de passar por uma avaliação meritória quanto a própria capacidade de ser vítima. Questiona-se a credibilidade do depoimento e denúncia. Andrade (2012, s. p.) nos aponta para um termo cabível usado por Paul Ricouer: a hermenêutica da suspeita.

Na continuidade da análise do texto legal, as medidas protetivas de urgência são tratadas a partir do artigo 18, o qual garante um prazo de quarenta e oito horas a partir do recebimento do pedido para encaminhar a mulher ofendida. O artigo 22 elenca uma série de medidas de urgências cabíveis ao agressor, como o afastamento do lar, suspensão da posse ou restrição de porte de armas, assim como a proibição do contato, a aproximação ou estar nos mesmos lugares que vítima. O texto segue no tratamento das medidas protetivas de urgência à ofendida, assim como trata sobre o crime do descumprimento de tais medidas protetivas de urgência.

A Lei ainda garante que o Ministério Público atue nos casos de violência doméstica, que seja concedida assistência judiciária, com destaque para a colocação de uma equipe de atendimento multidisciplinar, tratada entre os art. 29 e 32, com profissionais jurídicos, das áreas da saúde e psicossocial, no intuito de garantir uma integralidade na tratativa da mulher que sofre algum tipo de violência em ambiente doméstico ou familiar (Brasil, 2006).

A instrumentalização legal explicitada acima a partir da estrutura da Lei Maria da Penha remete a uma possibilidade compreensiva de que a iniciativa representa uma expressão da mobilização do Direito para ampliação dos sentidos de existência para as mulheres. Junto a um movimento internacionalizado, considera-se que “o quadro interpretativo da violência de gênero como violação dos direitos humanos foi decisivo para transformar o direito em recurso político e simbólico” (Maciel, 2011, p. 105)

Ao olhar para o histórico da criação da Lei Maria da Penha, compreende-se que existiu um longo processo social que culminou em sua organização. Foi marcado por inúmeras manifestações, debates e construções coletivas. De acordo com Barsted (2011, p. 13) a década de 1970 foi um período marcado pela organização das mulheres, principalmente em torno da bandeira contra a violência, tanto no Brasil quanto em outros lugares do mundo.

Durante a década de 1980, os movimentos sociais brasileiros começaram a ganhar força em um contexto de reconstrução da democracia, após duas décadas de ocorrência da Ditadura civil-militar. Entre as pautas mobilizatórias, existia uma tendência da projeção do Direito Penal para resolução das questões em luta. No interior do movimento feminista brasileira, havia uma lógica de que introduzir novos delitos, aumentar as penas para crimes contra as mulheres geraria uma condição social menos violenta do caráter de gênero (Gindri e Budó, 2016, p. 247).

Nesse período, dois marcos são fundamentais para a luta das mulheres. Em 1985, foi criada a primeira Delegacia Especializada de Atendimentos às Mulheres (DEAM), como resultado dos movimentos organizados (Calazans e Cortes, 2011, p. 43). Em 1988, o novo texto constitucional garantiu a equiparação formal entre homens e mulheres, fator importante no encaminhamento de seminários, reuniões, debates e projetos de Lei no Congresso Nacional.

Até os anos 2000, exista uma timidez legislativa no tratamento da questão da violência de gênero, sem qualquer proteção específica que passassem por violência no interior do ambiente doméstico e familiar. Calazans e Cortes (2011, p. 41) citam algumas leis que tratavam pontos tangentes ao tema. A Lei 7.209/1984 estabeleceu um agravamento da pena se o crime ocorresse contra cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Já a Lei 8.930/1994 caracterizou o atentado violento ao pudor e o estupro como crimes de caráter hediondo.

Para além dessas, as autoras apontam ainda para: a Lei 9.318/1996, que trazia agravante para crime que fosse praticado contra mulher grávida, velho, criança ou enfermo; a Lei 9.520/1997, que revogou a necessidade de consentimento do marido para que uma mulher exercesse o direito de queixa; e a Lei 10.224/2001, lei que inseriu o assédio sexual no Código Penal.

Destaca-se a Lei 9.099/1995, a qual permitia que casos de violência doméstica fossem encaminhados para os juizados especiais, tanto cíveis quanto criminais. Isso ocorria porque pertencia aos juizados a competência para tratar dos crimes que se caracterizassem como de menor potencial ofensivo. Como a violência doméstica se dava como um crime de lesão corporal leve, isso gerou uma apreciação dos casos sobre essa questão pelos juizados. Em avaliação dos efeitos, constatou-se que essa atuação

implicava em um favorecimento aos agressores, com poucos resultados para as mulheres que denunciavam (Calazans e Cortes, 2011, p. 42).

O encaminhamento da Lei Maria da Penha passou por debates realizados em níveis internacionais, com destaque para a Convenção de Belém do Pará, a Convenção da Mulher, que versava sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, assim como a Plataforma de Ação de Beijing, de 1995. Esses instrumentos proveram suporte nos direcionamentos para o combate à violência de gênero no Brasil.

Uma das considerações sobre a lei supracitada é a influência da condução do caso Maria da Penha para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em uma articulação entre a vítima, organizações e movimento sociais para as mulheres. A mobilização do espaço jurídico internacional contribuiu para a expansão mobilizatória em campo nacional (Maciel, 2011). Coloca-se em termos de contribuição, visto que diversos arranjos foram somados para resultar na Lei Maria da Penha.

Nesse contexto, é importante situar a posição de Severi (2017, p. 89), que realiza uma crítica quanto ao que considera o mito de origem da lei, no sentido da história usualmente contada, a qual se dá da seguinte forma: conta-se a história de Maria da Penha, as violências que sofreu por parte do seu marido, seguido pela ineficácia legal do Estado brasileiro. A partir do acontecido, o Estado seria responsabilizado nas cortes internacionais por negligência e omissão quanto à violência doméstica. Para cumprimento dos tratados e convenções internacionais, direcionou a criação da Lei 11.340/2006.

Para a pesquisadora, essa forma de contar a história desconsidera a dimensão de lutas sociais construídas nas últimas décadas. Por conseguinte, acaba que “de agentes políticas ou sujeitas de direito, as mulheres são repositionadas nos papéis de gênero de vítimas e estereótipos que o direito sempre se valeu para desqualificar as mulheres e suas demandas” (Severi, 2011, p. 90). Em análise aos movimentos históricos em torno da sistematização legal para o combate à violência de gênero, considera-se a ocorrência de uma campanha ampliada e multifacetada. Conforme Maciel:

A Campanha da Lei Maria da Penha exprime de maneira exemplar dois fenômenos sociopolíticos emergentes nas sociedades contemporâneas: primeiro, o uso dos tribunais, nos âmbitos e global e nacional, como estratégia política de gru-

pos e movimentos sociais; segundo, a expansão do direito, em particular do direito penal, como instrumento de resolução de conflito e de mudança social (Maciel, 2011, p. 97)

O processo de criação da Lei 11.340/2006 foi resultado de um trabalho articulado de muitos anos, principalmente na transição da década de 90 para os anos 2000. O trabalho envolveu o Consórcio de ONGS de Mulheres, o Conselho Nacional de Direito das Mulheres e a articulação das mulheres brasileiras. Em 2002, já constava um Projeto de Lei do Executivo que dava um rascunho sobre o que se tornaria a Lei Maria da Penha (Calazans e Cortes, 2011, p. 47).

O Projeto de Lei 4559/2004 foi arduamente debatido entre o Legislativo e setores da sociedade civil. As organizações políticas de mulheres realizaram diversas manifestações e mobilizações que tinham como objetivo realizar pressão para que existisse a aprovação de uma lei que colaborasse no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Por fim, Calazans e Cortes (2011, p. 48) relatam que 2006 foi um ano marcado pela atuação do movimento feminista para consolidação do Projeto de Lei e consequente sanção, somada a uma série de ratificações do Estado brasileiro sobre convenções que versavam sobre as violências contra as mulheres.

## **2.1 Aplicabilidade**

Nos tópicos anteriores, foi realizada uma observação do conteúdo e do histórico que conduziu à estruturação da Lei 11.340/2006 - A Lei Maria da Penha, sob a perspectiva da mobilização do Direito. A partir do que foi compilado, este manuscrito se direciona para uma avaliação sobre como o instrumento legal tem sido aplicado e quais observações podem ser feitas dos enfrentamentos da violência doméstica no Brasil.

Leila Barsted contextualiza o feminismo latino-americano da segunda metade do século XX por uma dupla perspectiva: a de embate com o próprio Estado, mas a articulação política para efetivação e reconhecimento de direitos, nas formas de leis e políticas públicas. A sobrevivência das mulheres e a superação da violência de gênero perpassa por, segundo a autora, “imprimir novos paradigmas políticos e culturais e de monitorar o Estado e a sociedade no que diz respeito à compatibilidade entre as declarações de direitos e a sua efetividade” (Barsted, 2011, p. 14).



Simultaneamente, identifica-se um “uso político do Direito” (Maciel, 2011, p. 101), instrumentalização pautada – principalmente – a partir de movimentos sociais que convocam o Estado a uma atuação responsiva, de modo que seja possível mobilizar a sociedade em torno de determinadas situações para amplificação dos modos de enfrentamento, aplicabilidade e verificação da interlocução entre legislação e vida cotidiana.

Nesse sentido de monitorar o Estado e pensar como a sociedade lidar com as definições geradas pela Lei Maria da Penha, discute-se sobre a aplicabilidade do instrumento legal. Ao pensar sobre aspectos conectados com a aplicação, é importante avaliar as condições que as mulheres possuem de usufruir dos direitos conquistados. O reconhecimento formal de um direito não garante, de forma imediata, o exercício da titularidade garantida. Segundo Barsted (2011, p. 14), falar em titularidade não significa se restringir em ter direitos, mas gerar o usufruto deles.

A luta pelo direito a uma vida sem violência, que possibilitou a aprovação da Lei Maria da Penha, em 2006, é um caso exemplar de exercício de uma cidadania ativa expressa no discurso e na atuação das feministas no espaço público. Sintetiza, também, a longa interlocução das feministas com os poderes legislativo e executivo e aponta para a necessidade de investimentos contínuos no diálogo com o poder judiciário e as demais instituições da justiça (Barsted, 2011, p. 15).

Existem alguns obstáculos na aplicabilidade da Lei Maria da Penha. Podemos destacar a forma como o Poder Judiciário recepciona casos ligados à questão da violência doméstica e de gênero. Vende-se a existência de uma ação baseada na técnica, na neutralidade, todavia o que se encontra é uma realidade onde princípios dos direitos humanos não são tratados de forma clara. Uma crítica que Barsted (2011, p. 35) faz é que o Poder Judiciário não passou por um movimento suficiente de democratização, de modo que se construa uma relação com os movimentos sociais.

Seguimos para o posicionamento de Lenio Streck, o qual compreende que ainda não aconteceu uma consolidação na aplicação da Lei Maria da Penha, apesar de estar em vigência há catorze anos. Traça a relação que de que o domínio masculino sobre os espaços do judiciário pode ser um aspecto que influencie nas interpretações da Lei Maria da Penha (Streck, 2011, p. 93). O autor apresenta um problema da aplicabilidade quanto às questões de competência entre juízo comum e juizado especial criminal,

a partir da seguinte lógica:

Autuado, o termo circunstanciado de violência (contravenções penais) contra a mulher é remetido ao Poder Judiciário. O feito é distribuído para uma Vara Criminal. O Juiz de Direito entende que as contravenções penais, mesmo que cometidas entre pessoas com relação de afeto e parentesco protegidas pela Lei Maria da Penha, são de competência do Juizado Especial Criminal, uma vez que o art. 41 da aludida lei federal se refere somente a crimes. Isso, ao fim e ao cabo, gera um conflito de competência (Streck, p. 93).

Na análise do texto legal, compreende-se que o legislador teve o cuidado de abarcar qualquer ação ou omissão que gere violência doméstica e familiar para a mulher, segundo art. 5º da Lei 11.340/2006. Ainda é importante lembrar o que diz o artigo 4º, anterior a esse, que direciona a interpretação da Lei para os fins sociais a que ela é direcionada, ou seja, “as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar” (Brasil, 2006). Além disso, o artigo 7º abrange com clareza quais violências são abarcadas pela Lei Maria da Penha.

Nesse sentido, Streck (2011, p. 95) defende que não existia vontade do legislador em realizar uma diferenciação para contravenções penais ou crimes de menor potencial ofensivo. Na realidade, o que se verifica é que qualquer ato, em forma de ação ou omissão, que esteja conectado com a violência doméstica e familiar contra as mulheres, estará submetido ao conteúdo legislativo da Lei, que deve incidir na ocorrência das violências dispostas no art. 7º.

Em termos gerais, a crítica deve ser realizada no sentido de que a Lei Maria da Penha foi criada com base nas motivações de trabalhar de forma mais concreta a questão da violência de gênero no ambiente doméstico e familiar. Ao entender que ela é resultado de um processo de articulação social e política que visava a existência de uma lei que tratasse do tema, conforme histórico realizado anteriormente, não é possível dissociar as razões que moveram sua criação da forma como é lida a violência contra a mulher.

Conforme Maciel (2011) há uma força simbólica na reestruturação legal em torno da ampliação e redefinição dos sentidos de violência para as mulheres, justamente porque a institucionalização reconhece o problema da violência contra a mulher para além da formalidade. Há abertura

de um espaço jurídico significativo a partir do aparato legal da Lei Maria da Penha que contribui para o manejo de diferentes recursos para enfrentar um quadro concreto de violações.

Em questões constitucionais, Streck (p. 98) ainda realiza um debate sobre como a Lei deve ser interpretada. Ele se põe na contrariedade do argumento de que a Lei Maria da Penha fere, em algum nível, a constitucionalidade. Isso porque ela tem como objetivo tratar de desigualdades que ocorrem em um plano material. Não há que se falar em ferimento da isonomia e igualdade formal, pois não é possível realizar a aplicação legal de modo descontextualizado. Segundo Streck (2011), trata-se de:

Um direito que vem diferente. Um direito que nos lembre que nunca mais poderemos proceder de determinadas maneiras. No caso, a Constituição do Brasil permite discriminações positivas para – repito –, através de um tratamento desigual, buscar igualar aquilo que sempre foi desigual. Esse é o paradigma a partir do qual devemos interpretar a Lei Maria da Penha (Streck, 2011, p. 98).

Segundo o trabalho de Piovensan e Pimentel (2011, p. 113-114), a Lei Maria da Penha trabalha por uma dupla perspectiva, preventiva e repressiva. No aspecto preventivo, o que se denota é a integração de ações de diferentes níveis governamentais, assim como o trabalho multidisciplinar do Poder Judiciário, com articulação de diferentes áreas sociais, entre educação, saúde e trabalho. Quanto ao aspecto repressivo, entendemos que o rompimento da configuração das violências contra a mulher caracterizadas como de menor potencial ofensivo fortalece tal repressão. De certa forma, “afasta-se, assim, a convivência do Poder Público com a violência contra a mulher” (Piovesan e Pimentel, 2011, p. 114).

Por fim, no debate da aplicação da Lei 11.340/2006, ressalta-se as considerações trazidas pela pesquisadora Wania Pasinato (2015, p. 424). Entre alguns pontos que afetam a aplicabilidade, podem ser destacados a dificuldade de universalização do acesso à justiça, falta de investimentos públicos, dificuldade de formação e capacitação profissional para atendimento das vítimas de violência doméstica. Ainda é possível identificar a falta de protocolos para o tratamento dos casos, com sujeição ao modo como o profissional responsável lida com a situação, a partir de ideais de sensibilidade e compreensão sobre o tema.

A partir do reconhecimento da vinculação da legislação com um

tema que possui inferências concretas de forma cotidiana, assume-se que o processo de estabelecimento da Lei Maria da Penha tem um caráter de construção contínua, em um trabalho interpretativo e na tradução de políticas públicas que ampliam a materialidade legislativa. Nesse sentido, destaca-se a pesquisa produzida por Ana Paula Mittelman Germer (2023) que sintetiza uma série de alterações que já ocorreram e são expressões de novas demandas e adequações.

Considera-se a ocorrência de modificações a partir de 2017, com diversos tópicos vinculados a uma perspectiva penal. Exemplifica-se algumas alterações a partir dos seguintes tópicos: direito de atendimento policial e pericial especializado (Lei n. 13.505/2017); tipificação do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência (Lei n. 13.641/2018); reconhecimento da violação de intimidade da mulher como violência doméstica e familiar (Lei n. 13.772/2018); previsão de apreensão de arma de fogo em posse de agressor em situações de violência doméstica (Lei n. 13.880/2019); estabelecimento do Programa Sinal Vermelho contra a violência doméstica (Lei n. 14.188/2021), entre outras alterações.<sup>2</sup>

Sob os espectros da aplicabilidade, direcionado a um exercício analítico sobre o funcionamento da Lei Maria da Penha e percalços envolvidos em sua aplicabilidade, é substancial verificar dados coletados ao longo dos últimos anos, sob diferentes contextos. A coleta e uso de informações sobre a violência doméstica e familiar pode contribuir de forma técnica para uma análise contextualizada do problema, assim como para o direcionamento de políticas públicas, ações e aperfeiçoamentos da aplicação da lei. Considera-se como premissa um ponto elencado na Plataforma de Ação de Pequim, que aborda diferentes questões sobre a violência de gênero. Entre alguns objetivos estratégicos, destaca-se:

A ausência de dados estatísticos adequados, discriminados por sexo, sobre o alcance da violência dificulta a elaboração de programas e o acompanhamento das mudanças ocorridas. A documentação e a pesquisa insuficientes sobre a violência doméstica, o assédio sexual e a violência contra mulheres e meninas, em privado e em público, inclusive no local de trabalho, são obstáculos a dificultar os esforços dirigidos a desenvolver estratégias de intervenção concretas. A experiência obtida em diversos países demonstra que é possível mobilizar mulheres e homens a fim de superar a violência

em todas as suas formas, e que medidas públicas eficazes podem ser aplicadas para fazer frente tanto às causas quanto às consequências da violência. Grupos de homens mobilizados contra a violência por motivo de gênero são aliados necessários para que ocorram mudanças (Pequim, 1995, p. 191).

Conjuntamente, cita-se a Convenção de Belém do Pará, conhecida também como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, onde o Brasil assumiu uma posição comprometida com a coleta de dados estatísticos e informações que fossem importantes para tratar a violência contra a mulher a partir da ratificação da Convenção pelo Decreto 1.973/1996 (Brasil, 1996).

O documento “Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha”, organizado pelo IPEA em 2015, realizou uma avaliação importante sobre as taxas de homicídio no Brasil entre 2000 e 2011. Apesar de parecer ser um dado desatualizado, o material proporciona um olhar para o período em que a Lei Maria da Penha foi promulgada. Observa-se que, no período posterior a 2006, ocorreu uma queda no número de homicídios de mulheres. Entretanto, essa diminuição não se manteve, com um crescimento desse dado nos anos de 2010 e 2011 (Cerqueira, et al, 2015).

Em agosto de 2015, o Instituto de Pesquisa DataSenado produziu um relatório sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, inserido em uma série histórica que passou a ocorrer em 2005, com 1.102 brasileiras entrevistadas, com diferentes níveis sociais, escolaridade, raça. Destacamos alguns dados apontados no documento. Elenca-se que a pesquisa constatou uma diminuição da sensação de proteção, com 43% das entrevistadas declarando ter a sensação do crescimento do desrespeito.

Em sequência, a pesquisa avaliou como essa proteção era sentida com a existência da Lei Maria da Penha. Em 2013, 66% das mulheres acreditavam estar mais protegidas. Em 2015, esse dado caiu para 56%. A mesma pesquisa indica que uma em cada cinco mulheres brasileiras já foi alvo de alguma violência doméstica ou familiar e que o marido 9ainda é o principal agressor, indicativo confirmado por 49% das mulheres. Entretanto, 21% indicaram ter sido agredida por um ex-companheiro, o que indica a proximidade entre vítima e agressor em parte substancial de casos de violência contra a mulher (Instituto de Pesquisa DataSenado, 2015, p. 3).

Entre os documentos analisados, verificou-se dados coletados pelo

Fórum Brasileiro de Segurança Pública a partir do relatório “Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil - 2. ed”, realizada em 2019. Segundo esse documento, 60% da população afirmou ter visto algum tipo de situação que envolvesse violência de gênero em sua comunidade, considerando o tempo de doze meses anteriores à ocorrência da pesquisa. Quanto às declarações de violência sofrida pelas próprias mulheres, encontramos que 27,4% reportaram sofrer algum tipo de agressão ou violência no mesmo período (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019, p. 12).

Observa-se, também, que o número de vítimas é maior em mulheres jovens, com o percentual de 42,6% de alvos da violência de gênero na faixa etária compreendida entre 16 e 24 anos. Quanto ao agressor, o que se identifica é um padrão identificado em outras pesquisas. Trata-se de pessoas que conhecem e possuem algum nível de relacionamento com a vítima. De acordo com a pesquisa, esse padrão pode ser observado no dado de que 76,4% das mulheres informaram conhecer o agressor, os quais dividem-se nas categorias de cônjuge, namorado, companheiro, assim como vizinhos, ex-companheiros, irmãos, pais, tios e amigos. Quanto ao local de ocorrência dessas violências, 42% das mulheres disseram que foram vítimas no interior do ambiente doméstico (Fórum Brasileiro De Segurança Pública, 2019, p. 13).

Em dezembro de 2019, a partir do Observatório da Mulher contra a Violência, o Instituto de Pesquisa DataSenado emitiu uma nota técnica chamada “Mulheres e seus Temas Emergentes: percepção da violência doméstica contra as mulheres”. A metodologia dessa pesquisa traz uma reflexão importante. Em um primeiro instante, as entrevistadas foram questionadas se já tinham sofrido algum tipo de violência doméstica ou familiar provocada por um homem, o que resultou em uma resposta de que 27% dessas mulheres passaram por alguma situação que envolve violência (Instituto de Pesquisa DataSenado, 2019, s. p.).

Entretanto, a pesquisa indicou que as entrevistadas partiam das concepções pessoais sobre o que seria violência doméstica, com as respostas baseadas nas próprias percepções sobre ter sofrido ou não algum tipo de violência. Para avaliar a leitura feita pelas mulheres sobre a própria condição, foi realizado um bloco de perguntas onde foram apontadas diferentes tipos de situação que envolviam violências. O resultado indicou uma incidência de atos de violência psicológica ou moral, que nem sempre são

reconhecidos como atitudes violentas pelas vítimas.

Entre a percepção da violência sofrida e a experiência concreta de situações de violência, verifica-se a seguinte disparidade: 4% afirmaram ter sofrido violência a partir de ação do parceiro ou ex-parceiro durante o período dos últimos doze meses, contudo 22% das entrevistadas identificaram ter passado por situações específicas ligadas a violência de gênero (Instituto de Pesquisa DataSenado, 2019, s. p.). A pesquisa ainda indica variações ainda maiores entre as percepções e as experiências em violências como a patrimonial. Interpretamos que, apesar da Lei Maria da Penha firmar um rol de violências domésticas e familiares contra a mulher muito para além da violência física, não há instrução para reconhecer outras modalidades de agressão contra mulher.

Na verificação de dados dos últimos anos, considera-se que o contexto pandêmico indicou um processo catalisador para a violência doméstica e familiar. Se os dados tratados anteriormente já demonstravam o problema social que as violências representavam na vida das mulheres, verificou-se uma elevação dos números. O Observatório da Mulher contra a Violência, a partir do Senado Federal, organizou dois boletins “Mulheres e seus temas emergentes” durante o ano de 2020.

Em abril, realizou uma avaliação sobre a violência doméstica em tempos de COVID-19, o qual entende a possibilidade do aumento dessa violência a partir da compreensão de que as mulheres, majoritariamente agredidas pelos próprios companheiros, maridos e namorados, passam a ficar em isolamento social com seus agressores (Senado Federal, 2020, s. p.).

Entre os dados e avaliações recentes, observa-se os documentos emitidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública que trataram especificamente sobre a violência doméstica durante a pandemia de COVID-19. Foram produzidas três notas técnicas, respectivamente, em abril, maio e julho de 2020. A segunda nota técnica realizou uma avaliação das questões de violência de gênero durante os meses de março e abril desse ano.

A partir das informações compiladas, o que se tem é um crescimento de 22,2% da violência letal em relação a 2019. Verifica-se maior dificuldade em realizar denúncias dado o isolamento social, em contrapartida a um crescimento dos chamados para a política militar em casos de violência doméstica. As denúncias para a Central de Atendimento à Mulher,

Ligue 180, cresceu em 37,6% durante o mês de abril (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020a, p. 2)

Em atualizações da produção estatística do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, considera-se que as novas edições dos relatórios “Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil” indicam a continuidade das diferentes formas de violência para as mulheres, com uma perspectiva de manutenção desse quadro – principalmente – nos espaços privados. Conforme dados publicados em 2023, reconhece-se uma epidemia de violência, a partir do dado de que 33,4% de mulheres brasileiras que possuem dezesseis anos ou mais foram sujeitas a um quadro de violência física ou sexual cometida por seu próprio parceiro, o que equivale a cerca de 21,5 milhões de pessoas (Bueno, et al, 2023).

Destaca-se que 2023 apresenta o maior índice registrado referente a ser alvo de algum tipo de assédio durante o ano, o que coaduna com a consideração de que houve crescimento de todos os formatos de violência que as mulheres brasileiras sofrem, desde um quadro generalizado de algum tipo de violência, até questões específicas como ameaça com armas, perseguição, espancamento ou tentativa de estrangulamento (Bueno, et al, 2023).

A observação dos dados demonstra que o debate sobre a violência doméstica e familiar contra as mulheres demanda uma série de avaliações, estudos, pesquisas e organicidade para o enfrentamento de um quadro que se mantém atual. O reconhecimento jurídico da violência de gênero no espectro da Lei Maria da Penha direciona para a verificação de uma estrutura de oportunidades que foi considerada para ampliação da perspectiva institucional, mas que coaduna com um contexto material de continuidade da violação de determinado quadro de direitos para as mulheres.

Sob a noção da expansão do Direito Penal como possibilidade estratégica para resolução de conflitos e alterações consideráveis na dinâmica social, amplia-se as discussões produzidas para verificação deste campo – tanto em termos de conhecimento quanto de aplicação. Entende-se uma articulação possível das expressões entre o Direito Penal para essa convocação de um agir estatal para o enfrentamento da violência de gênero, em um diálogo articulado com a questão da igualdade.



### 3. REFLEXÕES SOBRE A ESTRUTURAÇÃO LEGAL PARA COMBATE À VIOLÊNCIA DAS MULHERES NO CAMPO DO DIREITO PENAL

Os repertórios teórico e estatístico apresentados anteriormente, possibilitam a consideração de que a Lei n. 11.340/2006 representa um quadro social que indica um problema sistêmico quanto a vida das mulheres. Há o reconhecimento de um sentido de vitimização cotidiana, interpelada por experimentações diversas das mulheres para a própria perspectiva de existir enquanto sujeito de direitos, em quadro de defesa dos direitos humanos deste grupo.

Entre as possibilidades teóricas, sob os campos públicos e privados, experimenta-se novos sentidos jurídicos, na tentativa de traduzir um novo formato para as mulheres, ao considerar a continuidade da violência de gênero explicitada pelos dados analisados. Simultaneamente, reconhece-se que existem contradições no enfrentamento das possibilidades e nas expressões institucionais para consolidar condições de igualdade para as mulheres.

Em um escopo constitucional do reconhecimento da igualdade como premissa, somado às noções de cidadania e dignidade da pessoa humana que figuram como princípios fundamentais (Brasil, 1988), considera-se que a produção de instrumentos legislativos como a Lei Maria da Penha representam um esforço estatal – somado às mobilizações sociais – para produção de uma “estratégia jurídica eficiente para corrigir desigualdades, injustiças e violações ao princípio da dignidade da pessoa humana” (Machado, 2017, p. 44).

Sob essa expectativa de proteção e garantia de direitos, o Direito Penal figura no campo da proteção à vida, em um ressoar institucional na defesa da existência em possibilidades mais justas e adequadas. Em uma perspectiva dogmática, o sistema penal e as formas punitivistas articuladas nos casos de violência das mulheres representam um recurso utilizado em certas dinâmicas individuais e coletivas em uma tentativa de avançar na proteção da vida das mulheres. Em contrapartida, a criminologia crítica e feminista pontua uma fragilidade no uso do sistema penal como esse recurso que pode contribuir de modo efetivo em tal caráter protetivo (Andrade, 1997). Discorre-se que

o sistema penal, salvo situações contingentes e excepcionais,

não apenas é um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência (e eu falo aqui particularmente da violência sexual, que é o tema da minha investigação), como também duplica a violência exercida contra elas e as divide, sendo uma estratégia excludente que afeta a própria unidade do movimento (Andrade, 1997, p. 46)

Na dualidade do Direito Penal frente à violência vivenciada pelas mulheres, consolidou-se duas vertentes que pensam essa relação. Conforme Carmen Hein de Campos (2017), o Direito Penal pode ser lido como um “instrumento simbolicamente válido para garantir proteção” (p. 178), como um instrumento de luto. Em segundo aspecto, há a posição de criticidade em que o campo é percebido como o local de revitimização das mulheres que sofrem com a violência doméstica.

Ao pensar no enrijecimento das punições sofridas pelo agressor, o Estado simplificou conflitos que impactam a aplicabilidade da lei. Em alguma medida, mulheres em situação de violência doméstica buscam o encerramento dos ataques que sofrem, assim como a proteção para novas ocorrências, para além da lógica da punição ao agressor. Importa dizer que existem laços de afeto entre vítima e agressor que não podem ser simplificados para a superação da violência de gênero. Pelo contrário, trata-se de uma relação multifacetada, construída sob conflitos, visto que se trata de uma situação social que envolve o ambiente familiar, filhos e dimensões sentimentais (Mello, et al, 2018, p. 23).

Não é possível compreender a punição apenas ao agressor, sob a pena restritiva de liberdade. Atinge a mulher, que acaba por ser duplamente violentada: sofre violências por parte daquele que ocupa a posição social de companheiro, cônjuge ou namorado, assim como é impactada pelo reducionismo do Estado em apenas punir sem considerar instâncias de conciliação, o que impacta em uma resolução concreta do problema da violência doméstica.

Em um sentido de vitimização, Vera Andrade (2012) considera que a mulher – nos casos de violência doméstica – também é submetida a uma “violência institucional plurifacetadas do sistema” (p. 131), em que as expressões do sistema do capital e das dinâmicas estruturais do patriarcado tomam forma e reforçam uma dinâmica discriminatória e reprodutora das desigualdades. Isso ocorre porque o sistema penal não é um ente iso-

lado, mas um mecanismo de controle que se relaciona com outras modalidades que determinam como a vida ocorre, em um controle informal a partir da família, da escola, entre outros espaços.

São nesses espaços que o sentido de vitimização também reproduz desigualdades no reconhecimento de quem pode ser a vítima ou de qual violência é válida. Em articulação aos estudos da mobilização do Direito, a Lei Maria da Penha representa um simbolismo jurídico e social que amplia novos olhares para a mulher enquanto vítima da violência doméstica. Essa perspectiva coaduna com um enfrentamento para a noção de que “vitimização e criminalidade são possibilidades majoritárias, mas desigualmente distribuídas de acordo com os estereótipos de vítimas que operam no senso comum e jurídico” (Andrade, 2012, p. 139).

Historicamente, no Brasil, o Direito Penal - sob a articulação do Código, do Judiciário e da ação policial - tinha como intuito garantir a disciplina e o controle das mulheres que pertenciam aos segmentos populares. Tratava-se do estabelecimento de normas para garantir a moderação e reprimir as posturas dessas mulheres. Essa posição teórica é colocada por Rachel Soihet (2004), a qual discorre sobre a violência sobre as mulheres:

A violência seria presença marcante nesse processo. Ainda mais que naquele momento a postura das classes dominantes era mais de coerção do que de direção intelectual ou moral. A análise do caráter multiforme da violência que incidia sobre as mulheres pobres e das respostas por ela encontradas para fazer face às mazelas do sistema ou dos agentes de sua opressão é fundamental. Cabe considerar não só a violência estrutural que incidia sobre as mulheres, mas também aquelas formas específicas decorrentes de sua condição de gênero; esses aspectos se cruzam na maioria das situações (Soihet, 2004, p. 305).

Esse aspecto histórico contextualiza o lugar de violência voltado para as mulheres a partir do Estado, que negava às mulheres o espaço público. Nos espaços estatais, como as delegacias, a postura sobre as mulheres era desenhada por uma perspectiva moral, sob o discurso de reajustamento social. A repressão e a arbitrariedade fortaleciam as violências de gênero. Com os avanços coletivos e sociais, tornou-se possível discutir transformações sob as formas jurídicas que leem e tratam determinada realidade. No caso da Lei Maria da Penha, o que se vê é o crescimento das discussões

sobre a questão de gênero, com organizações coletivas trabalhando em demandas conectadas com marcos sobre as mulheres provindos de construções históricas e culturais.

Ao focar no Direito Penal, centraliza-se as avaliações produzidas pelo campo da criminologia crítica, no sentido que a ampliação da punição para as violências cometidas contra mulheres, entre outros problemas sociais, tem uma atuação restrita. Não há alteração qualitativa no contexto social. No debate da violência de gênero e do punitivismo, existem mediações a serem feitas, no sentido que existe a necessidade de proteção, prevenção e apoio a mulheres violentadas, todavia o Direito Penal pode intensificar as desigualdades sociais, assim como próprio quadro de violência (Gindri e Budó, 2016, p. 239).

Considera-se a colocação feita por Baratta (2002, p. 160) sobre a noção de que o sistema penal tem um funcionamento baseado na manutenção de desigualdades sociais, ocorrentes sob o jugo das relações de classe e poder por uma perspectiva da exploração. Em contrapartida, o ideal do Direito Penal é veiculado como útil para a defesa da vida, da sociedade, organizado para garantir valores capazes de manter bases garantistas.

Conjuntamente, aponta-se as colocações trazidas por Zaffaroni (1991, p. 29), que fomenta que punir e prever todos os tipos de crime se localiza no plano da irrealização. Ou seja, há um nível de arbitrariedade que funciona de modo dirigido, com uma ação que recai sobre setores da sociedade marginalizados. Sob a perspectiva desse mesmo autor, a crise vivida pelo Direito Penal se baseia no momento em que há tamanha evidência sob os falseamentos do discurso jurídico penal que há um constrangimento e um “desconcertamento” público.

Na relação entre Direito Penal e as mulheres, há reconhecimento da própria estrutura jurídica atuar como um determinante quando se pensa nas imposições do sistema patriarcal. Historicamente, o direito negou o suporte para as violências nos ambientes privados e familiares, principalmente voltada para as mulheres. Entende-se que a violência doméstica se trata de uma manifestação da lógica de dominação de gênero, com intensificadores conectados a questão de classe e raça (Gindri e Budó, 2016, p. 241).

Os estudos e análise em torno do enfrentamento da violência de gênero perpassa pela compreensão de como – estruturalmente – é dada a

relação entre homens e mulheres, frente aos determinantes que imperam nessa troca social. Essa relação acontece no interior de uma estrutura que é determinada pela lógica do capital, em uma sociedade baseada em condições de hierarquia e dominação. István Meszáros faz a crítica à condição de igualdade formal que o Estado, como composição da base material do capital, destina às mulheres.

Trata da limitação dos ganhos que as mulheres obtiveram nos últimos séculos. Apesar dos direitos conquistados, nenhum deles foi capaz de dar condições de emancipação substantiva para as mulheres, com limitação ao reconhecimento como um sujeito de direitos. A partir da colocação abaixo realizada por Meszáros para contribuir para a crítica da ineficiência de uma lei que reconhece a violência doméstica e familiar que as mulheres sofrem.

Afirmar que o domínio da Lei é a encarnação legal da liberdade sobre a base fictícia de que ele se restringe adequadamente ao tipo de regras gerais conhecidas como regras formais é uma deturpação completa não apenas do relacionamento entre a legislação do Estado e a base material do capital - a força limitadora, não formal, mas muito real, das práticas legisladoras políticas e executivas - mas também da natureza das próprias leis e regras da política. As apologeticamente idealizadas regras conhecidas do jogo (que se diz garantirem a liberdade do indivíduo) não são apenas gerais e formais e aplicadas segundo o aprovado princípio formal de igualdade para qualquer pessoa particular [...] Elas também são substantivas e discriminadoras. Nessa última qualidade, não são dirigidas meramente contra os interesses de um número limitado de indivíduos específico, [...] mas contra as classes das pessoas em desvantagem estrutural (Meszáros, 2011, p. 284).

Viabiliza-se a consideração de que é insuficiente construir os aspectos meramente formais da lei, sem considerar que ela está colocada em uma estrutura que a limita. As práticas legislativas, políticas e executivas são construídas para compor a manutenção das opressões, que consequentemente garantem a continuidade do sistema do capital (Meszáros, 2011, p. 284). A reflexão em torno do Direito Penal nesse contexto não significa a construção de uma alternativa substantiva para o combate da violência de gênero, mas se restringe a uma mobilização do direito capaz

de construir alternativas limitadas.

Tais alternativas representam tentativas de enfrentamento conforme o tempo histórico e disponibilidade política do Estado, convocado a agir, mesmo sob sua própria incapacidade de sistematizar respostas mais aprofundadas. Para além do espaço público, as próprias dinâmicas dos espaços privados ressaltam determinadas impossibilidades constitutivas de uma superação total da violência de gênero apenas pelo caráter legislativo.

Em reflexão da Lei Maria da Penha como instrumento legal capaz de mobilizar enfrentamentos para a violência doméstica e familiar, salienta-se que o próprio ambiente familiar funciona como um microcosmo social, em que as formas de reprodução e interiorização de valores sociais e dinâmicas de poder não se dissociam, mas ocorrem com fundamento nas macrodinâmicas sociais (Meszáros, 2011, p. 271).

Em consonância, Alexandra Kollontai situa a família enquanto reprodutora de tais dinâmicas como um dos fundamentos para o debate da questão das mulheres, no sentido de que o ambiente familiar modelado na atualidade funciona como um atravessador da produção de uma emancipação substantiva das mulheres. Destaca a insuficiência da igualdade de direitos para uma superação dos aprisionamentos sofridos pelas mulheres (Kollontai, 1907, *online*).

As formas atuais, estabelecidas pela lei e costume, da estrutura familiar faz com que a mulher esteja oprimida não só como pessoa, mas também como uma esposa e mãe. Na maioria dos países civilizados, o Código Civil coloca as mulheres em situação de maior ou menor dependência dos homens, e dá ao marido e ao direito de dispor dos bens de sua esposa e reinar sobre sua moral e fisicamente. [...] É necessário insistir nos aspectos sombrios da vida matrimonial hoje, sobre o sofrimento das mulheres que estão intimamente ligadas às estruturas familiares atuais. Há muito o que há dito sobre este assunto. A literatura está cheia de caixas-pretas que pintam a nossa desordem familiar e matrimonial. Neste campo, quantas tragédias psicológicas, quantas vidas mutiladas, quantas existências envenenadas! (Kollontai, 1907, s. p.).

Tais considerações em torno da família demonstram a complexidade do enfrentamento do tema da violência doméstica e familiar vivenciada pelas mulheres. De modo simultâneo, as mulheres experimentam uma realidade limitadora de uma própria condição de sujeito de direito, mas

sob uma dinâmica estatal – articulada por movimentos sociais – que convida um duplo fazer: crítico, porém consciente das limitações, direcionado para a tentativa de garantias mínimas para as mulheres, mesmo que insuficientes.

Em contraposição à crítica sobre as limitações da igualdade formal, elenca-se o posicionamento tratado por Marques, et al (2019). As autoras discorrem que a própria constituição dessa igualdade formal exemplificada a partir das mudanças legislativas que ocorreram nos anos 2000 em prol dos direitos das mulheres foi resultado de “verdadeira luta dos grupos feministas” (2019. p. 141).

Essa dualidade demonstra um quadro em que há o reconhecimento da igualdade formal como possibilidade jurídico-estatal. Todavia não há como avaliá-la de modo simplificado para a superação das violências de gênero. Ao avaliar as teorizações sociológicas anteriores trazidas por István Meszáros e Alexandra Kollontai, amplia-se o campo do Direito em uma reflexão sobre a contradição de que o Estado compõe a base material do sistema do capital – que expressa dinâmicas patriarcais – e de modo simultâneo produz instrumentos legislativos e políticos para contornar efetivamente a violência como um problema social que atinge pessoas em desvantagem estrutural, como as mulheres.

Sob essa contradição específica, demarca-se um aspecto da análise da seção anterior deste trabalho que trata sobre os dados relativos com a efetividade da Lei Maria da Penha. As estatísticas não demonstram uma transformação substancial do quadro de violência doméstica e familiar contra as mulheres no Brasil, entretanto não é possível colocar o instrumento legal num local de inutilidade. Nesse sentido, destaca-se a contribuição de Flávia Piovesan e Silvia Pimentel (2011):

Enquanto um construído histórico, os direitos humanos das mulheres não traduzem uma história linear, não compõem uma marcha triunfal, nem tampouco uma causa perdida. Mas refletem, a todo tempo, a história de um combate, mediante processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana, como invoca, em sua complexidade e dinâmica, o movimento feminista, em sua trajetória plural (Piovesan e Pimentel, 2011, p. 101).

Existem contradições que permeiam a ação do Estado, o Direito Penal e as violências sofridas pelas mulheres. Em análise da função do Di-

reito Penal, considera-se a síntese de Airto Chaves Junior, que direciona a ideia de que tratar a ciência jurídica penal como um caminho para resolver todas as questões que envolvem a civilização, sob a ideia de tutelar a humanidade, pode ser lida como uma utopia. Verifica-se um limite para que o Direito Penal atue como um enfrentador das diferentes crises vividas em sociedade (Chaves Júnior, 2011, p. 82).

O sistema penal é também apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade, quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana, quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura humana e social de sua clientela (Chaves Júnior, 2011, 89).

Essa avaliação nos coloca sob a posição de que não é possível realizar uma leitura maniqueísta e simplificada. Trata-se de realizar mediações sob a ciência das funções do Direito Penal e da forma como se organiza o Estado para trabalhar as possibilidades concretas de defesa dos direitos humanos das mulheres. Se o Direito Penal possui suas limitações, também funciona como uma expressão institucionalizada que pode estruturar juridicamente algumas possibilidades, que em muitos momentos, nascem de um processo mobilizatório próprio das mulheres que assumem, de forma dúbia, a posição de vítima, mas de construtora da sua própria condição de vida. Entre ferramentas multifacetadas, o Direito figura como uma espécie possível.

No reconhecimento das institucionalizações e as limitações que cercam o processo de estruturação do Estado de direitos de igualdade, baseado nas noções de dignidade da pessoa humana direcionada para as mulheres, é substancial uma observação das atividades produzidas como ações concretas como um possível enfrentamento da violência doméstica e familiar no tempo presente.

#### **4. POSSÍVEIS ENFRENTAMENTOS**

Apesar da crítica às demandas organizadas ao Direito Penal pelos movimentos feministas, Marques, et al (2016, p. 142) defendem a posição



de que não é correto realizar uma mera redução a um caráter punitivista. É necessário considerar as dificuldades sobre o avanço do debate sobre a violência doméstica sem que o Estado faça os reconhecimentos legais mínimos e quais contradições perpassam esse processo. A violência, como um fenômeno social, é marcada pela realidade política, econômica e social. É interpelada pelas relações constituídas pelo direito e pela moral. Aponta-se o seguinte trecho:

A compreensão das caracterizações da violência doméstica contra a mulher, a partir de uma perspectiva de violência de gênero, revelou-se necessária para que o sistema de justiça alcançasse efetivamente o objetivo de salvaguardar direitos. A violência de gênero é um conceito mais amplo que o de violência contra a mulher e abrange não apenas as mulheres, ela é produzida e reproduzida nas relações de poder em que se entrelaçam as categorias de gênero, classe, raça/etnia. Expressa uma forma particular da violência global mediaticizada pela ordem patriarcal que dá aos homens o direito de dominar e de controlar as mulheres, podendo, para isso, usar a violência (Marques, et al, 2016, p. 142).

É necessário realizar uma análise sob uma dupla perspectiva quando se pensa sobre a violência doméstica e familiar. Primeiramente, pensava-se o uso do direito penal no sentido de que poderia ter uma ação educativa no sentido de coagir a partir da norma para combater as violências contra as mulheres. E apesar das insuficiências da norma penal para tratar esse problema social, a não existência de instrumentos legislativos implica em uma posição de ignorância de tais violências e consequentes intervenções.

A crítica permeada sob a atuação do Direito Penal não exclui alguns pontos importantes que o reconhecimento legislativo do quadro traz. Em termos práticos, aponta-se as medidas protetivas de urgência, que podem - em alguma medida - dar o mínimo de suportabilidade para conflitos domésticos. Identifica-se, também, um esforço coletivo e organizado para a construção de espaços de segurança para as mulheres vítimas de violência doméstica, principalmente a partir das Redes de Proteção e Prevenção.

Para abordar a rede de apoio em torno da mulher em situação de violência doméstica e familiar no Brasil, retoma-se o art. 8º da Lei 11.340/2006, a qual trata das medidas integradas de prevenção e elenca

um rol de possibilidades para tratar a questão. A partir do texto legal, observa-se a possibilidade de construção de algumas políticas direcionadas. Concomitantemente, destaca-se os direcionamentos realizados pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), criadas em 2003 e que objetivam trabalhar a igualdade entre homens e mulheres, articuladas em todos os níveis governamentais<sup>3</sup>.

Quanto às redes de prevenção e proteção em torno das mulheres, cita-se alguns serviços e estruturas, como as Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres (DEAMs), os Centros de Referência e Atendimento, casas-abrigo, casas de acolhimento provisório, núcleos de atendimento à mulher, Central de Atendimento à Mulher (SPM, 2011, p. 30). O trabalho em rede tem sido considerado fundamental para produzir um atendimento articulado para o combate da violência doméstica.

Esse caráter fundamental ocorre por uma tendência identificada nas mulheres que sofrem violência ao buscar o Estado como centralidade de defesa de seus direitos, entre idas e vindas não resolutivas e que coadunam com uma intensificação da violência sofrida. Nesse espectro, cita-se o conceito de rota crítica, que pode ser delineado como:

o caminho que a mulher percorre na tentativa de encontrar uma resposta do Estado e das redes sociais frente à situação de violência. Essa trajetória caracteriza-se por idas e vindas, círculos que fazem com que o mesmo caminho seja repetido sem resultar em soluções, levando ao desgaste emocional e à revitimização (SPM, 2011, p. 30).

A noção de rota crítica contribui como síntese da tendência observada, que pode ser alvo de uma construção específica em que o Estado propõe iniciativas que quebrem o ciclo que intensifica a violência de gênero. De modo conjunto, ao considerar as redes de proteção e prevenção, identifica-se um caráter favorável quando se considera a integração dos espaços públicos que trabalhem no combate à violência doméstica. Considera-se que um maior nível de integração entre os serviços de saúde, jurídicos, educativos, haverá maior facilidade um cenário de combate das fragilizações dos espaços ocupados pelas mulheres.

Pensar sobre a prevenção da violência doméstica e familiar a partir da ideia de uma rede de suporte significa colocar a mulher como sujeito central, que pode receber apoio e solidariedade em diferentes níveis. Esse

suporte pode ser expresso a partir da solidariedade em redes primárias, compostas por famílias, amigos e conhecidos. Segue-se para uma rede intermediária, formada por pessoas que pertencem à comunidade, mas recebem formação e se dão como promotores populares para prevenção e apoio. Por fim, apresentamos as redes secundárias, que têm como objetivo prover ajuda especializada a partir de espaços públicos, organizações sociais, ajuda profissional (GROSSI, et al, 2008, p. 270)

Em consonância, o Estado deve produzir espaços públicos sob as premissas de políticas públicas, alinhadas com o orçamento e as produções de dados que demonstram a concretude do quadro de violência contra as mulheres. No sentido de fortalecimento da lógica de rede para a proteção e enfrentamento da violência doméstica e familiar, destaca-se uma política pública que pode contribuir na produção de avanços nesse cenário: os centros de referência de atendimento a mulheres.

Ao olhar para a atuação prática do campo organizado feminista no Brasil, é possível identificar trabalhos que têm sido produzidos no sentido de proporcionar transformações e garantir uma realidade sem violência para as mulheres. O trabalho de Fabiana Severi apresenta algumas facetas de atuação para concretização de políticas e ações, como os seguintes: a busca por reformas legislativas, monitoração das aplicações legais, pressão organizada sobre os poderes, a fomentação de grupos de trabalho ligados à direcionamentos institucionais, formação adequada para os profissionais ligados à temática da violência de gênero, formação de lideranças populares e feministas (Severi, 2017, p. 128).

É preciso atribuir pouca ênfase em teorias gerais e abstratas e se voltar a um foco maior na análise da realidade das vidas das mulheres, buscando, assim, compreender as inconsistências e contradições da regulação jurídico-legal. Isso porque, o direito não é um bloco unitário todo destinado a oprimir as mulheres ou todos os grupos de mulheres de modo homogêneo e trazer vantagens aos homens. É preciso, então, apoiar, sempre, a ação no nível da micropolítica (Severi, 2017, p. 130).

Diante do sentido da ação no nível da micropolítica e em políticas públicas que tratem sobre a questão da violência doméstica e familiar sofrida pelas mulheres, destaca-se a experiência dos Centros de Referência de Atendimento a Mulheres. Segundo direcionamentos da Secretaria de

Políticas para as Mulheres (SPM), as estruturas organizativas dos centros têm como função prestar serviços que versem sobre assistência, apoio e prevenção. Trabalha também com atendimento especializado de forma multidisciplinar, com suporte jurídico, assistência social e psicológica. Deve produzir projetos que colaborem na inserção de mulheres no mercado de trabalho e na educação formal (SPM, 2006, p. 3)

Ainda segundo documento da Secretaria de Políticas para as Mulheres, apresenta-se a conceituação do que seriam os Centros de Referências:

O Centro de Referência é o espaço estratégico da Política Nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres e visa a ruptura da situação de violência e a construção da cidadania, por meio de ações globais e atendimento interdisciplinar (psicológico, social, jurídico, de orientação e informação à mulher em situação de violência). O Centro de Referência deve exercer o importante papel de articulador dos serviços, organismos governamentais e não governamentais que integram a rede de atendimento às mulheres em situação de vulnerabilidade social, em função da violência de gênero (SPM, 2006, p. 2).

De acordo com o trabalho de Maria Salet Ferreira Novelino, o Centro de Referência tem como função trabalhar como um articulador no interior dessa rede de forma integrada, em níveis municipais, estaduais e nacionais. Os Centros têm estado na posição de apoio aos órgãos que formam as redes de proteção, pois recebem encaminhamentos de outros espaços, como as Delegacias Especializadas, as Unidades Básicas de Saúde ou do Sistema Único de Assistência Social (Novelino, 2016, p. 280).

Os Centros de Referência que tratam especificamente sobre a mulher em situação de violência doméstica possuem um trabalho contínuo, no sentido de prover apoio para colaborar na quebra do ciclo de violência. Não se trata de um trabalho imediatista, mas que segue o tempo que cada mulher tem para enfrentar o quadro que está inserida. O suporte profissional possibilita que a usuária dos serviços ofertados por um Centro de Referência construa condições subjetivas e objetivas, seja com o acesso a uma formação que lhe permita ingressar no mercado de trabalho, atendimento psicológico que colabore na compreensão das violências que sofre, entre outros (Novelino, 2016, p. 292).

Gisele Rocha Cortêz (2012, p. 157) defende a posição de que os cen-

tros podem funcionar como estruturas essenciais quando o tema é enfrentar a violência doméstica e familiar sofrida pelas mulheres. Entende-se que o atendimento multidisciplinar é o que pode proporcionar uma construção cidadã que pode contribuir em um processo de ruptura de um quadro de violência ligado à questão de gênero.

Em agosto de 2020, foi emitido um boletim “Mulheres e seus Temas Emergentes” sobre os catorze anos da Lei Maria da Penha, sob o lema “muito a comemorar, ainda mais a conquistar”. As indicações para aumentar o nível de efetividade da Lei 11.340/2006 estão baseadas no fortalecimento das redes de atendimento, assim como garantia de acesso à educação, conscientização e informações que contribuam para o combate à violência doméstica (Senado Federal, 2020a, s. p). Nesse sentido, os Centros de Referência de Atendimento a Mulheres podem contribuir para reflexões, diálogos e avanços conectados com possíveis enfrentamentos das condições de violência veiculada às mulheres no contexto jurídico, político e social.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, considera-se que o debate sobre a violência doméstica e familiar contra as mulheres não se esgotou. Em 07 de agosto de 2024, a Lei 11.340/2006 completou dezoito anos e demonstra uma atualidade necessária, que podem ser comprovados a partir dos dados observados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública durante os últimos anos, com o agravante da pandemia, a qual gerou uma situação de isolamento social entre vítimas e agressores.

O processo de construção da Lei Maria da Penha carrega uma série de elementos históricos e organizações populares de mulheres, quadro que se desenha desde a década de 1970 no Brasil. A bandeira da violência de gênero tem sido levantada em todo o mundo, trabalhada por organismos internacionais, grupos de trabalho e associações feministas. Compreende-se que a criação da lei estudada esteve envolvida em um cenário de discussões na realidade brasileira, mas também sobre a influência de debates como os que produziram a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, em 1995, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 1994.

A discussão sobre a Lei Maria da Penha não se encerra no reconhe-

cimento jurídico e legal da violência doméstica. É preciso pensar em sua aplicabilidade e funcionamento prático. Simultaneamente, a lei apresenta características preventivas e repressivas, com a atuação por diferentes frentes. Quanto a concretização dos objetivos do instrumento legal, entendemos a ocorrência de um contexto em que há dificuldade de acesso à justiça, que se destrincha em saber que a lei existe, como utilizá-la, mecanismos de publicidade e orientação e quais são os caminhos possíveis para recorrer em uma situação de violência doméstica.

Considera-se a importância das medidas estatais para o combate da violência de gênero e as formas de discriminação das mulheres, contudo a observação da prática real permite compreender que existem limitações, as quais devem ser alvos de estudos, avaliações e pesquisas. Ao falar no limite da atuação do Estado, o que se observa é a submissão da lógica penal aos ditames de hierarquia e manutenção de poder, fatores que dão fundamento para as relações de opressão entre homens e mulheres, e – consequentemente – sustentam as diferentes formas de violências ligadas a gênero.

Contudo, ao mesmo tempo em que se realiza a crítica sobre os limites de transformação substancial na realidade da violência doméstica e familiar a partir do Direito Penal, identifica-se a importância de realizar mediações cotidianas para pensar na sobrevivência das mulheres. Nesse sentido, é dever do Estado fortalecer políticas públicas e ações articuladas para o combate do quadro discorrido.

A partir desse pressuposto, considera-se o fortalecimento das Redes de Proteção e Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar para garantir espaços de acolhimento e recolha das mulheres alvos de tais situações. Destaca-se a experiência dos Centros de Referência de Atendimento a Mulheres, o qual possui uma atuação realizada de forma interdisciplinar, a partir de atendimento psicológico, social e jurídico. Essa integração pode colaborar para que ciclo de violência sejam rompidos, com a projeção longa e coletiva das mulheres para um local de emancipação substantiva.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Maria da Conceição Lima; DUMARESQ, Mila Landin; SILVA, Roberta Viegas e. **As lacunas no enfrentamento à violência contra a**

**mulher: análises dos bancos de dados existentes acerca da violência doméstica e familiar.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2016 (Texto para Discussão nº 196). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 15 de julho de 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. **Revista Sequência** – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UFSC, v. 18, n. 35, p. 42-49, 1997. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15645/14173>. Acesso em: 13 nov. 2024.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão.** Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy-feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 06 de julho de 2020.

BRASIL. **Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em 06 de julho de 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em 30 de junho de 2020.

BUENO, Samira et al. **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Relatório.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Íaris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

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

CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins; MARTINS, Ana Paula Antunes; PINTO JUNIOR, Jony. **Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha**. Texto para Discussão 2048. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2048.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048.pdf). Acesso em 15 de julho de 2020.

CHAVES JUNIOR, Airto O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, vol. 41, núm. 114, janeiro-junho, 2011, pp. 77-129 Universidad Pontificia Bolivariana Medellín, Colombia.

CÔRTEZ, Gisele Rocha. Violência doméstica: Centro de Referência da Mulher “Heleieth Saffioti”. **Estud. sociol., Araraquara**, v.17, n.32, p.149-168, 2012. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/4932/0>. Acesso em 22 de julho de 2020.

FONSECA, Cláudia. Ser mulher, mãe e pobre. In: DEL PRIORE, Mary (org); BASSANEZI, Carla (coord). **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2004.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **A vitimização de mulheres no Brasil**. 2. ed. 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. Acesso em 15 de julho de 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19. Nota técnica**. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em 29 de junho de 2020.



FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19. 2. ed. Nota técnica.** 2020a. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em 15 de julho de 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19. 3. ed. Nota técnica.** 2020b. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-ed03-v2.pdf>. Acesso em 27 de julho de 2020.

GERMER, Ana Paula Mittelman. **Propostas de mudanças legislativas sobre políticas de enfrentamento à violência doméstica:** categorização e análise dos projetos de lei que buscam alterar a Lei Maria da Penha. 2023. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, University of São Paulo, Ribeirão Preto, 2024. doi:10.11606/D.107.2024.tde-20032024-134848. Acesso em: 12 nov. 2024.

GINDRI, Eduarda Toscani; BUDÓ, Marília de Nardin. A função simbólica do Direito Penal e sua apropriação pelo movimento feminista no discurso de combate à violência contra a mulher. **Rev. direitos fundam. democ.**, v. 19, n. 19, p. 236-268, jan./jun. 2016

INSTITUTO DE PESQUISA DATASENADO. **Violência doméstica e familiar contra mulher.** Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/relatorios/pesquisa-datasenado-2015-relatorio-e-tabelas-descritivas>. Acesso em 15 de julho de 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA DATASENADO. **Mulheres e seus Temas Emergentes: percepção da violência doméstica contra as mulheres.** Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/percepcao-da-violencia-domestica-contramulheres>. Acesso em 15 de julho de 2020.

KOLLONTAI, Alexandra. **Os fundamentos sociais da questão feminina.** 1907. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/kollontai/1907/mes/fundamentos.htm>. Acesso em junho de 2020.

KRIEGER GROSSI, Patricia; TAVARES, Fabrício André; BARROS DE OLIVEIRA, Simone. A rede de proteção à mulher em situação de violência

doméstica: avanços e desafios. Athenea Digital. **Revista de Pensamiento e Investigación Social**, núm. 14, outubro, 2008, pp. 267-280 Universitat Autònoma de Barcelona Barcelona, Espanha.

MACIEL, Débora Alves. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da Campanha da Lei Maria da Penha. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 26, n. 77, p. 97-110, out/2011.

MACHADO, Antônio Alberto. **Elementos de Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2017.

MALCHER, Beatriz Moreira da Gama Malcher. Criminologia feminista e Estado penal: entre o empoderamento e os desejos punitivos. **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**, v. 4, n. 2, Novembro, 2016, Natal/RN

MARQUES, Beatriz de Oliveira Monteiro Marques; ERTHAL, Regina Maria de Carvalho; GIRIANELLI, Vania Reis. Lei Maria da Penha: uma análise crítica à luz da criminologia feminista. Rio de Janeiro. **Revista Saúde debate**, v. 43, n. especial 4, p. 140-153. Dezembro, 2019.

McCANN, Michael. Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos “usuários”. **Anais do Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional, Seção Especial da Revista Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região/Emarf**, Rio de Janeiro, p. 175-196.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; ROSENBLATT, Fernanda Cruz da Fonseca; MEDEIROS, Carolina Salazar L'Armée Queiroga de Medeiros. Entre práticas retributivas e restaurativas. A Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do poder judiciário. **Relatório analítico propositivo Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais**. n. 6. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

MESQUITA, Luisa Angélica Mendes. A CRIMINOLOGIA DE VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 94-106, dez. 2017. ISSN 2358-1956. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/76845/45833>. Acesso em: 08 ago. 2020.

MESZÁROS, Stiván. **Para Além do Capital**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2011.

NOVELINO, Maria Salet Ferreira. Centros de Referência de Atendimento a Mulheres em Situação de Violência. **Caderno Espaço Feminista**

no - Uberlândia-MG - v. 29, n. 1 – Jan./Jun. 2016 – ISSN online 1981-3082. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/33879>. Acesso em 22 de julho de 2020.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, Dezembro, 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322015000200407&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200407&lng=en&nrm=iso). Acesso em 15 de julho de 2020.

PEQUIM. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher**. 1995. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf). Acesso em 10 de julho de 2020.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres**. Brasília: SPM, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em 20 de julho de 2020.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **Termo de referência: Rede de Atendimento**. Brasília: SPM, 2006. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC0047-3-TERMOS%20DE%20REFER%3%8ANCIA%202007.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2020.

SENADO FEDERAL. **Boletim Mulheres e seus Temas Emergentes: violência doméstica em tempos de COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/violencia-domestica-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em 15 de julho de 2020.

SENADO FEDERAL. **Boletim Mulheres e seus Temas Emergentes. 14 anos de Lei Maria da Penha: muito a comemorar, ainda mais a conquistar**. 2020a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/14-anos-maria-da-penha>. Acesso em 06 de agosto de 2020.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil**. 2017. 240 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto.

SOIHET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil Urbano. In: DEL PRIORE, Mary (org); BASSANEZI, Carla (coord). **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Lei Maria da Penha no Contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1991.

'Notas de fim'

1 Art. 22, VI, da Lei 11.340/2006. Inclusão realizada pela Lei n. 13.984/2020.

2 Recomenda-se a leitura ampliada das alterações em torno da Lei Maria da Penha a partir da dissertação de mestrado “Propostas de mudanças legislativas sobre políticas de enfrentamento à violência doméstica: categorização e análise dos projetos de lei que buscam alterar a Lei Maria da Penha”, produzida pela pesquisadora Ana Paula Mittelman Germer.

3 Secretaria de Política as Mulheres, <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/arquivos-diversos/sobre/spm>.

# CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CASOS DE CONFLITO ENTRE DIREITOS SOCIAIS E LIBERDADES ECONÔMICAS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

CONSIDERATION OF CONFLICTS BETWEEN SOCIAL  
RIGHTS AND ECONOMIC FREEDOM IN THE CASE  
LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN  
UNION

CONSIDERACIONES SOBRE LOS CONFLICTOS ENTRE  
DERECHOS SOCIALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS EN  
LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA  
UNIÓN EUROPEA

## SUMÁRIO:

Introdução; 1. Considerações gerais sobre a semântica dos direitos sociais no sistema jurídico da União Europeia; 2. Alguns casos representativos da Jurisprudência Europeia; 2.1 O Caso Viking; 2.2 O Caso Laval; 2.3 O Caso Rüffert; 2.4 O Caso Comissão V. Luxemburgo; 2.5 O Caso Comissão V. Alemanha; 3 Linhas gerais do raciocínio jurídico do Tribunal de Justiça Europeu em matéria de direitos sociais; Referências.

## RESUMO:

Este ensaio tem por objetivo examinar alguns dos mais relevantes casos de conflito entre liberdades econômicas (de estabelecimento e de prestação de serviços) e direitos socio-trabalhistas (à greve, à luta sindical, ao salário-mínimo e à negociação coletiva)

Como citar este artigo:

ZEZZA, Michele.

Considerações sobre os casos de conflito entre direitos sociais e liberdades econômicas na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 43 2024, p. 53-75

Data da submissão:

21/10/2024

Data da aprovação:

29/11/2024

na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, partindo do pressuposto de que, apesar de algumas diferenças formais nos dispositivos, existe uma certa continuidade ideológica quanto aos processos argumentativos e às conclusões. Trata-se de um tema de importância central no constitucionalismo multinível, sob muitos aspectos relacionado com o problema do papel predominante dos juízes na resolução de conflitos a nível europeu. Analisam-se, portanto, cinco casos emblemáticos de colisão entre liberdades económicas e direitos laborais no âmbito do sistema jurídico eurounitário, com o propósito de sublinhar alguns aspectos problemáticos presentes no raciocínio jurídico do Tribunal de Justiça: em particular, pretende-se mostrar como atrás da equiparação formal entre direitos (sociais, trabalhistas) e liberdades económicas esconde-se, de alguma forma, uma diferenciação axiológica no plano material.

#### **ABSTRACT:**

This essay aims to examine some of the most relevant cases of conflict between economic freedoms (freedom of establishment and provision of services) and socio-labour rights (the right to strike, union struggle, minimum wage, and collective bargaining) in the case law of the European Court of Justice. It assumes that, despite certain formal differences in the legal provisions, there is a underlying ideological continuity in argumentative processes and conclusions. This is a crucial issue in multilevel constitutionalism, significantly related to the predominant role of judges in resolving conflicts at the European level. Five emblematic cases of collision between economic freedoms and labour rights within the EU legal system are analysed to highlight some problematic aspects present in the Court of Justice's reasoning: in particular, it aims to show how, behind the formal equivalence between rights (social and labour rights) and economic freedoms, there is, to some extent, a substantive axiological differentiation.

#### **RESUMEN:**

Este ensayo tiene como objetivo examinar algunos de los casos más relevantes de conflicto entre libertades económicas (libertad de establecimiento y prestación de servicios) y derechos sociolaborales (como el derecho a la huelga, la actividad sindical, el salario mínimo y la negocia-

ción colectiva) en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Parte del supuesto de que, a pesar de ciertas diferencias formales en las disposiciones legales, existe una continuidad ideológica subyacente en los procesos argumentativos y en las conclusiones. Este tema es de central importancia en el constitucionalismo multinivel, estrechamente relacionado con el problema más amplio del papel predominante de los jueces en la resolución de conflictos a nivel europeo. El ensayo analiza cinco casos emblemáticos de colisión entre libertades económicas y derechos laborales en el marco jurídico de la UE, con el propósito de resaltar algunos aspectos problemáticos en el razonamiento jurídico del Tribunal. En particular, busca demostrar cómo la equivalencia formal entre derechos (sociales y laborales) y libertades económicas oculta, en cierta medida, una diferenciación axiológica en el plano material.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Direitos sociais,; Libertades econômicas,; Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia,; Conflitos entre direitos.

**KEYWORDS:**

Social Rights; Economic Freedoms; European Court of Justice Case Law, Conflicts between Rights.

**PALABRAS CLAVE:**

Derechos sociales; Libertades económicas; Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Conflictos de derechos.

**INTRODUÇÃO**

Em linhas gerais, e sem aprofundar analiticamente o tema, pode-se definir a incompatibilidade entre direitos como uma relação de “incoerência lógica” (*inconsistency*)<sup>1</sup> entre disposições (geralmente formulados em termos de princípios) que reconhecem direitos fundamentais. Nesse tipo de situação, os deveres correlativos não resultam “compossíveis”<sup>2</sup> ou aplicáveis de forma coerente. Trata-se, portanto, de um problema operacional de aplicação das disposições, que se manifesta nos ordenamentos jurídicos cada vez que não seja possível observar todos os deveres im-

plicados simultaneamente: a concretização de um direito que pertence a um indivíduo “x” requer, por razões conceituais ou factuais (ou seja, abstrata ou concretamente), a implementação de outro direito (que também pode ser outra instância do mesmo direito) de um indivíduo “y”. Estamos diante de uma relação antinômica se as circunstâncias de aplicação das duas normas coincidirem e se as mesmas normas reconhecerem a mesma pretensão normativa a dois ou mais sujeitos, tornando necessária uma “perda” ou um sacrifício dos interesses protegidos.

A título preliminar, é preciso esclarecer que o Tribunal de Justiça da União Europeia nunca assumiu uma posição nitidamente identificável com respeito à relação (hierárquica ou paritária) entre liberdades econômicas e direitos fundamentais<sup>3</sup>, sendo que a resolução desse tipo de colisão continua dependendo em grande medida das circunstâncias do caso concreto. No entanto, a abordagem que melhor se ajusta à sua jurisprudência sobre essa ligação parece ser aquela que, ao menos formalmente, considera os dois interesses como equivalentes, dotados do mesmo estatuto no âmbito do direito da União.

Em primeiro lugar, embora não faça parte dos propósitos da presente pesquisa aprofundá-los, não se pode negar que existem casos em que, por parte do Tribunal de Justiça, emerge um esforço de harmonização. Neste sentido, a sentença mais representativa pode ser considerada a de *Elliniki* ou *ERT* de 1991 (C-260/89). Este acórdão, de fato, inaugurou uma linha jurisprudencial que emerge tanto em matéria de livre circulação de mercadorias em relação à liberdade de expressão na sentença *Karner* de 2004 (C-71/02), bem como em matéria de livre circulação de pessoas e trabalhadores em relação ao direito à vida familiar no acórdão *Carpenter* de 2002 (C-60/00). O núcleo da resolução do caso *Elliniki* consiste no princípio segundo o qual os Estados-Membros estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais na aplicação do (então denominado) direito comunitário, e que esse requisito também se exige quando se trata de estabelecer exceções às obrigações dos tratados. Portanto, segundo a conclusão do Tribunal, ao tomar medidas que restrinjam uma liberdade econômica fundamental, um Estado-Membro não só deverá ter em conta que essa restrição precisa ser justificada, mas também precisará respeitar os direitos fundamentais reconhecidos como princípios gerais de direito comunitário.



São mais frequentes, contudo, os casos de conflito que envolvem direitos fundamentais e liberdades econômicas do mercado interno, resolvidos pelo Tribunal de Justiça por meio da ponderação e do princípio da proporcionalidade<sup>4</sup>.

Pode-se identificar, nesse sentido, um primeiro grupo constituído por direitos fundamentais de natureza civil ou política que entram em conflito com as liberdades econômicas. Na maioria dos casos, o Tribunal parece disposto a limitar essas liberdades a fim de proteger esses “direitos fundamentais” reconhecidos pelas tradições constitucionais nacionais e pela CEDH. Vão nessa direção o caso *Schmidberger* de 2003 (C-112/00) relativo à liberdade de expressão e reunião; o caso *Omega* de 2004 (C-36/02), relativo à proteção da dignidade humana contra a liberdade de prestação de serviços; e o caso *Sayn-Wittgenstein* (2010, C-208/09), relativo à proteção do princípio constitucional da igualdade perante a livre circulação<sup>5</sup>.

Existe também, por outro lado, um segundo grupo (objeto de estudo do presente ensaio) formado por aqueles conflitos com as liberdades econômicas em que são afetados os direitos de natureza sócio-trabalhista reconhecidos na jurisprudência do Tribunal de Justiça como direitos fundamentais que podem ser protegidos como princípios gerais do direito comunitário: casos em matéria de direito à greve (sent. *Viking*, C-438/05, 2007), de luta sindical (sent. *Laval*, C-341/05, 2007), de salários-mínimos (sent. *Rüffert* C-346/06, 2008) e, finalmente, relativos à relação entre liberdades econômicas (de estabelecimento e prestação de serviços) e direitos coletivos (*Comissão vs. Luxemburgo*, C-319/06, 2008; *Comissão vs. Alemanha*, C-271/08, 2010).

## 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A SEMÂNTICA DOS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA

Dentro de uma parte do debate teórico-jurídico, aos direitos sociais costuma ser atribuído o estatuto de normas altamente indeterminadas e conflitivas, isto é, de direitos fictícios ou “de papel”, desprovidos de qualquer obrigação para com o legislador<sup>6</sup>. É importante salientar, contudo, que, em caso de inércia legislativa e/ou jurisdicional, essa característica pode encontrar-se em todas as tipologias de direitos. Dentro das técnicas de redação constitucional, a utilização de cláusulas gerais abertas caracte-

riza com frequência a formulação linguística das disposições normativas que reconhecem direitos fundamentais no geral e não apenas direitos sociais. É conveniente, a esse respeito, estabelecer uma clara distinção entre a dimensão semântica das disposições constitucionais que reconhecem direitos fundamentais, que evidencia elementos comuns no que diz respeito à maneira intencionalmente ampla de formulá-las, e a prática da sua interpretação habitual no plano do constitucionalismo nacional e supranacional, que denota uma tendência generalizada a atribuir-lhes o estatuto de normas abertas.

Como é sabido, a legislação europeia em matéria social se limita à disciplina de disposições em grande parte de tipo programático ou teleológico, cuja execução requer, portanto, uma obra de delimitação do seu conteúdo (a subsequente determinação de critérios que visam controlar o comportamento de seus destinatários, a especificação de um complexo de proibições, comandos, permissões e competências). Particularmente relevante, a este respeito, é o art. 52 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que visa estabelecer o âmbito dos direitos e princípios neles contidos e definir as regras para a sua interpretação: este artigo atribui às disposições concebidas como princípios um estatuto mais flexível, em termos de justiciabilidade, dos direitos subjetivos. Em particular, o parágrafo n. 1 estabelece que qualquer limitação ao exercício dos direitos e liberdades «só pode ser produzida [...] quando for necessária e responder efetivamente a fins de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteger direitos e liberdades dos outros»<sup>7</sup>. Mesmo antes dos limites textuais da Carta, em qualquer caso, o principal obstáculo para o desenvolvimento de medidas de proteção social por parte da União deve ser identificado na dificuldade objetiva de implementação (e financiamento) de políticas públicas de caráter redistributivo: a escassa eficácia das disposições de conteúdo social deste documento depende essencialmente da forma como o juiz da União concebeu o seu papel em relação às demais competências.

A compreensão desses pressupostos-chave nos deveria levar a identificar em outros fatores a causa das hierarquias axiológicas que, mais ou menos implicitamente, acabam sendo construídas pelo Tribunal de Luxemburgo na hora de lidar com problemas vinculados à gestão dos direitos trabalhistas.

## 2. ALGUNS CASOS REPRESENTATIVOS DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Em linhas gerais, o problema que emerge nas sentenças à frente analisadas diz respeito à compatibilidade entre diferentes tipos de interesses no contexto de uma economia social de mercado: os direitos sociais, coletivos e laborais, por um lado, e o exercício de várias formas de liberdades econômicas garantidas pelos tratados europeus, pelo outro. Uma novidade relevante que é preciso evidenciar consiste na decisão do Tribunal de agir em uma esfera de competência tradicionalmente reservada aos Estados, recorrendo ao critério da ponderação e ao princípio de proporcionalidade. A premissa da argumentação do Tribunal, come se antecipou, consiste na equiparação formal de status entre direitos sociais fundamentais e liberdades econômicas, o que leva a uma ponderação entre valores equivalentes suscetíveis de restrição mútua. Superando o obstáculo constituído pelo art. 137.5 do TCE (hoje art. 153 do TFUE), que prevê que a União Europeia não possui competência reguladora em matéria de remuneração, direito de associação, direito de greve e direito de *lockout*, e reconhecendo, por outro lado, o efeito horizontal da liberdade de circulação, mesmo que contrário à autonomia dos sindicatos, o Tribunal de Luxemburgo criou *de facto* o espaço para operar uma ponderação entre direitos desprovidos de uma dimensão autenticamente constitucional<sup>8</sup>. A este respeito, tem afirmado que os Estados-Membros, embora em princípio sejam livres para determinar as condições de existência e as formas de exercício dos direitos subtraídos à competência europeia, mesmo nestes âmbitos, são obrigados a cumprir o direito comunitário.

Como já havia acontecido nas decisões *Omega*<sup>9</sup> (C-36/02) e *Schmidberger* (C-112/00) – nas quais, contudo, os direitos civis prevalecem sobre as liberdades econômicas – mesmo nesses julgamentos emerge, portanto, a intenção de superar uma conotação puramente economicista da União Europeia, mais precisamente na escolha de operar uma ponderação entre interesses heterogêneos num terreno de igualdade formal. Essa operação equivale de fato ao explícito reconhecimento, pela primeira vez no âmbito da jurisprudência europeia, dos direitos sociais como direitos fundamentais suscetíveis de serem protegidos a nível comunitário. No entanto, pretende-se demonstrar que, embora o Tribunal de Justiça Europeu

reconheça a possibilidade de tomar uma ação coletiva (incluindo, naturalmente, o direito de greve) como um direito fundamental, nesses litígios o Tribunal tem apresentado respostas em favor da tutela das liberdades econômicas no âmbito do mercado interno.

## 2.1 O caso Viking

Na raiz do conflito de interesses que ocorre nos casos *Viking* e *Laval* pode-se detectar uma das mudanças mais fortes determinadas pelo alargamento do espaço europeu, nomeadamente a decisão de deslocar as atividades produtivas para os países onde o custo da mão-de-obra é menor (*social dumping*), com repercussões inevitáveis, principalmente nas relações laborais. Esta mudança, entre outras consequências, impõe a necessidade de evitar distorções da concorrência entre as empresas localizadas nos países membros da União Europeia (naquela época “Comunidade Europeia”) desde o início ou em qualquer caso por um período mais longo em relação às empresas dos países que aderiram mais recentemente (em especial, no leste europeu). Com uma certa simplificação, poder-se-ia dizer que as múltiplas questões submetidas ao exame do Tribunal nos dois processos se resumem na seguinte questão: uma ação coletiva iniciada no cumprimento das regras em vigor em um Estado-Membro – para evitar uma operação de *flag of convenience*, no caso *Viking*; para induzir uma empresa estrangeira a assinar um contrato setorial, no caso *Laval* – pode legitimamente obstaculizar a prestação de um serviço por uma empresa que se estabeleceu em outro Estado (ou seja, restringir uma liberdade econômica supranacional)? Mais precisamente: no contexto socioeconômico da União após o alargamento, a greve organizada e levada a cabo por trabalhadores residentes em países com elevado nível de proteção social pode ser utilizada como uma forma legítima de protesto contra empresas que, de países com custos trabalhistas mais baixos, buscam explorar sua vantagem competitiva?

O caso *Viking* centra-se no problema da compatibilidade entre os direitos sindicais de ação coletiva e livre iniciativa (do direito de greve, em particular, garantido pelo art. 13 da Constituição finlandesa e reconhecido em vários instrumentos internacionais inclusive como princípio geral do direito comunitário), por um lado, e a liberdade de estabelecimento, de acordo com o art. 43 do Tratado TCE (relativo à liberdade de esta-

belecimento). Sinteticamente: nessa circunstância o Tribunal encontra-se respondendo às seguintes questões: 1) se se enquadrar no âmbito de aplicação do art. 43 TCE uma ação coletiva intentada por um sindicato (ou uma associação de sindicatos) para induzir uma empresa a celebrar uma convenção coletiva destinada a dissuadi-la de exercer a liberdade de estabelecimento; 2) se esse artigo atribuir a uma empresa direitos oponíveis perante os sindicatos; 3) se uma ação coletiva do tipo indicado constituir uma restrição à liberdade de estabelecimento e em que medida; se for esse o caso, essa restrição se justifica. Cabe ressaltar que, pela primeira vez, o Tribunal resolveu o conflito através do recurso ao princípio da proporcionalidade, mas sem chegar a aplicar o teste da proporcionalidade, ou seja, deixando ao juiz nacional decidir se as medidas de contencioso coletivo adotadas no caso concreto eram adequadas e proporcionais para o fim pretendido.

A certa altura, a *Viking Line*, uma empresa finlandesa que opera no Mar Báltico através de um serviço de transporte marítimo entre Tallinn (Estónia) e Helsínquia (Finlândia), pretendeu trocar de pavilhão para se beneficiar de menores custos de mão de obra: em outubro de 2003, comunicou ao sindicato a decisão de mudar a bandeira de uma das balsas de sua frota, a *Rosella*, registrando-a na Estónia. Desta forma, poderia ter operado a um preço mais competitivo, pagando menos pelos tripulantes e conciliando a remuneração com os padrões salariais da Estónia (inferiores respeito aos vigentes na Finlândia). Em resposta, o sindicato marítimo finlandês denunciou a mudança da bandeira “de conveniência”, convocando uma greve e ameaçando novas ações coletivas. A pretensão do sindicato consistia em garantir que, no caso de uma mudança de bandeira, os trabalhadores não poderiam ser demitidos, sendo que o acordo coletivo e a lei finlandesa continuariam a ser aplicados. A resposta da *Viking* para tentar bloquear a greve foi entrar com uma ação judicial que terminou com uma conciliação. A empresa interpôs um recurso com o objetivo de verificar a oposição da ação sindical à liberdade de estabelecimento e instar o sindicato a não impedir a sua ação: solicitou à justiça britânica que declarasse a greve e as medidas sindicais como contrárias ao direito comunitário por considerar que essas reivindicações tornavam a mudança de bandeira inútil; por outro lado, contestou o boicote levado a cabo pela associação internacional que reúne os sindicatos dos trabalhadores dos

transportes (*International Transport Workers Federation*). Em primeira instância, foi aceito o pedido da *Viking*, mas, em recurso, o órgão jurisdicional encarregado de resolver o caso decidiu submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça Europeu, que proferiu sentença em 11 de dezembro de 2007, seguindo as orientações do Advogado-Geral Maduro.

O Tribunal estabeleceu que as ações coletivas levadas a cabo pelo sindicato finlandês constituíam ilegítimas restrições à liberdade de prestação de serviços reconhecida pelo art. 43 do Tratado CE. Neste sentido, afirmou que a proteção dos trabalhadores constitui um interesse legítimo que pode justificar, em princípio, uma restrição a uma liberdade fundamental, destacando, por outro lado, que o objetivo de proteger e melhorar as condições de trabalho constitui uma razão primordial de interesse geral (pontos 77 ss.). Ao mesmo tempo, acrescenta que, para considerar a ação coletiva justificada, deve estar efetivamente vinculada ao objetivo da proteção, o que não ocorre se os empregos não forem realmente comprometidos ou seriamente ameaçados. Além disso, mesmo na presença dessas condições, é necessário que o Tribunal verifique se a ação adotada é realmente adequada para alcançar o objetivo, ou seja, o juiz deverá verificar se o sindicato possui meios menos restritivos da livre iniciativa e se estes já foram empregados antes de se chegar a uma ação coletiva (ponto 75).

## 2.2 O caso Laval

Na sentença *Laval*, o Tribunal, além de abordar essencialmente as mesmas questões teóricas envolvidas no caso *Viking*, embora desta vez operando uma ponderação com a livre circulação de serviços, acaba formulando uma avaliação da admissibilidade da ação coletiva a partir de uma interpretação específica (do art. 3 em particular) da Diretiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (16/12/1996) relativa ao destacamento transnacional de trabalhadores em serviço. Em resumo, esta diretiva prescreve o tratamento mínimo da *lex loci laboris*, aplicável a trabalhadores destacados em países-membros da UE na execução de contratos de aquisição transnacional ou contratos de trabalho. Ela identifica estes tratamentos mínimos com os estabelecidos por lei ou convenção coletiva aplicável *erga omnes*, relativos a uma lista taxativa de matérias, mas prevendo a possibilidade de os Estados-Membros imporem às empresas que destacam «condições de trabalho e de emprego em matérias diferentes

daquelas [...], no caso de disposições de ordem pública» (art. 3, n. 9,1 *al.*), e para permitir a aplicação de «condições de trabalho e emprego mais favoráveis aos trabalhadores» (art. 3, par. 7, minha tradução).

Nesse caso, uma empresa letã, a *Laval*, destacou os seus trabalhadores para realizarem trabalhos na Suécia no canteiro de obras de uma filial que tinha ganho um contrato para a construção de uma escola na cidade sueca de Vaxholm. A empresa tinha assinado dois acordos coletivos com o sindicato letão, mas nenhum com os sindicatos suecos e, após o início das negociações, estes não se concretizaram. Os sindicatos suecos, portanto, tomaram algumas medidas de conflito coletivo, bloqueando as atividades do canteiro de obras e a entrega de mercadorias, impedindo (com piquetes) os trabalhadores letões de entrar no local de trabalho e declarando uma greve de solidariedade. Consequentemente, a *Laval* recorreu ao juiz para obter o reconhecimento da ilegalidade do bloqueio e da ação conjunta dos sindicatos, além de solicitar a indenização pelos danos sofridos.

Questionado sobre a controvérsia, o órgão jurisdicional encarregado de julgar a reclamação optou por não considerar o pedido e aplicar medidas cautelares (a interrupção provisória das ações conjuntas) e, face às dúvidas que surgiram quanto à compatibilidade das medidas coletivas de conflito com o direito comunitário, decidiu colocar uma questão preliminar. Na sentença de 18 de dezembro 2007, após ter examinado a compatibilidade com o direito comunitário das ações levadas a cabo, embora tenha avaliado que o exercício da ação coletiva constitui um direito fundamental suscetível de ser protegido como princípio geral do direito comunitário, deixou claro que neste caso as medidas de conflito coletivo adotadas não estavam justificadas. O Tribunal considerou que a ação sindical adotada constituía uma restrição injustificada à livre circulação de serviços. Afirmou ainda que a liberdade de estabelecimento e a Diretiva 96/71/CE impedem uma ação coletiva por parte de uma organização sindical que possa induzir um prestador de serviços estrangeiro a iniciar negociações sobre a remuneração e a estipulação de um acordo coletivo relativo ao trabalho nas condições mais favoráveis. Mais precisamente: embora o art. 3.7 pareça autorizar a busca das condições mais favoráveis para os trabalhadores, o Tribunal rejeitou uma interpretação segundo a qual o Estado-Membro de acolhimento poderia subordinar a prestação de um serviço no seu território ao cumprimento das condições de trabalho

que vão além dos padrões mínimos de tutela obrigatórios. A restrição à livre circulação de serviços, que visa impor normas de proteção social superiores àquelas fixadas pela Diretiva 96/71/CE, não pode ser considerada adequada para a realização de objetivos dignos de proteção ao abrigo do direito comunitário e, ademais, para efeitos de resolução do litígio.

Os juízes verificaram, em primeiro lugar, se as atividades sindicais tinham determinado efetivamente uma restrição à liberdade econômica, avaliando a legalidade da ação coletiva com base no princípio da proporcionalidade. As lutas sindicais, de acordo com a conclusão do Tribunal, não devem ser “excessivas” ou “vexatórias” em face dos objetivos da contraparte empresarial. A este respeito, na sentença afirma-se que, em princípio, a limitação da concorrência prevista no parágrafo quinto do art. 137 do Tratado não impede que determinadas ações coletivas, como as que estão em causa no caso em apreço, sejam de sua competência. Com base nisso, exclui-se que a qualificação da greve e da autonomia coletiva como direitos fundamentais poderia, por si só, levar à legalidade da ação sindical contestada.

Ora, já é possível observar que nesses primeiros dois casos de conflito o Tribunal de Justiça Europeu apresentou uma resposta em favor da tutela das liberdades de circulação no âmbito do mercado interno e, ao mesmo tempo, em detrimento do direito de negociação coletiva (regido pelo art. 28 da Carta dos Direitos Fundamentais da União) e dos direitos dos trabalhadores e das suas associações sindicais segundo o mais alto padrão entre as possibilidades disponíveis (art. 53 da mesma Carta). Esta orientação do Tribunal, manifestamente, não transpõe os conteúdos substantivos do preâmbulo e dos artigos 2º e 3º dos Tratados da União, relativos ao desenvolvimento sustentável, à coesão econômica e social, à eliminação das desigualdades e à garantia de todos os direitos (incluindo, obviamente, os direitos sociais).

### 2.3 O caso *Rüffert*

O caso *Rüffert* centra-se no problema dos limites que cada Estado-Membro encontra na implementação da disciplina europeia em matéria de serviços públicos e de liberdade de prestação de serviços. A origem do conflito pode ser detectada em uma norma com base na qual o Estado da Baixa Saxônia (*Land Niedersachsen*) previa que os contratos de



obras públicas de sua competência só pudessem ser atribuídos àquelas empresas que aceitassem o compromisso de remunerar seus funcionários conforme previsto nos acordos coletivos do lugar de execução à luz de uma norma que, sob pena de pagamento de uma multa convencional, obrigava o adjudicatário a impor esta condição também a quaisquer subcontratantes. Após ter sido declarada a falência da empresa de construção, com base nestas disposições legais, e de acordo com um processo judicial que verificou que o subcontratante polaco havia pagado aos 53 trabalhadores deslocados segundo parâmetros bem inferiores aos impostos pelos acordos coletivos, o *Land* exigiu que o administrador da falência pagasse a multa pré-estabelecida. Investido deste litígio, o *Oberlandesgericht* de Celle preocupou-se antes de tudo em verificar a legitimidade da imposição desses parâmetros de proteção social através de meios normativos; em segundo lugar, decidiu suspender o processo para perguntar ao Tribunal de Justiça se tal disposição era compatível com o direito comunitário e em particular com a Diretiva 96/71 e o art. 49 do Tratado da Comunidade Europeia (que disciplina o seu alargamento, ao proporcionar a base jurídica para qualquer Estado europeu que pretenda aderir).

Fazendo referência ao disposto no parágrafo primeiro do art. 3 n. 1 da Diretiva 96/71, os juízes afirmaram que os Estados de acolhimento estão obrigados a regulamentar a garantia das condições de trabalho e, em particular, dos salários-mínimos apenas através de «disposições legislativas, normativas ou administrativas e/ou contratos coletivos ou arbitragem declarada de aplicação geral» (minha tradução). Dentro deste marco normativo, a disposição pela qual o *Land* conecta a definição dos padrões de salário-mínimo à negociação coletiva no local de execução do contrato (e não à negociação coletiva de aplicação geral) está – na opinião do Tribunal – em contradição com as disposições da diretiva que limitam os instrumentos “utilizáveis” pelo legislador nacional para disciplinar legitimamente as condições de trabalho dos trabalhadores destacados por uma empresa estrangeira. Por outro lado, este descumprimento das disposições da diretiva se relaciona com a inobservância do art. 49 do Tratado da Comunidade Europeia. Na fundamentação do Tribunal, a disciplina do *Land*, ao prever a possibilidade de um encargo econômico adicional para as empresas dos Estados-Membros que tenham estabelecido níveis salariais mais baixos, deve se conceber como uma restrição à livre prestação

de serviços injustificada, ao não ser necessária para proteger os trabalhadores destacados (já tutelados pela diretiva) e a autonomia sindical.

Essa decisão, basicamente, decreta a inadequação da negociação coletiva, por não ser considerada de aplicação geral, sem explicar as razões pelas quais a restrição à livre prestação de serviços causada pela supressão da “vantagem competitiva” deve ser considerada legítima se for alcançada por uma negociação coletiva de aplicação geral. De fato, os juízes limitam a admissibilidade das convenções coletivas aos casos em que, pela sua relevância geral, adquiram características equiparáveis à lei. À época da análise, parece possível afirmar com certa facilidade que, mesmo nesse caso, resulta penalizado o art. 3.7 da Diretiva 96/71/CE que estabelece o critério da aplicação, por parte do Estado de acolhimento, das condições mais favoráveis face aos trabalhadores. Em outras palavras, emerge outra vez a tendência a comprimir a autonomia dos parceiros sociais e a utilizar ferramentas de caráter público para resolver as tensões sociais e definir o equilíbrio entre as partes contratantes da relação de trabalho<sup>10</sup>.

#### **2.4 O caso Comissão v. Luxemburgo**

O caso *Comissão v. Luxemburgo* resulta de um recurso por descumprimento interposto pela Comissão Europeia, com o objetivo de constatar que a lei luxemburguesa de 20 de dezembro de 2002 determina para o Grão-Ducado do Luxemburgo a extinção das obrigações contidas nos artigos 3, n. 1 e 10 da Diretiva 96/71, e nos artigos 49 e 50 da CE.

Com parecer emitido em 19.06.2008, o Tribunal afirmou que o Grão-Ducado não tem fundamento jurídico para recorrer ao art. 3, n. 12 da diretiva, no que diz respeito a algumas previsões de direito interno. Em relação à disposição referente ao contrato escrito ou ao documento constituído nos termos da Diretiva 91/533, o Tribunal de Justiça afirmou que a extensão da proteção não é possível nos casos em que os trabalhadores destacados já estejam recebendo uma tutela substancialmente análoga no Estado em que se instalou a entidade empregadora. No que diz respeito à disposição relativa à adaptação automática das remunerações à evolução do custo de vida, o Tribunal alegou que o Grão-Ducado não apresentou uma análise satisfatória da adequação e proporcionalidade da medida. Já quanto à disciplina do trabalho a tempo parcial e a termo certo, o Tribunal considerou que o Grão-Ducado não pode fazer uso da chamada

exceção de “ordem pública”. A Corte também considerou que o Grão-Ducado não havia tomado as medidas necessárias para transpor o art. 3.1.a) da Diretiva 96/71, que regula o cumprimento dos períodos máximos de trabalho e dos períodos mínimos de descanso. Retomando algumas passagens dos acórdãos *Laval e Rüffert*, o Tribunal afirmou que a disposição que reconhece aos Estados-Membros a possibilidade, em conformidade com o Tratado, de impor de forma não discriminatória às empresas que destacam trabalhadores para o seu território condições de trabalho e de emprego tratando de assuntos diversos daqueles previstos no art. 3.1 da Diretiva 96/71, na medida em que se trata de disposições de ordem pública, permite uma derrogação do princípio consagrado no mencionado artigo. Além disso, a referência a esta possibilidade de derrogação não isenta os Estados-Membros do cumprimento das obrigações que lhes incumbem por força do Tratado, nomeadamente no que se refere à livre prestação de serviços.

A disposição relativa ao pedido de informações da Inspeção do Trabalho aos empregadores foi considerada incompatível com o art. 49 CE por falta de clareza. O mesmo critério foi aplicado à disposição que obriga os empregadores de trabalhadores destacados a designar um agente *ad hoc* residente em Luxemburgo para a conservação de documentos que devem ser sujeitos ao controle das autoridades nacionais competentes, uma vez que isto implica um aumento dos encargos administrativos e financeiros que distorce a concorrência em relação aos empregadores que operam no Grão-Ducado.

## 2.5 O caso Comissão v. Alemanha

Para sintetizar o núcleo do caso Comissão v. Alemanha parecem importantes as conclusões da Advogada-Geral Trstenjack, que se refere a «um conflito entre as obrigações derivadas das liberdades fundamentais, por um lado, e o direito à negociação coletiva e o direito de negociar autonomia, pelo outro»<sup>11</sup>, tendo em conta que estes direitos são princípios gerais do direito comunitário e, portanto, “direitos sociais fundamentais” e devem ser compatibilizados com as diretivas relativas aos contratos públicos, que especificam a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços.

Esse caso diz respeito a um recurso por violação, interposto pela Co-

missão contra a República Federal da Alemanha, que visa a verificar se a República Federal da Alemanha não cumpriu com as suas obrigações, em primeiro lugar ao abrigo das disposições combinadas do art. 8 e do Título III-VI da Diretiva do Conselho de 18 de Junho de 1992, 92/50/CEE, que coordena os procedimentos de adjudicação de contratos públicos de serviços e, subsequentemente, por força das disposições combinadas dos artigos 20 e 23-55 da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004, 2004/18/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de obras públicas, fornecimentos e serviços. Segundo a contestação, as autarquias locais alemãs celebraram acordos-quadro relativos à pensão complementar de empresa dos seus trabalhadores com instituições de segurança social selecionadas com base numa convenção coletiva. Por esta razão, não haveriam cumprido as regras europeias que exigem a abertura de um concurso comunitário e, portanto, pelo menos indiretamente, violaram as normas relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

Na Alemanha, com base no BetrAVG (Betriebsrentengesetz) – uma norma que disciplina a conversão da remuneração salarial em contribuições para planos de pensões, a pedido dos trabalhadores – dentro da Confederação das organizações empresariais e de serviços municipais foi encontrado um acordo coletivo em 18 de fevereiro de 2003 (TV-EUmw/VKA), que reconhecia aos trabalhadores do serviço público municipal o direito de converter a sua retribuição. No art. 6 do mesmo documento foram expressamente designadas as entidades e as empresas seguradoras a quem cabia exclusivamente a execução da conversão salarial apurada. Esta disposição, na visão da Comissão Europeia, omitia o procedimento de adjudicação de contratos públicos previsto na Diretiva 92/50, e violava os princípios da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços (artigos 43 e 49 do TCE), na medida em que as administrações locais e as empresas municipais não haviam realizado um concurso à escala europeia para a adjudicação da gestão de planos de pensões. A Comissão acusou a Alemanha de ter violado as obrigações estabelecidas por essas diretivas, já que as administrações de algumas cidades alemãs haviam estipulado acordos-quadro relativos ao regime complementar de pensões de empresa dos seus trabalhadores diretamente com entidades que desenvolvem funções de segurança social escolhidas com base em

uma convenção coletiva previamente celebrada, sem convocar previamente um concurso a nível europeu. Por outro lado, o governo alemão entendeu que as entidades municipais não podem ser consideradas entidades adjudicantes para efeitos da regulamentação dos contratos públicos, tendo em conta os compromissos decorrentes do acordo coletivo. Acrescentou também que os contratos estipulados entre as referidas entidades com as sociedades gestoras de planos de pensões não constituiriam contratos públicos, mas sim contratos individuais de trabalho, estando protegidos pela autonomia negocial do acordo coletivo.

No acórdão Viking, o Tribunal havia declarado que a imunidade para a ação contratual com respeito à liberdade de concorrência não poderia ser concedida à greve para efeitos contratuais (prevalece a liberdade económica de circulação). O caso Comissão v. Alemanha, essencialmente, estende este último princípio ao direito à negociação coletiva, reafirmando o primado das regras sobre os contratos de serviço público. Nessa base, o Tribunal condenou a Alemanha por não considerar justificada a restrição à liberdade económica introduzida num acordo coletivo, o que implica o desrespeito da legislação europeia em matéria de contratos. Numa linha de continuidade substancial com as operações interpretativas dos acórdãos Viking e Laval, os juízes relacionaram o incumprimento das obrigações das diretivas em causa com a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento. Repetindo argumentos já expressos nos casos anteriores, afirmaram a aplicabilidade dessas normas comunitárias.

Na sentença de 15 de julho de 2010, o Tribunal estabeleceu que, embora as autoridades locais devam respeitar o direito comunitário, o recurso deve ser rejeitado porque a Comissão se baseou em presunções não comprovadas. Por outro lado, afirmou que o art. 6 do Acordo Coletivo, independentemente do seu objeto social, tem como consequência «excluir totalmente e por tempo indeterminado a aplicação das regras contidas nas Diretivas 92/50 e 2004/18 no domínio dos planos de pensões dos trabalhadores municipais»<sup>12</sup>. O Tribunal também considerou que algumas empresas municipais fizeram uso do art. 6 na hora de adjudicar diretamente contratos de seguro a outras sociedades que não são mencionadas no referido artigo, sem que isso aparentemente tenha diminuído o interesse social. Após a rejeição das alegações do Governo alemão, o Tri-

bunal de Justiça afirmou que «o cumprimento das diretivas relativas aos contratos de serviço público não é incompatível com a concretização do objetivo social perseguido pelas partes [...] no exercício do seu direito à negociação coletiva»<sup>13</sup>; e concluiu que a República Federal da Alemanha violou as obrigações decorrentes das diretivas 92/50 e 2004/18.

Com este acórdão, portanto, estabelece-se que o reconhecimento do direito à negociação coletiva como direito fundamental não pode comportar automaticamente a isenção, por parte das administrações patronais municipais e das empresas, do cumprimento das obrigações impostas por essas diretivas. Embora o direito à negociação coletiva goze, na Alemanha, da proteção constitucional reconhecida pelo art. 9.3 da constituição, de acordo com o art. 28 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, este deve ser exercido de acordo com as regras da União e, por conseguinte, é sujeito à ponderação com as obrigações decorrentes das liberdades protegidas pelo Tratado FUE.

### **3. LINHAS GERAIS DO RACIOCÍNIO JURÍDICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS**

Nos acórdãos analisados emerge o papel decisivo, desempenhado no quadro do sistema jurídico da União Europeia, da mediação judicial como lugar que – na ausência de mecanismos democrático-representativos e de uma dimensão genuinamente político-constitucional – está habilitada para encontrar o ponto de equilíbrio entre as necessidades económicas e as demandas de solidariedade. Em segundo lugar, as decisões consideradas evidenciam algumas passagens problemáticas, em particular na aplicação do teste de necessidade – segundo o qual a medida impugnada deve ser a menos invasiva possível em relação ao bem jurídico concorrente – e do teste da proporcionalidade em sentido estrito – segundo o qual o sacrifício imposto por uma medida a um direito fundamental concorrente deve ser razoavelmente equilibrado em relação ao nível de satisfação deste último. Em termos mais gerais, uma decisão que subordina teórica e concretamente os direitos fundamentais às liberdades económicas e os reconhece apenas na condição de respeitar o princípio da proporcionalidade afasta-se consideravelmente de qualquer modelo de desenvolvimento sustentável<sup>14</sup>.

Finalmente, de uma análise comparada desses julgamentos detecta-

-se uma linha de raciocínio segundo a qual os Estados podem aplicar os seus direitos fundamentais (e em particular sociais) só nos casos em que não interfiram com os objetivos econômicos comuns do mercado interno e com a prevalência das liberdades econômicas (as liberdades de estabelecimento e circulação de pessoas, serviços, mercadorias e capitais) reconhecidas pelos tratados europeus. Nessa perspectiva, os direitos sociais podem constituir um obstáculo legítimo às liberdades econômicas, mas apenas na medida em que seu exercício respeite o cânone da proporcionalidade; ou na medida em que as ações coletivas, bem como qualquer outra restrição a qualquer outra liberdade econômica, “prossigam um objetivo de interesse geral, sejam suficientes para garantir a sua realização e não excedam o necessário para os atingir”<sup>15</sup>. Nesse sentido, a pergunta que o juiz da União Europeia faz não é “até que ponto os direitos laborais podem ser condicionados pelas liberdades econômicas?”, mas exatamente a contrária: “até que ponto os direitos laborais podem restringir as liberdades fundamentais?”.

Trata-se de um modelo de raciocínio jurídico que revela certa continuidade com a necessidade, já afirmada na jurisprudência europeia em matéria social, de conciliar o respeito ao direito de circular livremente no espaço europeu com os distintos sistemas de proteção social previstos para os trabalhadores. A assimetria entre os princípios constitutivos do mercado europeu e a autonomia dos sistemas sociais nacionais decorre essencialmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a relação entre os sistemas nacionais de direito do trabalho e a segurança social e os princípios da “Constituição Econômica Europeia”, tanto em termos de regras de concorrência quanto em termos de liberdades econômicas fundamentais. Os direitos sociais, nesse sentido, resultam “funcionalizados” no que diz respeito às exigências de competitividade do mercado comum europeu, à livre concorrência e, de um modo mais geral, ao desenvolvimento econômico. Essa atitude interpretativa, por alguns aspectos, reflete uma atmosfera externa marcada por uma ideologia substancialmente neoliberal: uma moral social dominante centrada nos critérios de estabilidade macroeconômica, de competitividade e de confiança no mercado financeiro<sup>16</sup>. Uma abordagem jurisprudencial que atribui aos direitos sociais um papel de subordinação instrumental aos objetivos econômicos parece encontrar seu fundamento filosófico em uma visão regressiva do

constitucionalismo, segundo a qual a razão última que justifica a proteção dos direitos consiste essencialmente na sua compatibilidade com o pleno desenrolar do princípio do livre mercado e com a maximização do rendimento econômico.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARAK, A. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BERCUSSON, B. The Trade Union Movement and the European Union: judgement day. *European Law Journal*, v. 13, n. 3, p. 279-308, 2007.

CARABELLI, U. Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica. *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, p. 223-228, 2011.

DAVIES, A. C. L. The Right to Strike Versus Freedom of Establishment in EC Law: The Battle Commences. *Indian Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-86, 2006.

GIUBBONI, S. *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze. Appunti sulle trasformazioni della costituzione economica comunitaria*, Disponível em: [astrid-online.it/static/upload/protected/Giub/Giubboniper-ASTRID-definitivo\\_09\\_03\\_09.pdf](http://astrid-online.it/static/upload/protected/Giub/Giubboniper-ASTRID-definitivo_09_03_09.pdf). Acesso em 05 dez 2024.

GUASTINI, R. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996.

JOERGES, C. Sozialstaatlichkeit in Europe? A Conflict-of-Laws Approach to the Law of the EU and the Proceduralisation of Constitutionalisation, *German Law Journal*, v. 10, n. 4, p. 335-360, 2009.

MATHEWS, J.; STONE SWEET, S. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 47, p. 73-165, 2008.

MORIJIN, J. Balancing Fundamental Rights and Common Market Free-



doms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution, *European Law Journal*, n. 15, p. 15-40, 2006.

RAZ, J. On the Nature of Rights, *Mind*, v. 93, n. 370, p. 194-214, 1984.

SARRIÓN ESTEVE, J. Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista De Derecho Político*, n. 81, p. 379-412, 2011.

SCHLINK, B. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here? *Duke Journal of Comparative & International Law*, n. 22, p. 291-302, 2012.

VESPAZIANI, A. Il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza comunitaria: A View from Luxembourg. In: DELI, M. B.; MAURO, M. R.; PERNAZZA, F.; TRAI SCI, F. P. (a cura di), *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*: Napoli: ESI, 2012.

'Notas de fim'

1 A distinção entre “consistency” (compatibilidade lógica) e “coherence” (congruência substancial) entre normas está claramente delineada, por exemplo, em MACCOR-MICK, N. Coherence in Legal Justification. In: PECZENIK, A. et al. (Eds.). *Theory of Legal Science*, Dordrecht: Reidel, 1984, p. 235-251. Hart, AZ, J., 9. 3 1984.; ALDRON, J., rights in conflict. In: WALDRON, J. Cambridge. C., 7 2001.

2 “The impossibility of rights can assume either of two dimensions: incompatibility may exist between different persons’ exercises of different kinds of right; or it may exist between different persons’ exercises of the same kind of right. My exercise of my right to free speech may interfere with your exercise of your right to privacy; or my exercise of my right to free speech may interfere with your exercise of your right to free speech. One objection that is sometimes registered to such exemplifications of incompatibility consists in claiming that they enjoy whatever damaging plausibility they appear to possess by trading on what are merely abbreviated descriptions of the rights involved” (STEINER, H. The Structure of a set of Compossible Rights. *Journal of Philosophy*, v. 74, n. 12, p. 768, 1977).

3 No que diz respeito ao debate teórico, vejamos em particular: TANCREDI, A. L’emersione dei diritti fondamentali “assoluti” nella giurisprudenza comunitaria. *Rivista di diritto internazionale*, v. 89, n.3, p. 644-692, 2006; KOMBOS, C. Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity. *European Public Law*, v. 12, n. 3, p. 433-460, 2006; BERCUSSON, B. The Trade Union Movement and the European Union: Judgement Day. *European Law Journal*, v. 13, n. 3, p. 279-308, 2007; DAVIES, A. C. L. The Right to Strike versus Freedom of Establishment in EC law: the battle commences. *Indian Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-86, 2006; SARRIÓN ESTEVE, J. Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista De Derecho Político*, n. 81, p. 379-412, 2011; VESPAZIANI, A. Il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza comunitaria: a view from Luxembourg. In: DELI, M. B.; MAURO, M. R.; PERNAZZA, F.; TRAI SCI, F. P. (a cura di), *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*: Napoli: ESI, 2012.

4 Sem entrar em detalhes sobre o assunto, que devido à sua complexidade exigiria um espaço autônomo de discussão, podemos nos limitar a considerar genericamente a noção de ponderação como uma estrutura argumentativa, usada principalmente em sede judicial dentro de casos concretos, para justificar uma relação de prioridade condicional entre regras. Diante da impossibilidade de resolver a contradição normativa declarando a nulidade, a revogação ou a derrogação de uma das duas normas conflitantes, o método apropriado para resolver a antinomia é geralmente identificado na ponderação: uma avaliação comparativa dos princípios em jogo, com base nas circunstâncias relevantes, o que leva à não aplicação parcial de algum dos princípios, e à aplicação de outro. O principal objetivo da ponderação consiste na resolução de conflitos normativos atribuindo um grau ou “peso” diferente a cada um dos interesses em jogo. A literatura teórica sobre o tema é interminável; acima de tudo, veja-se ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais* São Paulo: Malheiros, 2017.

Por outro lado, podemos identificar na noção de proporcionalidade uma técnica argumentativa voltada para estabelecer o grau “adequado” de satisfação de um princípio em relação a outros, avaliando desta forma se os limites impostos à aplicação de um direito não sejam realmente excessivos em relação à extensão do sacrifício constitucionalmente permitido. Sobre o mais recente debate teórico-jurídico em matéria de proporcionalidade vejam-se em particular, além do estudo clássico de Alexy: AARAK, A., *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, Cambridge: Cambridge University Press, C012; JATTHEWS, J., ATONE SWEET, A., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, «*olumbia Journal of Transnational Law*» n. 47, 2. 73-165, 2008; BCHLINK, B. *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*, «*uke Journal of Comparative & International Law*» n. 22, p2 291-302, 2012..

5 Muito sinteticamente: em Schmidberger e Omega, o direito à liberdade de expressão e reunião e a dignidade humana prevalecem sobre a livre circulação de mercadorias e a liberdade de prestação de serviços, respectivamente; em Sayn-Wittgestein, é o princípio constitucional da igualdade que prevalece. Finalmente, na sentença Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (C-67/96, 1999), o Tribunal decidiu que o direito à negociação coletiva poderia ser isento do direito à concorrência.

6 Na reconstrução de Riccardo Guastini, devem ser considerados “de papel” aqueles direitos que resultam desprovidos pelo menos de uma das seguintes características: a) ter um conteúdo determinado; b) poder ser exercidos ou reivindicados perante um sujeito específico; c) ser suscetíveis de tutela. Direitos de papel por excelência, na opinião do autor, são os direitos sociais assim como aparecem formulados nos textos constitucionais, já que, na ausência de uma obra de concretização do seu conteúdo, resultam sempre deficientes no que diz respeito aos três perfis indicados (cf. GUASTINI, R. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996).

7 Minha tradução. A fórmula utilizada inspira-se em grande medida na jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual «restrictions may be imposed on the exercise of those rights, in particular in the context of a common organisation of a market, provided that those restrictions in fact correspond to objectives of general interest pursued by the Community and do not constitute, with regard to the aim pursued, disproportionate and unreason-able interference undermining the very substance of those rights» (acórdão de 13 de Abril de 2000, processo C-292/97, n. 45 da fundamentação). Sobre a distinção entre direitos e princípios na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cf. COZZI, A. O. *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Profili costituzionali. Napoli: Jovene, 2017. Sobre as propriedades operacionais das normas teleológicas, cf. particularmente ATIENZA, M; RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2004, p. 8.

8 Algumas considerações críticas sobre esta operação podem ser encontradas, por exemplo em BALLESTRERO, M. V. *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*. Lavoro e diritto, v. 22, n. 2, p. 389-391, 2008; CARA-

BELLI, U. Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica. *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, p. 223-228, 2011.

9 Embora tenha dado prioridade concreta ao valor da dignidade humana sobre a liberdade de circulação, já nesta sentença de 14 de outubro de 2004 o Tribunal de Justiça configurou os direitos humanos individuais como simples limite formal das liberdades econômicas. Cf. em particular MORIJIN, J. Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution. *European Law Journal*, n. 15, p. 31-33, 2006.

10 Um juízo negativo sobre a sentença é formulado por exemplo por VECCHIO, F. Dopo Viking, Laval e Ruffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?, em [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2010 («[s]e in Viking e Laval i giudici equiparano atti normativi del potere pubblico e contratti collettivi e mostrano di non riconoscere la specificità delle disposizioni prodotte dal negoziato delle parti sociali, con Ruffert, in piena consonanza ideologica con le precedenti decisioni, essi limitano l'accettabilità dei contratti collettivi a quelle ipotesi in cui essi, in virtù della loro rilevanza generale, acquisiscono tratti equiparabili alla legge»; *ibid.*, p. 9). Veja-se também, nesse sentido, S. Giubboni: “[n]ella sentenza Ruffert il disfavore verso meccanismi di sostegno dell'applicazione del contratto collettivo, diversi da quelli strettamente tipizzati dalla direttiva, arriva a mettere in discussione – attraverso un percorso argomentativo viziato da forti elementi di contraddizione – forme di tutela che appartengono a pieno titolo allo strumentario classico del diritto del lavoro e che sono strettamente connesse alla missione fondativa sulla quale esso si è costruito come limite invalicabile alla mercificazione del lavoro” (GIUBBONI, S. Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze. Appunti sulle trasformazioni della costituzione economica comunitaria, in [strid-online.it/static/upload/protected/Giub/Giubboniper-AS-TRID-definitivo\\_09\\_03\\_09.pdf](http://strid-online.it/static/upload/protected/Giub/Giubboniper-AS-TRID-definitivo_09_03_09.pdf), p. 17).

11 Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjack apresentadas no 14 de abril de 2010, alínea n. 3.

12 *Ibid.*, alínea n. 53.

13 *Ibid.*, alínea n. 65.

14 Nos termos do art. 2 do Tratado que institui a Comunidade Europeia: “The Community shall have as its task, by establishing a common market and an economic and monetary union and by implementing common policies or activities referred to in Articles 3 and 4, to promote throughout the Community a harmonious, balanced and sustainable development of economic activities, a high level of employment and of social protection, equality between men and women, sustainable and non-inflationary growth, a high degree of competitiveness and convergence of economic performance, a high level of protection and improvement of the quality of the environment, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States”.

15 Essa fórmula é geralmente utilizada pelo Tribunal de Luxemburgo. Ver, por todos, a ação julgada pela Seção Grande, que diz respeito às duas liberdades fundamentais mencionadas: sentença C-150/04, de 30 de janeiro de 2007.

16 «[I]n the Court's view, the exercise of “social rights”, in particular the collective rights of trade unions, has to respect the economic freedoms guaranteed by the Treaty and the soft law method of coordination needs to operate in the shadow of the hard law of negative integration» (C. Joerges, «Sozialstaatlichkeit in Europe? A Conflict-of-Laws Approach to the Law of the EU and the Proceduralisation of Constitutionalisation», *German Law Journal*, 2009, 10, 4, p. 356).



# NOTAS TEOLÓGICO- MATERIALISTAS SOBRE A ORIGEM DO ESTADO E DO DIREITO, A EXCEÇÃO E A VIDA NUA

THEOLOGICAL-POLITICAL NOTES ABOUT THE  
ORIGINS OF THE STATE AND THE LAW, THE  
EXCEPTION AND THE BARE LIFE

APUNTES TEOLÓGICO-MATERIALISTAS SOBRE EL  
ORIGEN DEL ESTADO Y EL DERECHO, LA EXCEPCIÓN Y  
LA NUDA VIDA

## SUMÁRIO:

1. O direito como *nomos*; 2. Acumulação primitiva, tomada da terra e o Estado sob a lógica do amigo-inimigo; 3. Monopólio da violência: decisão política, violência mítica; 4. O poder soberano e a invenção da biopolítica: decisão e exceção; 5. *Homo sacer* e o estado de exceção como paradigma de governo; Referências.

## RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo apresentar a hipótese de que o direito não é o resultado propriamente de um ato normativo, mas sim de um ato soberano de poder cuja natureza é, portanto, política. Nesse sentido, buscou-se a articulação de conceitos propostos por Carl Schmitt, Karl Marx, Walter Benjamin e Giorgio Agamben a fim de se demonstrar, a partir de uma perspectiva teológico-política e materialista, como o direito surge como o resultado de uma decisão de poder que se manifesta como uma violência mítica, instituindo o direito por meio de um ato de violência de tomada da terra e cuja manuten-

Como citar este artigo:

OLIVEIRA, Diogo,  
BREGA FILHO,  
Vladimir. Notas  
teológico-materialistas  
sobre a origem do  
estado e do direito, a  
exceção e a vida nua.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 43 2024,  
p. 77-108

Data da submissão:  
27/09/2023

Data da aprovação:  
28/11/2024

1. Universidade Estadual  
do Norte do  
Paraná – Brasil  
2. Universidade Estadual  
do Norte do  
Paraná - Brasil

ção implica na constituição de um estado de exceção que se realiza sob a lógica do “amigo-inimigo”.

### **ABSTRACT**

This article aims to present the hypothesis that law is not the result itself of a normative act, but rather of a sovereign act of power whose nature is, therefore, political. In this sense, it was sought to articulate concepts proposed by Carl Schmitt, Karl Marx, Walter Benjamin and Giorgio Agamben in order to demonstrate, from a political-theological and materialist perspective, how law emerges as the result of a power decision that manifests itself as a mythical violence, establishing law through an act of violence of land appropriation and whose maintenance implies the constitution of a state of exception that takes place under the logic of “friend-enemy”.

### **RESUMEN**

Este artículo tiene como objetivo presentar la hipótesis de que el derecho no es en sí mismo el resultado de un acto normativo, sino de un acto soberano de poder cuya naturaleza es, por tanto, política. En este sentido, se buscó articular conceptos propuestos por Carl Schmitt, Karl Marx, Walter Benjamin y Giorgio Agamben para demostrar, desde una perspectiva político-teológica y materialista, como el derecho surge como resultado de una decisión de poder que se manifiesta como una violencia mítica, que establece el derecho a través de un acto de violencia de toma de la tierra y cuyo mantenimiento implica la constitución de un estado de excepción que se da bajo la lógica del “amigo-enemigo”.

### **PALAVRAS-CHAVE:**

Estado de exceção; soberania; biopolítica; violência; homo sacer.

### **KEYWORDS:**

State of exception; sovereignty; biopolitics; violence; homo sacer.

### **PALABRAS CLAVE:**

Estado de exceção; soberania; biopolítica; violencia; homo sacer.

## 1. O DIREITO COMO NOMOS

A partir das contribuições de Carl Schmitt, Walter Benjamin e Giorgio Agamben, este artigo propõe que o direito moderno surge por meio de um ato de violência que se constitui como essencialmente político e retroativamente como jurídico e que subjaz a acontecimentos historicamente específicos, acompanhando a gradual transformação da sociabilidade feudal e aristocrática na sociabilidade moderna capitalista. O limiar histórico que inicia o fio da meada dessa transformação só pode ser apreendido logicamente a partir de um processo de “*tomada da terra*”.

Antes do Estado territorial centralizado, o direito das gentes medieval compreendia uma ordem espacial completamente diferente. Com a invasão e a conquista de territórios e, ato contínuo, sua ocupação, o Estado se fecha sobre si do ponto de vista espacial sobre novos limites territoriais e passa a conter em suas bordas novos espaços livres de terra prontos para ser definitivamente tomados. Essa nova distribuição espacial das fronteiras do mundo constitui não apenas uma nova ordem espacial, mas também um novo tipo de normatividade (SCHMITT, 2014, p. 65).

O termo que abrange a determinação essencial desse fenômeno, segundo Schmitt, é o *nomos*. Trata-se de uma palavra grega que significa “primeira mediação”, “mediação fundante”, a mediação que funda todas as medidas posteriores, como também e principalmente a “*primeira tomada da terra*”, entendida como a primeira partição de espaço, a divisão inaugural da terra, a divisão e repartição originárias. Em seu sentido originário, ela é a palavra mais adequada para tornar evidente “o evento fundamental que inaugura e unifica ordenação e localização”, direito e espaço (SCHMITT, 2014, p. 65).

Em geral, se costuma estabelecer uma sinonímia entre *nomos* e *lex*. Mas a palavra *nomos*, a rigor, de forma alguma deve ser identificada com a palavra *lex*; nem, segundo Schmitt, deveríamos traduzi-la para o alemão como *Gesetz*. É precisamente essa tradução de *nomos* como “lei” que explicita uma mistificação do termo – em grande parte resultante da predominância do normativismo positivista – que não nos deixa entrever toda a argúcia filológica e o nexo de materialidade do termo. A torção

semântica que é realizada na tradução de *nomos* para *lex* ou *Gesetz* acaba por favorecer o entendimento de que o direito é lei, i.e., normatividade pura. Entretanto, adequadamente compreendida, a palavra *nomos*, em sua matriz grega, significa “tomada da terra” (em alemão, *Landnahme*): nesse sentido, o direito, considerado enquanto *nomos*, é um ato essencialmente político que funda e legitima retroativamente uma divisão espacial da terra. O *nomos* é o ordenamento delimitante da dimensão espacial da terra; o direito surge a partir dessa demarcação espacial ao mesmo tempo em que a constitui.

[...] todos os regulamentos subsequentes, escritos ou não escritos, extraem sua força da medida interna de um ato originário constituinte e ordenador do espaço. Esse ato originário é o *nomos*. Tudo o que vem depois são ou efeitos e acréscimos ou então novas repartições – *anadasmoi* -, ou seja, ou continuação do antigo fundamento ou desvios dissolventes do ato constituinte de ordenação do espaço, ato associado à tomada de terra, à fundação de cidades ou à colonização. Tais eventos constituintes, evidentemente, não são corriqueiros; mas tampouco são apenas assunto de épocas passadas, que para nós só teriam interesse arqueológico e antiquário. Enquanto a história mundial não estiver encerrada, enquanto ela ainda estiver aberta e em movimento, enquanto as condições ainda não estiverem para sempre fixadas e petrificadas, enquanto, em outras palavras, os seres humanos e os povos ainda tiverem um futuro e não apenas um passado, um novo *nomos* surgirá nas formas fenomênicas sempre novas dos acontecimentos da história mundial. Trata-se, para nós, do evento fundamental que parte o espaço, evento essencial a cada época histórica; trata-se da coincidência estruturante de ordenação e localização na convivência dos povos, em um planeta que, nesse ínterim, foi medido cientificamente. Fala-se aqui em *nomos* da Terra com esse significado, pois cada novo período, cada nova época da coexistência entre povos, impérios e países, entre detentores de poder e formações de poder de toda espécie, se baseia em novas divisões de caráter espacial, novas circunscrições e novas ordenações do espaço da Terra (SCHMITT, 2014, p. 78-79).

Nesses termos, arriscamos afirmar que o *nomos* é a *determinação originária e desmistificada da forma jurídica*<sup>1</sup>, o evento fundante do direito como conhecemos. A origem da forma jurídica não está então na *lex*,



no *Gesetz*, mas no *nomos*, no ato de apropriação da terra e da fundação de uma nova ordenação espacial.

## 2. ACUMULAÇÃO PRIMITIVA, TOMADA DA TERRA E O ESTADO SOB A LÓGICA DO AMIGO-INIMIGO

Embora os processos fundantes de tomada e partilha da terra que estabelecem linhas de divisão global sejam longos e ocorram intermitentemente entre os séculos XV e XIX, identificamos sua efetivação definitiva no século XIX, no contexto da segunda Revolução Industrial, que consolida o processo de subsunção real do trabalhador ao capital e constitui de vez a sociabilidade capitalista, embora a partir do século XVI a subsunção formal do trabalho ao capital já pudesse ser constatada como efeito da permanência da subordinação da base técnica do trabalho típica da manufatura<sup>2</sup>. Essa “grande transformação” só foi possível em razão dos processos de cercamento (*inclosures*), que tanto destituiu as terras comuns, possibilitando sua concentração na mão dos ricos, quanto trouxe às cidades, não sem um intenso processo de degradação social, uma onda de artesãos, agricultores e camponeses autônomos agora sem função e sem renda, tornados mendigos e miseráveis, dispostos a trabalhar como for por um punhado de dinheiro e rendendo-se às condições penosas da crescente indústria inglesa e cujo exemplo logo foi seguido por outros países europeus<sup>3</sup>.

Esse processo é justamente aquele Marx nos apresenta sob o nome de acumulação primitiva, cuja forma clássica podemos notar no desenvolvimento econômico inglês. Na teoria marxista do valor o processo de acumulação de capital pressupõe o mais-valor e o mais-valor pressupõe a produção capitalista, que por sua vez pressupõe, além da existência de grandezas relativamente abundantes de capital, força de trabalho, i.e., capacidade de trabalho disponível em quantidade suficiente para ser explorada e acumulada na forma de capital, já que toda a produção de mais-valor depende da expropriação de uma determinada quantidade de trabalho produzida pelos trabalhadores. Para que isso possa ocorrer, é preciso que dois tipos diferentes de possuidores de mercadoria se encontrem para que a relação capitalista seja criada. Como explica Marx:

O processo que cria a relação capitalista não pode ser senão o processo de separação entre o trabalhador e a propriedade

das condições de realização de seu trabalho, processo que, por um lado, transforma em capital os meios sociais de subsistência e de produção e, por outro, converte os produtores diretos em trabalhadores assalariados. A assim chamada acumulação primitiva não é, por conseguinte, mais do que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção. Ela aparece como “primitiva” porque constitui a pré-história do capital e do modo de produção que lhe corresponde. A estrutura econômica da sociedade capitalista surgiu da estrutura econômica da sociedade feudal. A dissolução desta última liberou os elementos daquela. O produtor direto, o trabalhador, só pôde dispor de sua pessoa depois que deixou de estar acorrentado à gleba e de ser servo ou vassalo de outra pessoa. Para converter-se em livre vendedor de força de trabalho, que leva sua mercadoria a qualquer lugar onde haja mercado para ela, ele tinha, além disso, de emancipar-se do jugo das corporações, de seus regulamentos relativos a aprendizes e oficiais e das prescrições restritivas do trabalho. Com isso, o movimento histórico que transforma os produtores em trabalhadores assalariados aparece, por um lado, como a libertação desses trabalhadores da servidão e da coação corporativa, e esse é o único aspecto que existe para nossos historiadores burgueses. Por outro lado, no entanto, esses recém-libertados só se convertem em vendedores de si mesmos depois de lhes terem sido roubados todos os seus meios de produção, assim como todas as garantias de sua existência que as velhas instituições feudais lhe ofereciam. E a história dessa expropriação está gravada nos anais da humanidade com traços de sangue e fogo (MARX, 2013, p. 786-787).

Tomada da terra, origem do direito e consolidação da forma valor são assim processos simultâneos, que se refletem de modo determinante. Ao mesmo tempo em que a sociabilidade moderna é dominada cada vez mais pela dimensão abstrata do valor, também o processo de divisão espacial e a forma jurídica se desenvolvem como seu reflexo, de modo que esses processos convergem histórica e logicamente. O ato violento que envolve os processos de tomada da terra é o mesmo ato violento que viabiliza a acumulação primitiva do capital, a expropriação das terras comunais, a subsunção formal e real do trabalhador e o desenvolvimento da forma jurídica. Todos esses fenômenos estão histórica, materialmente e

logicamente entrelaçados, constituindo-se como determinações reflexas.

Mas esse processo também é acompanhado pelo surgimento de um outro elemento central da forma política atual: a figura do Estado<sup>4</sup>. A estrutura espacial da nova ordem do direito é determinada por essa ordenação territorial chamada “Estado”, espacialmente fechada em si, que se torna operadora de uma nova ordem do direito das gentes cuja configuração organizacional é vinculada ao Estado e determinada por ele. Através dele, o direito das gentes se torna direito interestatal num sentido bastante específico. Agora que as fronteiras estão demarcadas e formam claramente superfícies fechadas, o direito das gentes (*jus gentium*) se torna direito entre os povos (*jus inter gentes*). O núcleo espacial da nova ordem jurídica é o Estado, e existindo assim um núcleo espacial, os antigos vínculos supraterritoriais típicos da ordem espacial medieval são dissolvidos e as formas tradicionais são convertidas em formas puramente estatais (SCHMITT, 2014, p. 135-136).

Em Schmitt, o conceito de Estado necessariamente pressupõe o conceito do político. O Estado é o elemento central da forma política de uma comunidade. Mas a comunidade de um Estado conhece outras expressões de sua unidade além da política, como a cultura, a língua, a etnia, a religião etc. Isso quer dizer que nem todo povo constitui um Estado. Ausente o elemento político, um povo não pode ser considerado um Estado. Por outro lado, a política também pode se manifestar através de figuras diferentes dessa unidade política chamada Estado. Desse modo, para Schmitt, o Estado está situado em um limiar entre duas questões diferentes, a do político e a da unidade de uma comunidade, que faz com que o conceito de político e o conceito de Estado, embora convirjam, sejam diferentes. Inobstante, a compreensão do conceito de Estado depende essencialmente da apreensão do conceito do político (KERVÉGAN, 2006, p. 46). Assim inicia Schmitt em *O conceito do político*:

O conceito de Estado pressupõe o conceito do Político. Segundo o uso corrente da linguagem, Estado é o status político de um povo organizado dentro de uma unidade territorial. Com isso, está dada somente uma perífrase, nenhuma definição do conceito de Estado. Aqui, onde se trata da essência do político, também não é necessária tal definição. Podemos permitir-nos deixar em suspenso que o Estado é, em sua essência, uma máquina ou um organismo, uma pes-

soa ou uma instituição, uma sociedade ou uma comunidade, uma empresa ou uma colmeia, ou talvez até mesmo uma “série fundamental de processos”. Todas estas definições e imagens antecipam por demais em termos de interpretação, atribuição de sentido, ilustração e construção, não podendo, destarte, formar nenhum ponto de partida apropriado para uma exposição simples e elementar. Consoante sua acepção literal e sua aparição histórica, Estado é uma condição de características especiais de um povo, mais precisamente a condição competente dado o caso decisivo e, por isso, perante os muitos *status* individuais e coletivos imagináveis, pura e simplesmente o *status*. Mais nada pode ser dito por agora. Todas as características de tal representação – *status* e povo – adquirem seu sentido através da característica adicional do político e tornam-se incompreensíveis quando se compreende mal a essência do político (SCHMITT, 2006, p. 19).<sup>5</sup>

Ora, embora o Estado possa ser concebido como unidade política, é imprescindível entender qual o sentido que a característica do político atribui ao Estado enquanto unidade espacial centralizada determinada por aspectos culturais, linguísticos e espirituais de um determinado povo. A política não oferece apenas uma determinação de teor particular ao Estado, mas define o grau de intensidade da unidade política a partir de um critério de diferenciação *amigo-inimigo*. Isso quer dizer que a unidade política é uma determinação essencial do Estado porque estabelece quais indivíduos ou agrupamentos podem coexistir sob ele ou não, e decidir pela posição mais radical contra o que se opõe à sua unidade: a guerra.

O critério determinante do político reside, pois, na diferenciação entre amigo e inimigo, cujo propósito é de caracterizar o grau de intensidade de uma unidade, seu grau de união ou desunião, de associação ou desassociação, que pode existir sem a necessidade de se empregar diferenciações de ordem moral, estética ou econômica. O inimigo é o inimigo por força de uma decisão política, que o põe como o outro, o desconhecido, o diferente (SCHMITT, 2006, p. 27-28).

[...] inimigo não é o concorrente ou o adversário em geral. Tampouco é inimigo o adversário privado a quem se odeia por sentimentos de antipatia. Inimigo é apenas um conjunto de pessoas *em combate* ao menos eventualmente, i.e., segundo a possibilidade real e que se defronta como um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo público, pois tudo o

que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, *público* (SCHMITT, 2006, p. 30).<sup>6</sup>

O político está determinado, assim, por uma relação, uma relação de conflito cujo critério é a distinção entre amigo e inimigo. Isso faz com que o político seja, de certa forma, indelimitável, já que a dimensão política, conforme Schmitt, aparece como inscrita na própria natureza humana: todo ser humano se relaciona em termos de amigo ou inimigo. A dimensão política é a determinação constitutiva da própria sociabilidade humana (moderna). Por outro lado, essa distinção também implica que o critério do político corresponde a uma visão de mundo em que as demarcações planetárias delimitam as fronteiras de Estado soberanos sempre passíveis de entrar em conflito (KERVÉGAN, 2006, p. 57-59).

É justamente o *nomos*, portanto, que compõe o conceito de política. A divisão espacial do mundo em fronteiras determina o que é potencialmente amigo e inimigo, o que está dentro e o que está fora do Estado, e propriamente o que é o Estado, cuja unidade política compreende uma ordem jurídica centralizada que a organiza e a mantém. Isso significa que o *nomos* – a tomada da terra – é não somente o evento histórico-espacial que inaugura historicamente a forma jurídica, i.e., o direito, mas também o próprio Estado moderno e a política moderna, isto é, a forma política. Sendo assim, direito e política tornam-se substancialmente imbricados e conformam-se reciprocamente enquanto formas sociais<sup>7</sup> historicamente específicas, alcançando um certo nível de indiscernibilidade que, em termos práticos, torna sua distinção quase impossível.

### 3. MONOPÓLIO DA VIOLÊNCIA: DECISÃO POLÍTICA, VIOLÊNCIA MÍTICA

O Estado detém o monopólio da política (KERVÉGAN, 2006, p. 61). Isto é, ele detém o monopólio da decisão sobre o que é amigo e o que é inimigo, o que está dentro e fora da comunidade e, portanto, o que está dentro e fora do ordenamento jurídico que assegura sua unidade política. O Estado é assim a estrutura central de efetivação da forma jurídica, o titular exclusivo da decisão política, o possuidor único da escolha sobre a paz e a guerra.

Nessa nova configuração espacial determinada pelo *nomos* da Terra,

os Estados também são tomados como iguais. A ambas as partes cabe a mesma natureza estatal com igual direito. Ambas as partes se reconhecem mutuamente como Estados e os seus inimigos passam a ser diferenciáveis a partir da consideração sobre quem é “amigo” – e quem não é. O inimigo deixa de ser simplesmente um fato puro de poder, “algo que tem de ser aniquilado”, e agora pode ser inscrito sob uma formulação jurídica. “Assim, o direito das gentes europeu conseguiu a circunscrição da guerra com a ajuda do conceito de Estado” (SCHMITT, 2014, p. 135-136). Essa guerra, interna ou externa, contra um ou vários, agora circunscrita no direito estatal, depende unicamente da decisão política, cujo fonte de emanação só pode ser o Estado. A decisão política sobre o inimigo pode existir porque ela emana do Estado, e o Estado existe justamente porque é dele que emana a decisão sobre o inimigo. Como aponta Bercovici,

De acordo com Schmitt, existe uma unidade política e ela é soberana se possui competência para decidir no caso decisivo, mesmo que seja um caso excepcional. Ou é a unidade política quem decide sobre a distinção amigo/inimigo e é soberana neste sentido, ou não existe a unidade política soberana. Deste modo, o Estado, em sua condição essencialmente política, tem a possibilidade real de determinar por sua decisão soberana quem é o inimigo e combatê-lo. Em última análise, tem a possibilidade de declarar guerra e de dispor abertamente da vida das pessoas. O objetivo do Estado é produzir dentro de seu território uma pacificação completa, pressuposto necessário para a vigência do direito. Conseqüentemente, o Estado, como unidade política, e enquanto existir como tal, tem a capacidade para determinar por si mesmo quem é amigo e quem é inimigo. Enquanto um povo existir na esfera do político, ele terá que decidir por si mesmo, mesmo que seja um caso extremo (e ele terá que decidir também sobre a existência ou não do estado de exceção), quem é amigo e quem é inimigo. Isto, para Schmitt, faz parte da sua essência política. Se ele não tiver essa capacidade, deixa de existir politicamente (BERCOVICI, 2004, p. 71-72).

Nessa configuração, o Estado, enquanto detentor do monopólio da política, se torna também o detentor do *monopólio da violência*, já que é ele quem determina, por meio de uma decisão soberana, quem são os amigos e os inimigos do Estado e quais podem ser legitimamente subme-

tidos ao jugo do poder do Estado ou não. É ele quem decide pela tomada e pela ocupação de novas terras, quem declara a guerra e quem pactua a paz. Através do monopólio da violência, o Estado mantém sua unidade e mantém seu direito.

Já dissemos que a forma jurídica é *nomos*; que o direito moderno surge a partir do ato violento de demarcação e divisão territorial das fronteiras planetárias. Esse ato violento pressupõe e precede o direito ao mesmo tempo em que pressupõe e precede o Estado, que só surge após a delimitação territorial de sua unidade política centralizada. O ato violento que instaura o *nomos* é, pois, um ato *pré-estatal* e *pré-jurídico*, que ganha uma formulação jurídica a partir de um ato retroativamente político do Estado. Isso quer dizer que o ato de tomada da terra, que só pode ser legitimamente justificado a partir de uma ordem jurídica, depende de um Estado que, no momento da tomada da terra primitiva, não pode existir na respectiva circunscrição territorial, pois é apenas a partir do *nomos* que ele ganha existência espacial. Isso significa que a tomada da terra é um ato político pré-estatal que funda o Estado, e que, por sua vez, através de um ato jurídico-político *posterior* valida e justifica soberanamente a tomada *anterior* dessa terra a partir da legitimação jurídica. A posse legítima do Estado sobre a terra tomada surge pois, aparentemente, *ex nihilo*, através de um ato de decisão. Por isso a chamamos, com Walter Benjamin, de *violência mítica*.

Segundo Benjamin, em seu texto *Zur Kritik der Gewalt*<sup>8</sup>, uma crítica da violência deve partir da compreensão da relação entre direito e justiça, pois um fato a princípio só se torna violento na medida em que invade a esfera de relação entre esses dois termos, isto é, na medida em que afeta relações éticas. Trata-se, portanto, de entender a violência como um elemento essencialmente presente na esfera dos meios que servem para atingir uma finalidade justa ou injusta.

Entretanto, considerando o direito positivo enquanto sistema predominante que orienta o direito moderno, a justeza dos meios depende tão somente da conformidade desses meios com o direito; o critério de definição da adequação dos meios, o critério de justiça, sob o prisma do peculiar “positivismo jurídico” que adotamos é, portanto, um critério estritamente legal. Sob esse sistema, o que se verifica é a tendência de não se admitir meios violentos para a consecução de fins individuais. Meios

violentos podem ser utilizados apenas para garantir a realização das finalidades determinadas pelo direito. Isso quer dizer que o direito arroga para si – ou, propriamente, para o Estado – o monopólio da violência e do poder (*Gewalt*)<sup>9</sup>. Assim, toda vez que se verificar o emprego de meios violentos para fins naturais dos indivíduos o direito deverá se opor. Disso se conclui que do ponto de vista do Estado a consecução de atos de violência por parte de seus ora cidadãos representa um perigo que pode colocar a ordem jurídica em cheque simplesmente pelo fato de ocorrer às margens do direito, isto é, através da burla do monopólio estatal da violência, um monopólio que funda o direito e que o mantém.

Talvez se devesse levar em conta a possibilidade surpreendente de que o interesse do direito em monopolizar a violência com relação aos indivíduos não se explicaria pela intenção de garantir os fins de direito mas, isso sim, pela intenção de garantir o próprio direito; de que a violência, quando não se encontra nas mãos do direito estabelecido, qualquer que seja este, o ameaça perigosamente, não em razão dos fins que ela quer alcançar, mas por sua mera existência fora do direito (BENJAMIN, 2011, p. 127).

Instituído o monopólio da violência pelo direito, não há como se pensar, num primeiro momento, em uma violência que não esteja ligada ao direito. Ao instituir o direito, também se funda de maneira retroativamente lógica o direito de instituir o direito, isto é, de estabelecer a violência originária que cinde a relação entre *polis* e *politeia*, entre poder constituinte e poder constituído. O exercício da violência se realiza, portanto, para manter essa cisão, essa separação entre o constituinte e o constituído, entre Estado e sociedade, entre direito e não-direito e, nesse sentido, toda violência possível só é meio legítimo para consecução de determinado fim quando prescrita pelo direito e autorizada pelo Estado, detentor do monopólio da *Gewalt*. A mesma lógica que possibilita dizer o que está dentro e fora do Estado, a decisão soberana sobre o amigo e o inimigo, sobre as terras que não integram e as que integram a dimensão territorial da unidade política estatal é a mesma que determina o que está dentro e fora da ordem jurídica, o que pode e o que não pode ser suportado validamente por ela. Dessa forma, segundo Benjamin,

Toda violência como meio é ou instauradora ou mantenedora do direito. Se não pode reivindicar nenhum desses predi-



cados, ela renuncia por si só a qualquer validade. Daí resulta que toda violência como meio, mesmo no caso mais favorável, participa da problemática do direito em geral. E mesmo que, nesta altura da investigação, não se possa enxergar com certeza o alcance dessa problemática, o direito, depois do que foi dito, aparece sob uma luz ética tão ambígua, que se impõe naturalmente a pergunta se não existiriam outros meios, não-violentos, para a regulamentação dos interesses humanos em conflito (BENJAMIN, 2011, p. 136).

A violência que inaugura esse funcionamento do direito e do Estado reside precisamente no fenômeno que já destacamos com Schmitt como o evento originário do estabelecimento e da partilha de fronteiras espaciais. A violência do direito, a violência que mantém ou inaugura o direito, encontra sua forma genealógica no ato violento que instaura o *nomos*.

Aí se mostra muito claramente que o que é garantido pela violência instauradora do direito é o poder, muito mais do que qualquer ganho desmedido de posses. Onde se estabelecem fronteiras, o adversário não é simplesmente aniquilado, mas, mesmo quando o vencedor dispõe de poder muito superior a ele, direitos lhe são concedidos. E estes são, de maneira demoniacamente ambígua, direitos “iguais”: para ambas as partes contratantes, é a mesma linha que não pode ser transgredida (BENJAMIN, 2011, p. 148-149).

Essa violência que instaura o direito, que estabelece as fronteiras, que igualiza os adversários, essa violência que precede o *nomos* é o que denominamos com Benjamin de violência mítica. Essa violência é o fundamento do direito e do Estado moderno, e sua natureza mitológica reside justamente no fato de ela que cria estas formas *ex nihilo*, de que o direito e o Estado que são constituídos a partir dessa violência originária surgem como uma espécie de força inexorável e inexplicável do destino, tal como acontece nas narrativas míticas.

A lenda de Níobe é invocada por Benjamin para ilustrar essa concepção. De acordo com a mitologia grega, Níobe, filha de Tântalo e Dione, casou-se com Anfião, rei de Tebas, com quem teve sete filhos e sete filhas. Afirmando-se escarnejadamente superior à deusa Leto – mãe de Apolo e de Ártemis – e vangloriando-se disso, instigou seu ressentimento. Leto ordenou que seus filhos matassem a flechadas os sete filhos de Níobe, que, apesar disso, ainda insistiu ser mais agraciada do que a deusa; diante disso,

Leto ordenou que as filhas de Níobe fossem também assassinadas. Apolo matou os filhos de Níobe, caçando-os com flechas em um bosque, e Ártemis aniquilou suas filhas em um palácio, com exceção de Cloris. Níobe, chorando porque tivera seus filhos arrancados de si, foi transformada em uma pedra no monte Sípilo, forma na qual dizem que continuou vertendo suas lágrimas (HIGINO, 2008, p. 50, 51)<sup>10</sup>.

No drama trágico de Níobe a ordem de Leto não é tanto um castigo, mas a instauração de um direito diante da atitude de Níobe de desafiar o destino. Nas tragédias mitológicas esse cenário é bastante recorrente; o herói, confrontado com o destino trágico imposto pelos deuses, busca a vitória, embora nunca a alcance; o destino é implacável, inafastável. A sua violência de natureza mítica e sangrenta, realizada pela imposição de um destino ali criado, é inevitável. Essa figura da violência mítica que cria e impõe o destino é a representação mitológica da instauração do direito e da imposição de sua violência monopolizada, que não apenas funda, no ato, o direito, mas também o mantém. Essa instauração é não somente a instauração do direito, mas também do poder (*Macht*) e da violência (*Gewalt*) enquanto meio justificado para a consecução de seus fins. Nessa relação, o fim é a justiça; ela é, pois, o fundamento de toda a instauração divina de finalidade, enquanto o poder (*Macht*) é o fundamento de toda instauração mítica do direito. Em síntese, o direito é instituído como princípio de realização da justiça – um conceito engendrado pelo próprio direito –, enquanto sua legitimidade como instrumento adequado é produzida pelo próprio poder como dispositivo único destinado à consecução da justiça.

O direito é, portanto, resultado de uma violência mítica. Ele é fruto de uma decisão irrefreável de uma força soberana. Isso quer dizer que o fundamento do direito é lastreado por uma decisão soberana, ou seja, que uma ordem jurídica é resultado da constituição de uma vontade soberana, da decisão de uma autoridade superior: o Estado. O Estado é, pois, a autoridade soberana, a vontade que, por meio da decisão, instaura ou mantém o direito enquanto detentor do monopólio da violência. Política, Estado, direito e soberania são por isso conceitos que estão visceralmente interligados. Já esclarecemos o que deve ser entendido pelos primeiros três termos. Resta agora esclarecer o conceito de soberania e quais são suas implicações para uma concepção material de forma jurídica e forma

política.

#### 4. O PODER SOBERANO E A INVENÇÃO DA BIOPOLÍTICA: DECISÃO E EXCEÇÃO

A soberania estabelece os limites entre o que está dentro e fora do Estado, isto é, ela circunscreve o dentro e o fora do alcance do poder e da violência estatal legitimada pelo direito. Esse dentro e fora não compreende apenas a dimensão territorial que compõe a unidade política estatal, mas também sua dimensão populacional. A decisão política soberana estabelece quem é amigo e quem é inimigo não apenas em relação ao fora de suas fronteiras, mas também no seu interior, e, dessa forma, define quem deve ser protegido pela ordem jurídica intraestatal e quem deve ser considerado por ela como um obstáculo à realização da vontade soberana estatal. Essa configuração depende de uma decisão que integra uma “*vida nua*” na esfera do político. Eis, para Giorgio Agamben, a contribuição original do poder soberano schmittiano: a produção de um corpo biopolítico, cuja existência é consequência da decisão soberana que se faz pela *exceção*.

A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua, reatando assim (segundo uma tenaz correspondência entre moderno e arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos diversos) com o mais imemorial dos *arcana imperii* (AGAMBEN, 2010, p. 14).

Ao nomos da Terra schmittiano que, a partir da divisão e partilha das terras tomadas e da cisão amigo-inimigo, funda a forma jurídica a partir de uma nova espacialização da ordem jurídica e o Estado moderno, corresponde a divisão ou cisão agambeana entre bíos – a mera vida, o simples viver, comum a todos os seres viventes – e zoé – a forma de viver própria de um grupo ou indivíduo, instituída como vida política e juridicamente qualificada –, entre vida nua e vida política. Uma cisão, contudo, que é paradoxalmente mantida em unidade pelo direito.

O que configura uma vida como vida política é o direito. A vida política é a vida “juridicizada”, i.e., incluída pela lei/na lei. A partir da concepção schmittiana de que a exceção é o dispositivo e a forma da relação entre

direito e vida, Agamben define soberano como aquele que decide sobre a aplicação da lei ou não, ou seja, como aquele que decide a exceção<sup>11</sup>. Como explica Castro:

A decisão acerca da aplicação ou não da lei é, em suma, uma decisão acerca do caso normal, ou melhor, o “soberano, por meio da exceção, ‘cria e garante a situação’, da qual tem necessidade o direito para a própria vigência”. Mediante essa decisão, o direito mantém com a vida uma relação que é, ao mesmo tempo, de exclusão e inclusão. Na exceção, de fato, um determinado caso é excluído do ordenamento jurídico, localiza-se fora dele. Porém está excluído na medida em que segue em relação com a norma jurídica. Por isso se pode dizer que, nesse caso, a norma se aplica desaplicando-se. Assim, a exceção dá lugar a uma zona de indiferença, não é uma situação nem só de fato nem só de direito (CASTRO, 2013, p. 60).

A soberania schmittiana não está restrita ao direito, mas o transborda. A exceção captura algo que parece está excluída da norma geral, isto é, que está fora do direito apenas imediatamente, que apenas aparentemente não guarda relação alguma com a norma geral. Desse ponto de vista, nada escapa à exceção jurídica. A situação excluída da norma geral é mantida em relação com ela, mas na forma de uma suspensão. A ordem jurídico-política inclui em sua estrutura algo que está ao mesmo tempo fora dela; a exceção é capturada, mas mantida de fora.

A exceção constitui, portanto, essa situação particular que não é nem uma situação de fato e nem uma situação de direito e sim uma singularidade que habita um limiar de indiferença entre ambas as esferas, que estabelece um estado de exceção entre o dentro e o fora. Não é um simples fato, já que a exceção é criada pela suspensão da norma pelo soberano, e não é propriamente uma situação de direito porque, embora haja a possibilidade de vigência da lei, ela incide sob um estado de suspensão (AGAMBEN, 2010, p. 25).

Não é preciso, portanto, como destaca Schmitt, ter direito para que se possa criar direito. A exceção é o que escapa a toda determinação geral do direito. Para que ela possa existir, o soberano precisa criar uma situação *normal*. A exceção, para que possa ser válida, precisa estar amparada por preceitos jurídicos. Para abarcar a exceção, o soberano *cria* a situação

normal, decide o direito da situação. Através desse ato, o soberano garante o controle sobre o estado dessa situação, captura a exceção, mantendo-a suspensa da norma jurídica, *excluída* dela e ao mesmo tempo *incluída* fora dela. É por isso que o soberano, para criar direito, não precisa encontrar uma situação de direito; a exceção, criada juridicamente, suspende a norma ao mesmo tempo em que a cria; a decisão que cria a exceção é a mesma que captura a exceção fora e delimita a situação normal; embora originada pela decisão soberana sob uma natureza que não é nem de fato nem de direito, a exceção cria o mesmo direito que suspende<sup>12</sup>.

Efetivamente, a situação de fato sempre já existe, e o soberano a *normaliza* ao mesmo tempo em que a “captura para fora”, sob uma forma desativada ou suspensa, a exceção, aquilo que não é da natureza *normalizada* da situação conforme o conteúdo da decisão soberana.

Como denota Agamben, o *nomos* soberano de Schmitt não é apenas a tomada da terra (*Landnahme*), a partilha entre as fronteiras do Estado, a determinação da nova configuração espacial da forma jurídica, mas, principalmente, a “tomada do fora”, a exclusão inclusiva da exceção (*Ausnahme*) (AGAMBEN, 2010, p. 26). Isso é possível porque o próprio soberano não está incluído no ordenamento jurídico, mas nem por isso está fora dele. Este é o paradoxo da soberania que Agamben suscita a partir de Schmitt: o soberano habita o umbral que separa o que pertence e o que não pertence à ordem jurídica, ele está e não está no ordenamento jurídico, tal como o guarda que protege a porta da Lei no universo kafkiano<sup>13</sup>.

[...] “o soberano está ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico”. Se o soberano é, de fato, aquele no qual o ordenamento jurídico reconhece o poder de proclamar o estado de exceção e de suspender, deste modo, a validade do ordenamento, então ele permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este, porque cabe a ele decidir se a constituição *in toto* pode ser suspensa”. A especificação “ao mesmo tempo” não é trivial: o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se geralmente fora da lei. Isto significa que o paradoxo pode ser formulado também deste modo: “a lei está para fora dela mesma”, ou então: “eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei” (AGAMBEN, 2010, p. 22).

Isso quer dizer, em um sentido mais radical, que a definição de sobe-

rania proposta por Schmitt implica em perceber que ela assinala o *limite*, no preciso sentido que ela delimita o começo e o fim do ordenamento jurídico-político. A regra não existe senão pela exceção. Desse modo, ao criar o estado de exceção, a decisão soberana define a dimensão espacial na qual a ordem jurídica e política pode ter valor ou não. Por outro lado, isso significa que o direito não pode prescindir da decisão de exceção, já que a ordem jurídica e política só pode existir ou ser garantida sob a condição de que ela possa ser suspensa (NASCIMENTO, 2012, p. 113)<sup>14</sup>.

Isso também implica o fato de que o estado de exceção, como afirma Agamben, não é nem interior e nem exterior ao ordenamento jurídico, e sua definição recai numa zona de indiferença na qual dentro e fora não são excludentes, mas se indeterminam. A dialética entre dentro e fora é atravessada por um elemento indeterminado produzido pela decisão de exceção que cria uma zona de indiferença entre dentro e fora, mas que ao mesmo tempo estabelece uma extensão-limite da ordem jurídica. A norma suspensa não é abolida, e a zona de anomia por ela instaurada ainda sim mantém uma relação com a ordem jurídica, estabelecendo, de certo modo, o próprio limite do ordenamento jurídico, lançando o estado de exceção num limiar entre dentro e fora que é “capturado fora” (AGAMBEN, 2004, p. 39).

Assim, a normalidade ou a situação juridicamente normal somente pode existir quando confrontada com o seu próprio limite, que se manifesta sob a forma da exceção, e cuja forma se constitui então como seu fundamento de validade na medida em que lhe aparece como determinação oposta. Isto é, o fundamento da situação jurídica normal está na exceção, aparecendo-lhe como uma determinação reflexa essencial, ao passo que a exceção se contrapõe como o elemento fundante dessa dialética entre normalidade e exceção, mas cuja relação reduz ambas a uma indeterminação.

Sendo o direito essa relação que atinge não só território e política, mas também vida e lei num laço constitutivo de uma forma de vida social e política, toda relação entre direito e vida se dá igualmente num esquema de inclusão e exclusão. Como descreve Nascimento, a relação originária da lei com a vida não é propriamente a aplicação da lei, mas “a inclusão que exclui, o abandono”. Se é a decisão de exceção que é constitutiva da situação normal, toda vida é sempre uma vida potencialmente excluída.

Sendo a exceção a estrutura da soberania, “ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão”. A relação originária entre lei e vida é uma relação de *abandono* (NASCIMENTO, 2012, p. 116)<sup>15</sup>.

A vida está assim determinada pela própria lei. A decisão soberana incide sobre a própria vida, e sobre essa forma de vida em particular. A vida nua como puro viver, ainda não transformado no viver em comunidade, passa do viver como pura *forma-de-vida*<sup>16</sup> para o viver em comunidade enquanto transformação da configuração do modo de vida através da fundação da soberania, que institui a vida política e assegura a decisão sobre a vida e a morte nas mãos do poder soberano. A inclusão e a exclusão na vida política da cidade traduzem a delimitação do grau de aproximação entre vida nua e viver. Na forma política, vida nua e forma de vida são separáveis pelo poder imperial do soberano; a vida nua é precisamente o antípoda da *forma-de-vida*.

A vida aparece, assim, originariamente no direito, somente como parte contrária de um poder que ameaça de morte. Mas o que vale para o direito de vida e de morte do *pater* vale com mais razão para o poder soberano (*imperium*), do qual o primeiro constitui a célula originária. Assim, na fundação hobbesiana da soberania, a vida no estado de natureza só é definida pelo seu ser incondicionadamente exposto a uma ameaça de morte (o direito ilimitado de todos sobre tudo), e a vida política, isto é, aquela que se desenvolve sob a proteção do Leviatã, não é senão essa mesma vida, exposta a uma ameaça que repousa, agora, apenas nas mãos soberano. A *puissance absolue e perpetuelle* que define o poder estatal não se funda, em última instância, em uma vontade política, mas na vida nua, que é conservada e protegida somente na medida em que se submete ao direito de vida e de morte do soberano (ou da lei). [...] O estado de exceção, sobre o qual o soberano decide todas as vezes, é precisamente aquele no qual a vida nua, que, na situação normal, aparece reunida às múltiplas formas de vida social, é colocada explicitamente em questão como fundamento último do poder político. O sujeito último, que se trata de excetuar e, ao mesmo tempo, de incluir na cidade, é sempre a vida nua (AGAMBEN, 2015, p. 15).

Nesse sentido, a soberania se apresenta não apenas como uma prerrogativa do soberano de decidir sobre a validade da lei, mas como um

dispositivo<sup>17</sup> propriamente biopolítico que estabelece processos de subjetivação e de dessubjetivação e configuram uma forma de vida própria da modernidade. Uma forma de vida que comporta a separabilidade, sob a autoridade do soberano, entre vida nua e forma sujeito, ou, mais precisamente, entre simples ser vivente e sujeito de direito, entre vida pura e vida qualificada. Essa separação é o que Agamben nos apresenta a partir da figura do *homo sacer*, figura central da (bio)política moderna, cuja marca distintiva é a *matabilidade* e a *insacrificabilidade*.

## 5. HOMO SACER E O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA DE GOVERNO

O *homo sacer* comporta essa figura ambivalente na qual o ser vivente é matável, mas não sacrificável. Ele está implicado na estrutura da *sacratio*, na qual vemos convergir a impunidade da morte e a exclusão do sacrifício. Isto é, o *homo sacer* é consagrado (*consecratio*<sup>18</sup>), ele é transposto do humano ao divino, do profano ao sacro; ele é posto para fora da jurisdição humana, sem que, contudo, seja translocado para a esfera divina. A *sacratio* configura, portanto, uma dupla exceção, que exclui o ser vivente tanto do mundo divino quanto do mundo humano. Essa estrutura topológica constitui mais do que uma simples correspondência com a estrutura da exceção soberana.

Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. *A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra*. Aquilo que define a condição do *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio. Subtraindo-se às formas sancionadas dos direitos humanos e divino, ela abre uma esfera do agir humano que não é a do *sacrum facere* e nem a da ação profana [...] (AGAMBEN, 2010, p. 84).



É aqui que Agamben identifica uma conexão medular entre as estruturas da soberania e da *sacratio*. Agamben propõe que a soberania pode ser definida de uma forma ainda mais radical do que a proposta de Schmitt. Trata-se de compreender a esfera soberana como o espaço no qual é possível matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, um espaço onde é possível produzir-se uma vida matável e sacrificável, isto é, uma vida sacra, um *homo sacer*. A contribuição original do poder soberano é, portanto, a produção de um corpo biopolítico sob a forma elementar da vida nua, que sujeita a vida ao poder de morte do soberano (AGAMBEN, 2010, p. 85)<sup>19</sup>.

Vemos, assim, que, inobstante a *sacratio*, não é ilícito matar o homem sacro. A dupla exclusão põe o *homo sacer* numa zona de indiferenciação entre o mundo terreno e mundo divino. O *homo sacer* não era sacrificável na medida em que não era possível oferecer aos deuses algo que já estava sob sua posse; ao mesmo tempo, o assassinio do homem sacro era também impunível pelo fato de ele já estar lançado além dos limites da jurisdição terrenal.

A *sacratio* configura uma dupla exceção, tanto do *ius humanum* quanto do *ius divinum*, tanto do âmbito religioso quanto do profano. A estrutura topológica, que esta dupla exceção desenha, é aquela de uma dúplice exclusão e de uma dúplice captura, que apresenta mais do que uma simples analogia com a estrutura da exceção soberana (AGAMBEN, 2010, p. 84).

A condição de *homo sacer* é, portanto, definida não apenas pela hipotética ambivalência oriunda da sacralidade que lhe é imanente, mas sobretudo pelo caráter peculiar da dupla exclusão na qual se encontra aprisionado e da violência à qual está exposto. A impunidade pela violência que pode ser exercida em relação a ele não é classificável nem como homicídio e nem como sacrifício, nem como execução de uma pena e nem como sacrilégio. Ao excepcionar-se das formas sancionadas presentes no direito humano e divino, abre-se um âmbito do agir humano que não é da profanação e nem do tornar sagrado. Esse espaço é onde impera apenas a decisão soberana, ato que por meio do estado de exceção suspende a lei e nele implica a vida nua (AGAMBEN, 2010, p. 84).

O estado de exceção é, dessarte, o espaço espectral de gestão dessa vida nua. É no âmbito da exceção sobre a vida nua que se impõe o fenôme-

no da suspensão da norma; o estado de exceção permite ao ordenamento jurídico manter-se em íntima relação com aquilo que excluiu, mantendo a vida nua em sempiterna relação com o poder que a banuiu:

A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Nesse sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada fora (*ex-capere*) e não simplesmente excluída (AGAMBEN, 2010, p. 24).

Como já exposto retro, o que acontece no estado de exceção é a criação de uma situação que não pode ser delineada como uma situação de fato já que é criada pela simples suspensão da norma; ao mesmo tempo, não pode ser enquadrada como uma situação de direito, ainda que seja possível sobre ela a vigência da lei. Portanto, entre elas é estabelecido um limiar – o estado de exceção – entre fato e direito, natural e jurídico. E neste limiar, no espaço de sujeição da vida nua, o soberano transita livremente:

O corpo biopolítico, que constitui o novo sujeito político fundamental, não é uma *quaestio facti* (como, por exemplo, a identificação de um certo corpo biológico) nem uma *quaestio iuris* (a identificação de uma certa norma a ser aplicada), mas a aposta de uma decisão política soberana, que opera na absoluta indiferenciação entre fato e direito (AGAMBEN, 2010, p. 167).

Erigido sobre o fundamento de proteção da vida e garantia de direitos, o poder soberano enceta assim a prerrogativa de valer-se da exceção; aplica a norma sobre a exceção, desaplicando-a; insere a vida nua no âmbito do ordenamento jurídico para que ela possa ser efetivamente excluída. O que se verifica, pois, é a faculdade absoluta atribuída ao poder soberano de suprimir direitos e garantias por meio da exceção e de colocar-se, legalmente, fora da lei.

A forma política tende a apresentar assim o estado de exceção cada vez mais como paradigma de governo da política contemporânea, se manifestando como um “patamar de indeterminações entre democracia e ab-

solutismo” (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Como denota Agamben, a sistemática ampliação dos poderes governamentais durante a Primeira Guerra Mundial, que permitiu a vários países declarar estado de sítio e promulgar leis de plenos poderes, se tornou desde então uma prática corriqueira, manifestando-se hoje na progressiva erosão dos poderes legislativos que frequentemente apenas ratificam as decisões do executivo expedidas sob a forma de decretos com força normativa<sup>20</sup> (AGAMBEN, 2004, p. 19).

A Primeira Guerra mundial – e os anos seguintes – aparece, nessa perspectiva, como o laboratório em que se experimentaram e aperfeiçoaram os mecanismos e dispositivos funcionais do estado de exceção como paradigma de governo. Uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo (AGAMBEN, 2004, p. 19).

Além do mais, não parece ser por acaso que, ainda que tenha se mostrado uma prática cada vez mais presente a partir do século XX, a origem do estado de exceção encontre seu embrião também no desenrolar da Revolução Francesa – a mesma que estabeleceu os direitos à liberdade e a igualdade como direitos universais e imanentes ao homem –, no instituto do estado de sítio, que logo se descolou de seu “propósito” inicial, e desde então foi adotado reiteradamente ao longo dos sécs. XIX e XX em momentos de crise constitucional (AGAMBEN, 2004, p. 16).

Sob a aura do presente, porém, nada disso é muito diferente. Como alerta Nascimento, não se trata se uma discussão simplesmente teórica. A abordagem de Agamben exposta até aqui é teórica, filológica, e permeada por uma construção dialética bastante peculiar, mas ela parte precisamente das determinações materiais da realidade para constituir seu aparato conceitual. O estado de exceção que observamos hoje manifesta rastros evidentes ao longo do último século de seus dispositivos de exceção, mas ainda e principalmente hoje podemos encontrá-los, como, v.g., no *military order*, promulgado por George W. Bush, que autorizava a detenção indefinida de quaisquer não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas, suspendendo integralmente os direitos dos detidos; sob outros nomes (estado de exceção, estado de sítio, estado de emergência), foi utilizado para retardar e realizar eleições sob suspeita em Geórgia e

Bangladesh, para combater greves de funcionários públicas na Colômbia (NASCIMENTO, 2012, p. 141-143); no Brasil, pode ser identificado nas imprecisões de diversos tipos penais, *v.g.* aqueles abrangidos pela Lei Antiterrorismo, como os instrumentalizados no obscuro caso de Rafael Braga, ou, mais recentemente, no contexto da pandemia da Covid-19, que implicou em uma série de medidas excepcionais e jamais vistas de limitação ou restrição de direitos e garantias – o que não implica em um juízo negativo de sua necessidade, pois não se faz juízos morais com filosofia. Outrossim, como destaca Nascimento:

O elemento comum em todos eles é exatamente o que caracteriza o estado de exceção: a suspensão de direitos fundamentais, tais como o direito de locomoção e o direito de reunião e associação, havendo restrições quanto à inviolabilidade do domicílio, à informação, à livre manifestação, ao acesso à justiça (NASCIMENTO, 2012, p. 145).

Não se trata, portanto, de algo que escapa à democracia. O dispositivo da exceção é uma determinação essencial da forma política democrática. É precisamente o que assegura a democracia como forma política indispensável à reprodução da sociabilidade moderna, principalmente em seus momentos críticos.

Os discursos que endossam entusiasmadamente a democracia moderna sustentam em seus principais argumentos o fato de que a democracia realizou a “libertação da vida”, e que ela finalmente garantiu aos homens direitos inalienáveis de liberdade e igualdade. No entanto – e contra esse discurso incauto nos insurgimos – a democracia paradoxalmente revelou que é incapaz de assegurar aquilo que concedeu se não sob uma “forma auto canceladora”. Na verdade, o que a democracia produz é a pressuposição da liberdade desses homens, e até certa extensão, sua garantia, mas apenas sob os parâmetros da forma jurídica e da soberania da exceção. Forma jurídica, a democracia enquanto forma política e a forma-valor imbuída nas mercadorias, enquanto formas sociais historicamente específicas da totalidade capitalista, relacionam-se intimamente (NASCIMENTO, 2012, p. 194).

A própria democracia é a outra face do capital, e não o seu contrário. O conceito de democracia, em sentido forte, pressupõe que a sociedade seja composta por sujeitos dotados de livre arbítrio. Para terem uma tal liberdade de decisão, os

sujeitos teriam que estar situados fora da forma mercadoria e em condições de dispor do valor como objecto seu. Numa sociedade fetichista, porém, não pode existir esse sujeito autónomo e consciente. Podem existir somente fragmentos desse sujeito, em vias de formação (JAPPE, 2013, p. 159).

Quando não é possível assegurar nem mesmo essa liberdade e essa igualdade determinadas pela forma jurídica, e desse modo, garantir, a rigor, a própria forma jurídica, nem por isso a ordem política e a ordem jurídica perdem sua validade. É precisamente por meio do dispositivo da exceção que a democracia, enquanto forma política, mesmo quando parece não se efetivar, se efetiva. Mesmo em sua faceta supostamente antidemocrática, a forma política mantém seu semblante democrático. Política, direito e exceção expressam-se assim como um *continuum* no exercício da violência mítica do poder.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

\_\_\_\_\_. **Meios sem fim: notas sobre a política**. Tradução de Davi Pessoa. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2015.

\_\_\_\_\_. **O que é o contemporâneo? E outros ensaios**. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

\_\_\_\_\_. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

\_\_\_\_\_. **Profanações**. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: **Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)**. Trad. S. K. Lages e E. Chaves. São Paulo: Livraria Duas Cidades, Editora 34, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

CASTRO, Edgardo. **Introdução à Giorgio Agamben: uma arqueologia**

da potência. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhaes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

FOUCAULT, Michel. *A Governamentalidade* in: **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

HIGINO, Cayo Julio. **Fábulas/Astronomia**. Tradução de Guadalupe Morcillo Expósito. Madrid, Espanha: Ediciones Akal, 2008.

HOMERO. **Ilíada**. 1. ed. Tradução de Izeti Torralvo et. al. São Paulo: Penguin, 2013.

JAPPE, Anselm. **As aventuras da mercadoria**. Tradução de José Miranda Justo. 2. ed. Lisboa, Portugal: Antígona, 2013.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Marcelo Bakes. Porto Alegre, RS: L&PM, 2012.

KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt**: o político entre a especulação e a positividade. Tradução de Carolina Huang. Barueri, SP: Manole, 2006.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo: 2013.

MASCARO, Alysson. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico**: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: Editora LiberArs, 2012.

\_\_\_\_\_. **Umbrais de Giorgio Agamben**: para onde nos conduz o *homo sacer*?. 1. ed. São Paulo: Editora LiberArs, 2014.

NAVES, Márcio B. **A questão do direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014.

OVID. **The metamorphoses**. Tradução de A. S. Kline. Createspace independent publishing; Poetry in Translation, 2000.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo, Boitempo: 2017.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**. 2. ed. Tradução de Fanny Wrabel. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. **O conceito do político/Teoria do Partisan**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **O nomos da Terra no direito das gentes do *ius publicum europaeum***. Tradução de Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de Sá et. al. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014.

'Notas de fim'

1 O significado de forma jurídica é aqui empregado no sentido que lhe é atribuído pelas contribuições da crítica marxista do direito. Para tanto, cf. PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo, Boitempo: 2017.

2 Uma síntese explicativa sobre a distinção entre subsunção formal e subsunção real pode ser encontrada em NAVES, Márcio B. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014, p. 42-44.

3 Para uma ampla e completa abordagem desse período, cf. POLANYI, Karl. *A grande transformação*. 2. ed. Tradução de Fanny Wrabel. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

4 Vale aqui um esclarecimento genealógico: segundo Schmitt, “a ‘estatalidade’ não é um conceito geral válido para todos os tempos e povos, mas uma manifestação histórica concreta vinculada a uma época. A particularidade histórica, única e inteiramente incomparável, daquilo que se denomina Estado em um sentido específico, reside no fato de que esse Estado é o veículo da secularização. Por isso a formação de conceitos do direito das gentes dessa época conhece apenas um eixo: o Estado territorial soberano. A nova grandeza ‘Estado’ elimina o império sagrado [das sakrale Reich] e o reino [Kaisertum] da Idade Média; também elimina a potestas spiritualis do papa no campo do direito das gentes e busca converter as Igrejas cristãs em um meio da polícia e da política estatais. A própria Igreja Romana se retrai em uma mera potestas indirecta [poder indireto] e, até onde pude averiguar, nem sequer fala mais de uma auctoritas directa [autoridade direta]. Também outras localizações históricas da Respublica Christiana, instituições prenes de sentido, como as Coroas, perdem seu caráter típico e colocam-se a serviço do desenvolvimento do Estado. O rei, portador sagrado de uma coroa, é transformado em chefe de um Estado soberano.” (SCHMITT, *O nomos da Terra no direito das gentes do ius publicum europaeum*. Tradução de Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de Sá et. al. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014, p. 132-133).

5 Ainda, conforme salienta Schmitt: “Encontrar-se-á raramente uma clara definição de político. Em geral, o termo é empregado apenas negativamente como oposição a diversos outros conceitos, em antíteses como política e economia, política e moral, política e Direito, dentro do Direito, por sua vez, como política e Direito Civil etc. Por meio dessas contraposições negativas e, na maioria das vezes, também polêmicas, pode-se designar, de acordo com o contexto e a situação concreta, algo claro o suficiente; porém não é ainda nenhuma definição do específico. No geral, ‘político’ é equiparado de alguma forma a ‘estatal’ ou, pelo menos, relacionado ao Estado. O Estado aparece então como algo político, mas o político como algo estatal – pelos vistos um círculo vicioso nada satisfatório. [...] Em contrapartida, a equação ‘estatal = político’ é incorreta e enganosa na

mesma medida em que o Estado e a sociedade mutuamente se interpenetram, todas as questões até então estatais se tornam sociais e inversamente, todas as questões até agora ‘apenas’ sociais se transformam em estatais, como ocorre necessariamente em uma coletividade democraticamente organizada. Assim, as áreas até então ‘neutras’ – religião, cultura, educação, economia – cessam de ser ‘neutras’ no sentido não-estatal e não-político. Como polêmico conceito contrário a tais neutralizações e despolíticas de importantes domínios surge o Estado total da identidade entre Estado e sociedade, Estado que não se desinteressava por nenhuma área e que abrange, potencialmente, qualquer área. Nele, por conseguinte, tudo, pelo menos enquanto possibilidade, é político e a referência ao Estado não está mais em condições de fundamentar uma característica específica de diferenciação do ‘político’” (SCHMITT, Carl. O conceito do político/Teoria do Partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 20-24).

6 Ainda nessa esteira, consoante adverte Schmitt: “Os conceitos de amigo e inimigo devem ser tomados em seu sentido concreto e existencial, e não como metáforas ou símbolos, não misturados ou enfraquecidos por noções econômicas, morais e outras, e menos ainda em um sentido privado-individualista e psicologicamente como expressão de sentimentos e tendências privadas. Não constituem antíteses normativas nem ‘puramente espirituais’” (SCHMITT, Carl. O conceito do político/Teoria do Partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 29).

7 A respeito do conceito de forma social cf. MASCARO, Alysso. Estado e forma política. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 20-24.

8 Cf. BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921). Trad. S. K. Lages e E. Chaves. São Paulo: Livraria Duas Cidades; Editora 34, 2011.

9 Conforme a nota de edição n.º 51 do referido texto, a palavra Gewalt tem suas raízes no verbo arcaico walten, que significa “imperar”, “reinar” ou “ter poder sobre”. Seu uso atual é predominantemente de natureza religiosa. Seu uso primeiro remete a potestas, ao poder político é a dominação – como se vê no substantivo composto Staatsgewalt, “autoridade ou poder do Estado” –, mas a partir do séc. XVI o emprego da palavra passa a servir para denominar o excesso de força que acompanha o exercício do poder, a violência. Gewalt apresenta assim uma dupla acepção, que sugere uma convergência entre violência e poder político, precisamente a questão central abordada por Benjamin em Zur Kritik der Gewalt (BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921). Trad. S. K. Lages e E. Chaves. São Paulo: Livraria Duas Cidades; Editora 34, 2011, p. 121).

10 Sobre a lenda de Níobe, vale também cf. OVID. The metamorphoses. Tradução de A. S. Kline. Createspace independent publishing; Poetry in Translation, 2000, p. 161-165; e o Canto XXIV de HOMERO. Iliada. 1. ed. Tradução de Izeti Torralvo et. al. São Paulo: Penguin, 2013. Ainda a respeito desse evento mítico, comenta Benjamin: “A violência mítica em sua forma arquetípica é mera manifestação dos deuses. Não meio para seus fins, dificilmente manifestação de sua vontade; em primeiro lugar, manifestação de sua existência. Disso, a lenda de Níobe oferece um excelente exemplo. É verdade que a ação de Apolo e Ártemis pode parecer apenas um castigo. Mas a violência deles é muito mais instauração de um direito do que castigo pela transgressão de um direito existente. O orgulho de Níobe atrai sobre si a fatalidade, não porque fere o direito, mas porque desafia o destino – para uma luta na qual o destino deve vencer, engendrando, somente nessa vitória, um direito” (BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921). Trad. S. K. Lages e E. Chaves. São Paulo: Livraria Duas Cidades; Editora 34, 2011, p. 147).

11 Nessa esteira, esclarece Schmitt que “soberano es quien decide sobre el estado de excepción. Sólo esta definición puede ser justa para el concepto de soberanía como concepto límite. Pues concepto límite no significa concepto confuso, como en la impura terminología de la literatura popular, sino concepto de la esfera más extrema. A él corresponde que su definición no pueda conectarse al caso normal, sino al caso límite. De



lo que sigue se verá que aquí por ‘estado de excepción’ se entenderá un concepto general de la doctrina del Estado, no un decreto de necesidad cualquiera o un estado de sitio. Una razón sistemática lógico-jurídica hace del estado de excepción en sentido eminente la definición jurídica de la soberanía. Pues la decisión sobre la excepción es decisión en sentido eminente. En efecto, una norma general, la representada, por ejemplo, en un principio jurídico válido normal, nunca pueda captar una excepción absoluta ni, por tanto, fundar la decisión de que está dado un caso excepcional auténtico” (SCHMITT, Carl. Teología política. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2009, p. 13).

12 SCHMITT, op. cit., 2009, p. 18. A esse respeito nota Bercovici que “há, portanto, uma distinção entre a norma e a sua aplicação: a aplicação da norma é suspensa, mas a norma, enquanto tal, permanece. Para Agamben, trata-se de uma força de lei sem lei. No caso da ordem, o Estado suspende o direito em virtude de um direito de auto-conservação. A exceção normal deve ser criada e o soberano decide definitivamente se essa situação normal existe realmente. O soberano, para Schmitt, tem o monopólio da decisão última, no que residiria a essência da soberania do Estado. A soberania do Estado não consiste no monopólio da coerção ou da dominação, mas da decisão.” (BERCOVICI, Gilberto. Constituição e estado de exceção permanente. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 67).

13 Assim conta o sacerdote ao personagem K, em uma curiosa passagem de O Processo: “– Tu te enganas no que diz respeito ao tribunal – disse o sacerdote. – Nos documentos introdutórios à lei está escrito acerca desse engano: diante da lei está parado um porteiro. Um homem do campo chega até esse porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que ele não pode permitir sua entrada naquele momento. O homem reflete e pergunta, em seguida, se ele poderá entrar mais tarde. ‘Até é possível’, diz o porteiro, ‘mas agora não’. Uma vez que a porta para a lei está aberta como sempre, e o porteiro se põe de lado, o homem se acocora a fim de olhar para o interior. Quando o porteiro percebe o que está acontecendo, ri e diz: ‘Se te atraí tanto, tenta entrar apesar da minha proibição. Mas nota bem: eu sou poderoso. E sou apenas o mais baixo entre os porteiros. A cada nova sala há novos porteiros, um mais poderoso do que o outro. Tão só a visão do terceiro nem mesmo eu sou capaz de suportar’. Tais dificuldades o homem do campo não havia esperado: uma vez que a lei deveria ser acessível a todos e sempre ele pensa, mas agora que observa o porteiro em seu sobretudo de pele com mais atenção, seu nariz pontudo e grande, a barba longa, fina, negra e tártara, ele acaba decidindo que é melhor esperar até receber a permissão para a entrada. O porteiro lhe dá um tamborete e o deixa esperando sentado ao lado da porta. E lá ele fica sentado durante dias e anos. Ele faz várias tentativas no sentido de que sua entrada seja permitida, cansa o porteiro com seus pedidos. O porteiro muitas vezes o submete a pequenos interrogatórios, pergunta-lhe pelo lugar onde nasceu e muitas outras coisas, mas são perguntas indiferentes, assim como as fazem grandes senhores, e por fim acaba sempre lhe dizendo que não pode deixá-lo entrar. O homem, que havia se equipado com muita coisa para a viagem, utiliza tudo, por mais valioso que seja, para subornar o porteiro. Muito embora este aceite tudo, sempre acaba dizendo: ‘Eu apenas aceito para que não acredites ter deixado de fazer alguma coisa’. Durante os vários anos, o homem observou o porteiro quase ininterruptamente. Ele esquece os outros porteiros, e aquele primeiro lhe parece ser o único obstáculo à entrada na lei. Ele amaldiçoa o acaso nos primeiros anos e, mais tarde, quando fica mais velho, apenas resmunga consigo mesmo. Torna-se infantil, e uma vez que no estudo do porteiro, feito durante anos a fio, conheceu também as pulgas em sua gola de pele, ele pede também às pulgas que o ajudem a fazer o porteiro mudar de ideia. Por fim, a luz de seus olhos se torna fraca, e ele não sabe mais se em volta dele tudo está ficando escuro de verdade ou se são apenas seus olhos que o enganam. Porém, agora ele reconhece no escuro um brilho que irrompe inextinguível pela porta da lei. E eis que ele não vive mais por muito tempo. Antes de sua morte, todas as experiências do tempo que por lá ficou se reúnem na forma de uma pergunta em sua cabeça, uma pergunta que até então não tinha feito ao porteiro. Ele acena em sua direção, uma vez que já não pode mais levantar seu corpo

enrijecido. O porteiro tem de se inclinar profundamente sobre ele, pois a diferença de tamanho se acentua muito, desfavorecendo o homem. ‘Mas o que é que queres saber ainda agora?’, pergunta o porteiro, ‘Tu é mesmo insaciável’. ‘Se todos aspiram à lei’, diz o homem, ‘como pode que em todos esses anos ninguém a não ser eu pediu para entrar?’. O porteiro reconhece que o homem já está no fim, e no intuito de ainda alcançar seus ouvidos moribundos, grita com ele: ‘Aqui não poderia ser permitida a entrada de mais ninguém, pois essa entrada foi destinada apenas a ti. Agora eu vou embora e tranco-a’’. (KAFKA, Franz. O processo. Tradução de Marcelo Bakes. Porto Alegre, RS: L&PM, 2012, p. 245-247).

14 Destacamos ainda: “[o estado de exceção] refere-se, antes, a uma suspensão do ordenamento vigente para garantir-lhe a existência. Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde a aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor. (AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 48, 49).

15 Ainda, consoante esclarece Nascimento: “A qual tipo de relação se refere a palavra bando, uma palavra tomada por empréstimo do antigo direito germânico, que designa tanto a exclusão da comunidade quanto o comando do soberano? Se aquele que é messo al bando é o abbandonato, onde essere in bando, a bandono, significa tanto escluso, ala mercè di, quanto a próprio talento, libero, estamos diante de uma relação que contradiz a si mesma. Nesse contexto, a própria relação é posta em questão: ela somente se dá na negação de si mesma, pelo abandono daquilo com o que pretende estabelecer relação.” (NASCIMENTO, Daniel Arruda. Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: Editora LiberArs, 2012, p. 116).

16 Segundo Agamben, “com o termo forma-de-vida entendemos, ao contrário, uma vida que jamais pode ser separada da sua forma, uma vida na qual jamais é possível isolar alguma coisa como uma vida nua. [...] Uma vida, que não pode ser separada da sua forma, é uma vida para a qual, no seu modo de viver, está em jogo o próprio viver, e no seu viver, está em jogo antes de tudo o seu modo de viver. O que significa essa expressão? Define uma vida – a vida humana – em que os modos singulares, atos e processos do viver nunca são simplesmente fatos, mas sempre e primeiramente possibilidade de vida, sempre e primeiramente potência” (AGAMBEN, Giorgio. Meios sem fim: notas sobre a política. Tradução de Davi Pessoa. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2015, p. 13). A forma-de-vida é a realização da potência da vida. Nela, vida nua e formas de viver estão ligadas umbilicalmente. Não há separação entre o viver e a experiência potencial desse viver. O viver não está submetido às exigências de uma produção de modos de vida que extrapolam a simples necessidade da realização da vida mesma, cuja experiência vital põe em jogo o próprio viver. Na forma-de-vida, a potência de vida e os modos de vida que ligam essa potência à experiência compõem-se numa unidade potencial indiscernível, e é apenas através dessa indiscernibilidade que se torna possível a efetivação da potência da vida. Uma política do futuro não pode ser pensada de outra forma senão sob o princípio de que o próprio viver da vida nua e as formas de viver através das quais ele é experimentado não podem ser desatrelados. O vínculo entre vida nua e os vários modos de viver deve ser absoluto, ou seja, indissolúvel, a fim de que o próprio viver da vida nua seja indissociável de sua forma de vida, constituindo uma forma-de-vida efetiva. A política que vem deverá ser o fim da soberania hobbesiana calcada no poder da exceção. Em Altíssima Pobreza o propósito de Agamben é justamente o de compreender como a vida pode adquirir uma forma-de-vida, concentrando-se na relação entre regra e vida, atribuindo a origem do termo forma-de-vida à vida monástica e aos hábitos franciscanos. (NASCIMENTO, Daniel Arruda. Umbrais de Giorgio Agamben: para onde nos

conduz o homo sacer?. 1. ed. São Paulo: Editora LiberArs, 2014, p. 47).

17 O termo dispositivo tem uma carga conceitual própria na construção agambiana: “Qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes. Não somente, portanto, as prisões, os manicômios, o Panóptico, as escolas, a confissão, as fábricas, as disciplinas, as medidas jurídicas e etc., cuja conexão com o poder é num certo sentido evidente, mas também a caneta, a escritura, a literatura, a filosofia, a agricultura, o cigarro, a navegação, os computadores, os telefones celulares e – por que não – a própria linguagem que talvez é o mais antigo dos dispositivos, em que há milhares e milhares de anos uma primata – provavelmente sem se dar conta das consequências que se seguiriam – teve a inconsciência de se deixar capturar”. (AGAMBEN, Giorgio. O que é o contemporâneo? E outros ensaios. Tradução de Vinícius Nicastro Honeskó. Chapecó: Argos, 2009, p. 40, 41). Entretanto, como destaca Agamben, na atual fase do capitalismo, os dispositivos já estão mais marcados tanto por um processo subjetivante, mas por um processo dessubjetivante: “os dispositivos não agem tanto mais pela produção de um sujeito quanto por meio de processos que podemos chamar de dessubjetivação. Um momento dessubjetivante estava certamente implícito em todo processo de subjetivação, e o Eu penitencial se constituía, havíamos visto, somente por meio da própria negação; mas o que acontece agora é que os processos de subjetivação e processos de dessubjetivação parecem tornar-se reciprocamente indiferentes e não dão lugar à recomposição de um novo sujeito a não ser de forma larvar, e por assim dizer, espectral. Na não-verdade do sujeito não há mais de modo algum a sua verdade.” (Ibidem, p. 47). Essa nova forma estratégica dos dispositivos surge gradualmente como resultado de uma nova forma de organização da vida e estruturação do poder soberano. Para Foucault, a soberania evidenciava-se pela fórmula “fazer morrer e deixar viver”. No entanto, a partir do século XVII, quando o zelo pela vida e a saúde dos súbitos passam a ser cada vez mais importantes nos mecanismos e cálculos estatais, o poder soberano transmuta-se paulatinamente naquilo que Foucault intitularia de biopoder. A antiga prerrogativa de fazer morrer e deixar viver dá espaço para uma fórmula inversa onde “fazer viver e deixar morrer” passa a caracterizar a biopolítica moderna. (AGAMBEN, Giorgio. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 88.) Esse paradoxo da soberania aparece pela primeira vez no curso do Collège de France de 1976: “[...] uma das mais maciças transformações do direito político do século XIX consistiu, não digo exatamente em substituir, mas em completar esse velho direito de soberania – fazer morrer ou deixar viver – com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassa-lo, modifica-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer. O direito de soberania é, portanto, o de fazer morrer ou de deixar viver. E depois, este novo direito é que se instala: o direito de fazer viver e de deixar morrer. (FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 287). Acrescenta-se a isso que muito provavelmente Foucault já havia percebido como os aspectos mais agressivos da disciplinaridade estavam aos poucos sendo substituídos por outros paradigmas de gestão populacional (a governabilidade biopolítica, diferente da tanatopolítica disciplinar característica dos sécs. XVI até o início do séc. XX). Foucault não abandona a noção de disciplina, é claro, mas parece perceber como os dispositivos disciplinares de docilização passam a ser gradualmente reconfigurados pela “arte de governar” para uma finalidade mais afeita à gestão e ao controle, como posteriormente descreveu Deleuze em um excerto sobre as sociedades de controle, e como bem acena o próprio Foucault no curso do Collège de France de 1978: “Desde o século XVIII, vivemos na era da governamentalidade. Governamentalização do Estado, que é um fenômeno particularmente astucioso, pois se efetivamente os problemas da governamentalidade, as técnicas de governo se tornaram a questão política fundamental e o espaço real da luta política, a governamentalização do Estado foi o fenômeno que permitiu ao Estado sobreviver. Se o Estado é hoje o que é, é graças a esta governamentalidade, ao mesmo tempo interior e exterior ao Estado. São as táticas de governo que

permitem definir a cada instante o que deve ou não competir a o Estado, o que é público ou privado, o que é ou não estatal etc.; portanto o Estado, em sua sobrevivência e em seus limites, deve ser compreendido a partir das táticas gerais da governamentalidade. Talvez se possa, assim de maneira global, pouco elaborada e portanto inexacta, reconstruir as grandes formas, as grandes economias de poder no Ocidente, em primeiro lugar, o Estado de justiça, nascido em uma territorialidade de tipo feudal e que corresponderia grosso modo a uma sociedade da lei; em segundo lugar, o Estado administrativo, nascido em uma territorialidade de tipo fronteiro nos séculos XV-XVI e que corresponderia a uma sociedade de regulamento e de disciplina; finalmente, um Estado de governo que não é mais essencialmente definido por sua territorialidade, pela superfície ocupada, mas pela massa da população, com seu volume, sua densidade, e em que o território que ela ocupa é apenas um componente. Este Estado de governo que tem essencialmente como alvo a população e utiliza a instrumentalização do saber econômico, corresponderia a uma sociedade controlada pelos dispositivos de segurança” (FOUCAULT, Michel. *A Governamentalidade in: Microfísica do Poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 292, 293).

18 Sagradas ou religiosas eram as coisas que de algum modo pertenciam aos deuses. Como tais elas eram subtraídas ao livre uso e comércio dos homens, não podiam ser vendidas nem dadas como fiança, nem cedidas em usufruto ou gravadas de servidão. Sacrílego era todo ato que violasse ou transgredisse esta sua especial indisponibilidade, que as reservava exclusivamente aos deuses celestes (nesse caso eram denominadas propriamente ‘religiosas’). E se consagrar (sacrare) era o termo que designava a saída das coisas da esfera do direito humano, profanar, por sua vez, significa restituí-las ao livre uso dos homens. (AGAMBEN, G. *Profanações*. Tradução de Selvino Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 58). O contrário da sacralização é o profanar; isto é, devolver ao livre uso dos homens aquilo que anteriormente fora consagrado religiosamente. O profano, enquanto remetente daquilo que é puro, é o que é restituído ao novo uso humano, do qual havia sido separado por consagração. Todas as tentativas de tornar direitos algo sagrado são formas de manter a instituição do direito fora do livre uso dos homens, reservando-o apenas às formas leigas de esferas divinas. Dessa forma, em Agamben, profanar significa justamente abrir uma forma especial de negligência que ignora essa separação entre o mundano e o divino, restituindo o direito aos usos e fins dos homens.

19 Nesse sentido, consoante Castro, “a sacralidade da vida é então, uma produção política, ou, para expressá-lo em outros termos, a contraparte do poder soberano, da *vitae necisque potestas* (poder de vida e morte). Ademais, da interpretação oferecida da figura do homo sacer, em apoio dessa tese, Agamben explora a relação entre o corpo do soberano e o do homo sacer, e a relação entre essa figura do direito romano e o *wargus* do direito germânico.” (CASTRO, Edgardo. *Introdução à Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhaes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013, p. 65).

20 No Brasil, essa prática pode ser constatada na forma no instituto das medidas provisórias, uma espécie de decreto presidencial com força de lei que produz efeitos imediatos, dependendo apenas de posterior ratificação do poder legislativo. Inobstante as delimitações constitucionais, o instituto não raro é utilizado para regulamentar questões juridicamente e politicamente sensíveis, descartando-se qualquer debate público mais aprofundado e aparentemente democrático.

# LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO, INTELIGÊNCIA E ODS: CONTRIBUIÇÕES PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SERVIÇO JUDICIÁRIO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ

INNOVATION, INTELLIGENCE AND SGD  
LABORATORY: CONTRIBUTIONS TO JUDICIAL  
SERVICE IMPROVEMENT IN THE CEARÁ COURT OF  
JUSTICE

LABORATORIO DE INNOVACIÓN, INTELIGENCIA Y  
ODS: CONTRIBUCIONES PARA EL MEJORAMIENTO  
DEL SERVICIO JUDICIAL EN LA CORTE DE JUSTICIA DE  
CEARÁ

## SUMÁRIO:

Introdução; 1. Desenvolvimento de soluções tecnológicas e inovadoras para Poder Judiciário; 2. Laboratório de Inovação, Inteligência e Ods (Liods/Cnj) e rede de inovação do Poder Judiciário Brasileiro (Renovajud); 3. De que maneira laboratório de Inovação e dos objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Liods/Cnj) pode contribuir para o aperfeiçoamento do serviço judiciário no Tribunal de Justiça do Ceará?; Conclusões; Referências.

## RESUMO:

A pesquisa objetiva responder o seguinte problema: de que maneira o LIODS/CNJ pode contribuir para o aperfeiçoamento do serviço judiciário no TJCE? É necessário compreender as potencialida-

Como citar este artigo:  
ANDRADE, Mariana,  
CASTRO PINTO,  
Eduardo, SANTOS,  
Paula. Laboratório  
de inovação,  
inteligência e ODS:  
contribuições para  
o aperfeiçoamento  
do serviço judiciário  
no Tribunal de  
Justiça do Ceará.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 43 2024,  
p. 109-132

Data da submissão:  
04/10/2023  
Data da aprovação:  
29/11/2024

1. Universidade de Fortaleza – Brasil
2. Universidade de Fortaleza – Brasil
3. Universidade de Fortaleza – Brasil

des da tecnologia associada à inteligência artificial e da implementação dos laboratórios de inovação para a modernização judiciária, conhecer o histórico, objetivos e competências do LIODS/CNJ e do Laboratório de Inovação do TJCE, além das experiências exitosas dos laboratórios da RenovaJud. A abordagem é predominantemente qualitativa, centrada em revisão de literatura. Conclui-se que o LIODS/CNJ pode contribuir para o aprimoramento do serviço judiciário no TJCE por favorecer práticas de sustentabilidade e eficiência na gestão processual e judiciária.

### **ABSTRACT:**

The research aims to answer the following problem: how can the LIODS/CNJ contribute to the improvement of the judicial service in Ceará Court of Justice? It is necessary to understand the potential of technology associated with artificial intelligence and the implementation of innovation laboratories for judicial modernization, knows the history, objectives and competences of LIODS/CNJ and the TJCE Innovation Laboratory, in addition to the successful experiences of RenovaJud laboratories. The approach is predominantly qualitative, centered on literature review. It is concluded that the LIODS/CNJ can contribute to the improvement of the judicial service in TJCE by favoring sustainability and efficiency practices in procedural and judicial management.

### **RESUMEN:**

La investigación tiene como objetivo responder la siguiente pregunta: ¿Cómo puede el LIODS / CNJ contribuir a la mejora del servicio judicial en el TJCE? Es necesario comprender el potencial de la tecnología asociada a la inteligencia artificial y la implementación de laboratorios de innovación por la modernización judicial, conocer el histórico, objetivos y competencias del LIODS / CNJ y el Laboratorio de Innovación TJCE, además de las experiencias exitosas de los laboratorios RenovaJud. El enfoque es predominantemente cualitativo, centrado en la revisión de la literatura. Se concluye que el LIODS / CNJ pueden contribuir al mejoramiento del servicio judicial en el TJCE favoreciendo prácticas de sostenibilidad y eficiencia en la gestión procesal y judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Cultura de inovação; Inteligência artificial; Soluções tecnológicas; Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030; Gestão eficiente.

**KEYWORDS:**

Innovation culture; Artificial intelligence; Tech solutions; Sustainable Development Goals of the 2030 Agenda; Efficient management.

**PALABRAS CLAVE:**

Cultura de la innovación; Inteligencia artificial; Soluciones tecnológicas; Objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030; Gestión eficiente.

**INTRODUÇÃO**

O objetivo do presente estudo consiste em responder ao seguinte problema de pesquisa: de que maneira o Laboratório de Inovação e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS/CNJ) pode contribuir para o aperfeiçoamento do serviço judiciário no Tribunal de Justiça do Ceará? Para responder a esse questionamento, há elementos essenciais que devem ser considerados, como as potencialidades da utilização da tecnologia associada à inteligência artificial e da implantação dos laboratórios de inovação para a modernização do Poder Judiciário, o histórico, os objetivos e as competências do LIODS/CNJ e do Laboratório de Inovação do TJCE e as experiências exitosas dos laboratórios integrantes Rede de Inovação do Poder Judiciário Brasileiro (RenovaJud).

Nessa linha, ressalta-se que ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) compete desenvolver políticas judiciárias que aprimorem a prestação jurisdicional, ao passo que aos órgãos do Judiciário incumbe, sobretudo, em meio a um contexto de contínuas transformações sociais, econômicas e tecnológicas, zelar para que a implantação dessas políticas promova a eficiência e sustentabilidade do serviço prestado. O estudo centra-se, portanto, em examinar as possíveis contribuições do LIODS/CNJ para a realidade da justiça estadual local.

O artigo divide-se em três tópicos. O primeiro aborda como a inteligência artificial vem sendo utilizada nos tribunais nacionais para o aper-

feioamento da prestação jurisdicional, destaca as principais potencialidades e desafios de sua utilização, assim como versa sobre o conceito, as características e a distribuição dos laboratórios de inovação no Judiciário brasileiro. O segundo foca no histórico e competências do LIODS/CNJ, destacando a interferência desse na constituição da RenovaJud e descrevendo as experiências de êxito dos laboratórios que a integram. O terceiro concentra-se em detalhar o processo de implementação do Laboratório de Inovação do TJCE, a relação entre este e o desenvolvimento de iniciativas baseadas em inovação tecnológica e inteligência artificial e a demonstrar, por fim, como o (LIODS/CNJ) pode contribuir para o aprimoramento do serviço judiciário no Tribunal de Justiça do Ceará.

Como hipótese, tem-se que o LIODS/CNJ pode contribuir para o aperfeiçoamento do serviço judiciário no Tribunal de Justiça do Ceará por meio do incentivo à utilização da inovação e inteligência pelo Poder Judiciário para promoção da eficiência da prestação jurisdicional e realização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030.

A pesquisa parte de uma abordagem predominantemente qualitativa de natureza pura e descritiva, baseada em revisão de literatura e na utilização de dados secundários disponíveis nos portais eletrônicos de diferentes tribunais do país.

A relevância do artigo decorre, em termos teóricos, da escassez de estudos sobre a temática, dado o ineditismo da instauração do LIODS/CNJ e dos laboratórios de inovação do Poder Judiciário brasileiro, principalmente, na justiça estadual e, em termos práticos, da necessidade de reconhecer as funcionalidades e as potenciais contribuições destes para o aperfeiçoamento dos serviços jurídicos.

## **1. DESENVOLVIMENTO DE SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS E INOVADORAS PARA O PODER JUDICIÁRIO**

Em meio a um contexto marcado por transformações sociais, econômicas e tecnológicas, em que a economia globalizada, baseada no conhecimento e na utilização de novas tecnologias, e a sociedade plural e demandante defrontam-se com a hierarquia, a especialização e a centralização, características do setor público, surge, para este, a necessidade de modernizar-se a fim de tornar possível sua adequação à realidade contemporânea (AGUNE; CARLOS, 2019).



No judiciário, objeto central do presente artigo, a modernização faz-se necessária, sobretudo, na busca por instrumentos aptos a solucionar a morosidade<sup>1</sup> e dispendiosidade<sup>2</sup> judiciárias que, somadas, importam na ineficiência da prestação jurisdicional. Esses instrumentos são atualmente objeto de iniciativas que aliam tecnologia e inteligência artificial (I.A) para o exercício de atividades repetitivas ou produção de decisões judiciais, bem como pelas atividades desenvolvidas pelos laboratórios de inovação, as quais contribuem para a formação de uma rede de inovação e inteligência (BORDONI; TONET, 2020).

A utilização da inteligência artificial no Poder Judiciário é realidade em 47 dos 91 tribunais nacionais, os quais desenvolveram, ao todo, 64 projetos baseados em I.A. (CIAPJ/FGV, 2020), isto é, na reprodução, em sistemas computacionais, das habilidades inerentes à inteligência humana (OLIVEIRA JÚNIOR; LEONEL, 2021).

Dentre esses, destaca-se o Projeto Victor, desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em parceria com a Universidade de Brasília (UnB): busca, por intermédio da adoção de modelos de *machine learning*, possibilitar a avaliação e classificação dos recursos extraordinários em relação aos temas de repercussão geral, o reconhecimento de jurisprudência e a seleção e categorização das peças processuais de maior uso no Tribunal (ANDRADE et al., 2019), de modo a tornar a tramitação processual mais célere (STF, 2018).

Em meio às contribuições do Projeto Victor, a redução de 30 minutos para 5 segundos no procedimento de reconhecimento e a seleção das principais peças processuais (AB2L, 2018), assim como a viabilização do redirecionamento de 2 profissionais da atividade de triagem para a de julgamento, uma economia orçamentária anual de R\$569.681,84 (SOUSA, 2020).

Iniciativas como essa também podem ser observadas no Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável pelo desenvolvimento dos Projetos Sócrates e Corpus 927.

O primeiro apresenta duas versões: a) o Sócrates 1.0, que auxilia a triagem processual, por meio da análise semântica das peças processuais e da identificação de processos com matérias similares ou que possam servir como precedente para outros e; b) o Sócrates 2.0, que apresenta, dentre as suas funcionalidades, a identificação automática dos dispositi-

vos legais que fundamentam o recurso ou que são objetos de divergência jurisprudencial (STJ, 2020). Entre os resultados do Projeto Sócrates, a maior celeridade no julgamento e eficiência na separação de precedentes qualificados, além da identificação automatizada de processos repetitivos. Essas melhorias decorrem das potencialidades deste, que inclui o reconhecimento de processos que versam sobre iguais matérias em 24 segundos (CIAPJ/FGV, 2020).

Por sua vez, o Projeto Corpus 927 utiliza dois algoritmos, uma ferramenta de leitura de referências legislativas e outra de exame e comparação de textos, para possibilitar a reunião das decisões vinculantes dos tribunais superiores em grupos relativos aos dispositivos legais e, por conseguinte, facilitar o processo decisório e a consolidação do sistema de precedentes vinculantes exposto no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) (STJ, 2018).

Na justiça estadual, destacam-se o Sistema Sinapses, confeccionado pelo Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para o desenvolvimento e disponibilização, em larga escala, de modelos de Inteligência para os demais tribunais (TJRO, 2019) e o LEIA (*Legal Intelligent Advisor Precedentes*), implementado no Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) com a função de reconhecimento automático da vinculação de processos do Tribunal a precedentes dos tribunais superiores, mediante comparação entre o conteúdo destes (CIAPJ/FGV, 2020), e, conseqüentemente, promover uma maior segurança jurídica e capacidade de trabalho nas unidades judiciais (TJCE, 2019).

As iniciativas retratadas, não obstante fundadas na resolução de problemáticas distintas, centram-se na execução de atividades de natureza organizacional e consultiva, como a seleção e classificação de dados processuais e o reconhecimento de precedentes aplicáveis aos casos concretos. Essas atividades favorecem a redução de custos e o aumento da celeridade processual, da disponibilidade de recursos humanos e da segurança jurídica.

Outros exemplos de atuação da inteligência artificial no Poder Judiciário são: aprimoramento de atos de constrição, reconhecimento de fraudes e de litigância contumaz, suporte aos usuários (PORTO, 2019); procura por evidências nos autos e elaboração de perguntas para situações de realização de inquirições por parte do juiz (PEDRINA, 2019).

A I.A. pode ser utilizada ainda para automatização de decisões judiciais, apesar dos problemas éticos de conferir poder decisório a sistemas baseados em inteligência artificial, principalmente o risco de enviesamento e a obscuridade dos algoritmos (NUNES; MARQUES, 2018).

Em verdade, os algoritmos, isto é, as diretrizes observadas pelas máquinas (ELIAS, 2017), são programadas por pessoas e, portanto, sujeitam-se aos vieses ideológicos destas (OLIVEIRA JÚNIOR; LEONEL, 2021), o que os tornam potencialmente aptos a elaborar decisões parciais. No entanto, a maior dificuldade não reside na eventual interferência da subjetividade do programador no resultado decisório, mas na falta de transparência dos algoritmos e, por consequência, dos fundamentos da decisão por eles determinada, de modo a obstar o exercício do contraditório e da ampla defesa (NUNES; MARQUES, 2018), assegurado aos litigantes no art. 5º, LV, bem como violar o dever de fundamentação das decisões judiciais, disposto no art. 93, IX, ambos da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Por isso, a Resolução nº 332/2020 do CNJ dispôs, sobre a ética, a transparência e a governança na produção e uso de inteligência artificial pelo Poder Judiciário, determinando, a observância aos direitos fundamentais no desenvolvimento, implementação e utilização da I.A, assim como a publicidade e transparência das atividades desenvolvidas pelas respectivas ferramentas. Outros desafios da utilização da inteligência artificial são a limitação orçamentária das instituições e o custo de programas de I.A., a requalificação dos servidores responsáveis pelo manuseio destes (BASSAN; LIETZ, 2020), a indisponibilidade de tempo do Judiciário para treinamento dos sistemas (PORTO, 2019), além do receio da substituição do trabalhador humano por máquinas (PIETRO; MACHADO; ALVES, 2019).

Desse modo, são múltiplos, os projetos e sistemas de I.A. existentes, bem como suas potencialidades e desafios, embora evidente seu objetivo maior: viabilizar um serviço jurisdicional célere, módico e efetivo. Objetivo esse partilhado não somente pelas iniciativas relativas à utilização da inteligência artificial, mas também pelas que se referem à implantação dos laboratórios de inovação pública. Estes se revelam cada vez mais populares no setor público<sup>3</sup>, sobretudo, em razão das recentes reformas governamentais pautadas na austeridade fiscal, com foco nos processos e

resultados do serviço público (TONURIST; KATTEL; LEMBER, 2015).

Conforme preceitua o próprio termo que os designa, os laboratórios de inovação pública têm como alicerce a inovação, compreendida como a concepção e implementação de novos processos, produtos, serviços e métodos, com melhorias consideráveis na eficácia, eficiência e qualidade dos resultados (MULGAN; ALBURY, 2003). Os referidos laboratórios promovem a renovação do serviço público e dos princípios regentes, incentivando a criatividade, a experimentação e a inovação para a resolução de problemas públicos em espaços colaborativos (SANO, 2020). Ressaltam-se como características comuns desses organismos:

**Experimentalidade:** diferentemente do que se observa nas instituições tradicionais, em que o receio do erro configura obstáculo à inovação no setor público (ZANONI, 2019), nos laboratórios de inovação há maior admissibilidade de fracassos, sobretudo, em razão do caráter experimental dessas instituições. Isso possibilita, mediante a testagem de projetos em menor escala, por um curto lapso temporal e custos mínimos, a identificação prévia de resultados em proporções reduzidas (ACEVEDO; DASSEN, 2016). Assim, submetidos os projetos à avaliação de impacto, viabiliza-se não somente a mitigação de riscos e despesas, mas também o aprimoramento do projeto antes de sua efetiva execução (WERNECK et al., 2020).

**Composição multidisciplinar e colaborativa:** a multidisciplinaridade da composição, isto é, o fato de serem integrados por pessoas com profissões diversas, servidores públicos ou não, confere uma múltipla compreensão da realidade a partir de perspectivas distintas (ACEVEDO; DASSEN, 2016) que, somada a uma atuação colaborativa, baseada na interlocução e na aprendizagem coletiva, proporciona um reconhecimento mais vasto dos problemas a serem solucionados e das resoluções a serem desenvolvidas.

**Foco no cidadão:** os projetos desenvolvidos devem sempre levar em consideração a perspectiva do cidadão, destinatário direto da atuação pública (ACEVEDO; DASSEN, 2016). Além disso, o fim maior do Estado Democrático de Direito é a disponibilização de serviço público que supra às expectativas de seus usuários, razão pela qual a atuação centrada no cidadão torna legítima a conduta estatal (ZANONI, 2019).

No Brasil, o processo de implementação dos laboratórios de inovação iniciou-se em 2010, no entanto, somente se fortaleceu a partir de

2017, conforme demonstra a pesquisa Laboratórios de Inovação no Setor Público: mapeamento e diagnóstico de experiências nacionais, que contabilizou 43 laboratórios de inovação no setor público em atividade (SANO, 2020). Destes, 51% concentram-se no Poder Executivo, 28% no Poder Judiciário e 9% no Poder Legislativo, integrando, os demais, a estrutura do Ministério Público e das Universidades Públicas (SANO, 2020).

No que tange aos laboratórios vinculados ao Poder Judiciário, a mencionada pesquisa constatou ainda haver nítida predominância dos vinculados ao Judiciário Federal frente ao Estadual, representado, quando da elaboração da pesquisa, somente pelo Escritório de Inovação do TJRO (SANO, 2020), que, desde o primeiro semestre de 2020, não mais integra a estrutura organizacional do Tribunal (TJRO, 2020).

Destaca-se, todavia que, de acordo os dados disponibilizados no sítio eletrônico do CNJ, referentes aos Laboratórios de Inovação do Poder Judiciário, que compõem a Rede de Inovação do Poder Judiciário (RenovJud), há sete laboratórios vinculados à Justiça Estadual, dos quais somente dois estão localizados na Região Nordeste (CNJ, s/n).

Logo, a implantação de laboratórios de inovação no Poder Judiciário brasileiro é um fenômeno recente, especialmente, no Judiciário Estadual, o que ratifica a importância do Laboratório de Inovação do Tribunal de Justiça do Ceará não somente para o fomento da inovação local, mas, também, nacional.

## **2. LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO, INTELIGÊNCIA E ODS (LIODS/CNJ) E REDE DE INOVAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO (RENOVAJUD)**

Instituído por meio da Portaria nº 119, de 21 de agosto de 2019 do CNJ, o Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS (LIODS/CNJ) é, em conjunto com o Pacto pela Implementação dos ODS da Agenda 2030 no Poder Judiciário e no Ministério Público e a Meta Nacional 9 do Poder Judiciário, um dos responsáveis pela operacionalização da institucionalização da Agenda 2030 no Poder Judiciário (CNJ, s/n). Esta consiste no plano de ação, firmado pelos 193 Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU), dentre eles o Brasil, para promoção do desenvolvimento sustentável, isto é, do desenvolvimento capaz de satisfazer as necessidades atuais sem comprometer a possibilidade de satisfação das necessidades

futuras (CMED, 1987), em suas dimensões econômica, social e ambiental, por meio da concretização, entre 2016 e 2030, dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e das 169 metas associadas, pelos governos, setor privado e sociedade civil (PLATAFORMA AGENDA, s/n).

Essa institucionalização justifica-se por ser o Brasil signatário da Agenda 2030, mas também em razão da ODS 16 se relacionar à promoção de instituições eficazes e inclusivas que propiciem a manutenção da paz, o respeito aos direitos humanos e o acesso à justiça (PLATAFORMA AGENDA, s/n). Ora, o Judiciário é responsável pela resolução de conflitos em busca da pacificação social e do fortalecimento das instituições, garantindo acesso amplo e inclusivo à justiça (CNJ, 2020). Ressalta-se, no entanto, que o papel do Judiciário para realização da Agenda 2030 transcende a concretização do ODS 16, visto que os aproximadamente 44 milhões de processos que ingressaram no Poder Judiciário em 2018 se relacionavam a 16 dos 17 ODS (CNJ, 2019).

O LIODS/CNJ constituiu-se, portanto, como um instrumento essencial para a promoção dos objetivos da Agenda 2030 no Poder Judiciário, apresentando dentre as suas competências: a) o incentivo a pesquisas sobre os ODS no Poder Judiciário e; b) o mapeamento dos programas e projetos desenvolvidos pela Rede de Inovação do Poder Judiciário, dentre eles os relativos à Agenda 2030 (CNJ, 2021).

Destaca-se, todavia, que a Resolução nº 395, de 7 de junho de 2021 do CNJ, responsável por revogar a Portaria nº 119/2019 e instituir a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário, ampliou as competências do LIODS/CNJ. Este tornou-se responsável também por: a) desenvolver soluções inovadoras para problemas ou necessidades referentes às atividades do Poder Judiciário e; b) estabelecer parcerias com outros Laboratórios de Inovação para o desenvolvimento de projetos conjuntos (CNJ, 2021).

Desse modo, a contribuição do LIODS/CNJ pode ser observada não somente no processo de implementação dos laboratórios de inovação nos órgãos do Poder Judiciário, mas também na formação de uma rede de inovação e colaboração entre estes, a denominada Rede de Inovação do Poder Judiciário (RenovaJud).

Dentre as experiências exitosas dos laboratórios integrantes da estrutura de outros tribunais, destaca-se a do IjuspLab, Laboratório de Ino-

vação da Justiça Federal de São Paulo. Inaugurado em 2017, este corresponde ao primeiro laboratório de inovação do Poder Judiciário brasileiro (NEVES JUNIOR, 2019) e apresenta dentre os seus objetivos a disseminação da cultura de inovação no setor público e o desenvolvimento de soluções inovadoras para as problemáticas locais e institucionais (SJSP, 2018). Por essa razão, oferece capacitações voltadas para utilização de técnicas do *design* estratégico e de metodologias colaborativas (SJSP, 2018) e realiza eventos, como o Festival de inovação aberta “JustPitch”, direcionado à apresentação e premiação de projetos desenvolvidos por *startups* e empresas para o aprimoramento dos serviços prestados pela Justiça Federal de São Paulo (JFSP) (SJSP, 2019); e o “ChatBot3R”, multiconferência virtual sobre a criação e utilização de robôs conversacionais na Justiça Federal da 3ª Região. Além disso, desenvolveu projetos como a “Planilha para Cálculo do Valor da Causa”, que auxilia servidores e magistrados na identificação do valor da causa (SJSP, 2017), e a “Pesquisa Internacional do Judiciário durante a pandemia da Covid-19”, que objetiva a reunião de dados relativos ao acesso à Justiça, gestão de trabalho e infraestrutura tecnológica do Poder Judiciário de diversas nações no período da pandemia (ZANONI; BOCHENEK; FREITAS, s/n).

A relação entre inovação, gestão de dados, inteligência artificial e novas tecnologias pode ser observada, no IJuspLab, por intermédio da Equipe de Gestão de Dados do iNovaJusp e da Incubadora de Soluções Tecnológicas (NEVES JUNIOR, 2019). A primeira foi criada para ajudar a Administração nos processos de coleta, armazenagem, disponibilização e conversão de produzidos pela instituição em informação, promovendo maior conhecimento da realidade da Seção Judiciária de São Paulo (SJSP) e fornecendo subsídios para melhorias em sua gestão (LIMA, 2019). Por sua vez, a Incubadora de Soluções Tecnológicas se apropriou do conceito de incubadora das *startups*, a saber, espaços dotados de condições ideais para o desenvolvimento de um empreendimento, para prospecção e criação de soluções tecnológicas voltadas à melhor execução das atividades administrativas da SJSP (SJSP, 2018).

Em relação aos resultados obtidos por essas salienta-se que, durante o biênio 2018/2020, a Equipe de Gestão publicou 28 relatórios gerenciais sobre temáticas diversas, como consumo e despesas com água e energia elétrica e o perfil dos servidores da SJSP, recebendo dois prêmios no Fó-

rum Nacional de Administração e Gestão Estratégica (FONAGE) de 2019 (SJSP, 2020). No mesmo período, a Incubadora de Soluções Tecnológicas responsabilizou-se por dois projetos, relativos à administração predial da Corte e às licitações e contratos desta, embora somente o primeiro tenha sido concluído (SJSP, 2020).

No Judiciário Estadual, ressalta-se a experiência do Laboratório de Inovação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), órgão do Judiciário brasileiro com o maior número de projetos em produção de inteligência artificial (TJDFT, 2021). Implementado em setembro de 2020 (AURORA, 2020), o laboratório, denominado de Aurora, realizou, em menos de 3 meses de atividade, mais de 13 oficinas, produziu um manual de respostas rápidas para o atendimento ao público pelo *WhatsApp Business* e iniciou contatos para compartilhamento de experiências com diferentes tribunais do país (AURORA, 2021). Atualmente, apresenta uma série de iniciativas em desenvolvimento, a exemplo do projeto “Justiça de Trânsito”, realizado com o auxílio da Assessoria de Sistemas Administrativos (ASIS) e de unidades da Secretaria de Tecnologia da Informação (SETI), para garantir a realização imediata de audiências de conciliação online para os envolvidos em acidentes de trânsito (TJDFT, 2021), e o “Programa Cartório 4.0”, destinado à modernização das atividades cartorárias, em especial as relativas ao atendimento ao público e à expedição (AURORA, 2020). O Aurora também do “Sistema de Apresentação Remota e Reconhecimento Facial” (SAREF), projeto de inteligência artificial do Serviço de Ciência de Dados do Tribunal (SERCID), destinado a auxiliar a Vara de Execuções das Penas em Regime Aberto (VEPERA) em relação à apresentação periódica de apenados determinada por decisão judicial (AURORA, 2020).

Por fim, em relação as atividades desenvolvidas pela RenovaJud, constituída por laboratórios como o IjuspLab e o Aurora, em conformidade com as temáticas da Agenda, pode-se citar: a) o mapeamento de medidas de divulgação de dados processuais sobre execução fiscal, com escopo na prevenção e desjudicialização de litígios da área, cujas demandas estão entre as principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento judiciário; e b) a identificação de dados estatísticos considerados relevantes para a toma de decisões nos processos referentes ao fornecimento de medicamentos (CNJ, 2021).



Uma vez conhecidas as funcionalidades dos laboratórios de inovação que integram a RenovaJud, sobretudo quando aliadas à utilização de novas tecnologias e inteligência artificial, indaga-se como estas podem contribuir para a prática de sustentabilidade e eficiência do Tribunal de Justiça do Ceará.

### **3. DE QUE MANEIRA O LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO E DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (LIODS/CNJ) PODE CONTRIBUIR PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SERVIÇO JUDICIÁRIO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ?**

Dada a importância do pluralismo metodológico para a produção de conhecimento científico de alto nível (ANDRADE; REMÍGIO, 2019), por possibilitar que a coleta e o tratamento dados atuem como substrato das hipóteses formuladas por meio de revisão bibliográfica, o presente artigo centra-se na revisão de literatura e na utilização de dados secundários disponíveis nos portais eletrônicos de diferentes tribunais, para compreender de que modo o Laboratório de Inovação e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS/CNJ) pode contribuir para o aperfeiçoamento do serviço judiciário no Tribunal de Justiça do Ceará.

Lançado em julho de 2020, no Seminário “Inovação. Eficiência. Sustentabilidade”, e implementado em dezembro do referido ano, por intermédio da Resolução nº 28/2020 do Órgão Especial do TJCE, o Laboratório de Inovação do Poder Judiciário do Estado do Ceará é uma iniciativa para desenvolvimento da cultura de inovação e incentivo a medidas que busquem solucionar problemas do Judiciário cearense para aprimoramento da gestão pública e da prestação de serviços à sociedade (TJCE, 2020). Para tanto, se propôs a desenvolver estudos e pesquisas que concedam embasamento teórico ao aperfeiçoamento dos processos de trabalho e dos serviços prestados pelo Tribunal, a elaborar projetos-pilotos e modelos, além de promover eventos que favoreçam a aprendizagem coletiva (TJCE, 2020).

Os laboratórios de inovação são reconhecidos pelo desembargador e ex-presidente do TJCE, Washington Araújo, como espaços adequados à discussão e à resolução de problemas, por meio da disrupção, inovação, criatividade e colaboração (TJCE, 2020). Por essa razão, constituem-se como referencial para respostas práticas às questões públicas, modifica-

ções na cultura organizacional e nas experiências dos cidadãos (FERRAREZI; LEMOS; BRANDALISE, 2018).

Ressalta-se também a relação entre o Laboratório de Inovação e o desenvolvimento de iniciativas fundadas em inovação tecnológica e inteligência artificial, impulsionada, principalmente, pelo Programa de Modernização do Judiciário do Estado do Ceará (Promojud), instituído pela Resolução nº 09/2021 do Órgão Especial do TJCE com o intuito de viabilizar, mediante o empréstimo de R\$35 milhões de dólares obtido em parceria com o Governo do Estado junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) (TJCE, 2020), a modernização do Judiciário cearense a partir da transformação digital centrada na satisfação do cidadão e na governança e gestão judiciária (TJCE, 2021).

Entretanto, dada a brevidade da implementação do Laboratório de Inovação e do Promojud, ainda não há como mensurar em termos práticos os resultados obtidos por esse, embora possa-se afirmar que sua implantação, por si só, viabiliza sua inclusão na Renovajud e, por conseguinte, favorece a realização das diretrizes de sustentabilidade da Agenda 2030 e a propagação de práticas de sustentabilidade em âmbito nacional e local. Importar destacar, no entanto, que para a observância das referidas diretrizes é necessário, além da inclusão do Laboratório na Renovajud, que haja o aproveitamento efetivo das suas funcionalidades: experimentação, cooperação e foco no cidadão, para, por meio do reconhecimento da realidade do Tribunal e das necessidades de seus usuários, promover iniciativas em consonância com os ODS.

Assim, o LIODS tem várias maneiras de aperfeiçoar o serviço judiciário do Tribunal e a execução de práticas de sustentabilidade, por meio das atividades a serem desenvolvidas pelo Laboratório de Inovação do TJCE. O LIODS também pode contribuir para o aprimoramento do serviço judiciário no Tribunal de Justiça do Ceará ao incentivar a utilização de ferramentas pelo Laboratório de Inovação do TJCE que promovem a celeridade processual, a redução de custos e a disponibilidade de recursos humanos e, portanto, possibilitam a realização da eficiência deste.

A eficiência é princípio inerente à administração pública, consoante o art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988, relacionando-se, ao Judiciário, tanto no que tange à administração judiciária, quanto à gestão processual (DIDIER, 2015). Esta refere-se à administração dos processos

quando da prestação do serviço jurisdicional, ao passo que aquela diz respeito à gestão dos órgãos administrativos que integram a estrutura Poder Judiciário (DIDIER, 2015). Ambas se relacionem à obtenção dos melhores resultados, com o menor número de meios e o menor custo (SILVA, 2014), e podem ser impactadas positivamente a partir das funcionalidades do Laboratório de Inovação.

Sobre a gestão processual do TJCE, os laboratórios de inovação da RenovaJud têm por principal atividade a realização de estudos e pesquisas sobre problemas do tribunal, bem como a formulação de soluções inovadoras, com uso de novas tecnologias ou de inteligência artificial. A partir desses estudos, é possível identificar etapas, procedimentos ou temáticas processuais de maior demanda ou cuja atual execução não se mostra satisfatória, para assim desenvolver projetos aptos à sua resolução, a exemplo do realizado pelo IjuspLab e pelo Aurora, que elaboraram projetos voltados para questões como o cálculo do valor da causa e a realização de audiências de conciliação virtuais.

O projeto “Planilha para Cálculo do Valor da Causa”, destina-se a auxiliar os servidores e magistrados na execução de suas atividades, reduzindo o tempo de execução destas e, conseqüentemente, favorecendo a celeridade processual e a disponibilidade de mão de obra. Por sua vez, o projeto “Justiça de Trânsito”, incentiva a utilização de meios extrajudiciais, evitando o ingresso desnecessário de demandas no Judiciário, o que importa, indiretamente, na maior celeridade dos processos judiciais em curso.

Em relação à administração judiciária, as atividades do Laboratório de inovação do TJCE podem se direcionar também a resolução de entraves da administração, a exemplo do realizado pela Equipe de Gestão e a Incubadora de Soluções Tecnológicas do IjuspLab, os quais, conforme demonstrado, formularam relatórios referente a despesas com água e energia elétrica e à administração predial. Estes relatórios viabilizaram iniciativas para gerenciamento das despesas ordinárias do Tribunal, possibilitando a redução, e o redirecionamento dos valores economizados para áreas de demandas mais urgentes ou estratégicas.

## CONCLUSÃO

Em resposta ao problema de pesquisa, conclui-se que o LIODS/CNJ

pode contribuir para o aprimoramento do serviço judiciário no Tribunal de Justiça do Ceará ao viabilizar a inclusão do Laboratório de Inovação do TJCE na Renovajud e incentivar a utilização da inovação e inteligência, de modo a favorecer a realização de práticas de sustentabilidade e eficiência na administração dos processos e na gestão dos órgãos administrativos que integram a estrutura do Tribunal, havendo, portanto, confirmação da hipótese levantada.

Ressalta-se, entretanto, que a mera constituição do Laboratório de Inovação do TJCE não importa na imediata execução de práticas de sustentabilidade e eficiência, havendo a necessidade de um esforço contínuo dos integrantes, servidores, magistrados e da própria sociedade para o desenvolvimento de iniciativas de preservação da cultura da inovação, cuja realização efetiva somente se opera na prática.

Desse modo, considerando a escassez de estudos sobre o tema, decorrente do ineditismo da instauração do LIODS/CNJ e dos laboratórios de inovação no Poder Judiciário brasileiro, especialmente, na justiça estadual, bem como a necessidade de identificação das funcionalidades e das possíveis contribuições destes para a prestação jurisdicional, os resultados obtidos pelo presente estudo revelam a importância do LIODS/CNJ e da Renovajud para a modernização e aperfeiçoamento do serviço judiciário do TJCE, assim como fornecem suporte teórico para pesquisas correlatas.

## REFERÊNCIAS

ACEVEDO, Sebastián; DASSEN, Nicolás. *Innovando para una mejor gestión: La contribución de los laboratorios de innovación pública*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2016.

AGUNE, Roberto; CARLOS, José. Radar da Inovação: O que os governos precisam enxergar. In: *Inovação no Judiciário: Conceito, criação e práticas do primeiro Laboratório de Inovação do Poder Judiciário*. São Paulo: Blucher, 2019.

ANDRADE, Mariana; REMÍGIO, Rodrigo. A Desnecessária Separação Entre Abordagem Qualitativa ou Quantitativa para a Pesquisa Jurídica: Repensando as Vantagem do Pluralismo Metodológico para a Pesquisa em Direito Processual Civil. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 13, v. 20, n. 1, p. 384-406, jan.-abr. 2019.

ANDRADE, Mariana. *et al.* Tecnologia e inovação: a replicabilidade do Projeto VICTOR como ferramenta de inteligência artificial do Supremo Tribunal Federal para outros sistemas. In: *6º Congresso Internacional Direito e Lusofonia*. Fortaleza: UNIFOR, 2019. p. 1-6.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. *STF investe em inteligência artificial para dar celeridade a processos*. 12 mar. 2018. Disponível em: <<https://ab2l.org.br/stf-investe-em-inteligencia-artificial-para-dar-celeridade-a-processos/>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

AURORA - LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO. *Aurora: realizações e evolução*. 14 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.auroralab.tjdft.jus.br/retrospectiva>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

AURORA - LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO. *Divulgação Cartório 4.0*. 2020. Disponível em: <<https://www.auroralab.tjdft.jus.br/materias-cartorio-4-0>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

AURORA - LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO. *Para conhecer o Aurora*. 2020. Disponível em: <<https://www.auroralab.tjdft.jus.br/para-conhecer-aurora>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

AURORA - LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO. *Sistema de Apresentação Remota e Reconhecimento Facial – SAREF: Experiência do usuário*. 2020. Disponível em: <<https://www.auroralab.tjdft.jus.br/saref>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BASSAN, Richard; LIETZ, Bruna. Desafios da Inteligência Artificial no âmbito das Procuradorias Municipais. In: *Inteligência artificial e tecnologias aplicadas ao direito II*. Belo Horizonte: Skema Business School, 2020. p. 49 – 55.

BORDONI, Jovina; TONET, Luciano. Inovação e Tecnologia no Judiciário. *Revista Themis*. Fortaleza, v. 18, n. 2, p.149-168, jul./dez. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, Senado, 1988.

CENTRO DE INOVAÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E PESQUISA DO JUDICIÁRIO – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório de Pesquisa: Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro*. 2020. Disponível em: <[https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos\\_e\\_pesquisas\\_ia\\_1afase.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf)>. Acesso em: 31 mai. 2021.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: FGV, 1987.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Como se deu o histórico de institucionalização da Agenda 2030 no Poder Judiciário?*. S/n. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/agenda-2030/como-se-deu-o-historico-de-institucionalizacao-da-agenda-2030-no-poder-judiciario/>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%Bameros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Laboratórios de Inovação e Centros de Inteligência do Poder Judiciário no Brasil*. S/n. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/agenda-2030/laboratorios-de-inovacao-e-centros-de-inteligencia-do-poder-judiciario-no-brasil/>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *LIODS 2019*. Brasília: CNJ, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *LIODS CNJ – Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS: O que é? Como surgiu?*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/agenda-2030/liods-cnj-laboratorio-de-inovacao-inteligencia-e-ods/>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portaria nº 119, de 21 de agosto de 2019*. Institui o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS) e dá outras providências. Disponível em: <[https://atos.cnj.jus.br/files/portaria/portaria\\_119\\_21082019\\_22082019154612.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/portaria/portaria_119_21082019_22082019154612.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020*. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Revista do I Encontro Ibero-Americano da Agenda 2030*. Brasília: CNJ, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Revista do II Encontro Ibero-Americano da Agenda 2030*. Brasília: CNJ, 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v.1. 17ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

ELIAS, Paulo. *Algoritmos, Inteligência artificial e o direito*. 2017. Disponível em <http://www.direitodainformatica.com.br/?p=1969>. Acesso em 04 jun. 2021.

FERRAREZI, Elisabete, LEMOS, Joselene, BRANDALISE, Isabella. *Experimentação e novas possibilidades em governo: aprendizados de um laboratório de inovação*. Brasília, DF: Enap, 2018.

GOMES, Magno Federici; SANTOS, Ariel Augusto Pinheiro dos Santos. Justiça social, desenvolvimento sustentável, direito fundamental à moradia e delegação legislativa disfarçada no Programa Minha Casa Minha Vida. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 25. p. 191-214.

GOVERNMENT INNOVATION LAB DIRECTORY. *Apolitical*. Disponível em: <https://apolitical.co/government--innovation-lab-directory/>. Acesso em: 25 mai. 2021.

LIMA, Caio Moysés. Introduzindo a Cultura de Inovação Tecnológica no Poder Judiciário: A Experiência do IjuspLab Parte 1 – A Equipe de Gestão de Dados. In: *Inovação no Judiciário: Conceito, criação e práticas do primeiro Laboratório de Inovação do Poder Judiciário*. São Paulo: Blucher, 2019.

MULGAN, G.; ALBURY, D. *Innovation in the public sector*. London: Strategy Unit, 2003.

NEVES JUNIOR, Paulo. IjuspLab: Origem, Evolução e Perspectivas do Primeiro Laboratório de Inovação do Poder Judiciário. In: *Inovação no Judiciário: Conceito, criação e práticas do primeiro Laboratório de Inovação do Poder Judiciário*. São Paulo: Blucher, 2019.

NUNES; Dierle; MARQUES, Ana. Inteligência Artificial e Direito Processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. In: *Revista dos Tribunais Online*, vol. 285/2018, p. 421-447, nov. 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, Êzio; LEONEL, Vilson. *Limites e Possibilidades da In-*

*teligência Artificial Aplicada ao Direito: Estado da arte no Brasil. In: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, ano XI, nº 22, Janeiro a Junho, 2021.*

PEDRINA, Gustavo. Consequências e perspectivas da aplicação de inteligência artificial a casos penais. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1589-1606, set.-dez. 2019.

PIETRO, Josilene; MACHADO, Edinilson; ALVES, Fernando. Inteligência Artificial e Direito: Estabelecendo diálogos no universo jurisdicional tecnológico. In: ***Revista Em Tempo***, [S.l.], v. 18, n. 01, p. 15 - 32, dez. 2019. ISSN 1984-7858.

PLATAFORMA AGENDA 2030. *A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. S/n. Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/so-bre/>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

PLATAFORMA AGENDA 2030. *Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Objetivo 16*. S/n. Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/ods/16/>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

PORTO, Fábio. O Impacto da Utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. In: *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 142-199, 1º sem. 2019.

SANO, Hironobu. *Laboratórios de Inovação no Setor Público*: mapeamento e diagnóstico de experiências nacionais. Brasília: Enap, 2020.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO. *03/10/2019 - 1º Festival de Inovação Aberta da Justiça Federal em São Paulo é realizado na capital*. 03 out. 2019. Disponível em: <<https://www.jfsp.jus.br/comunicacao-publica/indice-noticias/noticias-2019/03102019-1o-festival-de-inovacao-aberta-da-justica-federal-em-sao-paulo-e-realizado-na-capital/>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO. *Boas Práticas*. 07 dez. 2017. Disponível em: <[https://www.jfsp.jus.br/inovajusp/boas-praticas/?sword\\_list\[\]=Planilha&sword\\_list\[\]=de&sword\\_list\[\]=C%C3%A1lculo&sword\\_list\[\]=do&sword\\_list\[\]=Valor&sword\\_list\[\]=da&sword\\_list\[\]=Causa&no\\_cache=1](https://www.jfsp.jus.br/inovajusp/boas-praticas/?sword_list[]=Planilha&sword_list[]=de&sword_list[]=C%C3%A1lculo&sword_list[]=do&sword_list[]=Valor&sword_list[]=da&sword_list[]=Causa&no_cache=1)>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO. *Curso de Design Estratégico*. 27 jun. 2018. Disponível em: <[https://www.jfsp.jus.br/carta/eventos-realizados/curso-de-design-estrategico/?sword\\_list\[\]=Cur](https://www.jfsp.jus.br/carta/eventos-realizados/curso-de-design-estrategico/?sword_list[]=Cur)>.



so&sword\_list[]=Design&sword\_list[]=Estrat%C3%A9gico&sword\_list[]=e&sword\_list[]=Metodologias&sword\_list[]=Colaborativas&sword\_list[]=Per%C3%Adodo:&sword\_list[]=10/10&sword\_list[]=a&sword\_list[]=09/11/2017&no\_cache=1>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO. *Evento Chatbot3R*. 04 nov. 2020. Disponível em: <[https://www.jfsp.jus.br/chatbot-evento/?sword\\_list\[\]=Chatbot&no\\_cache=1](https://www.jfsp.jus.br/chatbot-evento/?sword_list[]=Chatbot&no_cache=1)>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO. *Incubadora de Soluções Tecnológicas*. 30 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.jfsp.jus.br/inovajusp/incubadora-de-solucoes-tecnologicas/>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO. *Carta de Serviços do iJuspLab*. 23 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.jfsp.jus.br/carta/>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO. *Ofício - Nº 3 – DFORSP/VICED-FORSP de 03 de março de 2020*. São Paulo, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014

SOUSA, Weslei. *Inteligência Artificial e Celeridade Processual no Judiciário: mito, realidade ou necessidade?*. Dissertação (Mestrado em Administração) - Faculdade de Administração, Contabilidade, Economia e Gestão de Políticas Públicas da Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ*. 23 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ e Enfam lançam Corpus927, sistema para agrupar e ordenar a jurisprudência dos tribunais. 21. jun. 2018. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-21\\_08-01\\_STJ-e-Enfam-lancam-Corpus927-sistema-para-agrupar-e-ordenar-a-jurisprudencia-dos-tribunais.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-21_08-01_STJ-e-Enfam-lancam-Corpus927-sistema-para-agrupar-e-ordenar-a-jurisprudencia-dos-tribunais.aspx)>. Acesso em: 31 mai. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inteligência artificial vai agilizar a*

*tramitação de processos no STF*. 30 mai. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

TONURIST, P.; KATTEL, R.; LEMBER, V. Discovering innovation labs in the Public Sector. *Working Papers in Technology Governance and Economic Dynamics*, n. 61, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. *A temática da inovação no Judiciário será capitaneada pela Emeron*. 02 set. 2020. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/noticias/item/13122-a-tematica-da-inovacao-no-judiciario-sera-capitaneada-pela-emeron>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. *Sinapses: Termo de cooperação técnica com o CNJ completa 1 ano*. 19 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/gestaodepessoas/infomes/1158-sinapses-termo-de-cooperacao-tecnica-com-o-cnj-completa-1-ano>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. *Gestores do TJCE levam experiência do Promojud para Encontro de Tecnologia e Inovação da Justiça do Maranhão*. 28 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/gestores-do-tjce-levam-experiencia-do-promojud-para-encontro-de-tecnologia-e-inovacao-da-justica-do-maranhao/>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. *Nova era: com foco na tecnologia disruptiva e na criatividade, Laboratório de Inovação do TJCE será lançado no dia 17*. 13 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/nova-era-com-foco-na-tecnologia-disruptiva-e-na-criatividade-laboratorio-de-inovacao-do-tjce-sera-lancado-no-dia-17/>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. *Oficina do Laboratório de Inovação do Judiciário cearense promove desenvolvimento de habilidades criativas*. 20 out. 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/oficina-do-laboratorio-de-inovacao-do-judiciario-cearense-promove-desenvolvimento-de-habilidades-criativas/>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. *Plano de Ação: Meta 9/2020*. Set. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/12/Plano-de-A%C3%A7%C3%A3o-TJCE-Meta-9.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. *Plano de Ação: Meta 9/2020 – Monitoramento*. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Plano-de-A%C3%A7%C3%A3o-TJCE-Meta-9\\_monit-ramento.xls](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Plano-de-A%C3%A7%C3%A3o-TJCE-Meta-9_monit-ramento.xls)>. Acesso em: 20 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. *Resolução do Órgão Especial nº 28/2020*. Institui o Laboratório de Inovação do Poder Judiciário do Estado do Ceará. Disponível em: <<https://sistemas-internet.tjce.jus.br/includes/mostraAnexo?san=29547>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. *Resolução do Órgão Especial nº 09/2021*. Institui o Programa de Modernização do Poder Judiciário do Estado do Ceará (Promojud) e cria seu Sistema de Governança. Disponível em: <<https://sistemas-internet.tjce.jus.br/includes/mostraAnexo.asp?san=30077>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. *TJCE cria Laboratório de Inovação para desenvolver iniciativas que aprimorem a gestão do Judiciário*. 17 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/tjce-cria-laboratorio-de-inovacao-para-desenvolver-iniciativas-que-aprimorem-a-gestao-do-judiciario/>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. *Tribunal de Justiça vai implantar sistema que utiliza inteligência artificial em processos*. 19 de nov. 2019. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/tribunal-de-justica-vai-implantar-sistema-que-utiliza-inteligencia-artificial-em-processos/>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. *TJDFT lidera número de projetos de Inteligência Artificial no Poder Judiciário*. 27 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2021/janeiro/tjdft-e-o-tribunal-com-mais-projetos-de-inteligencia-artificial>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. *Justiça de Trânsito: TJDFT moderniza e amplia o atendimento para a população do DF*. 01 jun. 2021. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2021/maio/justica-de-transito-tjdft-moderniza-e-amplia-o-atendimento-para-a-populacao-do-df>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

ZANONI, Luciana. A Mudança Cultural da Gestão Judicial: Inovação

como base da busca da excelência do serviço público. In: *Inovação no Judiciário: Conceito, criação e práticas do primeiro Laboratório de Inovação do Poder Judiciário*. São Paulo: Blucher, 2019.

ZANONI, Luciana; BOCHENEK, Antonio; FREITAS, Vladimir. *Pesquisa Internacional do Judiciário durante a Pandemia de Covid-19*. S/n Disponível em: <[https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/UCIN/inovajusp/IACA/Analise\\_portugues.pdf](https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/UCIN/inovajusp/IACA/Analise_portugues.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2021.

WERNECK, C. *et al.* *Ciclo de Vida de Laboratórios de Inovação Pública*. Brasília: Enap, 2020.

#### 'Notas de fim'

1 Segundo dados do Relatório Justiça em Números 2020: ano-base 2019, o tempo médio de duração dos processos da inicial até a baixa é de 3 anos e 3 meses. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%Bameros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.

2 De acordo com dados do Relatório Justiça em Números 2020: ano-base 2019, as despesas do Poder Judiciário totalizaram R\$ 100,2 bilhões, em 2019, sendo o custo da prestação judicial por habitante correspondente à R\$ 479,16. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%Bameros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.

3 Conforme dados divulgados no site Apolitical, foram identificadas 123 unidades de inovação no setor público mundial, havendo representantes em todos os continentes. Disponível em: <<https://apolitical.co/government--innovation-lab-directory/>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

# RAÍZES E BASES DO AUTORITARISMO BRASILEIRO NA CONTEMPORANEIDADE: UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

ROOTS AND FOUNDATIONS OF BRAZILIAN  
AUTHORITARINISM IN CONTEMPORARY TIMES:  
A PERSPECTIVE FROM THE NEW LATIN AMERICA  
CONSTITUTIONALISM

RAÍCES Y BASES DEL AUTORITARISMO BRASILEÑO  
EN LA CONTEMPORANEIDAD: UNA PERSPECTIVA  
DESDE EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO  
LATINOAMERICANO

## SUMÁRIO:

Introdução; 1. Constitucionalismo e modelo latino-americano: por que a sala de máquinas da constituição permanece fechada?; 2. Novo constitucionalismo latino-americano no Brasil: o princípio do autoritarismo contemporâneo?; Conclusão; Referências.

## RESUMO:

Este trabalho busca identificar as raízes e as bases do autoritarismo enquanto traço da democracia brasileira, com a divisão do estudo em duas seções. Inicia-se pela exposição do modelo de constitucionalismo latino-americano e da “sala de máquinas da Constituição”. Seguidamente, confronta-se o modelo de constitucionalismo adotado na América Latina com o autoritarismo brasileiro. Destarte, elaborou-se o seguinte questionamento: em que medida o novo constitucionalismo latino-americano relaciona-se com a ascensão

## Como citar este artigo:

FINGER, Anays, PIGATO, Nina, SANTOS, Miriam. Raízes e bases do autoritarismo brasileiro: na contemporaneidade: um olhar sob a perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 43 2024, p. 133-149

Data da submissão:  
04/10/2023

Data da aprovação:  
27/11/2024

1. Universidade Federal de Santa Maria – Brasil
2. Universidade Federal de Santa Maria – Brasil
3. Universidade Federal de Santa Maria - Brasil

de governos autoritários no Brasil? Adotando-se a abordagem dedutiva, constatou-se a existência de relação intrínseca entre os fenômenos, pois a sala de máquinas da Constituição permaneceu fechada às forças populares.

**ABSTRACT:**

This paper aims to identify the roots and foundations of authoritarianism as a trait of Brazilian democracy, dividing the study into two sections. It begins by exposing the model of Latin American constitutionalism and the “machine room of the Constitution”. Then, the model of constitutionalism adopted in Latin America is confronted with Brazilian authoritarianism. Therefore, the following problem was elaborated: to what extent is the new Latin American constitutionalism related to the rise of authoritarian governments in Brazil? Using the deductive method, the existence of an intrinsic connection between the phenomena was found, considering that the engine room of the Constitution remained closed to popular forces.

**RESUMEN:**

Este trabajo busca identificar las raíces y bases del autoritarismo como una característica de la democracia brasileña, con el estudio dividido en dos secciones. Comienza exponiendo el modelo del constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas de la Constitución”. En seguida, el modelo de constitucionalismo adoptado en América Latina se enfrenta al autoritarismo brasileño. Así, se elaboró la siguiente pregunta: ¿en qué medida se relaciona el nuevo constitucionalismo latinoamericano con el surgimiento de gobiernos autoritarios en Brasil? Adoptando el método deductivo, se constató la existencia de una relación intrínseca entre los fenómenos, ya que la sala de máquinas de la Constitución permaneció cerrada a las fuerzas populares.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Autoritarismo; Brasil; Novo constitucionalismo latino-americano; Sala de máquinas da Constituição.

**KEYWORDS:**

Authoritarianism; Brazil; Engine room of the Constitution; New Latin American constitutionalism.

**PALABRAS-CLAVE:**

Autoritarismo; Brasil; Nuevo constitucionalismo latinoamericano; Sala de máquinas de la Constitución.

**INTRODUÇÃO**

Os estudos que se debruçam no novo constitucionalismo latino-americano parecem ter concluído que um dos traços mais controvertidos das Constituições destes países é que, muito embora ilustrem elas uma gama de novos direitos, garantias e mecanismos de participação popular, não inovaram ao manterem a concentração de poder nas mãos do Poder Executivo, em flagrante desequilíbrio com os demais poderes. A partir disso, é possível constatar a existência de um poder centralizado e verticalizado.

No caso do Brasil, o Poder Executivo é chefiado pelo Presidente da República, em cuja autoridade, por força da Constituição Federal de 1988, são depositadas inúmeras competências a serem exercidas no curso do mandato. Tal concentração de poder, denominada “hiperpresidencialismo”, implica na existência de um Poder Executivo inflado, se comparado ao número de atribuições conferidas aos demais poderes da República.

No mesmo sentido, seguindo a lógica paradoxal das Cartas Políticas de outros países da América Latina, a Constituição brasileira diluiu a concentração do poder na figura do Presidente da República em um largo agrupamento de direitos fundamentais e em instrumentos de participação cidadã, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. No entanto, trata-se de mecanismos que se revelam inócuos diante da forma com que o poder foi organizado pela Carta de 1988, o que, para Roberto Gargarella, importou em manter a “sala de máquinas da Constituição” fechada. Ao mesmo tempo, o Brasil também enfrenta, atualmente, impasses com a ascensão de um governo de tendências autoritárias ao poder.

Com base nisso, elaborou-se o seguinte problema de pesquisa: em que medida o novo constitucionalismo latino-americano guarda relação com as oportunidades de ascensão de governos autoritários no Brasil? Para responder ao problema de pesquisa apresentado, opta-se pela abordagem dedutiva, uma vez que o autoritarismo brasileiro será analisado sob a ótica do novo constitucionalismo latino-americano, partindo-se das

premissas gerais concernentes à temática.

Destarte, a fim de solucionar a problemática apresentada, o trabalho será estruturalmente subdividido em duas seções. Inicia-se pelo enfoque na exposição do modelo de constitucionalismo latino-americano, lastreada nos estudos concernentes à “sala de máquinas da Constituição”, propostos por Roberto Gargarella. No segundo capítulo, em notória interdependência ao primeiro, buscar-se-á relacionar o modelo de constitucionalismo adotado na América Latina com o autoritarismo brasileiro, para identificar as raízes e as bases que lhe sustentam atualmente.

### **1. CONSTITUCIONALISMO E MODELO LATINO-AMERICANO: POR QUE A SALA DE MÁQUINAS DA CONSTITUIÇÃO PERMANECE FECHADA?**

Ao contrário do modelo de constitucionalismo que prevaleceu nos Estados Unidos – o modelo hegemônico, assentado em um cenário em que mudanças no contexto político produzem poucos impactos na Constituição –, o modelo de constitucionalismo latino-americano seguiu um vetor diametralmente oposto: é possível constatar que as mudanças políticas observadas nos países desta região sempre produziram um impacto constitucional determinante (GARGARELLA, 2010). Esse impacto, contudo, raramente foi democrático, tendo levado a diversas rupturas constitucionais no século XX (AVRITZER, 2017), com notórios retrocessos ao autoritarismo, também viabilizados pela presença de um Executivo inflado nestas nações.

Ao definir o que é autoritarismo e, especialmente diferenciá-lo do exercício de autoridade, Sartori (1994) aloca o sistema político em direção oposta ao regime democrático: é que o autoritarismo se caracteriza, justamente, por deixar pouco ou nenhum espaço para a liberdade. Na concepção do autor, o argumento que deve prevalecer é o de que a verdadeira liberdade aceita a autoridade, da mesma forma com que a verdadeira autoridade também reconhece a liberdade. Ao contrário, a liberdade que não admite a autoridade é uma liberdade arbitrária. Por sua vez, a autoridade que não reconhece a liberdade é autoritarismo. Isso é o que demonstra, para o teórico, por que a democracia precisa de autoridade e, ainda assim, não é autoritarismo, pois quando se considera o autoritarismo na perspectiva da liberdade, conclui-se que o autoritarismo nega a autoridade (SARTORI, 1994, p. 257).



Um atributo marcante das Constituições dos países da região latino-americana corresponde ao fato de que, embora tenham avançado em direção à ampliação de direitos e de instrumentos de participação popular, com o escopo de fortalecer o ideal democrático, o poder concentrou-se, majoritariamente, em torno do Executivo, em desequilíbrio com os demais poderes. Para Guillermo O'Donnell (1994), a centralização das estruturas de poder em torno do Executivo foi parte do problema para a construção democrática na região. Nas palavras de Avritzer,

A tradição do novo constitucionalismo na América Latina surgiu de duas necessidades complementares, que apareceram durante as democratizações dos anos 1980 e 1990: a primeira delas foi a necessidade de reformar Constituições nos países que passaram por autoritarismos semi-institucionais, como foi o caso do Brasil. No Brasil, foi elaborada uma nova Constituição pelo regime autoritário em 1967, além dessa mesma Constituição ter sido reformada em 1969 e em 1977, o que impediu qualquer possibilidade de volta à Constituição de 1946. Assim, colocou-se a necessidade de uma assembleia constituinte que, na verdade, foi muito além do expurgo autoritário e reconstituiu completamente a ordem político-legal. O segundo caso latino-americano de reconstitucionalização foi o dos países andinos, em especial da Bolívia e do Equador. Nestes casos, o próprio processo de reimaginação da comunidade política foi realizado, uma vez que a comunidade política imaginada no começo do século XIX havia gerado conflito permanente. (AVRITZER, 2017, p. 27)

Com base nisso, infere-se que os países da América Latina possuem outro traço em comum: a maioria herdou uma profunda crise proveniente dos regimes autoritários anteriores, o que gerou um senso de urgência nesses contextos. Na concepção de Gargarella,

O constitucionalismo do final do século viu-se impactado pelos dois fatos históricos mais significativos desse período: a crise política e de direitos humanos, derivada da transição das ditaduras e dos governos autoritários nos anos 1970, e a crise econômica relacionada à aplicação dos programas de ajuste estrutural, característica dos anos 1990. (GARGARELLA, 2017, p. 43)

Nesse cenário, presidentes passam a ser eleitos para um mandato delegativo, sob a promessa de que salvarão o país, muitas vezes sem qual-

quer experiência (O'DONNELL, 1994) – os chamados “*outsiders* políticos”. Referido traço dá origem ao que O'Donnell denomina “democracia delegativa”.

Democracias delegativas não são representativas e tampouco parecem estar caminhando em direção à representação; não estão nem consolidadas, nem institucionalizadas. Por outro lado, podem ser duradouras. Em muitos casos, não há nelas nenhuma ameaça iminente de uma regressão autoritária aberta; contudo, tampouco avanços em direção à efetiva representatividade se mostram à vista. Nesse seguimento, da mesma forma com que estas democracias podem se estagnar em uma situação incerta, também podem regredir ao regime autoritário (O'DONNELL, 1994), com maior facilidade.

Nas democracias delegativas, o presidente é a personificação da nação e o principal depositário do interesse nacional. Entretanto, a forma com que conduzirá seu mandato não precisa, necessariamente, guardar relação com o que foi prometido durante a campanha eleitoral, pois ele foi autorizado a governar conforme o próprio juízo de conveniência. Esse entendimento é comungado por Gargarella:

O hiperpresidencialismo implicava em concentração de poder e, também, responsabilidades e expectativas em uma única pessoa, com mandato fixo durante anos. Qualquer súbito desencanto com o presidente, qualquer crise política ou econômica, qualquer problema de saúde, qualquer queda na sua popularidade tendia a traduzir-se em uma crise do sistema político, que carecia de válvulas de escape para remediar os desajustes e evitar o início de uma crise em toda a estrutura constitucional. (GARGARELLA, 2017, p. 49-50)

E já que esta figura paterna tem que cuidar de toda nação – o que robustece a ideia de um hiperpresidencialismo consolidado –, é evidente que seu apoio não pode vir de um único partido; sua base política tem que ser um movimento (O'DONNELL, 1994), sustentada na formação de alianças com o Poder Legislativo e no apoio popular – o que originou no Brasil o modelo de Presidencialismo de Coalizão (ABRANCHES, 1988), em que o mandatário delegado deve manter uma constante base de apoio no Poder Legislativo, com vistas a garantir condições mínimas de governabilidade.

Mas por que denominar “democracia delegativa”, em vez de represen-

tativa? Precisamente porque representação pressupõe a ideia de responsabilidade e de prestação de contas, mitigadas nas democracias delegativas. Nas democracias representativas, de alguma forma, o representante é responsabilizado pelas formas com que ele age em nome daqueles por quem afirma ter o direito de falar (O'DONNELL, 1994). Nesse sentido, Dahl elenca o que, para ele, vem a ser a característica-chave da democracia: o que vem a colidir com o que Dahl elencou como característica-chave da democracia: a ideia de contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais (DAHL, 2005). A representação, por excelência, é a “guiadora do sistema democrático ideal” (FERRER, 2018, p. 19) e “deve ser compreendida como uma forma de ser um porta-voz dos anseios daqueles aos quais se representa.” (FERRER, 2018, p. 19)

Já nas democracias delegativas, a responsabilização do mandatário ocorre, especialmente, pela via do impeachment. Mas embora seja o remédio, por excelência, do presidencialismo, para remover do poder os presidentes incursos em crimes de responsabilidade, o impeachment não teve no Brasil, tampouco na vida política de outros países que seguiram o mesmo modelo institucional, a aplicação que dele esperavam os seus defensores teóricos, visto que constitui-se muito mais um ativador de crises e colapsos da legalidade do que um efetivo instrumento de restauração da verdade constitucional (BONAVIDES, 2004). É o que bem ilustram os dois emblemáticos processos de responsabilidade política sofridos por Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff, ambos deflagrados em um íterim de quatro períodos presidenciais regulares, originados no voto popular direto (ABRANCHES, 2018).

Com a redemocratização à vista no país, elaborou-se, então, uma nova Constituição, na tentativa de reparar os graves retrocessos levados a cabo pela ditadura militar. A Carta Política de 1988 pareceu revisar e corrigir, em primeira análise, cada um dos problemas desencadeados pelo autoritarismo de sua antecessora. A proibição da tortura e das medidas tomadas contra o Estado Democrático, o restabelecimento do voto direto e secreto, a formação de novos critérios para o funcionamento dos partidos políticos, a fixação de penas rigorosas para as restrições às liberdades civis e inclusão de mecanismos destinados a ampliar a participação cidadã na política – como o plebiscito e o referendo –, o restabelecimento

do compromisso federalista, além de uma longa e detalhada previsão de direitos e garantias sociais, por meio dos quais foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), são apenas alguns exemplos que remetem ao advento de uma Constituição Cidadã (GARGARELLA, 2017).

Porém, em contrapartida a tantos avanços e conquistas, a mesma Constituição também parece ter perdido a grande oportunidade de romper com um modelo de presidencialismo extremamente forte que vigorava nos governos autoritários anteriores. Com efeito, esse sistema foi apontado como corresponsável pela dificuldade expressiva das democracias regionais latino-americanas em se manterem ao longo do tempo, consolidando o mau funcionamento do sistema de “freios e contrapesos” (ACKERMAN, 2000).

Roberto Gargarella, em sua obra “La sala de máquinas de la Constitución”, teceu fortes críticas a essa forma de organização centralizada e verticalizada do poder. Para o jurista argentino, trata-se de um verdadeiro centralismo autoritário que insistentemente é preservado nas Constituições da região latino-americana. Evidentemente, essa concentração de poder em torno do Executivo acaba por impedir as reformas sociais necessárias, de modo que a sala de máquinas da Constituição – o espaço destinado ao controle das constituições – nunca é alcançada pelas forças populares (GARGARELLA, 2015).

Mas o problema com as novas Constituições não é, simplesmente, que elas não foram longe o bastante de modo a alcançar a “sala de máquinas” da Constituição. Fosse esse o problema, a solução poderia simplesmente ter sido aguardar até a próxima reforma. O cerne da questão é que, preservando uma organização de poderes que permanece arranjada sob um modelo próprio do século XIX de concentração de autoridade, as novas Constituições colocam em risco as mesmas iniciativas que elas propuseram nas seções de direitos (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016).

Assim organizadas, as novas Constituições tendem a apresentar um desenho contraditório: elas parecem social e democraticamente comprometidas nas suas vastas seções de direitos, enquanto, concomitantemente, parecem rejeitar esses mesmos ideais socio-democráticos, por meio do padrão de organização política vertical. De forma não surpreendente, a velha organização política hiperpresidencialista tende a bloquear todas as chances de colocar em movimento as iniciativas de empoderamento

popular incluídas nas novas Constituições (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016). A solução, evidentemente, seria romper a porta da “sala de máquinas”, para então romper, definitivamente, com uma estrutura de organização de poder que parece convidativa à ascensão de regimes autoritários.

## **2. NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NO BRASIL: O PRINCÍPIO DO AUTORITARISMO CONTEMPORÂNEO?**

Conforme exposto na seção anterior deste ensaio, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 reproduziu o padrão latino-americano: apesar do seu passado ditatorial, conservou os amplos poderes do sistema presidencialista, mas agora com uma rica estrutura de direitos fundamentais e mecanismos de participação popular oriundos do novo constitucionalismo latino-americano (AVRITZER, 2017). Nesse seguimento, diante de um contexto de transição da ditadura para a democracia, em que se buscou justamente a desconcentração do poder – característica própria de regimes autoritários – a manutenção dessa forma de organização de poder se tornou, no mínimo, incoerente.

Desse modo, se as reformas introduzidas pelos militares no período da ditadura militar foram realizadas com o escopo de fortalecer o Poder Executivo e enfraquecer o Legislativo e o Judiciário – seja pela via constitucional ou por meio dos repressivos atos institucionais, produzidos à revelia da população – era de se esperar que no retorno à democracia houvesse um reequilíbrio entre os três poderes, mas não foi o que ocorreu (CARVALHO, 2017). Ao proceder a uma análise detida dos impasses da democracia brasileira, Sérgio Abranches alerta:

A democracia não é um ponto de chegada, é um processo, um alvo móvel. Após cada rodada de aperfeiçoamentos, aprofundamentos, outras se farão sempre necessárias. Não existe regime político que leve à democracia plena. Os direitos e a convivência se dão em momentos históricos demarcados e são redefinidos em compasso com o processo de mudança. É certo que haverá descompassos, que geram contrariedades a serem enfrentadas no processo político. Os modelos devem ser estáveis, para preservar seus “princípios fundadores”, mas ter a flexibilidade exigida pelo avanço da

história. A crise brasileira tem componentes gerais, presentes em todas as democracias do mundo hoje. O desencanto com o desempenho da democracia representativa é global. Mas nossa crise tem elementos endógenos que não devem ser subestimados, suficientes para gerarem uma grave crise de confiança política independente dos fatores gerais. (ABRANCHES, 2018, p. 15)

Mesmo com o advento da redemocratização, o Brasil conservou traços peculiares do regime militar. Segundo Samuel Huntington,

Costuma-se datar a inauguração da democracia no Brasil em janeiro de 1985, quando o colégio eleitoral escolheu um presidente civil. No entanto, não houve, de fato, nenhum corte claro; a característica da transformação brasileira é ser virtualmente impossível dizer-se em que ponto o Brasil deixou de ser uma ditadura e tornou-se uma democracia. (HUNTINGTON, 1994, p. 130)

Todavia, a estrutura de organização de poderes na Constituição Federal de 1988 permaneceu centralizada e verticalizada. O Presidente da República, além de ocupar a função de Chefe de Governo, também ocupa a função de Chefe de Estado. Com isso, assume a própria paternidade do país e, quando a figura paterna de uma nação vai mal, o país entra em colapso.

É possível que isso explique o porquê de o Brasil não ter passado por um único período de completa estabilidade política desde o retorno à democracia. Além disso, esse fator também explica a sua tendência em repetir um ciclo que envolve a constante busca por uma figura paterna, um “salvador”, apto a bem cumprir a função de depositário do interesse nacional, não necessariamente vinculada à ideia de responsividade.

A instabilidade que permeia a nação brasileira pode ser exemplificada tanto pelos dois processos de impedimento que o país ostenta, deflagrados em um curto lapso temporal, quanto pela recente derrota do *establishment* político nas eleições presidenciais de 2018, o que culminou na vitória de Jair Bolsonaro: um *outsider* com tendências autoritárias explícitas. Para Sergio Abranches, o pleito foi disruptivo. Encerrou um ciclo político que organizou o presidencialismo de coalizão, consagrado no país nos últimos anos, e rompeu com o eixo político-partidário que organizou governo e oposição nas últimas seis eleições gerais (ABRANCHES, 2019).

Nesse ponto, Guillermo O'Donnell explica que, de fato, nas democracias delegativas, as eleições tendem a ser bastante emocionais, além de se revelarem um processo de apostas altas. Durante a disputa, vários candidatos competem para ser o vencedor “delegado” em um jogo de soma zero, para governar o país sem outras restrições além daquelas impostas pelas suas próprias relações de poder. Findo o pleito, os eleitores voltam à condição de meros espectadores passivos, mas esperançosamente torcedores daquilo que o Presidente faz (O'DONNELL, 1994). Na mesma linha de raciocínio, discorre a historiadora Lilia Schwarcz:

Todo governo procura usar a história a seu favor. No entanto, e não por coincidência, governos de tendência autoritária costumam criar a *sua* própria história – voltar ao passado buscando uma narrativa mítica, laudatória e sem preocupação com o cotejo de fatos e danos – como forma de elevação. Para tanto, reconstroem o passado nacional como se ele fosse uma idade de ouro (que ele não foi) [...]. (SCHWARCZ, 2019, p. 225)

Eleito sob uma campanha cujo carro-chefe era a promessa de um mandato concentrado no combate à corrupção, ao clientelismo e ao “toma-lá-dá-cá”, mazelas oriundas da “velha política”, Jair Bolsonaro é o primeiro presidente de origem militar eleito após a redemocratização.

Tornou-se comum no cotidiano dos brasileiros defrontar-se com declarações de apelo ao fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, emanadas do presidente e de sua base de apoio, desde então. Somando-se a isso, as sucessivas referências saudosistas à ditadura militar e ao Ato Institucional nº 5, o apreço à política de armamento e a crítica à agenda progressista e às pautas identitárias são apenas alguns exemplos de como o retorno ao autoritarismo prescinde de um golpe de Estado para se instalar na atualidade. A tomada violenta do poder parece ter cedido lugar à propagação de um discurso fascista, “essencialmente mobilizador, demonizador dos adversários, e afirmativo do primado da ação sobre a razão.” (MOURA; CORBELLINI, 2019, p. 67)

Mas não é o intuito central deste estudo debruçar-se em uma análise detida sobre as particularidades do mandato de Jair Bolsonaro como Presidente da República, tampouco sobre as razões específicas e possíveis catalisadores que levaram à sua vitória na disputa eleitoral de 2018, como a difusão massiva de *fake news* nas redes sociais. A alusão ao mandatário

apenas objetiva ilustrar um arquétipo de governo autoritário que ascendeu ao poder na contemporaneidade, marcado por uma forte centralização do poder em torno do Executivo, em cujas mãos foram depositadas expectativas de larga escala. Em outras palavras, sua figura representa um bom exemplo de que a democracia brasileira não é um terreno firme e que a escalada dessa forma de poder, em que pese aparentemente silenciosa, tende a ser célere.

O escopo deste trabalho é, sob por outra perspectiva de análise, identificar as raízes deste autoritarismo pós-Constituição de 1988 e as bases que lhe sustentam na atualidade. Para a autora Lilia Schwarcz, o Brasil vive um novo capítulo de sua história autoritária, marcada por uma guinada conservadora e reacionária, que eclodiu nas próprias urnas do pleito de 2018 (SCHWARCZ, 2019).

*Prima facie*, até poderia se cogitar a existência de um paradoxo: a eleição de um governo autoritário através de uma disputa aparentemente democrática. Porém, esta nova onda de autoritarismo atua de maneira mais velada; parece saber jogar com as regras do jogo democrático, até o ponto em que elas se revelarem convenientes para a sua ascensão. O retrocesso democrático hoje, e não só no Brasil, inicia com as urnas, uma via perigosamente enganosa. Não há golpes de Estado clássicos, como no caso do Chile de Pinochet. Não há palácio presidencial ardendo em chamas, nem presidente morto ou exilado. Grande parte dos países realiza eleições regulares; não há tanques de guerra nas ruas. Constituições e instituições democráticas permanecem vigentes e a população ainda vota. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Contudo, os “Autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corroem a sua essência.” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 17). Esse entendimento é comungado por Schwarcz:

Alguns analistas arriscam a palavra “democradura” para explicar a vigência de governos que combinam de maneira perversa a regra democrática com a prática populista e autoritária. Não por acaso, têm sido chamados de “novos populistas”. Trata-se de seguir a norma jurídica até determinado momento, para depois escapar dela, a partir de justificativas que se desviam da lei. (SCHWARCZ, 2019, p. 227)

Mas o que poderia ter sido feito no caso do Brasil, no sentido de blindar as oportunidades de ascensão de governos autoritários ao poder? Este questionamento remete à primeira seção deste estudo.



O passado latino-americano a que pertence o Brasil revela que a verticalização e a centralização do poder em torno do Poder Executivo – um fator comum às democracias delegativas – podem levar a consequências de longo prazo, fazendo do cenário de incerteza política, a regra.

Embora tenha diluído o poder centralizado em uma gama de direitos fundamentais e mecanismos de participação popular, conforme se expôs no primeiro capítulo, não teve a Constituição Cidadã o mérito de permitir que as forças populares adentrassem na sua sala de máquinas; “as situações de crise social geradas pelas reformas fizeram com que muitos voltassem a reclamar o reestabelecimento de uma autoridade presidencial ‘forte.’” (GARGARELLA, 2017, p. 52)

Com largos poderes em suas mãos, oriundos de um número abundante de competências que lhe são conferidas pelo próprio texto da Carta Política, o mandatário delegado pode conduzir a chefia concomitante do país na ordem internacional – como Chefe de Estado – e no âmbito interno – como Chefe da Administração Pública Federal – de acordo com seus próprios interesses (que encontram limites apenas nos interesses de suas relações de poder), pois assim lhe foi autorizado governar. Devido à celeridade com que o processo de tomada de decisão tende a se desenvolver nas democracias delegativas, os agentes políticos podem negar a responsabilidade por suas falhas, pois, afinal, conforme lhe foi delegado, o Presidente fez o que julgou melhor. Ao final, quando as falhas se acumularem de forma muito visível e repetida, o país ficará preso a um presidente que, abandonando o dinamismo inicial, apenas tentará sobreviver no cargo até o final de seu mandato (O’DONNELL, 1994).

Portanto, é de se concluir que o novo constitucionalismo latino-americano guarda relação intrínseca com as oportunidades de ascensão de governos autoritários no Brasil, na contemporaneidade, uma vez que foi a partir da conservação de um modelo de Poder Executivo inflado – sistema político hiperpresidencialista –, próprio das ditaduras, que se produziram altos níveis de instabilidade política no país, um coeficiente determinante para a chegada de novos regimes autoritários ao poder. Na perspectiva de Gargarella, “[...] a mesma crise institucional que podia ter reafirmado o ceticismo existente em torno das benesses do hiperpresidencialismo terminou por se colocar a serviço do dito sistema [...]” (GARGARELLA, 2017, p. 54)

Diante disso, torna-se evidente que o autoritarismo brasileiro na contemporaneidade tem como ponto de partido a própria Carta Política de 1988:

[...] uma Constituição de duas velocidades, com propósitos contraditórios: por um lado, uma Constituição ansiosa por assegurar a imposição da ordem, verticalmente; por outro lado, uma Constituição preocupada com que cada passo dado esteja conforme as garantias e os direitos, cuidadosa e plenamente respeitados. Por um lado, uma Constituição que propicia a democratização da sociedade através de direitos horizontais, mais expandidos; e, por outro, uma Constituição que bloqueia os impulsos democratizantes, mantendo uma organização do poder verticalizada e concentrada em poucos. (GARGARELLA, 2017, p. 61)

À vista de tanta abertura concedida por esse modelo contraditório, não é de se surpreender que a sala de máquinas da Constituição seja acessada, de forma restrita, por aqueles a quem a seção de organização dos poderes conferiu um maior número de atribuições. Do mesmo modo, não é de se surpreender que governos autoritários, vez ou outra, ascendam ao poder, diante de oportunidades tão convidativas e constitucionalmente previstas, mediante um amplo espectro de atuação.

Com base na forma com que a narrativa política brasileira vem sendo construída nos últimos tempos, é de se dizer que, ainda que se permita, eventualmente, a entrada de forças populares na sala de máquinas da Constituição, sua admissão será puramente contemplativa; o prognóstico indica que os comandos devem seguir a cargo do mandatário delegativo. Resta à população a condição de mera espectadora, esperançosa de que, por mais veloz que se mostre a ascensão de um governo autoritário ao poder, não seja ele tão duradouro e tão sólido, de modo a diluir completamente o ideal democrático, até que de sua essência não sobre nada.

## CONCLUSÃO

Este ensaio buscou ilustrar em que medida o novo constitucionalismo latino-americano guarda relação com as oportunidades de ascensão de governos autoritários no Brasil. Inicialmente, elaborou-se um panorama geral acerca do constitucionalismo latino-americano, compreendendo-o como um modelo em que mudanças políticas sempre produziram

um impacto constitucional expressivo.

Por conseguinte, verificou-se que a maioria dos países da América Latina herdou uma intensa crise proveniente de regimes autoritários anteriores, o que gerou um senso de urgência nas nações desta região, dando origem às democracias delegativas. Nesse contexto, o Brasil se destaca como um dos países pertencentes à região latino-americana, cujo padrão constitucional seguiu um desenho contraditório e pouco coerente: ainda que tenha avançado com a previsão de um vasto catálogo de direitos fundamentais, somados à inclusão de mecanismos de participação cidadã na política, a Constituição não inovou ao verticalizar e centralizar o poder em torno do Executivo, culminando no assentamento do hiperpresidencialismo.

Nesse sentido, compreendeu-se que esta forma de organização de poder somente contribui para que a sala de máquinas da Constituição, proposta por Roberto Gargarella, permaneça fechada e inacessível pelas forças populares. Ademais, concluiu-se que um desenho constitucional de amplo espectro de atribuições nas mãos do Executivo constitui-se em uma verdadeira oportunidade de ascensão de regimes autoritários ao poder, inclusive na contemporaneidade política brasileira, cujo exemplo reporta-se, neste estudo, à eleição de Jair Bolsonaro para a Presidência da República.

Por derradeiro, este ensaio concluiu que o novo constitucionalismo latino-americano guarda relação direta com a chegada de regimes autoritários ao poder, justamente por ter perdido a grande oportunidade de romper com a figura de um Poder Executivo inflado. No Brasil, são estas as raízes e as bases que mantêm vivo o autoritarismo na contemporaneidade.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4251415/mod\\_resource/content/1/AbranchesSergio%281988%29\\_PresidencialismodeCoalizao.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4251415/mod_resource/content/1/AbranchesSergio%281988%29_PresidencialismodeCoalizao.pdf). Acesso em: 12 jan. 2021.

ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. *In: Democracia em risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Com-

panhia das Letras, 2019.

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, nº 3, 2000. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2021.

AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. *In*: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa *et al* (orgs.). **O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 19-42.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO, Nathalia Brito. O hiperpresidencialismo latino-americano como fator de instabilidade das democracias: uma inter-relação com o processo de impeachment brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 16, nº 7, p. 399-411, jan./abr., 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3015>. Acesso em: 14 jan. 2021.

DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

FERRER, Alexandre de Moura Bonini. **Accountability social no Brasil: um caminho possível para a efetivação do controle popular de recursos públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria.

GARGARELLA, Roberto. **Constitutionalism in the Americas 1776-1860**. New York: Cambridge University Press, 2010.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires, 2015.

GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. **Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição**. Universitas JUS, Brasília, v. 27, nº 2, p. 33-41, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/arti->

cle/view/4308/3261. Acesso em: 12 jan. 2021.

GARGARELLA, Roberto. Presidencialismo versus direitos no novo constitucionalismo latino-americano. In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa *et al* (orgs.). **O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 43-76.

HUNTINGTON, Samuel P. **A terceira onda: a democratização no final do século XX**. Tradução de Sergio Goes de Paula. São Paulo: Ática, 1994.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MOURA, Maurício; CORBELLINI, Juliano. **A eleição disruptiva: por que Bolsonaro venceu**. Rio de Janeiro: Record, 2019.

O'DONNELL, Guillermo. Delegative Democracy? **Journal of Democracy**, v. 5, 1994.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Tradução de Dinah de

Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.



# PANORAMA DAS DEMOCRACIAS NA AMÉRICA DO SUL À LUZ DO DESEMPENHO NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19 (2020-2021): COMO OS GOVERNOS RESPONDERAM AO PROBLEMA?

OVERVIEW OF DEMOCRACIES IN SOUTH AMERICA  
IN LIGHT OF PERFORMANCE IN ADDRESSING  
COVID-19 (2020-2021): HOW HAVE GOVERNMENTS  
RESPONDED TO THE PROBLEM?

PANORAMA DE LAS DEMOCRACIAS EN AMÉRICA  
DEL SUR A LA LUZ DE SU DESEMPEÑO EN LA LUCHA  
CONTRA LA COVID-19 (2020-2021): ¿CÓMO HAN  
RESPONDIDO LOS GOBIERNOS AL PROBLEMA?

## SUMÁRIO:

1. Considerações iniciais; 2. América do Sul de colonização ibérica e o desempenho democrático nos últimos anos (2020-2021); 3. Crise sanitária da covid-19 na América do Sul; 4. Políticas de enfrentamento nos países da América do Sul; 5. Considerações finais; Referências

## RESUMO:

A crise configurada com a pandemia do Covid-19 apresenta desdobramentos além da questão sanitária, implicando em intensificação da erosão democrática identificável na América Latina. O objetivo consiste em identificar a postura dos países sul-americanos de colonização ibérica no que se refere ao enfrentamento do Covid-19 (2020 e 2021). Verificou-se a queda dos índices entre os países, confirmando oscilações democráticas. Não houve unidade para o

Como citar este artigo:

NASCIMENTO,  
Arthur, ROSA,  
Fernanda. Panorama  
das democracias na  
América do Sul à luz  
do desempenho no  
enfrentamento da  
covid-19 (2020-2021):  
como os governos  
responderam  
ao problema?.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 43 2024,  
p. 151-178

Data da submissão:

06/10/2023

Data da aprovação:

29/11/2024

1. Universidade Federal da Grande Dourados - Brasil
2. Universidade Federal da Grande Dourados - Brasil

enfrentamento da pandemia e nenhuma coesão regional no tratamento das políticas sanitárias. O enfrentamento foi insuficiente para distinguir melhores desempenhos diante da crise na região, constatando baixos desempenhos e riscos democráticos até mesmo nas democracias estáveis.

**ABSTRACT:**

The crisis configured with the Covid-19 pandemic has implications beyond the health issue, implying an intensified democratic erosion identifiable in Latin America. The objective is to identify the posture of the Iberian-colonized South American countries with respect to confronting Covid-19 (2020 and 2021). It was verified as a drop in the indices between countries, confirming democratic oscillations. There was no unity in facing the pandemic and no regional cohesion in dealing with health policies. The confrontation was insufficient to distinguish better performances in the face of the crisis in the region, verifying low performances and democratic risks even in stable democracies.

**RESUMÉN:**

La crisis configurada con la pandemia de Covid-19 tiene ramificaciones más allá de la cuestión sanitaria, implicando una intensificación de la erosión democrática identificable en América Latina. El objetivo es identificar la postura de los países sudamericanos de colonización ibérica frente al Covid-19 (2020 y 2021). Hubo un descenso de los índices entre los países, lo que confirma las oscilaciones democráticas. No hubo unidad para afrontar la pandemia ni cohesión regional en las políticas de salud. La confrontación fue insuficiente para distinguir mejores desempeños frente a la crisis en la región, verificando bajos desempeños y riesgos democráticos incluso en democracias estables.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Crise sanitária; Constitucionalismo abusivo; Democracia.

**KEYWORDS:**

Health crisis; Abusive constitutionalism; Democracy.



**PALABRAS CLAVE:**

Crisis sanitaria; Constitucionalismo abusivo; Democracia

**1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O cenário pandêmico do Covid-19 vivenciado no mundo nos anos de 2020 e 2021 representou um fenômeno de ruptura. No que se refere aos índices democráticos, a pandemia intensificou ainda mais os aspectos de erosão e retrocesso democrático com a articulação de mecanismos por parte dos Estados no sentido de reduzir a participação democrática, reduzindo mecanismos de controle, concentrando poder e reduzindo direitos humano-fundamentais.

Ainda que a crise pandêmica tenha vitimado o mundo todo, as desigualdades políticas e sociais potencializaram que algumas regiões sofressem mais do que outras, dadas as suas fragilidades históricas, econômicas, experiências democráticas, (in)capacidade de gerenciamento e governança democrática, entre outros. Uma região que foi particularmente atingida pela crise pandêmica foi a América Latina.

A região apresenta diversas fragilidades institucionais e democráticas dado a sua herança colonial e (pouca) experiência democrática desde os processos de independência. Ambientes assim se tornam particularmente frágeis em situações de crise. Nos anos de 2020 e 2021 de forma mais intensa a pandemia do Covid-19 gerou uma série de sequelas.

Considerando-se a necessidade de estabelecer um recorte específico, a presente pesquisa adota como filtro de análise a região da América do Sul e, nesse particular, se debruça sobre os países de colonização luso-espanhola, buscando identificar nessa herança histórico-colonial elementos de aproximação que permita traçar, ainda que de forma inicial, um cenário conjunto. Observando o cenário da América do Sul de colonização ibérica (luso-espanhola), se percebe que a necessidade de governança democrática permanece forte. Se por um lado houve eleições bem sucedidas na Bolívia e no Brasil, por outro lado movimentos antidemocráticos também foram tomados (IDEA, 2021).

A partir de tais considerações, a pergunta de pesquisa investigada pode ser sintetizada como: “Como é o panorama das democracias na América do Sul de colonização ibérica no que se refere ao enfrentamento

da COVID-19 nos anos de 2020 e 2021?”

Considerando esse questionamento, a investigação parte de algumas hipóteses norteadoras de análise: (i) a América do Sul de colonização ibérica apresenta oscilações na consolidação democrática e tendência a diminuição da qualidade democrática; (ii) não é possível identificar uma homogeneidade de políticas de enfrentamento na América do Sul de colonização ibérica; (iii) os melhores desempenhos se encontram nas democracias mais estáveis e bem avaliadas.

Como forma de aferição das hipóteses mencionadas, a pesquisa adotou as variáveis para o levantamento de dados: “crise sanitária da Covid-19”, “políticas de enfrentamento”, “democracia”, “América do Sul” e como esses marcadores dialogariam entre si para uma melhor compreensão do cenário democrático dos países da América do Sul. O recorte histórico-cultural se estabeleceu excluindo dos países da região aqueles que não foram colonizados por Portugal ou Espanha. Esse estabelecimento metodológico contribui, ainda que se trate de um estudo inicial e parte de uma pesquisa maior, para análises que permitam uma maior aproximação das teorias jurídicas e democráticas latino-americanas.

A testagem das hipóteses se deu por meio de análises bibliográficas e documentais, especialmente por meio de relatórios e publicações de centros de pesquisa que adotam índices democráticos e/ou de desempenho no enfrentamento da crise da Covid-19 recortando sempre que possível os países sul-americanos de colonização ibérica. Desse modo, os dados como estão apresentados no presente artigo são de fonte secundária a partir dos documentos e relatórios analisados, livros, teses e publicações de referência. Os portais eletrônicos e relatórios consultados correspondem aos marcadores estabelecidos na pesquisa e dialogam, de alguma forma, com o tema da Democracia.

A construção do presente artigo se deu em três etapas, a primeira consiste na análise do desempenho democrático dos países comparados, desde sua perspectiva histórica, definição dos conceitos de democracia e oscilações democráticas, principalmente nos anos de 2020 e 2021. A segunda etapa volta-se para a contextualização da crise sanitária na América do Sul e as diversas posturas no enfrentamento refletiram no número de casos e mortes. A última etapa destaca as políticas de enfrentamento

utilizadas em alguns casos para concentrar poderes no Executivo e enfraquecer as instituições sem garantir a sua efetividade na contenção da doença.

## **2. AMÉRICA DO SUL DE COLONIZAÇÃO IBÉRICA E O DESEMPENHO DEMOCRÁTICO NOS ÚLTIMOS ANOS (2020-2021)**

Os países da América do Sul de colonização ibérica compartilharam processos de dominação e violência com características específicas das metrópoles de Espanha e Portugal que reverberam em suas formações sociais, culturais e políticas. As democracias sul-americanas ainda são atravessadas por resquícios da herança colonial, apesar de apresentarem diferentes níveis de desempenho democrático atuais, de modo que é um elemento que compartilham de um passado semelhante ainda presente.

O que para muitos se considera o início, a ideia da terra a ser descoberta e conquistada, deu origem ao mito da modernidade: a Europa tomou para si o centro da história e todo o restante do mundo passou a ser periferia. Periferia esta entendida como selvagem que necessitava ser dominada para alcançar a civilidade e para isso seria preciso encobrir tudo aquilo que ali existia (Dussel, 1993). A essa tentativa de implantação da cultura europeia, novas formas de convívio, instituições e ideias totalmente estranhas aos costumes e tradições milenares, Holanda (1995) atribui ser o fato dominante e mais rico em consequências para formação do Brasil. Entende-se a aplicabilidade dos conceitos aos demais países da América do Sul que compartilharam a experiência da colonização ibérica. Outro elemento característico é a cultura da personalidade, o grande valor dado à autonomia dos homens, que se reflete na fraqueza das formas de organização e instituições, bem como a falta de coesão social (Holanda, 1995, p. 4).

A Igreja Católica também deixou sua cicatriz na região, “a expansão do reino de Castela ampliava o reino de Deus sobre a Terra” (Galeano, 2000, p. 24), portanto concedia a sua benção. Essa relação entre a colonização e o catolicismo também constitui fato importante, haja vista a imposição de valores e costumes cristãos, sua relação com a formação dos Estados-nacionais, e que ainda hoje se constitui como a principal religião na América do Sul (Latinobarómetro, 2020).

Ademais, ao que Caio Prado Jr. (1970, p. 23) aponta, as colônias tropicais possuíam o único objetivo de atender o exterior. A estrutura social e as atividades econômicas do país foram assim moldadas para atender o comércio internacional e foram dominantes por muito tempo. Esse elemento também se sustenta pela análise da Divisão Internacional do Trabalho e a relação com o desenvolvimento das economias sul-americanas durante o século XX.

Dessa forma, verificam-se entre os países algumas semelhanças decorrentes das características específicas da colonização ibérica, ainda que em cada território desenvolvesse suas próprias histórias das mais diversas formas. A América espanhola no início do século XIX fragmentou-se a partir das lutas de independência em seus vice-reinados que deram origem a princípio aos países da Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru e Venezuela. As recém-formadas repúblicas mantiveram as antigas estruturas sociais e econômicas, em paralelo o caso brasileiro que manteve sua estrutura imperial após a independência durante alguns anos. Como demonstra Sartori (1994), a ideia de *res publica*, da coisa pública que pertence a todos, é um ideal misto, mais moderado e prudente de democracia, e o princípio fundamental para o ideal democrático concebido hoje é o da diferença que percorreu um caminho árduo e tortuoso desde os tempos da Reforma do século XVII.

As inovações políticas e sociais ocorridas, sobretudo no século XVII e XVIII, em termos de conquista de direitos, podem ser interpretadas como parte de um processo de transformação da mentalidade, como explora Lynn Hunt (2007). Ainda que o trabalho da autora posua o enfoque nos países europeus e nos Estados Unidos, nos fornece o argumento de que essa mentalidade está correlacionada à empatia gerada pelas artes e discursos que transformam o imaginário social de si em relação ao outro (Hunt, 2007). Os movimentos constitucionais também são fruto dessas transformações na sociedade, a concepção moderna enquanto movimentos sociais, políticos e jurídicos que tem por objetivo limitar o poder do Estado se cristalizou com as primeiras constituições escritas no final do século XVIII, que eclodiram e se constituíram de diversas formas pelo mundo (Martins, 2021).

A Democracia é um conceito polissêmico, possui vários signifi-

cados e depende da concepção teórica que a define, enfatizando certos elementos ou os excluindo, com contornos distintos. Portanto, não é possível declarar uma definição universal, posto que sempre haverá ressalvas. Somente a partir do século XVIII que a Democracia passou a ser vista de maneira positiva e no final do século XX, com o fim da União Soviética, a Democracia tornou-se horizonte político das forças políticas em disputa (Miguel, 2002).

Sobre a ideia de *horizonte político* destacam-se dois autores que contribuíram para este pensamento nos anos 1990. Samuel P. Huntington (1991), cientista político norte-americano conservador, analisou os períodos de democratização e autocratização na história e indicou o que seria a terceira onda democrática pelo mundo e sem perspectivas de sua duração e a impossibilidade de se afirmar se seguiriam os padrões passados de golpes militares. Outro autor foi Fukuyama (1992) ao defender o “fim da história”, enfatizando a vitória da democracia liberal sobre outros regimes pelo mundo, o que causou grandes polêmicas na época.

A teoria democrática liberal pluralista ganhou ainda mais força nesse contexto de derrota do socialismo da União Soviética. A abordagem teórica foi elaborada por Joseph A. Schumpeter que a defende em seu livro *Capitalismo, Democracia e Socialismo* (1961) onde segue uma visão procedimental do método político, sendo a máxima defendida: para as tomadas de decisões políticas deve haver a competição pelos votos do eleitorado. A concepção minimalista permite distinguir os governos democráticos dos não democraticamente eleitos.

Em seu livro *Poliarquia*, Robert Dahl (1971) sustenta que em um regime democrático que permite a oposição, rivalidade ou competição tem como característica fundamental a responsividade do governo perante seus cidadãos. O sistema ideal por sua definição, para ser efetivamente responsivo, deve garantir plenas oportunidades de seus cidadãos de formularem suas preferências, de expressá-las aos demais e ao governo e que sejam consideradas igualmente diante da conduta do governo. Para que essas oportunidades sejam materializadas, aponta oito garantias que as instituições devem fornecer: liberdade e autonomia de organização; liberdade de expressão; direito ao voto; elegibilidade para cargos públicos; direitos de líderes concorrerem a cargos

públicos; eleições livres e justas; fontes alternativas de informação; e instituições que garantam que as políticas governamentais dependam das eleições e das preferências da população.

A visão da democracia impactada por um movimento pendular no Brasil, defendida por Leonardo Avritzer (2018), pode ser utilizada na comparação com os países da América do Sul de colonização ibérica para demonstrar as oscilações democráticas. O movimento progressista é identificado pela convergência entre as elites e as massas partilhando um entusiasmo democrático, na direção da ampliação da soberania popular e dos direitos, com eleições sem contestação dos resultados e com instituições subordinadas à democracia e à soberania popular. Os movimentos regressivos seriam momentos de conflito entre projetos políticos, e dos próprios governantes, com episódios de contestação da soberania e do processo eleitoral.

Os movimentos e ciclos constitucionais na América do Sul no período pós redemocratização são por essência movimentos progressistas com entusiasmo democrático na ampliação de direitos e de novas formas de organização do Estado Democrático de Direito. As democracias sul-americanas de colonização ibérica se recompuseram no período denominado de terceira onda democrática, após 1980 os nove países, exceto a Venezuela, que se constituíam de ditaduras militares até o início dos anos 1990 passaram pela redemocratização (Rebouças Batista; Lins, 2021).

Observam-se aspectos importantes no tangente ao direitos de grupos minoritários e avanços sociais que fortaleceram a democracia na região no pós redemocratização, desde o constitucionalismo multicultural expresso na Constituição Federal brasileira de 1988, no movimento pluricultural com a Constituição da Colômbia (1991), Paraguai (1992), Perú 1993 e Venezuela (1999), e o constitucionalismo plurinacional, com importantes mecanismos de democracia direta, na Constituição do Equador (2008) e da Bolívia (2009) (Martins, 2021).

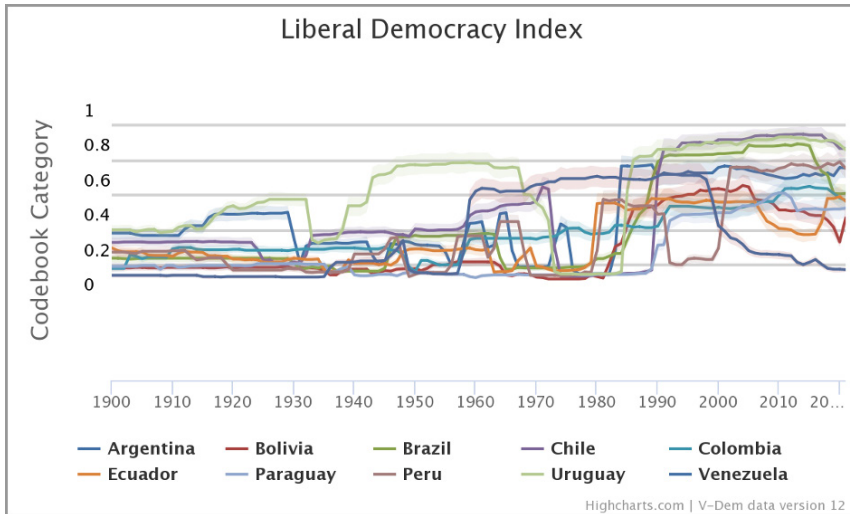
O novo constitucionalismo tem três características principais: a primeira delas é a forte ampliação de direitos, em especial dos direitos das comunidades tradicionais, o que altera o desenho das comunidades políticas; em segundo lugar, a ampliação das formas de participação existentes ao largo da deliberação pelo Executivo e pelo Legislati-

vo, o que altera o escopo do exercício da soberania; e, em terceiro lugar, um novo papel do Poder Judiciário, o que muda o equilíbrio de poderes tradicional na América Latina (Avritzer, 2016)

Os governos de esquerda convergiram na maioria dos países da América do Sul com a crise das reformas neoliberais empenhadas com apoio do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional (FMI) cristalizado com o Consenso de Washington nos anos 1990. Dos países da região nesse período de 2000 a 2010, apenas Peru e Colômbia não foram governados por líderes de esquerda. Os partidos de esquerda partilhavam de um projeto de redução das desigualdades sociais e econômicas ainda que se apresentassem de diversas formas em cada país, impulsionados pela crise das privatizações e pela valorização do preço das commodities no mercado internacional que favoreceu a ampliação das políticas sociais empreendidas (LEVITSKI; ROBERTS, 2011)

Em contrapartida, a partir da década de 2010 e cristaliza-se com a eleição de Donald Trump à presidência dos Estados Unidos (2017-2021) não mais retrocessos democráticos comuns via golpes militares e pelo uso da força em uma mudança repentina. O movimento de erosão democrática ocorre pela alteração das regras do jogo, os governos eleitos se utilizam de mecanismos legais, ainda que por vezes inconstitucionais, para promover mudanças nas instituições, Constituição ou até mesmo do sistema eleitoral identificado em diversos países do mundo (Levitsky; Ziblatt, 2018; Przeworski, 2020; Runciman, 2018).

Um dos mecanismos empregados nesse processo de erosão democrática é o constitucionalismo abusivo descrito por David Landau (2013) como mecanismos de mudança constitucional - via emenda constitucional e/ou substituição constitucional - para minar a democracia e criar uma ordem autoritária. Os mecanismos de proteção de freios e contrapesos se demonstraram ineficientes para barrar certas medidas, verificadas até mesmo em democracias consideradas estáveis. O resultado deste processo é a instauração de regimes híbridos nos casos graves de deterioração democrática.

**Figura 1** - Índice de democracia liberal

**Fonte:** V-Dem, 2022

A Figura 1 apresenta o Índice de Democracia Liberal elaborado pelo Instituto *Varieties of Democracy* (V-Dem) para medir o desempenho democrático dos países, utilizando a escala de 0 a 1, onde 1 é o mais alto desempenho. Os dados têm como base critérios da visão de democracia liberal, os quais trabalhados acima conforme os conceitos de Schumpeter (1961) e Dahl (1971), com a concepção de um Estado de Direito forte, com sistema de freios e contrapesos e bom funcionamento das instituições e do próprio desempenho da democracia eleitoral.

Ademais, o gráfico mostra a evolução democrática dos países desde 1900 observa-se como o conceito de democracia pendular de Avritzer (2018) é aplicável a maioria dos países, exceto a Venezuela, pois os períodos de oscilação democrática em sua essência são avanços em termos de direitos e soberania popular melhorando a qualidade democrática a medida em que se chocam com as aspirações do mercado financeiro, este que assume a hegemonia da condução da economia via governos neoliberais que acatam as medidas de austeridade ao Estado, conseqüentemente geram uma crise no setor público que diante do esgotamento das contas públicas e minimização do Estado não se resolvem, o ciclo então retorna



ao momento de entusiasmo democrático.

O desgaste da onda democrática pode ser notado na América do Sul a partir de 2010, os discursos contra os pilares da democracia, contra a corrupção e diante da insatisfação popular com os governos durante a crise econômica foram fatores que contribuíram para esse cenário. Entretanto, a conjuntura mundial foi alterada drasticamente pela pandemia do Covid-19 a partir de 2020, buscaremos investigar os elementos de enfraquecimento democrático em curso ou facilitados diante da crise e instauração do Estado de Emergência por meio da análise dos índices produzidos por grandes institutos internacionais de pesquisa. O aporte fornecido pelos institutos fornece a base para a verificação dos elementos mais comprometidos no movimento de erosão democrática na região e a comparação entre os países da região.

O Índice de Democracia elaborado pela *The Economist Intelligence Unit* (The EIU) utiliza a classificação dos regimes em democracias plenas<sup>1</sup>, democracias imperfeitas<sup>2</sup>, regimes híbridos<sup>3</sup> e regimes autoritários<sup>4</sup> e contribui para a visualização do desempenho, ainda que formal, da democracia sul-americana entre os anos de 2020 e 2021, observado no quadro a seguir:

**Quadro 1 - Índice de Democracia EIU**

Ano	Democracia plena	Democracia imperfeita	Regime híbrido	Regime autoritário
2020	Chile Uruguai	Argentina Brasil Colômbia Equador Paraguai Peru	Bolívia	Venezuela
2021	Uruguai	Argentina Chile Brasil Colômbia Peru	Bolívia Equador Paraguai	Venezuela

**Fonte:** elaboração própria (2022)

A região demonstra piora dos índices em todas as categorias em 2021, principalmente em cultura política, com o crescimento do ceticismo acerca da capacidade da democracia em resolver os problemas e a consequente tolerância ao autoritarismo. O Chile, que havia se classificado como uma democracia plena em 2019, regressa ao status de uma democracia imperfeita. Equador e Paraguai agora se classificam como regimes híbridos. Apenas o Uruguai teve uma melhora modesta em sua pontuação. Em 2021 ocorreram eleições ao executivo no Equador, Chile e Peru com candidatos que defendiam agendas distintas, com destaque a mais polarizada que ocorreu no Peru desde 2000. O Equador passou a ser considerado um regime híbrido devido ao declínio em sua pontuação de cultura política e aumento do apoio popular a líderes autoritários, relacionada à extrema fragmentação partidária, à corrupção crônica e a um dos piores surtos de coronavírus do mundo, consequentemente um declínio ainda maior na confiança no governo. O rebaixamento do Chile para uma democracia imperfeita foi consequência dos baixos níveis de confiança no governo, baixa participação eleitoral nas eleições e aprofundamento da polarização política desde 2019 (EIU, 2022).

Outros institutos se propuseram a investigar a relação entre democracia e direitos fundamentais e os impactos relacionados à pandemia da Covid-19. A Internacional IDEA (*Institute for Democracy and Electoral Assistance*) é uma organização intergovernamental, 34 países-membros, que produz conhecimento comparativo e orientado para as políticas e presta assistência técnica a governos e sociedade civil desde 2008. A *Freedom House* foi estabelecida em 1941 com o propósito de apoiar e defender a democracia e a iniciativa dos relatórios que avaliam a liberdade de cada país desde 1973, classificando-os em livres, parcialmente livres ou não livres. O Projeto *Varieties of Democracy* (V-Dem) é um dos maiores projetos de coleta de dados científicos sobre democracia com a contribuição de mais de 3500 especialistas, buscam fornecer as variedades da democracia por diferentes princípios e destacam os principais aspectos analisados. Em síntese das avaliações produzidas e os aspectos vigiados pelos institutos, Ian R. Batista e Rodrigo Lins (2021) elaboraram o quadro a seguir:

**Quadro 2** – Institutos vigilantes, aspectos vigiados e países sul-americanos com medidas potencialmente danosas à democracia

<b>Vigilante</b>	<b>Aspectos vigiados</b>	<b>Países com medidas de potencial dano à democracia</b>
IDEA	Governo representativo Direitos Fundamentais Controles ao governo Administração imparcial Engajamento participativo	Argentina Chile Colômbia Equador Paraguai Venezuela
Freedom House	Transparência Liberdade de mídia e de expressão Eleições críveis Controles sobre abuso de poder Proteção de grupos vulneráveis	Argentina Bolívia Equador Paraguai Venezuela
V-Dem	Medidas discriminatórias Redução de direitos Implementação abusiva Sem limite de tempo Limitação à legislatura Desinformação oficial Restrições à mídia	Brasil Paraguai Venezuela

**Fonte:** Batista; Lins (2021).

Os diferentes resultados apresentados pelos institutos vigilantes da democracia demonstram como as diferentes abordagens metodológicas influenciam na análise de ameaça à democracia. Segundo a avaliação do *IDEA*, os países que se destacam com potenciais riscos à democracia relacionam-se com o fenômeno da pandemia da Covid-19 e as políticas de

enfrentamento, por isso a ausência de países como Bolívia, Brasil, Peru e Uruguai. O relatório do *Freedom House* concentra-se no impacto da pandemia sobre a democracia e os direitos humanos, entretanto não apresenta todos os dados, não especifica o que considerou para a Argentina, Equador e Paraguai. Destaca-se o caso da Bolívia com atenção à perturbação eleitoral, restrição à mídia e aos protestos, bem como a Venezuela com restrições à mídia e protestos, questões de abuso de poder e violência policial. O caso brasileiro é comentado pelas atitudes negacionistas e a atuação do Supremo Tribunal Federal diante das medidas abusivas do governo federal. Nos relatórios do *V-Dem*, ainda que todos os países apresentem algum grau de violação, Brasil, Paraguai e Venezuela destacaram-se com graves violações nos relatórios de 2020 (Rebouças Batista; Lins, 2021).

Ademais, cabe ressaltar que os relatórios produziram importantes investigações com relação ao desempenho democrático e direitos fundamentais impactados pela pandemia da Covid-19, mas demonstram certos limites. O Brasil se destacou entre as piores respostas globais à pandemia, advinda em parte do negacionismo, mas que foram sentidos também no enfraquecimento das instituições, ataques à mídia e transparência de informações sobre a pandemia, houve conflito entre poderes entre outros diversos ataques, esteve ausente em destaques dos relatórios do IDEA e *Freedom House* (Rebouças Batista; Lins, 2021).

O Paraguai recebeu destaque em todos os indicadores, as instituições frágeis foram impactadas pelo grande desafio do vírus, em um país com uma limitada estrutura do sistema de saúde utilizou-se do uso excessivo da força, a má gestão resultou em baixa taxa de vacinação e instabilidade política. Na Bolívia, o alerta da *Freedom House* esteve relacionado às eleições, entretanto o regime não piorou devido à pandemia. Argentina e Chile apesar de aparecerem nos indicadores é interpretável que as medidas duras de combate à pandemia não levaram à erosão democrática e nem ameaça aos seus regimes. E a ausência do Peru nas avaliações reforça os limites dos institutos, ao não mencionar a lei aprovada que permitia a repressão e violência das forças armadas para o cumprimento das medidas de restrição, além da acentuação da crise política atravessada pela crise sanitária e econômica

(Rebouças Batista; Lins, 2021).

### 3. CRISE SANITÁRIA DA COVID-19 NA AMÉRICA DO SUL

No final de dezembro de 2019 surgiram os primeiros casos de infecção pneumológica de etimologia desconhecida na cidade de Wuhan na China. Identificados pelo Centro Chinês para Controle e Prevenção de Doenças na primeira semana de janeiro de 2020 foi nomeado de coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (Sars-CoV-2). O número crescente de casos gerou um alerta mundial, em decorrência disso foram realizadas duas reuniões por parte da Organização Mundial da Saúde (OMS) para debater se a onda de infecções consistia em uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII). Na primeira reunião, não houve consenso, sendo assim definida apenas em 30 de janeiro de 2020 durante a segunda reunião. As recomendações do organismo previam a contenção da doença através da detecção precoce, medidas de isolamento, tratamento imediato e rastreamento de contatos possivelmente infectados, além de investimento e ampliação dos serviços de saúde, apontando ainda o alto risco da doença em países com sistemas de saúde precários (Moreira, dos Santos, Sousa, 2020).

Apesar da declaração de ESPII, das recomendações e alertas dos organismos mundiais, não se seguiram medidas conjuntas e alinhadas para conter o avanço da doença. Em poucos meses, devido a capacidade de contágio da doença, a pandemia estava instaurada e se configurou numa crise sanitária e econômica global, pois as atividades produtivas precisaram ser paralisadas para conter a propagação. Dessa forma,

Situações emergenciais de calamidade pública podem depositar no Executivo expectativas de protagonismo na busca por soluções rápidas e eficazes para amenizar danos e riscos à população afetada. Por vezes, tais contextos são caracterizados pela delegação massiva de poder àquele ramo do Estado que, por excelência, é detentor do maior número de informações e órgãos técnicos com capacidade de atuação nas múltiplas demandas que se apresentam. Assim, o recurso a poderes ilimitados sob o pretexto de solucionar a crise sanitária preocupa estudiosos e entidades ligadas à proteção de direitos humanos (Lopes, Meyer, Linhares, 2020)

A gestão da crise pandêmica teve como principal orientação as re-

comendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) para a adoção de medidas de restrição de circulação de pessoas para redução dos índices de contágio e, conseqüentemente, da diminuição de risco de superlotação dos sistemas de saúde. Todavia, na América do Sul não houve homogeneidade na atuação dos Estados, com diferença de tempos de resposta e de níveis de eficiência das medidas adotadas (Lins; Silva, 2021, p. 108).

Conforme o estudo de Herrero e Belardo (2020), as autoras apontam que a saúde é um sistema complexo e multidimensional relacionado a vários determinantes, para avaliação da pandemia da COVID-19 três fatores são destacados: os sistemas de saúde, o tempo e as políticas públicas adotadas. Desde a declaração da pandemia por parte da OMS em 11 de março, houve países que praticamente não adotaram medidas ou demonstraram-se menos proativos para instaurar as medidas necessárias (negacionistas), aqueles que implementaram medidas drásticas de contenção (estrictos) e aqueles que adotaram medidas progressivamente conforme o aumento do número de casos (graduais).

O Brasil pode ser enquadrado como único país negacionista, haja vista que o presidente Jair Bolsonaro priorizou a atividade comercial e a manutenção do PIB em detrimento de políticas sanitárias e minimizou os impactos da pandemia. Conseqüentemente, apresentou por um período maior número de casos e mortes em comparação a outros países, ressalta-se o fato da subnotificação, que foi considerado o epicentro na região (Herrero; Belardo, 2020; Nercesian; Cassaglia; Morales Castro, 2021).

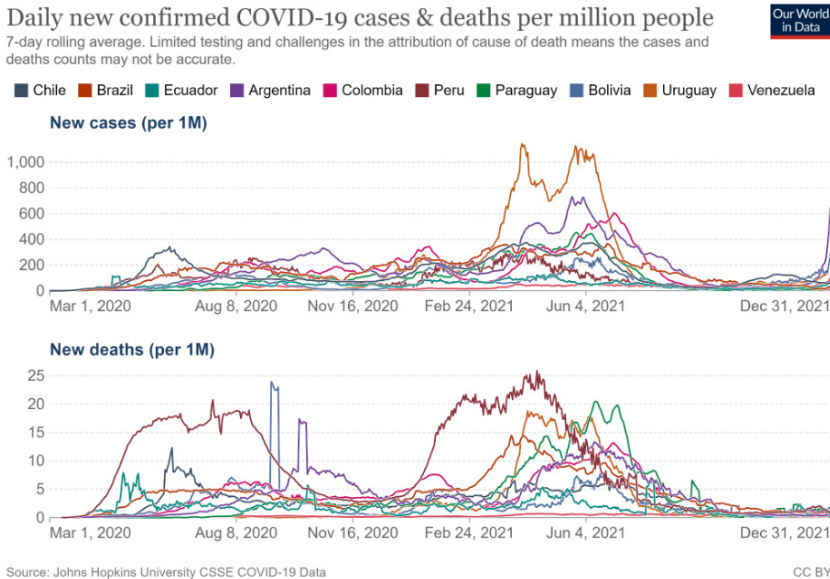
Entre os países que adotaram medidas graduais está o Chile, que instaurou uma quarentena total tardia, inicialmente foi seletiva e dinâmica, demonstrou uma postura intermediária entre conter a pandemia e manter as atividades comerciais. Essa postura levou ao colapso do sistema de saúde em algumas regiões, considerando o sistema de saúde em grande parte privatizado, desde o governo de Pinochet, privando setores populares de seu acesso. Em certa medida isso ocorreu com o Equador, assistiu ao colapso do sistema de saúde após algumas semanas desde o primeiro caso, também evidencia a divisão entre público e privado, no acesso e atenção aos enfermos (Herrero; Belardo, 2020). Ademais, o caso colombiano pode ser enquadrado como gradual, ainda que seu sistema de saúde não tenha colapsado em um primeiro

momento devido ao acerto da estratégia de testagem e comunicação, além da responsabilidade civil diante da pandemia, entretanto houve significativo deterioramento dos índices sociais (Nercesian; Cassaglia; Morales Castro, 2021). O Uruguai torna-se um caso específico gradual, devido à implantação gradual de quarentena e respostas à pandemia se deram a partir do consenso entre governistas e oposição, o sistema de saúde apresentava bom desempenho anteriormente entre outros fatores (Rebouças Batista; Lins, 2021).

Os países considerados estritos também não seguiram posturas homogêneas de combate ao vírus. A Argentina adotou cedo medidas de controle da pandemia, com quarentenas estritas e prolongadas, além de investimentos na saúde e medidas para diminuir os impactos da recessão econômica (Nercesian; Cassaglia; Morales Castro, 2021). Paraguai e Peru se assemelham na aplicação de medidas e se enquadram como restritos, como já citado anteriormente, optaram pelo uso da força na aplicação de medidas de quarentena estritas e observa-se a má gestão da pandemia, no caso paraguaio resultou também em baixa taxa de vacinação (Rebouças Batista; Lins, 2021).

Em contrapartida, a pandemia permitiu que líderes políticos realizassem atos democraticamente questionáveis como o adiamento de um referendo constitucional pelo presidente Sebastián Piñero, no Chile, ou a proposta de adiamento das eleições presidenciais na Bolívia por parte do governo provisório. Em ambos os casos, ainda que houvesse o fundamento do combate à proliferação do Covid-19, as tentativas geraram protestos e críticas, bem como demonstram como a preocupação com a preservação das estruturas constitucionais deve ser uma preocupação para melhorar o funcionamento das democracias mesmo em cenários de emergência (Nagão Menezes, 2020, p. 122-123). Observa-se uma resistência dos Estados sul-americanos em tomar providências de contenção e reconhecimento da gravidade, mas poucos pudores para, usando da situação de calamidade pública, aumentar os poderes do Executivo ou flexibilizar o controle dos gastos públicos.

**Figura 2:** Casos diários confirmados de COVID-19 e mortes por milhão de habitantes.



**Fonte:** Our World in Data (2022)

A Figura 2 ilustra um comparativo do número de casos e mortes entre os países da região, ainda que a limitação dos testes e as dificuldades em atribuir a causa da morte possam alterar de maneira significativa os números para análise. O gráfico indica que apesar das diferentes posturas diante do enfrentamento à pandemia não foi possível garantir efetivamente uma baixa taxa de casos e mortes, demonstrando também os limites dos sistemas de saúde nos países, falta de recursos e de investimentos durante a crise.

Os momentos de crise e situações emergenciais são particularmente sensíveis e exigem o respeito aos procedimentos democráticos, com maior (não menor) compromisso das autoridades aos procedimentos legais e constitucionalmente previstos. Todavia, diversos líderes mundiais apresentaram atos discricionários durante o cenário mais crítico da pandemia, como decisões de “natureza irregular, infundadas e contraditórias”. O Brasil, no contexto da América do Sul, “oferece outra ilustração dra-



mática” desse fenômeno, destacando-se o presidente Jair Bolsonaro como uma ameaça que intensificou a crise (Nagão Menezes, 2020, p. 114-115). Com a pandemia do Covid-19 se percebeu em 2020 uma exacerbação da tendência ao autoritarismo crescente com muitos países caindo na escala democrática (IDEA, 2021).

A região foi paradoxal ao apresentar exemplos positivos de enfrentamento em um primeiro momento (cita-se a Argentina, Chile, Uruguai e Paraguai), mas que posteriormente apresentaram índices alarmantes, rivalizando no baixo desempenho com países como Brasil, Colômbia e Peru. Observa-se com isso, que a pandemia do Covid-19, mais do que uma crise sanitária, se tornou uma crise humanitária escancarando a realidade de desigualdade da região: instabilidade política, corrupção, fragilidade das políticas públicas – em especial as de saúde, desigualdades sociais etc. (Biernath, 2021)<sup>5</sup>. Observar esse cenário de “enfrentamento” é a preocupação constante no próximo tópico.

#### **4. POLÍTICAS DE ENFRENTAMENTO NOS PAÍSES DA AMÉRICA DO SUL**

Como se observa, a região foi uma das mais afetadas (em casos e números de mortos), figurando em junho de 2021 como a região (considerando a América Latina) que concentrava 8% da população mundial e, de forma preocupante, também respondia por quase um quarto de todas as mortes registradas no mundo (Biernath, 2021).

As respostas dadas pelos Estados para os problemas decorrentes da crise pandêmica de Covid-19 devem ser objeto de investigação e análise. A postura dos Estados se relaciona com governança constitucional, separação de poderes e democracia. Situações atípicas emergenciais tendem a colocar o Poder Executivo (e os Chefes do Executivo) em um local de destaque em razão das “expectativas de protagonismo na busca de soluções rápidas e eficazes para amenizar danos e riscos”. Em tais cenários há uma tendência em ocorrer a “delegação massiva de poder” e facilitando “o recurso a poderes ilimitados sob o pretexto de solucionar a crise sanitária”. Essa concentração de poder provoca preocupações quanto à proteção de direitos humanos e quanto à qualidade democrática desses países (Lopes *et al.*, 2020, p. 94).

A obtenção de poderes adicionais e de governo além dos limites

constitucionalmente previstos foi um sintoma da fragilidade das Democracias durante a crise pandêmica como um “Estado de sítio não declarado”. Cabe destacar que “Estado de sítio” (que pode ser nomeado com figuras semelhantes como “Estado de Exceção”, por exemplo) é um instituto que está presente nas Constituições de Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile Equador, Paraguai e Venezuela como um mecanismo extremo e que é regulado por procedimentos estritos e controles severos. Em razão da dificuldade em lançar mão desse instrumento, a declaração de um “Estado de emergência” se apresentou como alternativa para transpor a limitação de poder do Executivo. Ainda que poderes emergenciais possuam bases legais para gestão de situações atípicas, esses poderes podem ser articulados para fugir do controle democrático (Nagão Menezes, 2020, p. 116-117).

Os ambientes de crise geram um maior apoio para líderes autoritários e populistas, isso resulta da diminuição do nível de confiança nas instituições e na democracia. O descontentamento social e a desconfiança nas instituições, além de novos “movimentos” eleitorais, tornam o cenário da América do Sul ainda mais complexo: potencializa o risco que as frustrações e descontentamentos da população se converta em apoio a líderes que se apresentem como “salvadores” (IDEA, 2021, p. 16).

É possível indicar que países sul-americanos de colonização ibérica se incluem nesses casos como se deu na Argentina, onde direitos foram limitados, áreas relacionadas ao Direito Penal foram modificadas e houve uma declaração de “Estado de sítio não oficial” à revelia da Constituição Nacional argentina que prevê que tais atos são de competência do Congresso. Na Colômbia, de igual forma, as limitações de direitos fundamentais foram articuladas por mais de 70 decretos presidenciais (Nagão Menezes, 2020, p. 117-118).

A adoção de medidas de enfrentamento foi variada na América do Sul de colonização ibérica a depender de cada realidade e prioridades estabelecidas pelos Estados. O fechamento de fronteiras foi uma ação promovida para controlar o fluxo de contaminação na região. Todavia, a forma como esse controle se deu foi: (i) mais brando no Equador e Peru, que o realizou por meio de varreduras; (ii) medidas moderadas de quarentena na Argentina, Brasil, Colômbia e Uruguai; e (iii) mais severa com restrição de entrada no país, o que aconteceu no Chile, Paraguai e Venezuela (Lins; Silva, 2021, p. 110).

Nagão Menezes, ao comparar Brasil e Argentina (considerando que são países que compartilham muitas semelhanças), pontua que em 03.06.2020 o Brasil superava o número de mortes do país vizinho. A contagem do número de mortes alcançava 32.548 no Brasil enquanto na Argentina o número era de 583 mortos. Esse resultado foi atribuído por Nagão Menezes à “irracionalidade das respostas de Bolsonaro à pandemia” minimizando a sua gravidade, incentivando aglomerações etc. Conforme o autor, “esses eventos dizem algo extremamente negativo sobre o estado atual de nossas democracias” (Nagão Menezes, 2020, p. 115-116).

Lins e Silva, analisando o cenário da América do Sul, fazem um interessante recorte comparativo usando o Índice de Democracia Eleitoral do banco de dados de 2019 do *V-Dem Institute*. Adotando três casos de análise para observar a atuação frente à pandemia, a investigação elegeu o Uruguai como um país com melhores índices democráticos, o Brasil como um país de pontuação mediana, e a Venezuela como país com menor índice da América do Sul (Lins; Silva, 2021, p. 110).

O Uruguai tomou medidas restritivas em um momento posterior (mais de sete meses de pandemia), sendo um caso único na região. O país declarou estado de emergência, mas de forma preventiva com a adoção de fechamento de fronteiras e quarentena de 14 dias para indivíduos vindos de países considerados epicentros da doença. Outras medidas foram: campanhas de conscientização sobre cuidados necessários de higiene e segurança, responsabilidade social no controle da contaminação; testagem em massa da população; isolamento dos casos identificados. Inicialmente o país apresentou baixa taxa de mortalidade, mas testemunhou o aumento gradativo em razão do contágio comunitário no período de dezembro de 2020 e janeiro de 2021 em razão do período de festividades e férias (Lins; Silva, 2021, p. 110-111).

O Brasil, segundo Lins e Silva, liderado por um populista e negacionista, apresentou medidas de diminuição da gravidade da pandemia e com isso alcançou a 2ª maior taxa de mortalidade da América do Sul, mesmo considerando os números oficiais – há uma alta possibilidade de subnotificação no período. Além disso, se identificou “atrasos e falhas no plano nacional de vacinação” resultando no aumento do número de casos e consequentes mortes, retrocesso econômico e dificuldade em combater variantes do Covid-19 (Lins; Silva, 2021, p. 111-112).

A Venezuela, conforme a análise feita por Lins e Silva, titularizando o menor índice democrático da região, adotou medidas restritivas antes mesmo de ter seu primeiro caso confirmado – seguindo a tendência de outros regimes autoritários. Além disso, o presidente Nicolás Maduro garantiu para si mais poder ao implantar “o estado de alerta” que foi prorrogado diversas vezes. O país também, de forma similar ao Brasil, teve políticas de resultado questionável como o incentivo ao uso da cloroquina. Conforme os resultados oficiais, a Venezuela teve a taxa de mortalidade mais baixa da América do Sul (Lins; Silva, 2021, p. 112).

Esse resultado não deve, de maneira alguma, sustentar uma maior legitimidade de autocracias e regimes autoritários para gerenciar problemas e cenários de crise.

O Poder Público deve se sujeitar, mesmo e independentemente de declaração de estado de emergência, “a controle, transparência e diálogo” perante a sociedade. Isso implica reconhecer a necessidade de ampla divulgação de informações de interesse público, tanto a respeito da pandemia quanto das ações de enfrentamento. Todavia, o Brasil é um exemplo problemático nesse sentido. O governo de Bolsonaro foi reiteradamente acusado (e com razão) de “manipulação e ocultação de dados” e de “pouco apreço à transparência, informações corretas ou adequadamente coletadas” (como se deu com a edição da Medida Provisória n. 928 que alterava a Lei de Acesso à Informação, reduzindo a transparência e acesso à informação, como também pela postura de sigilo e atraso deliberado na divulgação de dados). Essa situação apresenta sinais claros de erosão da democracia brasileira com a reversão democrática sendo intensificada pela gestão inadequada da crise pandêmica (Lopes et al., 2020, p. 95-96).

Regimes democráticos possuem mais legitimidade democrática para a tomada de medidas mais enérgicas da mesma forma que possuem uma preocupação pelo apoio popular no próximo processo eleitoral, enquanto regimes autoritários não se preocupam com a opinião pública quando adotam medidas restritivas atuando de forma discricionária na tomada de decisões (Lins; Silva, 2021, p. 113).

A declaração de emergência no cenário pandêmico, por apresentar características atípicas como concentração de poderes no Executivo, limitação de direitos constitucionais e uma maior flexibilização dos mecanismos de controle orçamentário representa na América do Sul de

colonização ibérica um problema potencial. Ao se limitar o exercício de direitos significativos para a participação política (o isolamento social e a limitação da livre circulação impactam significativamente no direito de protesto, por exemplo) e outros direitos fundamentais cria um cenário de fragilização e recuo democrático (Nagão Menezes, 2020, p. 117).

A América Latina apresentou índices muito ruins, figurando entre 14 dos 30 países (incluindo Argentina, Colômbia e Uruguai) com maior número de casos diários confirmados por milhão de habitantes. Além disso, os países da América Latina e Caribe figuraram também entre 14 dos 30 países com os números mais graves de média relativa de novas mortes (Biernaht, 2021).

Peru e Chile são apontados como exemplos da crescente dificuldade dos governos de implementarem suas agendas em razão de tensões com o Congresso. Além disso, a dívida pública coloca em dúvida a capacidade de países como Argentina, Brasil, Chile, Paraguai, Peru e Venezuela de enfrentarem as demandas potencializadas pelas crises mesmo perante esforços fiscais (IDEA, 2021, p. 7).

A literatura especializada tem observado que as Democracias Liberais (entendendo-se essas como as democracias que se sustentam tanto na participação política quanto na tutela de direitos e garantias fundamentais) na América do Sul (e na América Latina, em uma perspectiva regionalmente mais ampla), conseguem se articular e se consolidar em países relativamente pequenos, a mencionar: o Uruguai (Avila; Arraes, 2020). Todavia, isso não é uma garantia, pois mesmo o Uruguai que apresenta alguns dos melhores índices democráticos apresentou em sentido contrário, alguns dos piores índices de enfrentamento da pandemia.

A reversão da qualidade das Democracias da região não pode ser encarada como uma batalha perdida, pois durante a pandemia também se presenciaram inovações democráticas: Argentina, Brasil, Bolívia e Chile reuniram bancos de dados digitais simplificados ou mecanismos de enfrentamento para a vida em confinamento, observatórios para monitorar compras e gastos com saúde relacionados à pandemia etc. Por óbvio, tais medidas não foram sempre tomadas pelos Estados e pela Administração pública, mas revela em alguma medida uma movimentação social de acompanhamento dos processos (IDEA, 2021).

O ano de 2020 foi marcado pelos efeitos da pandemia que não se

limitaram apenas às questões sanitárias: seus efeitos foram sentidos no plano econômico e social, com problemas de governabilidade e debilidade institucional. Percebeu-se na região da América Latina a incapacidade dos Estados em dar respostas às demandas sociais (IDEA, 2021). Analisando o ano de 2021, observa-se que a pandemia deixa uma herança dura: além das mortes, os impactos se deram na perda de empregos, aumento do trabalho informal, aumento da desigualdade social e dos níveis de pobreza. A pandemia representou uma oportunidade para que certos governos concentrassem maior poder no Executivo, além de declarar indevidamente estados de exceção (IDEA, 2022, p. 5).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os efeitos da pandemia da Covid-19 ainda demandarão análises e investigações pelos próximos anos para que, mais do que traçar os cenários, seja possível pensar em mecanismos de soluções desses problemas. Observar a experiência, traçar um cenário regional e coletivo, todavia, apresenta-se como um caminho necessário na compreensão do fenômeno à luz interdisciplinar do Direito, Ciência Política e teorias democráticas. Olhar a região da América do Sul, especialmente considerando as proximidades históricas e culturais dos Estados oriundos de colonização luso-espanhola, serve como exercício de comparação, agregação e aprendizado. Considerando que a Covid-19 deixou mazelas de forma transnacional, não é nenhuma surpresa que se busque também um olhar transnacional

No que se refere ao questionamento motivados da investigação, foi possível traçar um cenário das democracias na América do Sul de colonização ibérica no que se refere ao enfrentamento da Covid-19 nos anos de 2020 e 2021. Esse cenário está (de)marcado por contradições, fragilidades institucionais e democráticas e agravamento de crises políticas e sociais.

Quanto às hipóteses de investigação, é possível confirmar que a (i) a América do Sul de colonização ibérica apresenta oscilações na consolidação democrática e tendência a diminuição da qualidade democrática, pois compartilham de um passado colonial e imposição de modelos eurocêntricos de organização do Estado. A herança colonial se fez presente na formação dos Estados Nacionais na região, marcou sua história e desenvolvimento das constituições latino-americanas de limitação e exclusão de grupos historicamente marginalizados que refletem hoje também em

fraca cultura política e ceticismo diante das instituições democráticas. As oscilações demonstram que períodos de entusiasmo democrático, avanços na conquista de direitos fundamentais e fortalecimento das instituições são interrompidos por crises políticas, econômicas e sociais, sobretudo na crise configurada pela pandemia.

Quanto a segunda hipótese (ii) é possível confirmar a heterogeneidade da região, destacando-se que não há uma postura conjunta ou compartilhada quanto ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, visto que cada Estado agiu de acordo com suas próprias peculiaridades e prioridades, sem políticas regionais de orientação.

Por fim, a investigação não conseguiu confirmar com dados objetivos que (iii) os melhores desempenhos se encontram nas democracias mais estáveis e bem avaliadas. Mesmo os países com melhores índices democráticos apresentaram desempenhos ruins de enfrentamento, alto número de mortalidade e riscos democráticos.

## REFERÊNCIAS

AVRITZER, L. Democracia na América Latina: da inovação institucional ao velho problema do equilíbrio entre os poderes. **Revista USP**, [S. l.], n. 109, p. 75-86, 2016. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i109p75-86. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/123144>. Acesso em: 01 set. 2022.

AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia no Brasil. **Novos Estudos**, 37 (2), 2018, p. 273-289.

BIERNATH, André. Covid-19: por que América Latina concentra maior número de vítimas no mundo? 21.06.2021. **Correio Braziliense** (Pandemia): São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/06/4932591-covid-19-por-que-america-latina-concentra-maior-numero-de-vitimas-no-mundo.html> Acesso em

CEIUC. **Riesgos Políticos América Latina 2021**. Centro de Estudios Internacionales da Universidad Católica de Chile, Santiago: 2021. Disponível em: <http://centroestudiosinternacionales.uc.cl/publicaciones/publicaciones-ceiuc/3931-riesgo-politico-america-latina-2021>. Acesso em: 15 jun. 2022.

CEIUC. **Riesgos Políticos América Latina 2022**. Centro de Estudios In-

ternacionales da Universidad Católica de Chile, Santiago: 2022. Disponível em: <http://centroestudiosinternacionales.uc.cl/publicaciones/publicaciones-ceiuc/4751-riesgo-politico-america-latina-2022>. Acesso em: 15 jun. 2022.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da História e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Tradução de Galeno de Freitas. 39ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. 307p. Título original: *Las venas abiertas de America Latina*. (Coleção Estudos Latino-Americanos, v.12).

HERRERO, María Belén; Belardo, Marcela. *Negacionistas, gradualistas y estrictos: El complejo engranaje entre las políticas, el tiempo y los sistemas de salud*. **Posnormales**, edited by Amadeo P. ASPO. 91-126. 2020.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HUNTINGTON, Samuel. *A Terceira Onda*. **Democratização no final do século XX**. São Paulo: Ática, 1994.

IDEA. **Global State of Democracy Report 2021: Building Resilience in a Pandemic Era**. International Institute for Democracy and Electoral Assistance. Estocolmo: International Idea, 2021. Disponível em: <https://www.idea.int/gsod/global-report> Acesso em: 15 jun. 2022.

IDEA; UNDP. **GOVERNANCE, DEMOCRACY AND DEVELOPMENT in Latin America and the Caribbean**. Maio de 2022. Estocolmo: International IDEA, UNDP. 2022. Disponível em <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2022-05/Governance-Democracy%20and%20Development.pdf> Acesso em: 15 jun. 2022.

LATINOBARÓMETRO DAS AMÉRICAS. Disponível em: <http://latino-barometro.org/WVSONline.jsp>. Acesso em: 15 jun. 2022.

LEVITSKY, S.; ROBERTS, K. M. *Democracy, Development and the left*. In: LEVITSKY, S.; ROBERTS, K. M. (Eds.) **The resurgence of the Latin American left**. Baltimore: John Hopkins University Press, 2011. p. 399-459.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.



LINS, Rodrigo; SILVA, Gabriel. Regimes políticos e respostas à COVID-19: um olhar sobre a América do sul. **Revista Espirales**, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/espiales/article/view/2757>. Acesso em: 11 set. 2022.

LOPES, Mariana Torimin Tanos.; MEYER, Emilio Peluso Neder; LINHARES, Emanuel Andrade. Pandemia e Erosão da Democracia Constitucional: uma análise dos ataques à transparência no Brasil. **Direito Público**, [S. l.], v. 17, n. 96, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4544>. Acesso em: 11 set. 2022.

NAGAO MENEZES, Daniel Francisco. Democracia e emergência na América Latina – um novo paradigma do Coronavírus. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, [S. l.], v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/89>. Acesso em: 11 set. 2022.

NERCESIAN, I.; CASSAGLIA, R.; MORALES CASTRO, V. Pandemia y políticas socio-sanitarias en América Latina. Apuntes. **Revista de ciencias sociales**, v. 48, n. 89, 26 maio 2021.

PEREIRA DA SILVA, Fabricio. O Fim da Onda Rosa e o Neogolpismo na América Latina. **Revista Sul-Americana de Ciência Política** [s.l.], v. 4, n. 2, 165-178, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/rsulacp/article/view/14207> Acesso em

REBOUÇAS BATISTA, Ian; LINS, Rodrigo. Vigilantes e alertas: pandemia e democracia na América do Sul. **Rev. Urug. Cienc. Polít.**, Montevideo, v. 30, n. 2, p. 41-70, 2021. Disponível em: [http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1688-499X2021000200041&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-499X2021000200041&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 15 jun. 2022.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Todavia, 2018.

SABARÁ, Maria Tereza Ribas; ROCHA, Ana Laís Prudencio. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v.9, n.01, p. 364-375, 2022. Disponível em <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/7056>. Acesso em: 15 jun. 2022.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Nova York: Harper & Brothers, 1942.

SOARES, Alessandra Guimarães; SIMÕES, Catharina Libório Ribeiro;

ROMERO, Thiago Giovani. Crises econômicas, ascensão da extrema direita e a relativização dos direitos humanos. **Cadernos de Campo**: Revista de Ciências Sociais, n. 28, p. 193-223, jan/jun 2020. Disponível em <https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/14194> Acesso em: 15 jun. 2022.

V-DEM INSTITUTE. **Democracy Facing Global Challenges/ V-Dem Annual Democracy Report 2022**. Gotemburgo: University of Gothenburg, 2022.

'Notas de fim'

1 Apresentam uma cultura política que sustenta a democracia, além de assegurar direitos fundamentais e liberdades civis, com funcionamento de governo satisfatório, mídia independente e diversa, um sistema efetivo de freios e contrapesos e que apresente problemas limitados em seu funcionamento.

2 Possuem eleições livres e justas, mesmo apresentando certos problemas, as liberdades civis básicas são respeitadas, entretanto apresentam fraqueza significativa em outros aspectos democráticos, como problemas de governança, baixa cultura e participação política.

3 Eleições com irregularidades, nem sempre livres ou justas. Pressão do governo à opositores. Fragilidade da cultura política, funcionamento de governo e participação política. Corrupção tende a se espalhar e a lei é fraca, sociedade civil fraca, prisões ou pressão sobre jornalistas e judiciário não é independente.

4 O pluralismo político não existe ou é extremamente limitado. Muitos países têm ditaduras declaradas. Algumas instituições formais democráticas podem existir, mas tem pouca substância. Eleições, se ocorrerem, não são livres e justas. Há desrespeito pelos abusos e violações das liberdades civis. Os meios de comunicação são tipicamente estatais ou controlados por grupos ligados ao regime dominante. Há repressão às críticas ao governo e censura generalizada. Não há judiciário independente.

5 Um exemplo de agravamento de problemas locais já existentes que foram agravados com o advento da pandemia é a intensificação dos casos de violência doméstica (SABARÁ; ROCHA, 2022).

# PARTICIPAÇÃO POPULAR E LEGITIMIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

POPULAR PARTICIPATION AND LEGITIMACY IN THE  
CONSTITUTIONAL JURISDICTION

PARTICIPACIÓN POPULAR Y LEGITIMIDAD EN LA  
JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

## SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Participação popular e legitimidade; 3. O papel da participação popular na legitimidade nas decisões da jurisdição constitucional; 4. Conclusão; Referências.

## RESUMO:

O estudo analisa o papel da participação popular na aferição da legitimidade das decisões da Jurisdição Constitucional. Por meio de uma abordagem dialética, e partindo da problemática evidenciada quando a Corte Constitucional retira de vigência uma norma constitucional teoricamente produzida pela vontade popular, examina-se o problema da legitimação da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito, mediante a identificação e estudo de seus principais pontos de controvérsia. A pesquisa se debruça sobre o papel da participação popular como elemento de legitimação do direito à luz da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas e como essa legitimação opera na Jurisdição Constitucional. Finalmente, identifica-se como a utilização de mecanismos que propiciem a participação popular na Jurisdição Constitucional podem influenciar no grau de legitimidade das decisões das Cortes Constitucionais, compreendendo a situação da controvérsia no

Como citar este artigo:

GOMES, Rômulo,  
COURA, Alexandre.  
Participação popular  
e legitimidade  
na jurisdição  
constitucional.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 43 2024,  
p. 179-199.

Data da submissão:  
17/10/2023

Data da aprovação:  
02/12/2024

1. Universidade Estadual  
Vale do Acaraú - Brasil  
2. Faculdade de Direito  
de Vitória - Brasil

direito pátrio, articulando com contextos verificados em outros Estados.

**ABSTRACT:**

The research analyzes the role of popular participation in assessing the legitimacy of the Constitutional Court's decisions. Using a dialectical approach, and starting from the problem highlighted when the Constitutional Court removes from force a constitutional rule theoretically produced by the will of the people, the aim is to examine the problem of the legitimacy of Constitutional Jurisdiction in the Democratic State of Law by identifying and studying its main points of controversy. The study examines the role of popular participation as an element of legitimization of law in the light of Jürgen Habermas discursive theory of law and how this legitimization operates in the Constitutional Court. In conclusion, it attempts to identify how the use of mechanisms that promote popular participation in Constitutional Jurisdiction can influence the degree of legitimacy of the decisions of the Constitutional Courts, understanding the situation of the controversy in Brazilian law, articulating it with contexts verified in other States.

**RESUMEN:**

El estudio pretende analizar el papel de la participación popular en la valoración de la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional. Mediante un enfoque dialéctico, y partiendo del problema puesto de manifiesto cuando el Tribunal Constitucional suprime la vigencia de una norma constitucional teóricamente producida por la voluntad popular, se pretende examinar el problema de la legitimidad de la Jurisdicción Constitucional en el Estado Democrático de Derecho identificando y estudiando sus principales puntos de controversia. La investigación se centra en el papel de la participación popular como elemento de legitimación del Derecho a la luz de la teoría discursiva del Derecho de Jürgen Habermas y cómo opera esta legitimación en la Jurisdicción Constitucional. Al mismo tiempo, busca identificar cómo el uso de mecanismos que incentivan la participación popular en la Jurisdicción Constitucional puede influir en el grado de legitimidad de las decisiones de los Tribunales Constitucionales, comprendiendo la situación de la controversia en el derecho brasileño, articulándola con contextos verificados en otros Estados.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Participação popular; Legitimidade; Jurisdição Constitucional.

**KEYWORDS:**

Popular participation; Legitimacy; Constitutional Jurisdiction.

**PALABRAS CLAVE:**

Participación popular; Legitimidad; Jurisdicción constitucional.

**1. INTRODUÇÃO**

Entre os diversos problemas que o direito constitucional tem enfrentado nas últimas décadas, um dos que possuem maior relevância é o da legitimidade do direito e, particularmente, da Jurisdição Constitucional. Ao longo dos anos, à proporção que o direito se esforça para compreender como se dá essa legitimação e propor caminhos para seu aprimoramento, a questão parece – paradoxalmente – ganhar ainda mais força e adquirir contornos cada vez mais amplos.

No Brasil, a constante tensão institucional entre os três poderes, a crise de legitimidade política experimentada nos Poderes Legislativo e Executivo, a polarização e o acirramento dos discursos políticos e o ativismo judicial representam alguns dos fatores que têm contribuído para o agigantamento da discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional.

O debate é tão antigo quanto atual. O ponto central versa sobre o seguinte questionamento: qual a legitimidade de uma decisão judicial que extirpa do ordenamento jurídico uma lei que eventualmente confronte o texto constitucional? Se retirar uma lei de atividade equivale a legislar, a legitimidade do Poder Judiciário é/deve ser igual a do Poder Legislativo? Onde reside, pois, essa legitimidade do Judiciário quando exerce a Jurisdição Constitucional?

A tradicional resposta que atribui a legitimidade dos poderes do Estado ao povo parece não mais ser suficiente. O argumento de que o exercício da Jurisdição Constitucional busca, acima de tudo, proteger a Constituição Federal e que ela, em última análise, exprime a vontade do

povo, igualmente parece não mais ser suficiente para uma resposta adequada às indagações.

É que o cenário remete a reflexões ainda mais complexas: quem decide se a lei retirada do ordenamento jurídico colide ou não com o texto constitucional? O juiz, unicamente? Quais os parâmetros utilizados para se chegar a tal conclusão?

Desde a modernidade, a ciência jurídica considera não ser possível desprezar a subjetividade na atividade de investigação do direito (SOUZA CRUZ, 2014. p. 225). A busca pelo direito que é “certo” ou “lícito” (ou “constitucional”, nesse caso) não ignora a subjetividade do intérprete.

Todavia, essa subjetividade inclina o investigador a caminhar sempre sob o risco de encontrar as respostas sobre o que é “certo” ou “lícito” no solipsismo da atividade intelectual. O direito “certo”, portanto, seria o direito que foi desvelado a partir da intensa atividade intelectual, individual e particular do intérprete?

Caso tomássemos essa premissa como verdadeira, a pergunta seria: quem é o detentor da verdade? Quem protagonizaria a dicção sobre o direito “certo”? Seria o Poder Judiciário o grande oráculo que, por ser supostamente privilegiado intelectualmente, é titular, de forma exclusiva, da narrativa sobre o direito certo?

A correção da decisão judicial não deve estar associada unicamente à subjetividade da atividade intelectual do juiz, mas à dialeticidade ínsita ao processo judicial, em que a verdade, ou seja, o direito “certo”, exsurge do amplo debate entre as partes envolvidas. A subjetividade submete-se, hodiernamente, a um controle racional sustentado na discursividade em contraditório (SOUZA CRUZ, 2014. p. 202).

Assim, as concepções clássicas que inspiraram o positivismo jurídico no século XVIII, e que ainda hoje operam seus efeitos no sistema jurídico atual, não são mais suficientes para compreender a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional. O conceito de democracia representativa, sob a forte influência do contratualismo e das ideias liberais, não consegue explicar a legitimidade do direito, mormente quando se parte da premissa de que o direito “dito” pelo Poder Judiciário não detém, em sua essência formadora, o elemento contratual – o voto.

É importante frisar que esse componente contratual, por si só, não se faz suficiente para conferir legitimidade ao direito, transformando-o

na mais pura expressão popular. Basta se ver, por exemplo, que o simples fato de ter a lei sido produzida por quem foi escolhido pelo povo não faz com que ela reflita necessariamente a vontade popular<sup>1</sup>. Logo, o problema da legitimidade do Poder Judiciário não parece passível de resolução simplesmente com a “eleição” de seus membros.

O estudo, pois, sobre a legitimidade do Poder Judiciário, notadamente da jurisdição constitucional, para dar conta dos dilemas vivenciados hodiernamente, passa necessariamente pela superação das premissas teóricas que inspiraram o positivismo jurídico e requer um mergulho nas teorias contemporâneas que compreendam a participação popular para além do mero contratualismo (voto) e que fujam de uma divisão estanque e nítida entre as tarefas do Estado, posição típica do Estado Liberal.

Assim, a problemática desta pesquisa tem como ponto de partida o déficit de legitimidade das decisões proferidas em Jurisdição Constitucional. Essas decisões, fortemente inspiradas pelas premissas do positivismo jurídico, tentam buscar sua legitimidade a partir de seus próprios fundamentos, ou na pessoa de quem a profere (juiz competente), incorrendo, em não raras vezes, no autoritarismo: na submissão da lei à vontade do juiz. Buscando evidenciar a patente deficiência de participação popular no exercício da Jurisdição Constitucional, o trabalho analisa como o incremento de instrumentos processuais que permitam essa participação podem acrescer legitimidade às decisões das Cortes Constitucionais, trazendo mais racionalidade.

A partir da análise da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas e de seus postulados sobre Democracia Deliberativa, estuda-se o problema da legitimação da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito, notadamente no contexto da contemporaneidade, identificando seus principais pontos de relevância e fragilidades, bem como o papel da participação popular como elemento de legitimação do direito e, ainda, de que forma a utilização de mecanismos que propiciem a participação popular na Jurisdição Constitucional pode aumentar o grau de legitimidade das decisões das Cortes Constitucionais.

Não se desconhece a vivência, no Brasil, de uma crescente judicialização de demandas, deslocando-se para a seara da decisão judicial temáticas que, normalmente, seriam enfrentadas e solucionadas pelas outras esferas de Poder.

Entretanto, a investigação não se volta ao fenômeno que se convencionou denominar de “judicialização da política”, citado, aqui, apenas para enfatizar a crescente importância que a Jurisdição Constitucional tem assumido no contexto brasileiro, muitas vezes em temas de ampla repercussão social. Com isso, revela-se uma necessidade latente de que sejam melhor compreendidas as nuances envolvendo o debate sobre a sua legitimidade e sua relação com a participação popular.

A estabilidade das instituições brasileiras passa, ao que parece, pela compreensão sobre a legitimidade dessas decisões que, comumente, se revelam contramajoritárias, outras vezes absolutamente apartadas da realidade social. Compreender a relação entre a legitimidade dessas decisões e a participação popular e, mais que isso, como essa última pode incrementar o grau de legitimidade da jurisdição constitucional, é de fundamental importância para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Para alcançar esses objetivos, esta pesquisa, de cunho bibliográfico e de abordagem dialética, pretende traçar como percurso metodológico uma análise sobre a relação entre a participação popular e a legitimidade, abordando-se as principais questões envolvidas na explicação sobre qual a função da participação popular no processo de legitimação do Direito, com ênfase na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Em seguida, examina-se, com foco principalmente no pensamento de Habermas, o papel que a participação popular desenvolve na legitimação das decisões proferidas em Jurisdição Constitucional para, ao final, considerando a experiência do direito comparado, estudar de que forma a adoção de mecanismos que possam aumentar a participação popular na Jurisdição Constitucional podem aumentar o grau de legitimidade dessas decisões.

## **2. PARTICIPAÇÃO POPULAR E LEGITIMIDADE**

Em qualquer sistema democrático, a participação popular é o elemento central que deve validar as ações do Estado. Essa premissa nos permite, de plano, concluir que tanto mais legítima será a intervenção Estatal ou a intervenção normativa quanto maior (ou melhor) for o nível da participação popular na sua concepção. Essa lógica é indissociável da ideia de democracia.

Seria, portanto, somente a vontade popular elemento justificador da limitação das liberdades do povo por intermédio da regulação normativa,



pois qualquer outro meio de restrição de liberdades deve ser rechaçado, porquanto ilegítimo. O ponto de inflexão seria, portanto, encontrar os melhores mecanismos que possam expressar a vontade popular, a fim de traduzi-la em autorregulação.

O que se tem observado, desde o surgimento até a consolidação do Estado Democrático de Direito, é uma redução da participação popular a um mecanismo de consulta pública e o desenvolvimento de uma estrutura política sob a lógica da “vontade da maioria”. Referida lógica carrega potencial para suscitar uma série de problemas, sobretudo porque, com a pluralidade de pensamentos e grupos que hoje percebemos na tessitura social, a “vontade da maioria” se encontra distante de um consenso. A “vontade da maioria” é, tão somente, a vontade de um grupo político que se sagrou vencedor em um processo eleitoral, que não necessariamente representa a maioria numérica da população.

O sistema representativo consolidado nas democracias atuais, comumente, representa nada mais que um mecanismo de contabilização das preferências políticas dos cidadãos diante de um “cardápio” – às vezes não tão variado – de opções (candidaturas), obrigando os diversos grupos sociais de pensamentos e ideologias distintas a escolher opções políticas que mais se aproximem de seus anseios – ou que menos se distanciem de suas bandeiras políticas. O cenário origina uma corrida eleitoral pelos partidos políticos, para tentar agregar o máximo de reivindicações e interesses no seu arcabouço de propostas, abarcando o maior número possível de adeptos que, de alguma forma, possam se identificar com essas bandeiras, ainda que somente uma pequena parte delas.

Esse modelo representativo ainda carrega grave problema de restringir e estreitar a participação popular ao momento da consulta. Uma vez investidos nos cargos de deliberação pela consulta pública, o agente político receberia com o mandato quase que um “cheque em branco”, podendo preenchê-lo de acordo com as suas conveniências pessoais ou as de grupos reduzidos, à míngua da existência de qualquer mecanismo de participação popular, seja na elaboração das normas ou na formatação das ações de Estado.

Considerando esses aspectos é que a conhecida crítica de Shumpeter propõe o abandono da ideia de democracia baseada na soberania popular para pensá-la tão somente como um método, ou seja, um arranjo institu-

cional para a tomada de decisões políticas e administrativas. Esse pensamento se encontra assentado em duas premissas: a primeira é a de que a democracia não é arranjo institucional capaz de chegar a um consenso; a segunda informa que o indivíduo não se comporta como um ser “racional”, mas um ser “massificado”, manipulável pelos meios de comunicação (VITALE e MELO, 2008. p. 225).

Assim – e partindo de uma análise marcadamente realista –, Shumpeter sustenta que a participação popular deveria se restringir à consulta popular (voto), devendo as decisões administrativas e políticas ser tomadas pelos especialistas e representantes – esses, sim, dotados de racionalidade. É o que se convencionou chamar de “elitismo democrático”.

Graves problemas surgem dessa perspectiva. Ao final, elas acabam por abandonar por completo a ideia de participação popular, legitimando o exercício do poder por minorias com acesso ao poder político e econômico.

Afirma-se isso porque, se por um lado o modelo representativo de democracia negligencia as preferências políticas dos diferentes grupos sociais, uma vez que não se lhes permite uma representatividade fiel – já que nem todas as preferências e bandeiras políticas conseguem ser contempladas no procedimento da consulta pública –, por outro, ao entregarem aos especialistas o discernimento sobre a tomada de decisão política sem qualquer tipo de consulta ou participação popular, retira-se do comando do Estado e, ainda, do processo de regulação das liberdades, a vontade popular.

Nesses moldes, a arquitetura da democracia representativa seria, tão somente, uma pseudo-legitimação do poder político. Seriam atribuídas ao poder político a característica de ser a “expressão da vontade popular” pelo fato de ter o agente político passado pela burocracia do jogo democrático (processo de consulta), quando, na verdade, o poder político estaria a serviço de pequenos grupos.

Diante desse estado de coisas é que a Ciência Política não poupa críticas à democracia representativa e tem, desde meados do século passado, sobretudo depois das contribuições de Jürgen Habermas, pensado em modelos de democracia que consigam melhor expressar e espelhar a vontade popular. Nesse contexto, ganha relevância o debate sobre a democracia deliberativa.

A democracia deliberativa parte do pressuposto de que a participação popular não deve se restringir à mera consulta, mas à possibilidade de participação do povo, no exercício de sua autonomia política, no processo de tomada da decisão política. Os esforços, entretanto, residiriam na busca de mecanismos que permitam viabilizar essa participação.

Citando as ideais de Bernard Manin, Vitale e Melo ressaltam a dificuldade dessa missão a que se propõe a democracia deliberativa:

Mas frente à pluralidade de interesses, de visões de mundo e de concepções individuais do que seja para cada um a “vida boa”, o problema consiste antes em saber *como formar* uma vontade política, ou em outras palavras, como é possível uma formação política daquela vontade sob condições do pluralismo. É por essa razão que a ideia central da democracia deliberativa, segundo Bernard Manin, consiste em passar a fonte da legitimidade democrática daquele modelo da “vontade geral” de Rousseau, comum a todos, para uma “*deliberação* comum a todos”: “A fonte da legitimidade não é a vontade pré-determinada dos indivíduos, mas antes o processo de sua formação, isto é, a própria deliberação (VITALE e MELO, 2008. p. 228).

A legitimidade, pois, da autorregulação normativa deve advir de forma mediata da vontade do povo, mas de forma imediata do procedimento de deliberação no qual se tenha permitido a participação igualitária de todos os cidadãos. Somente a partir do consenso alcançado pela deliberação seria possível conferir a uma ordem política a legitimidade. Seria precisamente a existência do consenso obtido a partir da deliberação o elemento racional que conferiria legitimidade à vontade política.

Quanto às formas de se alcançar o consenso a partir da deliberação, chama atenção a crítica feita por Habermas aos comunitaristas. Eles sustentariam um modelo essencialmente idealista, na medida em que o discurso político se reduziria a questões éticas de autoesclarecimento e autorrealização, em virtude de uma assimilação da política a um processo hermenêutico de autorreflexão acerca de uma forma de vida ou de uma identidade coletiva tidas como compartilhadas (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016. p. 77).

A busca por um “consenso” pressuporia a existência de um padrão ético ideal de uma vida desejável: uma utopia diante da pluralidade de

pensamentos e estilos de vida com as quais convivemos socialmente.

Com muita força, então, surgem os questionamentos: em um mundo tão plural e com tantas construções de fundo ético, como se poderia conceber à moralidade a tarefa de legitimar o direito? Como seria possível que ela garantisse a integração social e a estabilização de comportamentos? (SOUZA CRUZ, 2006. p. 131).

Habermas constrói a sua teoria deliberativa tentando estabelecer uma composição (meio-termo) entre as teorias republicanas e teorias liberais. Esses modelos de democracia deliberativa (republicano e liberal), apesar de bem distintos, guardam entre si o ponto de convergência de que ambos nutrem uma nítida preocupação com o conteúdo da norma a ser editada, devendo estar ela ajustada, seja a uma vontade geral – para o modelo republicano –, seja ao respeito às liberdades individuais – para o modelo liberal.

Para Habermas, a democracia deliberativa deveria estar focada no procedimento adotado para a discursividade (democracia procedimental). Não há uma preocupação propriamente com o conteúdo da norma a ser editada, mas na garantia de que as normas procedimentais que garantam a discussão entre os indivíduos sejam obedecidas.

Tal como o modelo republicano, a democracia discursiva em Habermas reserva posição de destaque ao processo político de formação da vontade, embora abandone a ideia de busca de uma “vontade geral” no conteúdo da norma. Do modelo liberal, Habermas preserva a divisão e os limites entre sociedade e Estado (LUBENOW, 2010. p. 31).

A concepção procedimental de democracia de Habermas é uma concepção formal e assenta nas exigências normativas da ampliação da participação dos indivíduos nos processos de deliberação e decisão e no fomento de uma cultura política democrática. Por ser assim, esta concepção está centrada nos procedimentos formais que indicam “quem” participa e “como” fazê-lo (ou está legitimado a participar), mas não diz nada sobre “o que” deve ser decidido (LUBENOW, 2010. p. 231)<sup>2</sup>.

Nesse modelo de democracia procedimental, Habermas propõe um modelo de leitura e apreensão da vontade popular focado na normatização do procedimento de participação de forma a garantir de forma igualitária a participação de todos no processo de deliberação e de formação da vontade política. Isso, portanto, implicaria na institucionalização da for-

mação racional da vontade popular no seio da atuação Estatal, garantindo uma maior legitimidade à formação da vontade política.

A formação democrática da vontade em Habermas se consubstancia na premissa de que o indivíduo somente atingirá a liberdade no reino público por meio da argumentação discursiva, pois uma noção de democracia deliberativa está ligada ao ideal intuitivo de uma associação democrática na qual a justificação dos termos e condições da associação se forma por meio da argumentação e raciocínio público entre os cidadãos iguais. Por isso, na ideia estabelecida pela ética do discurso, a decisão da maioria deve estar relacionada de forma interna com a práxis argumentativa, pois a decisão da maioria deve ser elaborada considerando o fato de que o seu conteúdo possa valer como o resultado motivado racionalmente (BOTELHO, 2009. p. 02).

A teoria da democracia deliberativa (discursiva) para Jürgen Habermas, embora posta em termos diametralmente opostos aos da concepção contratualista representada democracia representativa, está longe de negar a importância da participação popular, e a considera, em verdade, como um elemento legitimador das ações do Estado. Entretanto, deve ser apreendida por meio de um procedimento racional de argumentação discursiva, pelo que os esforços devem ser centrados na elaboração de procedimentos tanto mais especializados quanto possíveis para melhor permitir essa ampla discussão.

### **3. O PAPEL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA LEGITIMIDADE NAS DECISÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

O problema da legitimidade das decisões das Cortes Constitucionais mereceu a atenção direta de Habermas. Para ele, a existência de Cortes Constitucionais nos Estados sequer pode ser considerada autoevidente (HABERMAS, 2020. p. 308).

É complexo identificar, sobretudo em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade, a legitimidade de uma decisão de um Tribunal Constitucional que extirpa do ordenamento jurídico uma lei que eventualmente colida com o texto constitucional, quando referida norma tenha sido produzida por mecanismos que permitam a participação popular (ao menos em tese) e à míngua de qualquer análise em concreto.

Para Habermas, essa tarefa é precípua do Poder Legislativo e pode-

ria ser exercida por meio de procedimentos autorreflexivos por parte do legislador, sugerindo autor, inclusive, uma segunda instância no âmbito do próprio Poder Legislativo que pudesse realizar esse autocontrole (HABERMAS, 2020. p. 311).

Para evidenciar a gravidade que a temática envolve, destaca-se que, no contexto brasileiro, uma grave crise de legitimidade nos poderes executivo e legislativo tem se instalado. Devido a diversas questões, esses poderes não conseguem responder aos reclames sociais na forma desejada pela população (GOMES, 2018. p. 109-110). As políticas públicas (e de governo) não têm conseguido satisfazer a contento a crescente demanda por direitos sociais.

Os legisladores, por sua vez, a despeito de terem sido eleitos pelo povo, demonstram claramente em suas atuações que servem a determinados grupos econômicos, senão parecem mais atuar em prol de seus interesses próprios. No campo da política, o Poder Judiciário tem aumentado imensamente suas prerrogativas por meio de uma profusão de ações de controle de constitucionalidade (STF), enfrentando variados assuntos, inclusive próprios da discussão política (AVRITZER, 2016).

Naturalmente, o que se tem observado é uma crescente judicialização de demandas, deslocando-se para a seara da decisão judicial temáticas que, normalmente, seriam enfrentadas e solucionadas pelas outras esferas de Poder.

A Jurisdição Constitucional, pois, tem se deparado, cada vez mais, com temas de ampla repercussão social, dando a impressão de que referidas decisões são tomadas ao largo de qualquer participação popular.

Rápida digressão ainda se faz necessária para registrar que, ainda na atualidade, a Ciência Jurídica apresenta traços marcantes do positivismo jurídico, cujos postulados apontam para uma constante necessidade de que decisão jurisdicional objetivamente correta.

Como afirma Souza Cruz (2014, p. 200), ainda que esse substrato epistemológico tenha ruído no século XX, paradoxalmente hoje se verifica não só a sobrevivência, mas a reprodução desses métodos positivistas, quer no manuseio do direito por seus operadores, quer na própria academia.

Esse paradigma positivista pressupõe que a decisão jurisdicional se limite a operar a subsunção do fato à norma abstrata, encontrando assim

a resposta correta, o direito “certo”. Todavia, nos casos em que se verifica a lacuna da lei, poucas – ou nenhuma - teorias de matriz liberal/positivista conseguem ditar mecanismos para que se chegue à decisão judicial “objetivamente correta” sem esbarrar no arbítrio judicial. É que, à minguada de norma abstrata para subsumir o caso concreto, o Poder Judiciário se depara com uma margem de discricionariedade perigosa e com potencial devastador. Seria nesse momento em que aparece com grande força a margem para que o juiz submeta a vontade do legislador à sua própria, situação que faz evidenciar, ainda mais, o fosso existente entre a *facticidade e a validade*.

O paradigma positivista espera que a Jurisdição Constitucional imponha a si própria uma limitação à sua atividade (*self restraint*), reconhecendo-se que, em determinadas questões, há de se respeitar a discricionariedade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como, por exemplo, em questões políticas e de atos *interna corporis* (SOUZA CRUZ, 2014. p. 201).

Diante desse estado de coisas é que surgem teorias buscando técnicas de decisão judicial fulcradas na ponderação de valores (jurisprudência de valores, teoria da argumentação etc.), remetendo a aferição da legitimidade das decisões a partir dos seus próprios fundamentos. Desse modo, não se há de verificar uma legitimidade *a priori*, mas sempre *a posteriori*.

Essas teorias têm, também, apresentado inúmeros problemas e despertado críticas da ciência. A maioria delas gravita em torno de idêntico questionamento: as Cortes Constitucionais estão atuando politicamente, em substituição aos demais poderes, transformando-se em verdadeiras casas legislativas, em que se impera o puro e irracional arbítrio judicial? Em que lugar residiria, pois, a legitimidade da Jurisdição Constitucional e qual a sua relação com a participação popular?

Habermas aborda em seu livro *Direito e Democracia* a tensão entre democracia e direitos fundamentais, ou, no plano institucional, entre legislador e juiz. Desse modo, analisa como a interpretação constitucional poderia operar nos limites da separação de poderes em um Estado de Direito, sem que haja uma usurpação de competências do legislador por parte do Poder Judiciário (SILVA e MENDES, 2008. p.203). O autor fornece caminhos iniciais para que isso se torne possível:

Como a prática das decisões judiciais está ligada ao direito

e à lei, a racionalidade da jurisprudência depende da legitimidade do direito vigente. E esta, por sua vez, depende da racionalidade de um processo legislativo que, sob as condições da separação de poderes em um Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos de aplicação do direito (HABERMAS, 2020. p. 307).

Na sua Teoria Discursiva do Direito, Jürgen Habermas percebe que o modelo de separação de poderes está inspirado em um modelo liberal de direito, merecendo, uma análise mais contemporânea e prática da vida política democrática. Nessa arquitetura liberal da separação de poderes, verificam-se competências estáticas e bem delimitadas: ao legislador cabem decisões orientadas para o futuro; ao juiz, emitir o juízo de legalidade e que promova a subsunção do fato passado à norma legislada (SILVA e MENDES, 2008. p. 205).

Ocorre que, superado o paradigma liberal, no Estado Social abre-se espaço para a argumentação jurídica e ela entra no campo da moral e da política (HABERMAS, 2020. p. 316), fenômeno que, inevitavelmente, confere mais espaço ao Poder Judiciário nas estruturas de poder, chegando, muitas vezes, a concorrer com o Poder Legislativo.

Habermas, portanto, encontra na ideia da democracia deliberativa a saída para esse impasse. Para o autor, a atuação da Jurisdição Constitucional deveria ser aquela que impõe uma forma deliberativa de formação da vontade política, assumindo um papel de “tutor” do processo político – e não de “regente” –, assegurando canais processuais adequados à decisão política racional. Não seria atribuição da jurisdição constitucional o paternalismo de ditar as condições éticas de convivência da sociedade, sendo essa uma característica própria da autodeterminação do povo, o que, concretamente, se resume à liberdade de expressão e ao direito de voto livre (SILVA e MENDES, 2008. p. 209).

O controle de constitucionalidade abstrato, pois, perderia sua posição de instituição contramajoritária, responsável pela defesa das minorias e pela proteção dos valores éticos da sociedade política (comunitarismo), para passar a ser o controle do processo de produção da lei (SOUZA CRUZ, 2014. p. 259).

Somente a soberania popular expressada no poder comunicativo dos cidadãos é capaz de conferir legitimidade ao direito. Por isso, os Tribunais



Constitucionais devem atuar para garantir a observância e a correção dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais no debate subjacente à norma.

Logo, os grupos sociais devem influenciar não apenas no percurso por meio do qual as leis são debatidas e criadas, mas também no seu processo de concretização (TEIXEIRA e RADKE, 2017. p. 100). É imperioso que a Jurisdição Constitucional adote mecanismos que permitam uma ampla participação popular no debate sobre a constitucionalidade de normas, de forma a permitir ao cidadão o poder deliberativo na efetivação dos seus direitos.

A Jurisdição Constitucional deve tutelar o resguardo da participação popular no procedimento de deliberação da norma. Além disso, ressalta-se que a busca de mecanismos de promoção da participação popular no processo jurisdicional não se afigura menos importante, senão confere ainda mais legitimidade à decisão da Corte Constitucional.

Sob essa perspectiva, parece-nos ganhar ainda mais relevo o princípio do contraditório. Mais que uma mera garantia de processo justo, o contraditório se afigura como um elemento ao qual se vincula a ideia de legitimidade da jurisdição, detendo a função de controlá-la e os resultados dela oriundos, colaborando para o desígnio democrático de obstar arbítrios e subjetivismo provenientes do órgão jurisdicional (DELFINO, 2012. p. 386).

Contudo, em se tratando do controle concentrado de constitucionalidade, espécie típica da Jurisdição Constitucional, verifica-se uma via processual estreita, restrita a poucos e com pequenas margens de debates por grupos sociais. Basta observar que somente a um rol restrito de pessoas (artigo 103 da Constituição Federal de 1988) é conferida a legitimidade ativa para propor as ações de inconstitucionalidade.

O direito, pois, de discutir a constitucionalidade das normas é privilégio de poucos. Ainda que se dê ao contraditório a máxima amplitude, compatível com a exigência do princípio democrático, escassa legitimidade terá a decisão judicial se a deliberação política de deflagrar o procedimento de controle da constitucionalidade estiver restrita a alguns indivíduos.

Registre-se, por oportuno, que o argumento no sentido de que os atores que acumulam legitimidade para propor as ações de inconstitucio-

nalidade “representam” os diversos grupos sociais<sup>3</sup> não é suficiente para justificar a restrição do rol de legitimados, pois atrai para si problemas inerentes às ideias de democracia representativa já reportados no tópico anterior.

Importante, ainda, observar que o artigo 7º da Lei 9.868/1999 veda, expressamente, a admissão de intervenção de terceiros nas ações direta de inconstitucionalidade, elemento que tende a contribuir com o déficit de participação popular nas decisões da Corte Constitucional. Não se desconhece o cabimento da intervenção de terceiros por intermédio do instituto do *amicus curiae*. Contudo, essa modalidade, a teor do que dispõe o artigo 138, §2º, do Código de Processo Civil, prevê uma participação restrita e, por vezes, de mero “observador” do processo, afinal “*cabará ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae*”.

Para o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, a ampliação do rol de legitimados a propor ações de inconstitucionalidade poderia implicar em déficit de eficácia e qualidade dos julgados, já que acarretaria um aumento considerável de demandas no âmbito da Corte (MENDES, 1996. p. 87). Tal argumento não é suficiente para refutar o ganho em legitimidade que uma maior participação popular na Jurisdição Constitucional poderia gerar. Todavia, nesse caso, devem-se esforços para repensar as estruturas logístico-administrativas do Tribunal Constitucional.

Parece que a adoção de mecanismos processuais em que se possa potencializar a aplicação do princípio do contraditório, bem como ampliar o rol de possibilidades de participação de pessoas em ações que discutam a inconstitucionalidade de leis, se afigura como caminho que, *a priori*, tende a incrementar a participação popular no processo de Jurisdição Constitucional e, via de consequência, acrescer a tal atividade estatal um importante ganho em legitimidade.

O papel das Cortes Constitucionais não pode se desenvolver de forma alheia à práxis argumentativa, sob pena de se tornar o mais autocrático dos poderes, na medida em que as exigências de fundamentação das decisões judiciais não as tornam mais democráticas, quando não há, concomitantemente, a sua abertura à sociedade de intérpretes. Somente a abertura da Corte à práxis argumentativa, fundamentada em uma ética

discursiva, é capaz de sujeitá-la ao controle da coletividade (BOTELHO, 2009. p. 03).

Bons exemplos se podem colher das experiências do direito comparado, como no Recurso Constitucional Alemão e na acción publica de inconstitucionalidad na Colômbia, instrumentos de controle de constitucionalidade em abstrato cuja legitimidade é conferida a qualquer cidadão.

É interessante a experiência da Colômbia com a sua *acción publica de inconstitucionalidad*. O instituto, implementado pela Lei Maior de 1991, confere a todo cidadão o direito de propor ação pública de inconstitucionalidade, sem a necessidade de demonstrar interesse processual ou particular, contra qualquer norma legal que colida com o texto constitucional (SILVA, 2014, p. 195).

Nessa modalidade processual de controle abstrato de inconstitucionalidade, o Estado entrega ao cidadão uma importante ferramenta de controle político, podendo impugnar ou defender qualquer norma ou decreto em face da Lei Maior, participando ativamente não só do debate sobre a criação da norma, mas também de sua efetivação.

Não há dúvidas de que a implementação de um instituto processual de tal magnitude importará em um importante aumento no número de demandas, porém o argumento de que isso implicaria em sobrecarga do Tribunal não parece consistente, pois, como defende Paulo Maycon Costa da Silva:

Convém à própria Corte Constitucional estabelecer qual o plexo de matérias constitucionais merece pronunciamento do Tribunal Maior. Assim, evitar-se-ia a explosão de matérias à espera de pronunciamentos do Supremo. Mais uma vez, observa-se um apego demasiado ao procedimentalismo que permeou o século passado, em vez de concentrar esforços no âmago material das demandas constitucionais. Em poucas palavras: não é a forma, mas o conteúdo que importa (SILVA, 2014, p. 202).

A Colômbia avança em matéria de participação popular no controle de constitucionalidade para ocupar a vanguarda e tem colhido bons frutos. Resta esperar que o intercâmbio cultural e a profusão do que se tem denominado de “neoconstitucionalismo latino-americano” sensibilize o legislador brasileiro sobre a necessidade da adoção de medidas dessa espécie.

#### 4. CONCLUSÃO

Os arranjos institucionais democráticos, que hoje se encontram consolidados nas democracias, se encontram superados. Entretanto, não se pode relegar a participação popular a um elemento figurativo, que se resume a uma simples consulta à população. A superação desses modelos não implica o abandono da importância da participação popular, mas sim a necessidade de que se repensem novos arranjos institucionais que permitam uma expressão mais fiel do consenso que a vontade popular deve representar, construído por uma ampla discursividade.

Na proposta de Habermas, a legitimação do direito residiria unicamente na racionalidade que advém da deliberação dos cidadãos de forma igual, pois somente assim é possível dotar de legitimidade a norma restritiva de liberdades. É nesse sentido que Habermas aposta em um modelo de democracia deliberativa que deve focar no procedimento por meio do qual se garantirá essa ampla participação dos cidadãos (democracia procedimental)<sup>4</sup>.

Entretanto, de nada adiantaria a atenção a essa discursividade no procedimento de elaboração da norma se ela pudesse, por meio de uma abordagem solipsista do juiz e, portanto, vulnerável às conveniências pessoais ou de determinados grupos, ser retirada de vigência sob o pretexto de colidir com o texto constitucional. É imprescindível para a Jurisdição Constitucional – cuja função, para Habermas, muitas vezes disputa espaço com o Poder Legislativo – estar dotada de elementos que propiciem amplamente a participação popular, sob pena de restar relegada ao autoritarismo e à ilegitimidade.

Desta forma, a Jurisdição Constitucional deve tutelar a um só tempo as condições de deliberação entre os cidadãos e a participação popular no processo legislativo, mas também no processo de efetivação da norma, dando a máxima amplitude ao princípio do contraditório, e permitindo amplo acesso aos processos de controle concentrado de constitucionalidade.

No Brasil, há ainda um grande caminho a ser percorrido nesse sentido. O rol de legitimados a propor ações de inconstitucionalidade é restrito, bem como a participação de terceiros em ditos processos, como regra, é vedado. A permissão do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas nas ações diretas de inconstitucionalidade são sinalizações positivas

para a participação popular, mais ainda muito tímidas. Podem, até certo ponto, ser perigosas pela possibilidade de servirem de mera chancela de uma decisão arbitrária e solipsista como legítima tão somente por ter sido observada a burocracia protocolar de sua realização.

Nesse sentido, há um longo percurso para conter o arbítrio judicial e dotar de máxima legitimidade as decisões em Jurisdição Constitucional, o que será possível por meio do aumento e aprimoramento dos mecanismos de participação popular.

Enquanto isso, espera-se que as experiências internacionais, sobretudo na América Latina, notadamente na Colômbia, possam, ao menos, suscitar o debate sobre tais questões no âmbito brasileiro e sensibilizar o legislador para uma mudança de postura, conferindo maior acesso da população à Jurisdição Constitucional.

## REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. 2aed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BOTELHO, Marcos César. A CORTE CONSTITUCIONAL COMO ESPAÇO PÚBLICO POR EXCELÊNCIA CONSIDERAÇÕES EM HABERMAS E HÄBERLE. *Ciência Jurídica em Foco*, Brasília, v. 1, n. 293, p. 1-4, 2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cienciajuridica/article/view/737>. Acesso em: 16 out. 2021.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DELFINO, Lúcio. *O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais*. In: ASSIS, Araken de et al (org.). **Processo Coletivo e outros temas de direito processual**: homenagem aos 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Cap. 22. p. 339-374.

GOMES, Rômulo Linhares Ferreira. *A Morosidade do Judiciário como desafio: O caso do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade: Contribuições para uma Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*. Trad. por Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA. Maioria Rejeita Reforma Trabalhista. Opinião Pública, São Paulo, 02 mai. 2017. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/05/1880398-maioria-rejeita-reforma-trabalhista.shtml>. Acesso em 08 jan. 2021.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion: Revista de Filosofia* [online]. 2010, v. 51, n. 121 [Acessado 22 Outubro 2021], pp. 227-258. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0100-512X2010000100012>>. Epub 19 Jul 2010. ISSN 1981-5336. <https://doi.org/10.1590/S0100-512X2010000100012>.

MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 4. Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição Constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativa. Brasília*, v. 1, n. 203, p. 185-204, 2014. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril\\_v51\\_n203\\_p185.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p185.pdf). Acesso em: 16 out. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. ***Direito e Democracia: um guia de leitura de habermas***. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 10. p. 199-221.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

TEIXEIRA, A. V.; RADKE, R. W. Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 115, 27 nov. 2017.

VITALE, Denise; MELO, Rúrion Soares. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricar-

do. *Direito e Democracia: um guia de leitura de habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 9. p. 223-248.

'Notas de fim'

1 Em 2017, o Datafolha realizou pesquisa de opinião pública e constatou que a maioria da população brasileira era contra a reforma trabalhista que foi aprovada posteriormente pelo Congresso Nacional pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017 (INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA, 2017).

2 Habermas adota o posicionamento teórico de Robert Dahl para definir os indicadores que melhor preencheriam o teor normativo dos procedimentos democráticos. Para Dahl, cinco pontos de vista que deveriam ser considerados em um procedimento para que a decisão política possa vincular a todos seriam: a) a inclusão de todos os concernidos; b) oportunidades efetivas e distribuídas de participação no processo político; c) igual direito de voto nas decisões; d) igual direito de escolha dos temas, sobretudo para o controle da agenda; e) uma situação em que todos os participantes possam formar uma compreensão articulada das matérias carentes de regulação e dos interesses em disputa, à luz de suficientes informações e boas razões (HABERMAS, 2020, p. 405).

3 O Congresso Nacional aprovou o projeto que culminou na Lei 9.882/1999. A norma, ao disciplinar o rol de legitimados para propor a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), tentou franquear tal legitimidade a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Todavia, esse dispositivo foi vetado no sentido de restringir a propositura dessa ação ao rol do artigo 103, §2º, da Constituição Federal, sob, dentre outros argumentos, o de que esses legitimados pela Constituição Federal já cumprem o propósito de representação social e assistência à cidadania (SILVA, 2014. p. 185)

4 “O procedimento legislativo estar em condições de institucionalizar a vontade dos cidadãos” (MOREIRA, 2019. p. 145).





# EM BUSCA DE UM STANDARD PROBATÓRIO PARA O TESTEMUNHO INDIRETO (HEARSAY TESTIMONY) NO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL: TERMINOLOGIAS ESSENCIAIS E CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO À LUZ DO DIREITO COMPARADO

IN SEARCH OF A STANDARD OF PROOF FOR HEARSAY  
TESTIMONY WITHIN CONSTITUTIONAL DUE PROCESS:  
ESSENTIAL TERMINOLOGY AND EVALUATION  
CRITERIA IN LIGHT OF COMPARATIVE LAW

EN BUSCA DE UN ESTÁNDAR PROBATORIO PARA EL  
TESTIMONIO INDIRECTO (HEARSAY TESTIMONY)  
EN EL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL:  
TERMINOLOGÍAS ESENCIALES Y CRITERIOS DE  
VALORACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

## SUMÁRIO:

Introdução; 2. Testemunho indireto: fundamentos, terminologias e critérios; 2.1 Admissibilidade probatória do testemunho direto: uma questão superada; 2.2 Testemunho indireto *lato sensu*, *hearsay testimony* como prova indireta e testemunho indireto *stricto sensu* (testemunho de ouvir dizer): distinção terminológicas à luz do direito comparado; 2.3 Análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: avanços e equívocos; 2.4 Critérios de valoração e *standard* probatório do testemunho indireto à luz de um devido processo legal constitucional: uma questão superável; Considerações finais; Referências.

Como citar este artigo:  
NASCIMENTO,  
Danilo, CASTRO,  
João Pedro. Em busca  
de um standard  
probatório para um  
testemunho indireto  
(hearsay testimony)  
no devido processo  
legal constitucional:  
terminologias  
essenciais e critérios  
de valoração à luz do  
direito comparado.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 43 2024,  
p. 201-232

Data da submissão:  
24/09/2024

Data da aprovação:  
10/12/2024

1. Universidade Federal do Acre - Brasil
2. Universidade Federal do Acre - Brasil

**RESUMO:**

O artigo se propõe à análise da formulação de um *standard* probatório do testemunho indireto (*hearsay testimony*) em consonância com os princípios constitucionais estruturantes de um devido processo legal. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, exploratória e de abordagem qualitativa, utilizando-se dos métodos indutivo e comparativo. Ante a ausência de regulamentação legislativa do tema e a inexistência de critérios jurisprudenciais uniformes sobre o assunto no Brasil, o estudo justifica-se pela necessidade de otimização do testemunho indireto pelos mecanismos processuais já existentes em conformidade com as garantias do contraditório e da ampla defesa. A análise do instituto no direito comparado, especialmente dos critérios de valoração probatória estipulados em outros países, visa replicar um modelo semelhante na atividade persecutória do sistema de justiça brasileiro, com argumentos que situam a admissibilidade probatória do testemunho indireto como questão superada, como o tratamento legal monolítico, e não modalizado, que o Código de Processo Penal confere à prova testemunhal. Estruturam-se, outrossim, terminologias essenciais à compreensão do testemunho indireto *lato sensu*, de *hearsay testimony* como prova indireta e do testemunho indireto *stricto sensu* (testemunho de “ouvir dizer”), distinções terminológicas à luz do direito comparado, para definir critérios de valoração e estabelecer um *standard* probatório próprio para o instituto. Conclui-se pela importância de uma discussão doutrinária mais aprofundada no Brasil, através do direito comparado anglo-galês, estadunidense, italiano, espanhol e português, que contribua para a construção de parâmetros de valoração para maior eficácia probatória ao testemunho indireto no modelo acusatório de produção da prova respeitando o devido processo legal.

**ABSTRACT:**

The article aims to analyze the formulation of an evidentiary standard for hearsay testimony in line with the constitutional principles that structure due process of law. This is a bibliographical, exploratory study with a qualitative approach, using inductive and comparative methods. Given the lack of legislative regulation on the subject and the absence of uniform jurisprudential standards on the subject in Brazil, the study is justified by the demand to optimize indirect testimony through the pro-

cedural mechanisms that exists, in accordance with the guarantees of the adversarial process and full defense. The analysis of the institute in comparative law, aims to replicate a similar model in the persecutory activity of the Brazilian justice system, with arguments that place the evidentiary admissibility of indirect testimony as an outdated issue, such as the monolithic and unmodulated legal treatment that the Code of Criminal Procedure gives to testimonial evidence. Essential to understanding indirect testimony *lato sensu*, hearsay testimony as indirect evidence and indirect testimony *stricto sensu* (“hearsay” testimony) terminologies, distinguishing by comparative law, to define valuation criteria and establish a proper evidentiary standard for the institute, are also structured. The conclusion is that it is important to have a more in-depth doctrinal discussion in Brazil, through comparative Anglo-Gallese, American, Italian, Spanish and Portuguese law, which will contribute to the construction of valuation parameters for greater probative effectiveness of indirect testimony in the accusatory model of evidence production, respecting due process of law.

#### RESUMEN:

Este artículo se propone analizar la posibilidad de formular un estándar probatorio del testimonio indirecto (hearsay testimony) que esté de acuerdo con los principios constitucionales que estructuran un debido proceso legal constitucional. Se trata de una investigación bibliográfica, con un objetivo exploratorio y un enfoque cualitativo, utilizando los métodos inductivo y comparativo. Se ponen como problemas la ausencia de regulación legislativa sobre el tema y la falta de criterios jurisprudenciales uniformes sobre el asunto en Brasil. La investigación se justifica por la urgente necesidad de optimizar el uso del testimonio indirecto por parte de los mecanismos procesales ya existentes, en pleno cumplimiento de las garantías de la defensa contradictoria y amplia defensa. A partir del estudio del instituto en derecho comparado, especialmente de los criterios de valoración probatoria estipulados en otros países, se toma como hipótesis la necesidad de replicar un modelo similar en la actividad persecutoria del sistema de justicia brasileño. El estudio sigue una línea argumentativa que, en un primer momento, sitúa la admisibilidad probatoria del testimonio indirecto como una cuestión superada, debido al tratamiento jurídico monolítico y no modalizado que el Código Procesal Penal otorga

a la prueba testimonial. Luego, se analizan y estructuran terminologías esenciales para la comprensión de la cuestión a partir de las ideas de testimonio indirecto lato sensu, de hearsay testimony como prueba indirecta y de testimonio indirecto stricto sensu (testimonio de “escuchar hablar”): distinción terminológica a la luz del derecho comparado. Por último, se pone la búsqueda por la definición de criterios de valoración y el establecimiento de un estándar probatorio propio para el testimonio indirecto como una cuestión superable. Se concluye que existe la necesidad de constituir una discusión en Brasil que pueda conducir a la definición de parámetros de valoración inspirados en los modelos anglo-galés, estadounidense, italiano, español y portugués, con el fin de armonizar su efectividad probatoria con los mecanismos propios del modelo acusatorio de producción de pruebas, en pleno respeto al debido proceso legal.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Testemunho indireto; *Hearsay testimony*; Modelo acusatório; *Standard* probatório.

**KEYWORDS:**

Indirect testimony; Hearsay testimony; Accusatory model; Evidentiary standand.

**PALABRAS CLAVE:**

Testimonio indirecto; Hearsay testimony; Prueba indirecta; Debido proceso legal.

**INTRODUÇÃO**

A legitimidade constitucional exclusiva outorgada ao Ministério Público para promover a ação penal em um sistema de justiça no qual a pretensão punitiva do Estado se pauta em um devido processo legal com garantias constitucionais, especialmente o contraditório e a ampla defesa, tem ampliado os debates em torno de institutos jurídicos e mecanismos de prova sofisticados.

Nessa perspectiva, o presente estudo demarca a abordagem da referida temática em relação à colocação da prova testemunhal “de ouvir dizer”

ou (*hearsay testimony*) em interface com um devido processo constitucional, buscando situar o aperfeiçoamento técnico do instituto como medida fundamental à otimização do sistema de justiça criminal. O testemunho indireto é um instituto sofisticado no direito comparado, possuindo uma abordagem peculiar em diversos países, padecendo, no entanto, de uma reflexão técnico-jurídico mais aguda no Brasil.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, exploratória e de abordagem qualitativa, utilizando-se dos métodos indutivo e comparativo. Ante a ausência de regulamentação legislativa do tema e a inexistência de critérios jurisprudenciais uniformes sobre o assunto no Brasil, o estudo justifica-se pela necessidade de otimização do testemunho indireto pelos mecanismos processuais já existentes em conformidade com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

A análise do instituto no direito comparado, especialmente dos critérios de valoração probatória estipulados em outros países, visa replicar um modelo semelhante na atividade persecutória do sistema de justiça brasileiro, com argumentos que situam a admissibilidade probatória do testemunho indireto como questão superada, como o tratamento legal monolítico, e não modalizado, que o Código de Processo Penal confere à prova testemunhal.

Por fim, estruturam-se terminologias essenciais à compreensão do testemunho indireto *lato sensu*, de *hearsay testimony* como prova indireta e do testemunho indireto *stricto sensu* (testemunho de “ouvir dizer”), distinções terminológicas à luz do direito comparado, para definir critérios de valoração e estabelecer um *standard* probatório próprio para o instituto.

## **2. TESTEMUNHO INDIRETO: FUNDAMENTOS, TERMINOLOGIAS E CRITÉRIOS**

### **2.1 Admissibilidade probatória do testemunho direto: uma questão superada**

De início, é importante destacar que o legislador brasileiro, por meio do Capítulo IV, do Título VII, do Código de Processo Penal, dispensou tratamento monolítico em relação à prova testemunhal, de modo que a bipartição terminológica quanto ao conteúdo entre testemunhos direto e indireto apenas assume sentido em termos de acepção doutrinária, e não

de essência de admissibilidade legal de uma ou outra modalidade no sistema de justiça pátrio.

Em razão disso, a discussão nacional acerca da admissibilidade legal do testemunho indireto como meio de prova legítimo no ordenamento jurídico está cada vez mais esvaziada, de modo que a análise comparativa com o testemunho direto se posiciona na contemporaneidade, não para qualificá-los em diferentes patamares de importância persecutória, e sim, para racionalizar as suas peculiaridades.

Em suma, a testemunha direta, também denominada testemunha de primeiro grau ou testemunha *de visu*, é aquela pessoa que apreende diretamente o fato delitivo por meio de um de seus cinco sentidos, enquanto a testemunha indireta, “de ouvir dizer”, de segundo grau ou *de auditu*<sup>1</sup>, diz respeito àquela que conhece o fato por meio de uma representação feita por terceiro, seja oralmente, por escrito ou por qualquer outro meio (Tonini, 2002, p. 116).

Em ambas as modalidades de prova testemunhal, o depoente deve prestar o compromisso legal de dizer a verdade, não sendo procedente eventual suposição que indique estar a testemunha “de ouvir dizer” desobrigada à incumbência que a lei impõe pelo simples fato de não ter obtido conhecimento dos fatos imputados na persecução penal pela via direta<sup>2</sup>. Afinal, a oitiva judicial de pessoas na qualidade de “informantes” somente ocorre nas hipóteses do art. 208 do Código de Processo Penal (Brasil, 2023a, p. 33) e, não sendo o caso, testemunha que é, aquele que presta depoimento judicial indireto deve firmar o compromisso legal de dizer a verdade, sob a pena de responsabilização criminal pelo delito de falso testemunho<sup>3</sup>.

Assim sendo, a noção técnica mais consentânea com o tratamento legal uno conferido pelo direito processual penal pátrio sobre a matéria é a de que testemunha é toda pessoa que reporta o conhecimento de algo fática e juridicamente relevante, podendo, pois, servir para confirmar a veracidade daquilo a que se refere, agindo sob o compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade (Nucci, 2020, p. 220).

No mesmo sentido, em busca de um conceito universal e cientificamente adequado de “testemunha” naqueles países que disciplinam a matéria de maneira unitária, Ayala Yancce (2020, p. 463) pontua que o *testigo* (a testemunha), em resumo, é toda pessoa que por meio de seus

sentidos toma conhecimento de fatos juridicamente relevantes à atividade persecutória do Estado, de modo que as diferentes formas de emissão de um testemunho devem ser equalizadas para efeito de otimização instrutória, e não, para maculá-lo.

Nada obstante, fato é que alguns estigmas acabam circundando o testemunho indireto no sistema de justiça brasileiro e o principal deles é a suposta impossibilidade de observância ao sistema de inquirição de testemunhas estabelecido no art. 212 do Código de Processo Penal (Brasil, 2023a, p. 34), especialmente no que se refere à etapa do *cross-examination* ou exame cruzado do depoimento prestado em juízo. Isso porque, para alguns autores, como Badaró (2014, p. 178), sem a presença da testemunha com conhecimento direto sobre os fatos, torna-se impossível o cruzamento de perguntas ao depoente com o mister de demarcar a veracidade do *thema probandum*.

No entanto, é fundamental salientar que o *direct-examination* (perguntas à testemunha pela parte que a arrolou) e o *cross-examination* (perguntas à testemunha pela parte contrária) são técnicas processuais que apenas possuem o objetivo de conferir às partes o papel de protagonistas na formação das provas em contraditório judicial, passíveis de coexistir harmonicamente com a colheita de depoimentos indiretos. É que o *cross-examination* consiste em um mecanismo processual de qualificação do princípio do contraditório em busca de um sistema acusatório mais justo e equilibrado (Souza; Machado, 2018, p. 72), privilegiando-se o modelo adversarial de confecção provas e podendo ser plenamente recalibrado sempre que o testemunho não tenha a pretensão de veicular a cognição direta dos fatos imputados ao réu, mas sim, apresentar uma narração circunstanciada de fatos secundários ou de declarações de terceiros que, concretamente, assumam valor jurídico relevante à atividade probatória (Bernasconi, 2015, p. 264).

Assim, reputa-se como uma das providências possíveis de operação pelo juiz brasileiro quando da colheita do depoimento testemunhal indireto a utilização da prerrogativa legal de que trata o parágrafo único do art. 212 do Código de Processo Penal (Brasil, 2023a, p. 34), para fins de restar esclarecido às partes que a pessoa ouvida está a depor sobre fatos juridicamente relevantes que assimilou por intermédio de outrem e, conseqüentemente, para alertá-las, pontuando que aquelas perguntas

que se mostrarem impertinentes à finalidade a que se propõe poderão ser inadmitidas.

Desse modo, se mostra concretamente factual a avaliação da credibilidade e da confiabilidade do depoimento testemunhal indireto com base nos mecanismos de *direct-examination* e do *cross-examination*, permitindo a sua comparação com os outros resultados probatórios já adquiridos (Tonini, 2014, p. 284).

A questão do testemunho indireto, portanto, não encontra qualquer obstáculo em termos de admissão legal e de operacionalização prática mediante inquirição direta pelas partes, que se dará regularmente sob os moldes do art. 212 do Código de Processo Penal (Brasil, 2023a, p. 34) em observância adaptada, que torne possível que este meio de prova seja utilizado como elemento de corroboração fática da imputação penal.

Até mesmo as críticas doutrinárias que se assentavam em uma visão cética da introdução do instituto do *hearsay testimony* no Brasil, como aquelas formuladas por Tornaghi (1997, p. 396), que julgava inconveniente a colheita do depoimento da testemunha indireta perante o juízo em razão da ausência de percepção sem a oitiva da fonte referida, e por Choukr (2010, p. 388), que indica a ocorrência de certo menosprezo à fonte originária da informação em tal hipótese, não circundam em torno da admissão do testemunho indireto, e sim, da complexa e especial valoração que lhe deve ser conferida. Logo, as considerações apresentadas pelos referidos juristas dizem respeito à debilidade da atividade cognitiva do mau julgador que incorre na supervalorização desarrazoada do testemunho indireto, não à essência deste meio prova.

Dessa forma, os problemas contingenciais advindos do mau uso do testemunho indireto no sistema de justiça criminal brasileiro, ao invés de conduzirem a um processo hermenêutico enviesado, tendente a retroalimentar a sua cogitada inadmissibilidade no processo penal pátrio, devem, na contemporaneidade crítica do processo penal, servir de vetores interpretativos para conformar a sua validade probatória à luz dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, corolários do devido processo legal.

Sob essa ótica, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Sexta Turma, ao julgar o Habeas Corpus n.º 265.842/MG (Brasil, 2016, p. 1), bem distinguiu a questão da admissibilidade probatória do testemunho indi-



reto no Brasil dos percalços ainda existentes em termos de sua valoração objetiva, assentando o entendimento de que a legislação em vigor alberga, como fontes de prova, tanto a testemunha que narra o que presenciou (depoimento direto), como aquela que presenciou fatos acessórios ao principal ou ouviu sobre ele (depoimento indireto), de modo que o peso probatório a ser dado a esta modalidade é critério judicial, e não legislativo, motivo pelo qual não há qualquer ilegalidade na prova testemunhal indireta.

Em síntese, o debate estigmatizante que rodeia a questão da admissibilidade probatória do testemunho indireto no direito brasileiro se revela como uma questão juridicamente superada e que deve ceder lugar, em prol de uma interseção operacionalmente útil entre a sua utilização e um devido processo legal com traço constitucional pautado no contraditório para a prova (Siracusano *apud* Tonini, 2014, p. 242), à discussão sobre quais critérios de valoração podem ser aptos a permitir um juízo de corroboração além de qualquer dúvida razoável.

## **2.2 Testemunho indireto *lato sensu*, *hearsay testimony* como prova indireta e testemunho indireto *stricto sensu* (testemunho de ouvir dizer): distinção terminológicas à luz do direito comparado**

Considerando que os meios de prova assegurados por lei devem ser conformados à luz de um devido processo legal com viés constitucional e que o testemunho indireto ainda padece de um tratamento técnico refinado no sistema de justiça brasileiro, convém analisar como este instituto processual sofisticado, com especificações técnicas mais complexas do que propõe a atual discussão em âmbito nacional (Castro, 2017, p. 243), se apresenta no direito comparado, a fim de que a sua utilização possa ser efetivada por meio de critérios objetivos e juridicamente seguros.

No direito anglo-galês, a *hearsay evidence*, por regra, é inadmitida, possuindo validade excepcional a ser racionalizada pelo princípio das *res gestae* (Iori; Marinari, 2013, p. 154), expressão cuja tradução livre significa “as coisas feitas”, que funciona como parâmetro de exceção à *Hearsay Rule* (regra de vedação à prova “de ouvir dizer”), orientando que os eventos que estejam intimamente associados no espaço-tempo ao fato principal da persecução penal devem ser contextualizados para se extrair o seu correto significado.

Com base nisso, se concebe, como regra, que o testemunho indireto (*lato sensu*) não deve ser aceito, mas, em determinadas situações, poderá ser admitido. Para tanto, os precedentes no direito inglês indicam que, excepcionalmente, o testemunho será aproveitado quando as declarações ofertadas, embora não recaiam sobre o ponto central da lide penal, digam respeito a eventos que sejam partes integrantes do fato principal (Iori; Marinari, 2013, p. 154).

Com efeito, a ideia central da *res gestae doctrine* (Iori; Marinari, 2013, p. 154) reside em conferir certo peso probatório (*weight evidence*) às circunstâncias veiculadas em testemunhos indiretos que sejam relevantes e confiáveis, examinando-se a espontaneidade, a naturalidade e a contemporaneidade ou proximidade espacial-temporal do evento narrado com o fato principal<sup>4</sup>.

Além disso, a Parte 34 das Regras de Processo Penal de 2005 (*Criminal Procedure Rules 2005*), no que toca algumas hipóteses de *hearsay*, projeta uma estrutura procedimental dentro da qual o Tribunal da Coroa deve proceder ao exame de admissão prévia, viabilizando a manifestação das partes antes da colheita do depoimento (United Kingdom, 2005, p. 1-3). São apenas as seguintes situações que impõem a referida sistemática: quando o testemunho “de ouvir dizer” seja admissível em razão da indisponibilidade da testemunha direta; quando existam múltiplas testemunhas indiretas; quando as circunstâncias do caso indicarem o interesse da Corte em admiti-las; e quando a prova em depoimento seja elaborada para outros efeitos de processo criminal (Sprack, 2016, p. 15-16).

Pode-se mencionar, ainda, o mecanismo jurídico denominado *voir dire*, em que o juiz procede a uma verificação preliminar e à admissibilidade de qualquer declaração que venha a ser prestada em fase de audiência como prova (Iorio; Marinari, 2013, p. 155).

Nos Estados Unidos, a abordagem normativa se dá de maneira ainda mais apurada por meio das Regras Federais de Evidência (*Federal Rules of Evidence*), colocando-se a vedação ao *hearsay testimony* como diretriz reitoria que, porém, é ajustada por hipóteses previamente descritas que não configuram tecnicamente o fenômeno *hearsay* (*nonhearsay*) e excepcionada por situações que, malgrado o constituam, são admitidas para fins probatórios (*exclusions from hearsay*), sendo esta disciplina que interessa ao presente estudo.

Para fins de aproveitamento probatório do testemunho indireto, as principais *exclusions from hearsay*, à guisa de amostra e em termos de usabilidade prática no processo penal, dentre as vinte e três que estão previstas na Rule 803 (United States of America, 2023, p. 33), são aptas a assegurar a validação de depoimentos: acerca de fatos que tenham sido obtidos em primeira impressão e com aptidão para descrever ou explicar um evento enquanto ele acontecia ou imediatamente após; que relatem declarações feitas em estado de estresse ou choque relacionado a um evento assustador; que descrevam o estado mental ou a condição emocional, sensorial ou física da vítima existente à época dos fatos; e que apresente informações registradas quando o assunto estava fresco na lembrança da pessoa referida, mesmo que esta afirme posteriormente em juízo que não se recorda completa ou suficientemente do evento (Castro, 2017, p. 253-254).

Em qualquer situação, a validação do depoimento indireto deve respeito à *confrontation clause* (direito ao confronto) previsto na Sexta Emenda à Constituição Americana (United States of America, 1791, p. 2), que, no Brasil, país de inspiração processual romano-germânica, pode ser remodelado sob o pálio do contraditório judicial, isto é, pela inquirição direta pelas partes, consoante proposto anteriormente.

Em síntese explicativa, se verifica que o *hearsay testimony* admitido nos direitos anglo-galês e anglo-americano, diferente do que sua tradução livre pode indicar, não é propriamente um testemunho “de ouvir dizer”.

Deve ser encarado como testemunho indireto *lato sensu*, que abrange todo depoimento judicial relevante prestado por quem não tomou conhecimento direto de atos executórios ou consumativos do fato delitivo, mas de circunstâncias secundárias de extrema relevância para a sua reconstrução e valoração fático-probatória.

A terminologia ora desenvolvida permite incluir aquelas pessoas que, por seus sentidos, presenciam fatos periféricos em relação ao fato principal objeto de prova, mas que, pelo alto grau de relevância instrutória do seu depoimento, servem à colheita de elementos de prova indireta.

À guisa de exemplificação, é possível enquadrar como tal o depoimento de um agente de polícia que compareça a juízo para relatar que no local e tempo especificados estava realizando patrulhamento ostensivo quando se depara com uma vítima de crime sexual que lhe

relata imediatamente o fato delitivo que acabara de suportar, prestando informações circunstanciadas sobre o ocorrido.

Em outro caso, é possível enquadrar como *hearsay witness* em sentido lato a pessoa que comparece ao Plenário do Tribunal do Júri que tenha como *thema probandum* um homicídio doloso praticado na clandestinidade de local ermo para depor que no espaço-tempo próximo àquele indicado na hipótese acusatória avistou o réu saindo do local com manchas de sangue em sua roupa ou portando uma faca ensanguentada. Em tais casos, por evidente, a testemunha não depõe sobre elementos fáticos que digam respeito diretamente à fase executória ou consumativa do delito. Porém, de igual forma, não adquire o conhecimento de circunstância fática relevante à imputação penal por meio de terceiro, mas por via própria.

Assim, apresentam-se ao sistema de justiça para relatar fatos que, por um juízo de inferência lógica e criteriosa, levam indiretamente a conclusões acerca da possibilidade ou não de o fato ter ocorrido da forma indicada pelo suspeito ou pela acusação (Gomes, 2014, p. 34).

O *hearsay testimony* como prova indireta, portanto, é a modalidade de testemunho indireto em sentido lato, pela qual a testemunha assimila um fato secundário em relação ao *thema probandum* sem intermédio de outrem, estando sujeita à valoração de prova indiciária, possuindo carga probatória de natureza indireta, que atuará como elemento crítico-inferencial de corroboração ou informação de outros elementos de prova. Essa perspectiva pode ser reforçada pelo tratamento dispensado no direito italiano à valoração da prova indireta.

Em suma, as provas indiretas no direito italiano são aquelas que, conquanto não recaiam diretamente sobre o fato a ser provado, possibilitam que o juiz o rastreie a partir de uma operação mental de tipo indutivo, guiando-se pelas regras da epistemologia lógica, considerando que os elementos de cognição de nota indiciária possuem estrutura tipicamente crítico-inferencial (Grevi, 2014, p. 324).

O art. 192, § 2º, do Código de Processo Penal Italiano<sup>5</sup> prevê que a existência de um fato não pode ser provada por meros indícios, a menos que estes sejam graves, precisos e consoantes (Italia, 1988). Trata-se do denominado *trittico* de valoração da prova indireta (Taormina, 2015, p. 217).

Dessa maneira, a lei processual italiana define que os elementos de

prova indireto incorporados no processo, quando revestidos de força de convencimento (gravidade), de demonstração (precisão) e de coerência (consonância), critérios idôneos para a reconstituição dos fatos, podem embasar até mesmo um veredicto condenatório (Gomes, 2017, p. 90-91).

Há de se ressaltar que os depoimentos indiretos que veiculem meras ilações, conjecturas e suposições aleatórias não merecem salvaguarda legal quando, a pretexto de se qualificarem como prova indireta, não possuam grau de confiabilidade e idoneidade para a imputação penal, seja para fortalecê-la, seja para fragilizá-la.

Para afastar eventual índole retórica, o depoimento sobre aspectos fáticos acessórios do *thema probandum* deve guardar consideração pela máxima da experiência, isto é, pelo que ocorre, efetivamente, na maioria dos casos de natureza congênere (*id quod plerumque accidit*). Assim, quando do exame de casos similares puder ser extraída a existência de uma afirmativa probatória acima de qualquer dúvida razoável, esta servirá como parâmetro de avaliação da evidência indireta que foi oferecida pelo depoente (Tonini, 2002, p. 56).

É no direito italiano, também, que se averigua um tratamento legislativo próprio à testemunha “de mero ouvir dizer” ou testemunha de referência, que aqui será denominada testemunha indireta *stricto sensu*. Por seus arts. 194 a 207, o Código de Processo Penal Italiano disciplina a prova testemunhal (Italia, 1988), de modo que a regra é a colheita de depoimentos sobre os fatos que a testemunha tenha tomado conhecimento direta e pessoalmente (*per proprium sensum et non per sensum alterius*).

O art. 195 do Código de Processo Penal italiano (Italia, 1988)<sup>6</sup> cuida de dispensar um tratamento legislativo particular à testemunha que relata circunstâncias que lhe foram comunicadas por outras pessoas (*testimonianza indiretta*), com vistas a delimitar os parâmetros de credibilidade deste depoimento propenso a influir no resultado probatório da atividade criminal (Pilla, 2013, p. 153). É, portanto, uma testemunha de relato, que assimilou os dados fáticos fornecidos por intermédio de uma testemunha referida.

A primeira condição indispensável à utilização do testemunho indireto em sentido estrito é a necessidade de indicação da fonte originária dos fatos<sup>7</sup> (Tonini, 2002, p. 116), sob pena de inutilidade do depoimento prestado (art. 195, § 7º). A segunda condição imprescindível à admissão

do testemunho indireto em sentido estrito, também sujeita à declaração de inutilidade, é a obrigatoriedade de a autoridade judiciária, por requerimento da parte ou de ofício, chamar a fonte direta para prestar seu depoimento (art. 195, §§ 1º e 2º), regra condicionante que será flexibilizada quando a presença da fonte direta resultar impossível por morte, enfermidade ou desconhecimento de seu paradeiro<sup>8</sup>, consoante art. 195, § 3º (Cordero, 2012, p. 680).

Essas balizas legais são primordiais à equalização do testemunho de relato com o *giusto processo*, permitindo o controle sobre a credibilidade da pessoa “de quem se ouviu” e sobre a confiabilidade “do que foi relatado” (Tonini, 2014, p. 284).

Diferentemente, no testemunho que se preste ao fornecimento de elementos de evidência indireta do fato probante, a regra de interpretação incindível não se conforma ao art. 195 do Código de Processo Penal italiano, mas, ao art. 192, § 2º, que impõe a observância aos critérios de gravidade, precisão e concordância dos dados (Taormina, 2015, p. 315).

Enquanto a gravidade diz respeito à distância que separa o teor do depoimento colhido do objeto fático de prova, a precisão se refere à estrutura interna do depoimento, isto é, a sua especificidade descritiva. Por sua vez, a concordância demarca que a prova indireta valorada se justapõe harmonicamente com as demais evidências colhidas no processo, não anulando-as ou instalando fundada dúvida sobre a sua ocorrência (Taormina, 2015, p. 317).

O *hearsay testimony* como prova indireta deve ser compreendido, a rigor, como prova crítico-circunstancial (*critico-indiziaria*), que assume especial relevo probatório para suplementar provas diretas ou declarativas (*prova dichiarativa*), nos termos em que expõe Ferrua (2021, p. 224-225).

Não se confunde com o testemunho indireto em sentido estrito (*testimonianza indiretta* e *dichiarazioni de relato*), em que as circunstâncias relatadas, sejam principais ou secundárias, foram assimiladas por outrem e não por quem depõe (Taormina, 2015, p. 317).

Por essa razão, levando em conta que as provas diretas já contêm em sua estrutura a proposição fática a ser provada, o testemunho indireto que lhe suplemente com outros dados periféricos de elevada relevância ou lhe preste referência em caráter circunstanciado exerce a importante função

de fortalecer a sua credibilidade e será qualificado como prova indireta<sup>9</sup>.

Nesse sentido, nos casos de crimes sexuais e de tortura cometidos na clandestinidade, em que apenas os sujeitos ativo e passivo possuem conhecimento sensorial direto do fato delitivo, a palavra da vítima é fato juridicamente relevante e, portanto, aqueles que a recebem e a armazenam de maneira congruente e fidedigna, podem e devem ser chamados a juízo para relatar aquilo que lhe foi transmitido após os fatos na qualidade de testemunha que fornece evidência indireta sobre a hipótese acusatória.

Não se deve olvidar de que o abalo psicológico e o processo de revitimização no qual muitas vezes se envolve o ofendido, embora não o impossibilitem de apresentar seu depoimento ao sistema de justiça, podem prejudicar, em algum grau, a sua capacidade de articulação das ideias, de detalhamento temporal dos fatos criminosos que lhe sobrevieram, dentre outros aspectos.

Em virtude disso, quando tais circunstâncias sejam transmitidas logo após a ocorrência dos fatos a um terceiro, cuja capacidade memorial e psicológica de expor os fatos com imparcialidade, objetividade e precisão seja um fator especial a ser considerado, como suplemento das declarações da vítima e do exame de corpo de delito que ateste a materialidade do crime, o relato prestado será de grande valia para a cognição da autoridade judiciária, de modo que o testemunho indireto, nesse caso, atuará como prova indireta, submetida ao exame crítico-circunstancial.

A partir disso, o direito italiano fornece um arcabouço normativo primordial à distinção entre a testemunha que fornece elementos de prova indireta, cujos depoimentos devem ser valorados de acordo com os critérios de gravidade, precisão e concordância, e aquelas que apresentam depoimentos propriamente qualificáveis como *testimonianza indiretta*, isto é, que se referem a outras testemunhas que tomaram conhecimento do fato em primeira mão (*firsthand knowledge*) e apenas neste caso as condições de indicação e chamamento a juízo da pessoa mencionada serão exigíveis. Assim, é factual a existência de dísticos identificadores entre testemunho indireto *lato sensu*, *hearsay testimony* como prova indireta e testemunho indireto *stricto sensu* ou por “mero ouvir dizer”.

A prova indireta não será de “mero ouvir dizer” quando se trate de testemunho que, indiretamente, comprove o fato por meio de inferência lógica que o relacione com os demais elementos de prova colhidos no

seio do contraditório judicial (Hails, 2012, p. 106).

Em Portugal, também é oportuno registrar, *en passant*, que o Código de Processo Penal lusitano, por seu art. 129 (Portugal, 1987, p. 74)<sup>10</sup>, estipula algumas prescrições normativas para a valoração probatória do depoimento indireto em sentido estrito ou por mero ouvir dizer similares àquelas condições previstas no modelo italiano (obrigatoriedade da chamada judicial da pessoa referida, à exceção de sua morte, de anomalia psíquica superveniente e da impossibilidade de ser encontrada, sob pena de inutilidade). Além disso, o art. 130<sup>11</sup> define a regra de vedação às chamadas testemunhas-eco (Chini, 2006, p. 10), entendidas como tal aquelas pessoas que apenas reverberam vozes ou rumores públicos<sup>12</sup>, não trazendo elementos de cognição precisos, objetivos e juridicamente relevantes à atividade probatória.

Por último, cabe mencionar que, em análise de julgados do Supremo Tribunal da Espanha, o jurista Ayala Yance (2020, p. 473) estruturou critérios de valoração aptos a revestir o testemunho indireto de um *standard* probatório além de qualquer dúvida razoável, a saber: a coerência do relato; a persistência da hipótese de incriminação; a verossimilitude do depoimento com a afirmativa a que se refere; a ausência de incredibilidade subjetiva da testemunha; a contextualização dos fatos descritos; a corroboração periférica em relação ao meio de prova a que se refere e aos demais elementos de cognição já produzidos em contraditório judicial e a pluralidade das testemunhas “de ouvir dizer”.

A figuração da testemunha indireta, portanto, em qualquer modalidade, deve ser encarada na persecução penal, pelas partes e pelo juiz, não sob um olhar de desaprovação abstrata, e sim através de uma perspectiva pautada em uma compreensão mútua da qual é a sua função no processo. É inquestionável que a testemunha indireta não irá se revolver imediatamente sobre os elementos fáticos imputados ao réu e tampouco esta é a sua finalidade instrutória, aspecto que deve ser bem assimilado por todos os sujeitos processuais.

Em verdade, a sua incumbência é, essencialmente, apresentar um depoimento satisfatório, harmônico e propenso a corroborar ou a infirmar outros elementos de convicção, caso em que assumirá peso de prova indireta, ou relatar elementos que assimilou por intermédio de outra testemunha, caso em que deverá ser indicada a fonte pessoal referida para



que ateste a sua afirmativa, salvo em casos de manifesta impossibilidade fática.

A distinção terminológica pontual entre a testemunha que introduz elementos de prova indiretos (*hearsay testimony*) e aquela que se refere a outras pessoas (testemunha indireta em sentido estrito) é importante para que a validação de cada modalidade seja racionalizada conforme suas notas constitutivas, de modo que o depoimento testemunhal de teor crítico-circunstancial possui uma eficácia probante especial, a saber, atestar a confiabilidade de outros elementos de prova em sentido estrito devidamente produzidos pelas partes.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de Corte de Cassação, teve de enfrentar situações em que o testemunho indireto não teve sua utilização racionalizada, na origem, como prova indireta de natureza crítico-circunstancial, e tampouco pautou-se em situações excepcionais que impusessem a sua valorização mais aguda em decorrência da impossibilidade de colher a fonte direta a que se referia<sup>13</sup>.

Como precedente representativo, citamos o recente julgamento do Agravo em Recurso Especial n.º 2.290.314/SE (Brasil, 2023b, p. 1), em que se formou o entendimento de que o depoimento testemunhal indireto, por si só, não possui a capacidade necessária para sustentar uma hipótese acusatória, sendo imprescindível a presença de outros elementos probatórios substanciais que o sirvam de corroboração.

Contudo, é imprescindível situar que em outro precedente relativo à possibilidade de conferir força probatória ao testemunho indireto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Agravo Regimental no Recurso Especial 1.387.883/MG (Brasil, 2017, p. 1), a Quinta Turma reconheceu a sua suficiência para embasar sentença condenatória de réu ao crime de estupro, considerando que, na hipótese, o depoimento foi produzido em juízo, respeitando-se as garantias do contraditório e da ampla defesa, bem como articulando-se de maneira coerente e harmônica com os demais elementos para fins de ratificar as declarações da vítima colhidas na fase investigativa.

Por isso mesmo, retomando à assertiva já veiculada pela Sexta Turma no julgamento do Habeas Corpus 265.842/MG (Brasil, 2016, p. 1), no sentido de que carga probatória do testemunho indireto é questão judicial, e não legislativa, entendemos que a epistemologia judiciária surge como

meio capaz de contornar a carência de tratamento legislativo orientativo que poderia ser conferido ao *hearsay testimony* no Brasil, possibilitando uma análise crítica dos parâmetros e instrumentos utilizados pelo julgador para delimitar, sucessivamente, *la credibilità della fonte di prova*, *l'attendibilità del mezzo di prova* e *l'affidabilità dell'elemento di prova* (Ubertis, 2020, p. 318).

Diante desse breve apanhado, que possui a finalidade de permitir a análise denotativa de que o estudo do testemunho indireto na atualidade não deve se sujeitar a estigmas e assertivas pressupostas e postas, vislumbra-se ser possível, no Brasil, estruturar critérios de valoração de sua utilização a partir de uma epistemologia probatória que, a um só tempo, efetive a sua finalidade específica na dinâmica persecutória e respeite as garantias processuais de um devido processo legal constitucional que zela pela ampla defesa e pelo modelo acusatório para a formação da prova.

### **2.3 Análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: avanços e equívocos**

Conforme delineado no tópico 2.1, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de que ao menos a questão da admissibilidade probatória do testemunho indireto no direito brasileiro se revela como uma questão juridicamente superada, de modo que a discussão contemporânea em torno do instituto perpassa, sobretudo, pela definição de critérios objetivos para o seu aproveitamento probatório.

No entanto, sob um panorama geral dos julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito da temática, identifica-se uma postura limitativa da força probatória conferida ao testemunho indireto, o que vem servindo para a formulação de conclusões em teses que dificultam que o enfoque da abordagem da temática seja a discussão dos critérios de valoração do meio de prova, e não do cabimento para esse ou aquele tipo de pronunciamento judicial.

A título de exemplo, é possível identificar que o Superior Tribunal de Justiça, em julgados de origem de ambas as turmas com jurisdição criminal<sup>14</sup>, vem dispondo que o testemunho de “ouvir dizer” ou *hearsay testimony* não é suficiente para fundamentar decisão de pronúncia, a qual não pode, também, encontrar-se baseada exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, nos termos do art. 155 do Código

de Processo Penal.

Suxberger (2024, p. 8) contextualiza que, “quando menciona o hearsay em casos de júri, indicando-o como se fosse razão de crítica para a importância dos elementos formalizados na investigação que não guardaram convergência com a prova produzida em juízo, o que parece fazer o STJ é elevar o padrão probatório necessário para a pronúncia. A fundamentação do STJ diz da necessidade de que a decisão de pronúncia (art. 413 do CPP) guarde necessariamente amparo em prova produzida sob o crivo do contraditório. Seria fixar medida de incidência do art. 155 do CPP ao que seja a admissibilidade do caso para júri. Se essa era a pretensão do Tribunal, é imprestável a menção ao hearsay, pois o instituto em nada se relaciona a essa intenção”.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça parece atribuir certa tarifação ao testemunho indireto prestados por policiais no exercício da função. Ocorre que pessoa do agente público que declara sobre fato que seja de seu conhecimento por força do regular exercício da função é isento de defeito ou circunstância em razão da própria disposição do art. 214 do Código de Processo Penal, que se dirige à credibilidade da pessoa da testemunha e, por isso mesmo, tem caráter subjetivo. Diferentemente, a verdade do que se declara deve normalmente ser objeto da confrontação de que trata o art. 203 do Código Processo Penal, para que se possa aferir a confiabilidade do depoimento (Suxberger, 2024, p. 8)

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, distante desta sutil diferença, desenvolve uma mescla argumentativa e parece sugerir a existência de uma suposta utilização de depoimentos policiais no sistema de justiça para frustrar o cumprimento de um padrão probatório necessário a alguns tipos de decisões, como é a decisão de pronúncia, conclusão que se mostra prejudicial à compreensão da matéria.

Em sentido um pouco diferente, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 755.217/RS (Brasil, 2023c, p. 1-2), não afastou terminantemente a utilização de depoimentos indiretos para fundamentar pronunciamentos judiciais no âmbito do Tribunal do Júri, a exemplo de uma decisão de pronúncia ou uma desclassificação delitiva, como ocorreu no caso de origem. Decidiu, nesse sentido, que o testemunho indireto deve ser tomado em perspectiva e regularmente valorado quando o depoente vá a juízo

revelar informações valiosas que angariou indiretamente, o que vai ao encontro da ideia acima discorrida de que o *hearsay testimony* é uma prova testemunha que possui um enfoque probatório diferenciado, a saber: apresentar circunstâncias periféricas ou secundárias em relação ao *thema probandum*, mas que, acima de tudo, sejam extremamente relevantes para integrar o quadro de reconstrução dos fatos. Em razão disso, entende-se que quando o Superior Tribunal de Justiça adota um caminho simplificado de enclausurar teses cabais sobre o assunto acaba dizendo mais do que deveria e, pode-se dizer, desejaria, possibilitando uma abordagem temerária do instituto na jurisprudência nacional.

Como demonstrado, a formulação de um entendimento conclusivo abstrato a respeito da impossibilidade de proferimento de decisão de pronúncia com base em testemunho indireto é temerária, pois, da análise do inteiro teor dos julgados em que formada a convicção, observa-se que, na verdade, a força probatória do depoimento por ouvir dizer não prevalece apenas quando não seja minimamente corroborado harmonicamente por outros elementos, o que, em última análise, não se questiona.

O que se questiona, acima de tudo, é a aparente ausência de preocupação do Superior Tribunal de Justiça em contextualizar que o testemunho indireto, uma vez introduzido no processo sob o crivo do contraditório, é qualificado como prova testemunhal idônea para todos os efeitos, inclusive para a comprovação ou corroboração dos elementos do ilícito penal, da autoria criminosa e da materialidade delitiva – quando for o caso –, de modo que a sua valoração, certamente, deve ser refinada e diferenciada, assim como são os demais meios de prova.

Ao que se nota, a atuação do Superior Tribunal de Justiça como verdadeira “fábrica de jurisprudência em teses”, no caso do testemunho por ouvir dizer, é repercutida no sistema de justiça criminal brasileiro de forma que mantém a índole estigmatizante que circunda o instituto processual e apresenta até mesmo um efeito-rebote, que é ser veiculada no sistema de justiça criminal de maneira dissonante dos fundamentos fáticos dos *cases* que servem à formulação do entendimento.

Dessa forma, entende-se por equivocada a opção do Superior Tribunal de Justiça em abordar o instituto sofisticado do *hearsay testimony* de maneira meramente dispositiva, isto é, enclausurando assertivas do tipo “o testemunho de ouvir dizer é insuficiente para fundamentar decisão de

pronúncia”, “mero depoimento de ‘ouvir dizer’ ou *hearsay* não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime”.

Abordagem desse tipo transfigura o tratamento do instituto estrangeiro e torna difusa a questão principal deste meio de prova, que é a definição de critérios racionalmente diferenciados, objetivos e justos no campo do direito probatório. Essa reflexão crítica, acima de tudo, é voltada ao aperfeiçoamento da atividade jurisdicional desenvolvida pelo Superior Tribunal de Justiça, visto que a referência enviesada ao *hearsay testimony* não se presta a amparar o que Tribunal quer dizer (Suxberger, 2024, p. 7).

Portanto, instala-se a reflexão quanto à possibilidade de formulação de critérios de valoração e *standard* probatório do testemunho indireto à luz de um devido processo legal constitucional.

#### **2.4 Critérios de valoração e *standard* probatório do testemunho indireto à luz de um devido processo legal constitucional: uma questão superável**

A ideia de devido processo legal constitucional ora utilizada corresponde, em largos termos, à concepção de *giusto processo*, dogma previsto no art. 111 da Constituição Italiana (Italia, 2023, p. 30)<sup>15</sup> que indica o modelo ideal de processo acusatório (Ferrua, 2017, p. 663-664), norteando-se pelos princípios da reserva de lei em matéria processual, da imparcialidade do juiz, na paridade de armas entre as partes e na razoável duração do processo (Tonini, 2002, p. 21).

Para que uma avaliação probatória se harmonize com um devido processo legal constitucional e, conseqüentemente, viabilize o atingimento de um resultado penalmente justo e legítimo, três parâmetros devem ser observados de maneira cumulativa: o *accertamento* fático da escolha e a correta interpretação da norma jurídica aplicável ao caso; a verificação fidedigna dos fatos relevantes do caso; e a utilização de procedimento válido e justo para chegar à decisão (Taruffo, 1997).

A formulação de um *standard di prova* para o testemunho de ouvir, portanto, passa uma análise metodológica, com a definição de parâmetros objetivos, e axiológica, vocacionada a efetivamente estabelecer o grau de consistência probatória exigida à luz dos critérios que sejam fixados na etapa metodológica (Ferrer Beltrán; Tuzet, 2018. p. 457).

Afinal, a força de uma prova indireta depende da formulação de pre-

dições e testes acerca das hipóteses explanatórias, o que corresponde ao aspecto dinâmico da inferência cognitiva para a melhor explicação em termos de probabilidade predominante (Dallagnol, 2015, p. 245).

Assim, tomando em consideração a análise não-exaustiva de como o instituto do testemunho como prova indireta (*hearsay testimony*) se modela no direito comparado, sugerimos, a adoção dos seguintes critérios de valoração probatória para o estabelecimento de um *standard* probatório elevado no sistema de justiça brasileiro: a gravidade ou relevância do fato relatado; a precisão ou verossimilhança do testemunho com a afirmativa a que se refere; a espontaneidade, a naturalidade e a contemporaneidade ou proximidade espacial-temporal do evento narrado com o fato principal; a concordância ou coerência harmônica do relato com os demais elementos de provas; a ausência de incredibilidade subjetiva da testemunha; e a contextualização dos fatos descritos à finalidade a que se propõe e, como elemento formal, a necessidade de realização do juramento de dizer a verdade pela pessoa que transmite aquilo de que tem conhecimento.

Já em relação ao testemunho indireto em sentido estrito ou por mero ouvir dizer, é primordial que seja acrescido mais um parâmetro de validação formal, a saber, a indicação da fonte direta, isto é, da testemunha referida, que deve ser chamada a juízo para depor, salvo nas impossibilidades excepcionais de morte, enfermidade incapacitante para o ato e desconhecimento do paradeiro.

Se tais diretrizes epistemológicas sejam observadas de maneira acurada, com o cotejo fático-analítico acertado do caso concreto pelo julgador, o testemunho que forneça prova indireta poderá, em grau satisfatório, embasar o proferimento de vereditos condenatórios ou mesmo os absolutórios que não sejam pautadas em existência de dúvida sobre as circunstâncias fáticas do *thema probandum*, e sim, sobre a sua demonstração ou não. Em outros termos, a prova indireta fornecida por uma testemunha de fatos periféricos ou secundários do tema de prova é propensa a se qualificar como prova acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond any reasonable doubt*), podendo, assim, servir para reforçar a legitimidade de uma condenação, especialmente quando corroborada por outras evidências.

Por fim, cabe assinalar que a presente discussão é de natureza eminentemente técnica e visa possibilitar que a utilização da prova testemu-

nhal indireta, seja de acusação, ou defesa, venha a se dar de maneira criteriosa no sistema de justiça criminal brasileiro, especialmente nos casos em que a valoração acertada de tais depoimentos se afigure essencial para fortalecer ou mesmo para arrefecer as hipóteses acusatória e defensiva.

De qualquer sorte, o que se afeiçoa como medida fundamental no tratamento da matéria em interface com um devido processo legal de caráter constitucional, é a adoção de critérios no sistema de justiça criminal pátrio como uma rota alternativa para o debate improdutivo destinado a fixar pesos predeterminados *in abstracto* e estigmas de concepção do testemunho indireto, aperfeiçoando o seu uso e situando o seu aproveitamento probatório como uma questão superável, desde que sejam afixados critérios de valoração objetivos e seguros.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, foi possível constatar que o debate sobre a conformação do “testemunho por ouvir” às garantias constitucionais do devido processo legal deve transitar da superada controvérsia de sua admissibilidade legal para a busca de critérios de valoração capazes de revesti-lo de força probatória.

Colocando a questão nesses termos, foi possível examinar a abordagem da temática no âmbito dos direitos anglo-galês, estadunidense, italiano, espanhol e português, desenvolvendo-se uma linha de argumentação clara em fomentar a discussão sobre os parâmetros de formulação de um *standard* probatório para o *hearsay testimony*.

De tal maneira, a partir de uma síntese explicativa da modelação do instituto no direito comparado, compartilhando-se os contornos legislativos fincados em outros países, foi possível confirmar a hipótese da necessidade de se replicar um modelo semelhante na atividade persecutória do sistema de justiça brasileiro baseado em critérios de validação formal (realização do juramento de dizer a verdade sobre o que se tem conhecimento e indicação da fonte direta, que deve ser chamada a juízo para depor, salvo nas impossibilidades excepcionais) e de validação material (coerência harmônica do relato com os demais elementos de provas, a verossimilhança do testemunho com a afirmativa a que se refere; a ausência de incredibilidade subjetiva da testemunha; e a contextualização dos fatos descritos à finalidade a que se propõe).

Dito isto, é possível afirmar à guisa de conclusão de que não há qualquer validação teórica para se excluir *a priori* o testemunho de ouvir dizer. Como qualquer meio de prova, a sua validação depende da coerência lógica com que o testemunho indireto é produzido, propondo-se, nesta pesquisa, critérios que podem garantir uma *soglia* de credibilidade à palavra da testemunha, ainda que esta não tenha tido conhecimento direto dos fatos objeto de prova. O valor do depoimento testemunhal, seja ele direito ou indireto, depende apenas da sua coerência lógica e epistemológica.

O que se propõe a partir da análise metodologicamente orientada pela comparação com o tratamento jurídico em outros sistemas são parâmetros de orientação que sirvam para reforçar o valor do testemunho indireto a partir de determinadas balizas, mas somente o caso concreto e o desenvolvimento do raciocínio lógico feito pelo magistrado é que poderá dar o valor adequado ao testemunho indireto produzido nos autos como prova. Rechaça-se, porém, qualquer construção teórica que exclua, por qualquer razão meramente arbitrária, a prova testemunhal indireta. A aceitação dessa prova depende apenas da sua validade jurídica, já que, como todas as demais provas, não há um valor intrínseco próprio e o peso desta prova depende sempre do contexto em que está inserida e como se articula com os demais elementos de prova existentes nos autos.

## REFERÊNCIAS

AYALA YANCCE, Rafael. *Credibilidad testimonial del testigo en el proceso penal*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 453-480, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/246/213>. Acesso em: 2 ago. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A utilização da *hearsay witness* na Corte Penal Internacional: estudo sobre sua admissibilidade e valoração. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Gießen, ano 9, p. 177-188, abr. 2014. Disponível em: [https://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2014\\_4\\_ger.pdf](https://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2014_4_ger.pdf). Acesso em 8. ago. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BERNASCONI, Alessandro. Parte IV - *Prove*. In: SCALFATI, Adolfo *et al*. **Manuale di diritto processuale penale**. Torino: G. Giappichelli, 2015. p.



223-316.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília. Presidência da República, 2023a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 8. ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus 265.842/MG.** Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, data de julgamento: 16/08/2016, data de publicação: 01/09/2016. Brasília. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201300608856&dt\\_publicacao=01/09/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300608856&dt_publicacao=01/09/2016). Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo em Recurso Especial 2.290.314/SE.** Relator Ministro Ribeiro Dantas, data de julgamento: 23/05/2023, data de publicação: 26/05/2023. Brasília. 2023b. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202300339432&dt\\_publicacao=26/05/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300339432&dt_publicacao=26/05/2023). Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.387.883/MG.** Relator Ministro Ribeiro Dantas, data de julgamento: 19/10/2017, data de publicação: 25/10/2017. Brasília. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201301951700&dt\\_publicacao=25/10/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301951700&dt_publicacao=25/10/2017). Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 755.217/RS.** Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, data de julgamento: 19/09/2023, data de publicação: 06/10/2023. Brasília. 2023c. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRHC%27.clas.+e+@num=%27755217%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20HC%27+adj+%27755217%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRHC%27.clas.+e+@num=%27755217%27)+ou+(%27AgRg%20no%20HC%27+adj+%27755217%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 12 set. 2024.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Hearsay* tropicalizado: a dita prova por ouvir dizer. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 3, n. 6, abr. 241-256. 2017. Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2017/bzw\\_revista\\_escola\\_magistratura\\_trf4n6.pdf](https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2017/bzw_revista_escola_magistratura_trf4n6.pdf). Acesso em: 7 ago. 2023.

CHINI, Alexandre. Ensaio sobre o testemunho de ouvir dizer. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 67, abr./jun. p. 70-78. 2006. Disponível em: [https://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=6c3f0f55-ff1b-42fd-bfee-c-d47465baace&groupId=10136](https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=6c3f0f55-ff1b-42fd-bfee-c-d47465baace&groupId=10136). Acesso em: 7. ago. 2023.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do *giusto processo* na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/61/79>. Acesso em 3 ago. 2023.

FERRUA, Paolo. *Ammissibilità della prova e divieti probatori*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 215-246, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/533/329>. Acesso em: 4 ago. 2023.

FRAGOSO, Heleno. **Prova**: testemunho de ouvir dizer. Jurisprudência Criminal, verbete n. 453. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

GOMES, Márcio Schlee. A força probatória dos indícios no processo penal. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, ano XLII, n. 27, p. 81-130, nov. 2017. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/ler-artigo/>. Acesso em: 25 ago. 2023.

GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015.

GREVI, Vittorio. **Capitolo III: prove**. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. 7. ed. Padova: Wolters Kluwer, 2014.

HAILS, Judy. **Criminal evidence**. 7. ed. New York: Wadsworth, 2012.

IORIO, Paolo; MARINARI, Marcello. *The bench and the bar: il sistema processuale inglese, il processo penale, il processo civile*. Roma: Luiss University Press, 2013.

ITALIA. *Codice di procedura penale* (Set. 22 1988). Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/>. Acesso em: 26 ago. 2024.

ITALIA. *Costituzione della repubblica italiana* (Out. 2023). Disponível em: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione\\_della\\_Repubblica\\_italiana.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana.pdf). Acesso em: 4 set. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PILLA, Vittorio. *Parte quarta: capitolo 2*. In: BARBUTO, Giorgio *et al.* *Compendio di diritto processuale penale: riferimenti dottrinali e giurisprudenziali*. 5. ed. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2013.

PORTUGAL. Código de processo penal (Fev. 17 1987). Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075>. Acesso em: 26 ago. 2024.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova indiciária*. Coimbra: Almondina, 2013.

SOUZA, Pedro Ivo de; William Clinton Machado. A produção comparada da prova no sistema penal acusatório: uma análise crítica do *cross examination* nos sistemas processuais penais italiano e brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXI, n. 36, p. 59-76, jul./dez. 2018.

SPRACK, John. *A practical approach to criminal procedure*. 15. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Lost in translation: o hearsay segundo o Superior Tribunal de Justiça*. *Temas Jurídicos PDF.com*. 21 abr. 2024. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/lost-in-translation-o-hearsay-segundo-o-superior-tribunal-de-justica/>. Acesso em: 30 maio 2024.

TAORMINA, Carlo. *Procedura penale*. Torino: Giappichelli Editore, 2015.

TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. *Rivista Tri-*

**mestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997. Disponível em: <http://www.notiziariogiuridico.it/micheletaruffo.html>. Acesso em: 9 ago. 2023.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2014.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUZET, Giovanni. *Ragionamento giuridico, prove e regole*. **Diritto & Questioni Pubbliche**, Palermo, n. 11, p. 1.065-1.078, 2011. Disponível em: [http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2011\\_n11/35\\_rece%20II%20-%20Tuzet.pdf](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2011_n11/35_rece%20II%20-%20Tuzet.pdf). Acesso em: 7 ago. 2023.

\_\_\_\_\_; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali**. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/331701366\\_Sulla\\_necessita\\_degli\\_standard\\_d\\_i\\_prova\\_per\\_la\\_giustificazione\\_delle\\_decisioni\\_giudiziali](https://www.researchgate.net/publication/331701366_Sulla_necessita_degli_standard_d_i_prova_per_la_giustificazione_delle_decisioni_giudiziali). Acesso em 30 nov. 2024.

UBERTIS, Giulio. *Processo indiziario e valutazione probatoria*. **Diritto & Questioni Pubbliche**, Palermo, n. 20, p. 315-324, jun. 2020. Disponível em: [http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2020\\_n20-1/DQ-XX-2020-1\\_19\\_ratio\\_Ubertis.pdf](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2020_n20-1/DQ-XX-2020-1_19_ratio_Ubertis.pdf). Acesso em: 10 ago. 2023.

UNITED KINGDOM. **The criminal procedure rules 2005** (Feb. 18 2005). Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2005/384/part/34/made>. Acesso em: 26 ago. 2024.

UNITED STATES OF AMERICA. **Federal rules of evidence**. COMMITTEE ON THE JUDICIARY. 2023 Edition, 1975. Disponível em: [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/evidence\\_federal\\_rules\\_pamphlet\\_dec\\_1\\_2023.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/evidence_federal_rules_pamphlet_dec_1_2023.pdf). Acesso em: 26 ago. 2024.

UNITED STATES OF AMERICA. **Sixth Amendment to the United States Constitution**. 1791. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-6/>. Acesso em: 12 set. 2024

## 'Notas de fim'

1 É pertinente assinalar que testemunha auditiva não se confunde com testemunha de auditu. Enquanto a primeira assimila o fato mediante o sentido da audição, a exemplo do policial que ouve gritos e clamores agonizantes advindos de cela de unidade policial onde se encontram apenas o recluso e outro agente público e, com isso, toma conhecimento do crime de tortura, a segunda recebe informações por outra pessoa sobre a ocorrência do fato delitivo (Badaró, 2015, p. 466).

2 Em sentido contrário, Badaró (2015, p. 458) indica que a testemunha indireta não se responsabiliza pelo seu testemunho, porquanto não é fonte originária dos fatos; logo, seu relato não é passível de contraditório.

3 Acontece que o crime de falso testemunho indireto não se consuma quando o depoimento não possuir correspondência com os fatos objeto da persecução penal conhecidos e provados, pois se tal lógica fosse estabelecida, estaríamos diante de verdadeiro crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, já que é da própria natureza do testemunho indireto não se reportar aos fatos imputados ao réu em si. Em verdade, a testemunha indireta estará sujeita à responsabilização pelo crime do art. 342 do Código Penal quando seu depoimento não se mostrar alinhado ao meio de prova a que se refere. A título de exemplificação, se a testemunha indireta relata fatos que, de acordo com o depoimento da pessoa indicada como referência, não aconteceram, deverá se proceder ao mecanismo da acareação previsto no art. 229 e 230 do Código de Processo Penal para esclarecimento dos pontos de dissonância, após o que será possível ou não visualizar a existência do crime de falso testemunho.

4 A título de exemplificação, no precedente *Ratten v. Queen*, de 1971, em que um homem foi acusado do assassinato de sua esposa, defendendo-se sob a tese de que o disparo do tiro que a matou teria ocorrido acidentalmente, foi admitido o testemunho indireto prestado pelos representantes da operadora de telefonia contactada pela vítima minutos antes de sua morte como circunstância probante de que o disparo teria sido intencional, e não acidental. Isso porque, após a vítima ter solicitado o acionamento da polícia, informou o endereço residencial e a ligação foi encerrada repentinamente. Ao chegar no local, a polícia encontrou o cadáver da mulher. A partir disso, a autoridade judiciária proferiu sentença pontuando que o testemunho indireto que demonstrou que a falecida ligou para a operadora de telefonia e quais foram as palavras por ela ditas na ligação é fato juridicamente relevante, pois recai sobre eventos que, sem dizer respeito ao fato principal da persecução penal, fazem parte da mesma cadeia de eventos da imputação em discussão perante o Tribunal.

5 Art. 192. [...] 2. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordante.

Art. 192. [...] 2. A existência de um fato não pode ser deduzida a partir de indícios, a menos que estes sejam sérios, precisos e consistentes. (tradução nossa).

6 Art. 195. 1. Quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre. 2. Il giudice può disporre anche di ufficio l'esame delle persone indicate nel comma 1. 3. L'inosservanza della disposizione del comma 1 rende inutilizzabili le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza da altre persone, salvo che l'esame di queste risulti impossibile per morte, infermità o irrimediabilità. 4. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli articoli 351 e 357, comma 2, lettera a) e b). Negli altri casi si applicano le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo. 5. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche quando il testimone abbia avuto comunicazione del fatto in forma diversa da quella orale. 6. I testimoni non possono essere esaminati su fatti comunque appresi dalle persone indicate negli articoli 200 e 201 in relazione alle circostanze previste nei medesimi articoli, salvo che le predette persone abbiano deposto

sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati. 7. Non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame.

Art. 195. 1. Quando a testemunha se referir, pelo conhecimento dos fatos, a outras pessoas, o juiz, mediante requerimento da parte, decide que estas sejam chamadas a depor. 2. O juiz pode ainda ordenar de ofício a inquirição das pessoas indicadas no parágrafo 1º. 3. A inobservância do disposto no parágrafo 1º torna inutilizáveis as declarações relativas a fatos de que a testemunha tomou conhecimento por outras pessoas, salvo se a inquirição resulta impossível devido a morte, doença ou impossibilidade de localização. 4. Os oficiais e os agentes da polícia judiciária não podem depor sobre o conteúdo dos depoimentos obtidos de testemunhas na forma referida nos artigos 351 e 357, § 2º, alíneas “a” e “b”. Nos demais casos se aplica o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo. 5. O disposto nos parágrafos anteriores se aplica também quando a testemunha tiver conhecimento do fato por outra forma que não a oral. 6. As testemunhas não podem ser inquiridas, em qualquer caso, sobre fatos que sejam de conhecimento das pessoas indicadas nos artigos 200 e 201 em relação às circunstâncias previstas nos mesmos artigos, a menos que as pessoas referidas tenham testemunhado sobre os mesmos fatos ou os tenham divulgado de outra forma. 7. Não pode ser aproveitado o depoimento de quem se recusar ou não puder indicar a pessoa ou fonte por meio da qual tomou conhecimento da notícia dos fatos objeto da inquirição. (tradução nossa)

7 Em âmbito nacional, Dezem (2016, p. 245), analisando a omissão legislativa brasileira em relação ao assunto, reafirma a importância de chamada da fonte referida no depoimento indireto nos moldes do modelo italiano como importante caminho para que a boa qualidade do relato seja validada como prova testemunhal. Por isso, defende que, caso não haja a individuação da fonte da qual se extraiu o conhecimento da testemunha, salvo nos casos em que a impossível a sua oitiva, então o seu valor não será o de prova testemunhal, mas, sim, no máximo, de prova indiciária.

8 É primordial registrar que “o desconhecimento do paradeiro pressupõe a impossibilidade de realizar a intimação da testemunha já identificada (pelas partes privadas ou pela polícia) para comparecer nos termos do art. 167 do CPP. Caso a testemunha seja intimada e não compareça à audiência, faz-se necessária a determinação de sua condução coercitiva” (Tonini, 2002, p. 18).

9 Sobre tal aspecto, a teoria da inferência à melhor explicação (inferenza alla migliore spiegazione), desenvolvida por Tuzet (2011, p. 1067), sugere que a complexa atividade inferencial e avaliativa desempenhada pela autoridade judiciária deve conduzi-lo à adesão probatória, dentre as hipóteses concorrentes, daqueles meios de prova que, lidos conjuntamente, melhor expliquem os fatos conhecidos à luz dos elementos colhidos no interesse da persecução em plena conformidade com as regras processuais constitucionais.

10 Art. 129. 1. Se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas. 2. O disposto no número anterior aplica-se ao caso em que o depoimento resultar da leitura de documento da autoria de pessoa diversa da testemunha. 3. Não pode, em caso algum, servir como meio de prova o depoimento de quem recusar ou não estiver em condições de indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos fatos.

11 Art. 130. 1. Não é admissível como depoimento a reprodução de vozes ou rumores públicos. 2. A manifestação de meras convicções pessoais sobre factos ou a sua interpretação só é admissível nos casos seguintes e na estrita medida neles indicada: a) Quando for impossível cindi-la do depoimento sobre factos concretos; b) Quando tiver lugar em função de qualquer ciência, técnica ou arte; c) Quando ocorrer no estádio de determinação da sanção.

12 No mesmo sentido, Fragoso (1982) delimita que o “testemunho indireto é o que se refere a coisas ditas por outras pessoas, certas e determinadas, não se confundindo com a referência genérica e indeterminada de rumores anônimos”.

13 É fundamental observar que os julgados que não conferiram alta eficácia instrutória ao depoimento testemunhal indireto apenas indicam que o Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de Corte de Cassação, vem se debruçando sobre situações concretas nas quais, em razão da maior fragilidade ou potencialidade de incredibilidade do testemunho “de ouvir dizer”, se verifique a sua insuficiência para, por si só, fundamentar um veredicto condenatório. Assim, os julgados mostram-se íntegros em seus próprios termos, não dizendo respeito à admissibilidade probatória do hearsay testimony no direito brasileiro, questão que, como visto, já foi enfrentada no Habeas Corpus 265.842/MG (Brasil, 2016), mas sim, provocam reflexões a respeito da premente necessidade de apuração dos critérios de valoração do testemunho indireto in concreto, atento às singularidades de cada caso e à sua destinação essencialmente supletiva aos demais elementos de prova produzidos em respeito a um devido processo legal de índole constitucional.

14 A título representativo, conferir: STJ. Quinta Turma. AgRg no AgRg no AREsp n. 2.142.384/RS, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 24/10/2023, DJe 27/10/2023; STJ. Sexta Turma, AgRg no REsp n. 2.017.497/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 16/10/2023, DJe 19/10/2023; STJ. Quinta Turma, RHC N° 172.039/CE, Relatora Ministra Daniela Teixeira, julgado em 02/04/2024; STJ. Quinta Turma. AgRg no AREsp N° 2.446.885/RS, Relator Ministra Daniela Teixeira, julgado em 16/04/2024, DJe 19/04/2024).

15 La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

A jurisdição é aplicada mediante o justo processo regulado pela lei. Cada processo se desenvolve no contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante juiz terceiro e imparcial. A lei assegura a razoável duração. No processo penal a lei assegura que a pessoa acusada de um crime seja, no mais breve tempo possível, informada reservadamente sobre a natureza e os motivos da acusação imputada a sua pessoa, disponha do tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa; tenha faculdade, perante o juiz, de inquirir ou de pedir a inquirição das pessoas que prestam declarações contra a sua pessoa, obter a convocação e o inquirição de pessoas para sua defesa nas mesmas condições da acusação e utilizar todos os meios de prova a seu favor; seja assistida por um intérprete, se não compreende ou não fala a língua utilizada no processo. O processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova. A culpabilidade

do acusado não pode ser provada com base em declarações prestadas por quem, por livre escolha, sempre se subtraiu voluntariamente à inquirição por parte do acusado ou do seu defensor. A lei regula os casos em que a formação da prova não ocorre em contraditório por consenso do acusado ou por impossibilidade comprovada de natureza objetiva ou por efeito de conduta ilícita provada. Todos os pronunciamentos jurisdicionais devem ser motivados. Contra as sentenças e contra as decisões sobre a liberdade pessoal, emitidos pelos órgãos jurisdicionais ordinários ou especiais, é sempre admitido o recurso na Corte de Cassação por violação de lei. Pode-se derogar essa norma somente para as sentenças dos tribunais militares em tempo de guerra. Contra as decisões do Conselho de Estado e da Corte de Contas, o recurso no tribunal de Cassação só é admitido por motivos inerentes à jurisdição. (tradução nossa).



# DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM BOBBIO E KANT E A SUA EFETIVAÇÃO PELO ACESSO À JUSTIÇA

HUMAN DIGNITY IN BOBBIO AND KANT AND ITS  
EFFECTIVENESS THROUGH ACCESS TO JUSTICE

LA DIGNIDAD HUMANA EM BOBBIO Y KANT Y SU  
EFICACIA ATRAVÉS DEL ACCESO A LA JUSTICIA

## SUMÁRIO:

Introdução; 1. Dignidade da pessoa humana; 1.1 O fundamento absoluto em Bobbio; 1.2 A dignidade na moral Kantiana; 2. Acesso à Justiça e a efetivação da dignidade; Conclusão; Referências Bibliográficas.

## RESUMO:

Este estudo busca entender a efetivação do acesso à justiça mediante a compreensão da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento absoluto em Bobbio e dever de respeito para com o outro na teoria moral de Kant. Pretende-se explicar qual o sentido de se buscar um fundamento absoluto para salvaguarda de direitos, bem como entender porque o ser humano deve respeitar a si mesmo e aos outros e, assim, explicar como o acesso à justiça pode ser meio para a materialização dos direitos da pessoa humana. A pesquisa é descritiva e bibliográfica.

## ABSTRACT:

This paper aims to verify the effectiveness of access to justice by understanding human dignity as an absolute foundation in Bobbio and a duty of respect for the others in Kant's moral theory. It is intended to

Como citar este artigo:  
YAMAKAWA, Thais,  
URQUIZA, Antonio.  
Dignidade da pessoa  
humana em Bobbio e  
Kant e a sua efetivação  
pelo acesso à justiça.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 43 2024,  
p. 233-253

Data da submissão:  
07/10/2023

Data da aprovação:  
29/11/2024

1. Universidade  
Federal de Mato Grosso  
do Sul – Brasil  
2. Universidade  
Federal de Mato Grosso  
do Sul - Brasil

explain the meaning of an absolute foundation for protection of rights, as well as to understand why human beings must respect each other, and thus explain how access to justice a means for the materialization of human rights can be. The research is descriptive and bibliographical.

#### **RESUMEN:**

Este trabajo tiene como objetivo verificar la efectividad del acceso a la justicia entendiendo la dignidad humana como un fundamento absoluto en Bobbio y un deber de respeto al outro en la teoría moral de Kant. Se pretende explicar el significado de um fundamento absoluto de protección de los derechos, así como comprender por qué los seres humanos deben respetarse entre sí, y así explicar como el acceso a la justicia puede ser um medio para la materialización de los derechos humanos.

#### **PALAVRAS-CHAVE:**

Bobbio; Kant; Dignidade da pessoa humana; Acesso à justiça.

#### **KEWORDS:**

Bobbio; Kant; Human Dignity; Access to justice.

#### **PALABLAS CLAVE:**

Bobbio; Kant; Dignidad humana; Acceso a la justicia.

#### **INTRODUÇÃO**

Os direitos fundamentais somente podem ser amplamente garantidos quando a dignidade da pessoa humana estiver também resguardada.

Nesse sentido, o instrumento de realização das garantias é justamente o efetivo acesso à justiça, isso porque superado tempo em que a justiça era feita pelas próprias mãos e a lei de Talião, em que valia a máxima do olho por olho e dente por dente, estabeleceu-se que cabe ao Estado, por intermédio do Poder Judiciário, entregar a decisão justa da contenda mediante juiz imparcial, partes equidistantes e com paridade de armas. Todavia, não se quer falar em um mero acesso instrumental ao Poder Judiciário, mas de, ao acessá-lo, alcançar uma decisão processual e socialmente adequada.

Este estudo não se prende ao acesso à justiça formal, mas sim à efetivação do acesso a uma ordem jurídica justa mediante a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana e, para tanto, discorre sobre a necessidade e utilidade de se buscar um fundamento absoluto dos direitos humanos através do pensamento de Bobbio, trazendo para o debate o conceito de dignidade da pessoa humana na moral Kantiana.

## **1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

### **1.1 O fundamento absoluto em Bobbio**

Em “A era dos direitos”, Bobbio apresenta um compilado de artigos sobre direitos humanos. Seu primeiro escrito sobre o assunto remonta a 1951 e nasceu de uma aula sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem ministrada em Turim. Esse tema, em conjunto com o tema da paz e da democracia, ocupou sua vida política e acadêmica, isso porque direitos humanos, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico e “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos” (Bobbio, 1992, p. 7).

Ao iniciar a discussão sobre a necessidade de se encontrar um fundamento absoluto na proteção dos direitos humanos, Bobbio se propõe a discutir a princípio três questionamentos importantes, sendo o primeiro relacionado a saber qual é o sentido de se buscar este fundamento, em seguida, se um fundamento absoluto é viável e, enfim, e acaso possível, o é desejável.

Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis e que, apesar disso, não foram ainda todos eles reconhecidos. Estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos, e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento (Bobbio, 1992, p. 12).

Parte-se da suposição de que ao se buscar um fundamento será possível, enfim, chegar a um denominador comum, no sentido de se encontrar um direito que todos então considerarão inabalável.

Da finalidade visada pela busca do fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que de tanto acumular e elaborar razões e argumentos — terminaremos por encontrar a razão e o ar-

gumento irresistível –, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão (Bobbio, 1992, p. 12).

Essa ilusão foi comum durante séculos aos jusnaturalistas que supunham ter colocado certos direitos acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas, a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis. Essa ilusão já não é possível hoje uma vez que toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada, segundo Bobbio.

Contra esta “ilusão” dos jusnaturalistas, Bobbio (1992, p. 13) levanta quatro dificuldades. A primeira dificuldade deriva da consideração de que “direitos do homem” é uma expressão muito vaga e segundo Bobbio, a maioria das definições são tautológicas: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.” Ou nos dizem algo apenas sobre o que se espera desses direitos e não sobre o seu conteúdo: “Direitos do homem são aqueles que pertencem a todos os homens”. Ou são definições avaliativas: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana”.

A segunda dificuldade está no fato de que o fundamento dos direitos esbarra na antinomia de valores: “[...] os valores últimos são antinômicos: não podem ser todos realizados globalmente e ao mesmo tempo. Para realizá-los, são necessárias concessões de ambas as partes [...]” (Bobbio, 1992, p. 13). A partir dessa busca pela conciliação acabam despontando algumas preferências pessoais, opções políticas e ideológicas, de modo que não se alcança um fundamento bem delimitado de direitos humanos. Pergunta-se, então: como é possível encontrar o fundamento para os direitos do homem se sequer é possível identificar contornos nítidos sobre o tema?

Em segundo lugar, os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização deles, das transformações técnicas etc. (Bobbio, 1992, p. 13).

O autor conclui que “não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos” (Bobbio, 1992, p. 13).

Em terceiro, indica que a classe dos direitos humanos é também heterogênea e que por assim ser, até mesmo na Declaração Universal dos Direitos do Homem existem: “[...] pretensões muito diversas entre si e, o que é pior, até mesmo incompatíveis. Portanto, as razões que valem para sustentar umas não valem para sustentar outras”. (Bobbio, 1992, p. 14)

Para ilustrar, o autor indica que é aparentemente fácil justificar a proibição à tortura e, dessa forma, afastar do torturador o “direito de torturar”. Ou seja, é fácil justificar a supressão do direito de torturar. E conforme leciona Bobbio (1992, p. 14), não se pode firmar um novo direito sem suprimir antigos direitos.

Por outro lado, nem sempre é fácil justificar, por exemplo, a liberdade de expressão, isso porque, tanto o direito que se afirma como o que é negado têm suas boas razões. Assim, constata-se que os direitos, vez ou outra, são postos em concorrência, ficando difícil afirmar a existência de direitos absolutos.

Destarte, como quarta dificuldade para se estabelecer um fundamento absoluto de proteção dos direitos humanos destaca-se a impossibilidade de direitos antinômicos terem, um e outro, fundamentos absolutos, pois se assim fossem, um anularia a existência do outro. Essa antinomia inclusive já foi obstáculo para a introdução de novos direitos nos ordenamentos jurídicos: “O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras” (Bobbio, 1992, p. 15). A exemplo disso basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pelo fundamento absoluto do direito à propriedade.

Em seguida, ao analisar se é “desejável” um fundamento absoluto, Bobbio (1992, p. 15) afirma que se trata: “[...] de saber se a busca do fundamento absoluto, ainda que coroada de sucesso, é capaz de obter o resultado esperado, ou seja, o de conseguir de modo mais rápido e eficaz o reconhecimento e a realização dos direitos do homem”.

Essa efetividade não foi alcançada em época anterior, quando os jusnaturalistas afirmavam ter um fundamento absoluto, o de que todo direito humano era inato e como tal, não era conquistado ou adquirido, mas nascido de si, compunha parte da essência humana (Bobbio, 1992). A corrente jusnaturalista defendia a ideia de que o Direito Positivo deveria sucumbir ao Direito Natural uma vez que o ser humano já tem em sua na-

tureza a liberdade, que não pode ser violada pela vida em sociedade. Para essa corrente, a dignidade da pessoa humana seria algo inato, inerente à condição de qualquer pessoa e, dessa forma, intocável pelo Estado.

Importante observar que, embora Bobbio entenda que a busca por um fundamento que justifique de forma absoluta a necessidade de proteção dos direitos humanos não se pareça necessária, ele mesmo observa que se uma maioria de governos existentes concordou com uma declaração comum – a Declaração Universal dos Direitos Humanos –, isso é sinal de que encontraram boas razões para fazê-lo.

Por isso, não se trataria tanto em buscar outras razões justificantes, mas sim buscar condições para sua realização, isso porque “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. (Bobbio, 1992, p. 16)

Destarte, buscar o fundamento absoluto dos direitos não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. A dignidade da pessoa humana, enquanto direito previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, já não precisaria de reafirmação enquanto fundamento integral.

## 1.2 A dignidade na moral Kantiana

A concepção do termo dignidade humana é importante para o discurso dos direitos humanos: “*esto es algo que recientemente ha sido reconocido por el filósofo Jürgen Habermas, para quien ‘a dignidad humana (...) constituye la ‘fuente’ moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento*” (Habermas, 2010, p. 6, *apud* Aguirre-Pabon, 2011, 48).

Na sua obra denominada Fundamentação da Metafísica dos Costumes, publicada em 1785 e, portanto, entre a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, Kant apresenta a sua versão do que seja a moral e, principalmente, do que não seja, argumentando não se tratar de buscar felicidade ou qualquer outra finalidade útil, mas sim respeitar as pessoas como fins em si mesmas.

Em Kant, a dignidade humana tem uma noção política e racional embasada em uma concepção firmada não por um estudo acadêmico, mas pelo senso comum da época, sendo que isso se refere à ideia de que havia dignidade conforme fosse a profissão exercida, a posição social

ocupada e, especialmente, a ostentação de um título de nobreza e honra (Aguirre-Pabon, 2011, 50).

Em que pese a evidente desconexão com a concepção moderna de dignidade, foi a percepção de Kant que criou as bases nas quais teve início e se firmou a percepção de dignidade humana reconhecida hoje. “A importância atribuída por Kant à dignidade humana define nossas concepções atuais dos direitos humanos universais” (Sandel, 2019, p. 137). Isso porque, para Kant, somente a razão prática possui primazia sobre a razão teórica, destacando que a consciência assume importância para o estudo daquilo que chamou de genealogia do pensamento. Portanto, o ser humano não existe em função do outro e deve ser respeitado como algo que tem sentido em si mesmo (Kant, 2003, p. 67).

Assim, para Kant (2003, p. 68), o ser humano existe como um fim em si mesmo e não apenas como meio para alcançar determinada vontade. Na obra denominada “Fundamentação da metafísica dos costumes”, o autor afirma que a vontade do ser humano tem um determinado preço (*Preis*), mas a dignidade representa algo que não tem preço, ela tem valor (*Würde*) e por isso, não pode ser medida com cálculos matemáticos.

Por isso: “*El respeto a la dignidad de todo ser humano prohíbe que el Estado trate a una persona simplemente como un medio para alcanzar un fin, incluso si ese otro fin fuera el de salvar las vidas de muchas otras personas*”. (Habermas, 2010, p. 5-6, *apud* Aguirre-Pabon, 2011, 58)

O ser humano deve respeitar a si mesmo e aos outros, de modo que a própria humanidade é forma de dignidade. O homem, no que diz Kant, não pode ser tratado como um meio por outro ser humano, nem mesmo alienar-se por algum preço. A dignidade consiste nessa humanidade, num dever de respeito para com todo outro ser humano.

Dessa maneira, Kant (2008, p. 306-307) ensina que a autonomia da vontade irá estabelecer essa relação referente ao dever de respeito. Isso porque o homem não é um ser previamente determinado, mas sim exerce vontade livre e é responsável por suas ações e por realizá-las através da sua relação com os outros seres.

O estudo da motivação dessa vontade humana é o imperativo categórico trabalhado por Kant. A maneira como uma pessoa age com base em princípios morais que gostaria de ver aplicados é a máxima e poderá se tornar, o que ele chama, lei universal. Assim, uma vez que a vontade se

ajusta ao imperativo categórico, somente o próprio ser humano pode ordenar obediência à máxima de uma vontade e a si mesmo ser objeto como legislador universal.

De acordo com o argumento kantiano, a moralidade consiste na relação de toda ação com uma máxima, ou seja, “[...] nunca praticar uma ação senão em acordo com uma máxima que se saiba poder ser uma lei universal” (KANT, 2003, p. 81). Desse modo a lei moral seria um imperativo que ordena categoricamente o ser humano, de modo que existe uma coerção interior e efetiva que impede a atuação contrária às máximas da moralidade.

Neste raciocínio, o ser humano ao agir com autonomia e obedecer a uma lei por ele estabelecida a si mesmo, deixa de ser um instrumento de coisas externas. Essa capacidade de agir com autonomia é o que confere dignidade à vida humana e é assim que Kant estabelece a diferença entre pessoas e coisas.

*Es por esto que para Kant, ‘Autonomy is therefore the ground of the dignity of human nature and of every rational nature’ (4:436). En otras palabras, no es el haber nacido con dignidad lo que justifica la autonomía y libertad de los seres humanos (como seres racionales). Por el contrario, es la autonomía, es decir la capacidad para establecer y seguir la ley moral, lo que nos permite decir que los seres humanos (como seres racionales) ostentan una dignidad. (Kant, 1996, p.436, apud Aguirre-Pabon, 2011, 61)*

A ideia da dignidade humana, a partir da concepção da moral kantiana, tem a preocupação em mostrar como a humanidade deve tratar a si mesma e tratar aos demais, pois o valor moral de uma ação não consiste em analisar suas consequências, mas, principalmente, em analisar a sua intenção. Uma boa ação, por exemplo, não é boa devido ao que dela resulta. Para Kant (2003, p.73), uma ação precisa ser boa por si mesma.

*Así, “(...) la dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se trasladada al ámbito del derecho. La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos” (Haberma, 2010, p. 10, apud Aguirre-Pabon, 2011, 73).*



A ideia fundamental, portanto, é que temos o dever de respeitar o nosso próprio ser e também a pessoa do outro como fim em si mesmo. Isso significa que tanto em relação ao eu quanto em relação ao outro existe um valor absoluto e, por conta disso, qualquer ação que pretenda transformá-lo num meio a serviço dos próprios interesses configuraria uma ação desprovida de valor moral, desrespeitando a pessoa humana e sua dignidade como um todo.

Deste modo, Kant, ao determinar que todos os seres racionais são dotados de valor (e, portanto, dignidade) e não preço, que possuem um fim em si mesmos e que não podem ser utilizados como meio para se atingir determinada finalidade, firmou o conceito de dignidade da pessoa humana. E a causa da dignidade humana nada mais é do que a presença da razão.

## **2. ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE**

A dignidade humana abrange todos os aspectos do ser humano, preservando mínimas condições de vida digna e conferindo autonomia à vontade de cada pessoa. Em razão dela, restam assegurados os direitos fundamentais como a liberdade, a igualdade o direito à vida, mas também o direito ativo que permite ao indivíduo agir em defesa dos seus direitos pelos procedimentos adequados.

O Poder Judiciário, em regra, é o responsável pela efetivação dos direitos postos em lei. Os direitos fundamentais e os direitos humanos somente têm efetivo valor se assegurados plenamente no caso concreto. Assim, sem uma prestação jurisdicional acessível a todos, adequada e em prazo hábil não terá eficácia todo o conjunto de direitos que a dignidade da pessoa humana abarca. Noutras palavras, o acesso à justiça é essencial à dignidade da pessoa humana, sem o qual o destacado princípio perde consistência e se afasta da materialização de direitos.

Evidente que o acesso à justiça não precisa corresponder exclusivamente à atuação do Poder Judiciário, mas continua este sendo o principal caminho e como tal a tutela jurisdicional deve ser exercida para dar eficácia à proteção de direitos, especialmente à dignidade humana.

Na análise de Rodrigues (1994, p. 28), ao termo acesso à justiça se atribui pelo menos dois sentidos:

[...] o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o segundo partindo de uma visão axiológica da expressão Justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro.

Nessa temática, Marinoni (2000, p. 25) chega a afirmar que “o acesso à justiça é o tema-ponte a interligar o processo civil com a justiça social”, e ainda, que “o acesso a uma ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania” (2000, p. 28), onde se deva lutar pela melhor ordem jurídica no país, pois, conforme aduz Watanabe (1988, p. 20)

[...] lamentavelmente, a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não a do ocupante temporário do poder, pois como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento do governo para a realização de metas e projetos econômicos. Assim, a ética que predomina é a da eficiência técnica, e não a da equidade e bem-estar da coletividade (Watanabe, 1988, p. 20).

A propósito, Castilho (2006, p. 20), citando Ada Pellegrini Grinover, aduz que “o verdadeiro acesso à Justiça significa buscar os meios efetivos que façam as partes utilizarem plenamente o Estado na solução de seus conflitos [...]”.

Na visão de Cappelletti e Garth (1988, p. 12) o acesso à justiça pode “ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar direito de todos” (1988, p. 12).

O fato de a dignidade humana ter sido inserida no rol de direitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos fez com que sua concepção se tornasse uma referência permanente no discurso dos direitos humanos. Sobre a inclusão do termo dignidade humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

*En este mismo sentido, Mary Ann Glendon nos recuerda que ‘cuando el representante surafricano cuestionó el uso del término, Eleanor Roosevelt argumentó que era incluido con el fin de enfatizar que cada ser humano es merecedor de respeto (...) con el término se quería explicar por qué razón, para em-*

*pezar, los seres humanos tienen derechos'. Hoy en día la controversia parece zanjada, ya que en la actualidad la dignidad aparece como un término común en los nuevos instrumentos internacionales de derechos humanos. (Glendon, 2006, p. 146, apud Aguirre-Pabon, 2011, 52)*

Também o acesso à justiça constitui direito previsto internacionalmente na Declaração Universal de Direitos Humanos, no seu artigo 8º e, como tal, demanda proteção e especial atenção do Estado para assegurar sua efetiva realização.

Na Constituição de 1988, em seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana está prevista enquanto fundamento que deve nortear todo o estado democrático de direito brasileiro, ou seja, deve atuar como base dos demais direitos. Assim, o impedimento de exercício dos direitos fundamentais pelos obstáculos de acesso ao Poder Judiciário constitui afronta direta ao princípio da dignidade que depende, sem dúvidas do efetivo acesso à justiça uma vez que os conflitos são inerentes à vida em sociedade e carecem de atuação justa e efetiva do juízo.

O acesso à justiça é uma garantia que supera os limites territoriais pátrios, pois se relaciona com a consolidação de uma sociedade mais igualitária e com a construção de um Estado Democrático. Conforme Boaventura de Souza Santos (1999), o acesso à justiça é um direito essencial, pois sua negação acarretaria a de todos os outros, uma vez que nenhum dos demais é concretizado na sua ausência.

Definir o conceito e abrangência da expressão acesso à justiça não é uma atividade simples. Segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 3), elaborar essa definição serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: “[...], primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. O termo abrangência, portanto, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

Kazuo Watanabe (1988, p. 128) ao discorrer sobre o tema sugere que é necessário formular e pensar a ordem jurídica e as respectivas instituições, pela perspectiva “[...] do destinatário das normas jurídicas, que é o povo”, nesse sentido ainda assevera que “não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

O filósofo Norberto Bobbio (1992, p. 11), defensor do reconhecimento dos direitos humanos como meio de garantir a democracia e a paz social, ilustra esta atuação Estatal dizendo que:

[...] uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido (Bobbio, 1992, p. 11).

Antes mesmo de ser previsto no bojo constitucional ou processual interno, o acesso à justiça já encontrava guarida, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme já destacado. No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 – Constituição cidadã – trouxe o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em uma visão ampla, pois, atinge não só conflitos individuais, mas também interesses coletivos, conforme se denota no artigo 5º, XXXV, que reza: “A lei não excluirá da apreciação do judiciário a lesão ou ameaça a direito”.

Dessa forma, “além de um direito fundamental, também compõe o alicerce do Estado democrático de direito, considerado uma norma-princípio” (Aguilera Urquiza e Correia, 2018, p. 314).

É manifesto que ocorreram mudanças importantes na compreensão da expressão que, inicialmente, era vista como um direito natural do indivíduo que carecia de uma ação estatal para garantir a sua efetividade. “Nos últimos anos, porém, apregoa-se uma nova leitura do acesso à justiça, não mais como tradicional e vetusto acesso aos tribunais ou direito de ação, mas como acesso efetivo à ordem jurídica justa” (Aguilera Urquiza e Correia, 2018, p. 316).

Em razão de sua importância, o fomento da dignidade da pessoa humana se tornou uma obrigação maior do Estado que tem o dever de instrumentalizá-la por meio de técnicas de garantam condições dignas de existência às pessoas, ou seja, a obrigação de implementar o que se designou de mínimo existencial, “compreendido como todo conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna” (Sarlet, 2013, p. 38).

A dignidade da pessoa humana está diretamente associada à previ-

são do mínimo existencial e, juntos, participam da definição dos direitos fundamentais sob a ótica da jurisdição constitucional, sistema que tem por objetivo regular o exercício das funções estatais, seja na criação de normas jurídicas ou na execução dessas (Kelsen, 2003).

O direito ao mínimo existencial dispõe sobre as condições básicas que uma pessoa necessita para viver em sociedade, por meio da ação positiva do Estado, que inclui, dentre outros, a assistência social aos indivíduos que se encontrem em precária condição de sobrevivência, não dispondo de condições de prover sua própria manutenção, e o atendimento de saúde seja em situação de urgência, seja em atenção básica, esteja a pessoa encarcerada ou livre.

Importante destacar que os direitos constituem uma classe variável e o rol se modificou – e continua a se modificar – conforme a alteração que ocorre nas [...] “condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a sua realização, das transformações técnicas, etc.” (Bobbio, 1992, p. 13)

Não existe, portanto, um rol taxativo do que seja o mínimo existencial e, conforme a construção e o reconhecimento de cada nova necessidade humana emerge, reafirma-se a sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Mais do que encontrar a definição de quais direitos sustentam o mínimo existencial, urge a necessidade de sua proteção pela concretização, inclusive com o acesso à justiça, meio pelo qual o indivíduo provocará o Estado, na sua função jurisdicional, a lhe entregar uma resposta justa aos direitos de sua titularidade e com poder para usufruir.

Desenvolve-se, assim, o entendimento de que o acesso à justiça não é só no sentido de se utilizar o Poder Judiciário como meio de solução dos conflitos, mas, principalmente, que essa utilização se dê de com respeito ao direito dos litigantes, fazendo com que a decisão prolatada cumpra seu papel social, “envolvendo discussões sobre a democratização da administração da justiça e do acesso a ela, a isonomia no processo, meios alternativos de resolução de conflitos, tutela adequada, tempestiva e efetiva, um processo justo” (Brega Filho e Francisco, 2020, p. 81)

Importante ainda reconhecer a complexidade da sociedade contemporânea e, bem assim, fazer uma “releitura do acesso à justiça. É necessária a ampliação do conceito para além do acesso à justiça estatal. É pre-

ciso aceitar e encorajar novos participantes nesse processo democrático” (Aguilera Urquiza e Correia, 2018, p. 317).

No dizer de Kant (2003) o direito opera na sociedade uma forma de contenção das liberdades e ao mesmo tempo confere obrigações coercíveis para manutenção harmônica do convívio social. As normas jurídicas são dotadas de coercibilidade e se destacam por existirem no ordenamento jurídico num modelo hierarquizado que merece atenção ao se analisar a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental do acesso à justiça. Ambos estão dispostos na Constituição e considerados enquanto direitos fundamentais, de modo que sobre eles deve recair uma interpretação valorada e com disposição para a realização no mundo dos fatos.

Na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), os autores apresentam aquilo que consideram uma evolução histórica do princípio do acesso à justiça, destacando-se especial atenção às três ondas renovatórias do acesso à justiça. Ao discorrer sobre o fenômeno, os autores definiram três “ondas renovatórias” como modo de apresentar as mutações axiológicas e assim vislumbrar propostas para um novo cenário.

A primeira onda do movimento desenvolve a ideia de prestação de assistência judiciária integral e gratuita aos declarados pobres, uma vez que a hipossuficiência econômica é um dos fatores que, em razão do custo e do tempo do processo, dificulta o acesso amplo à justiça. A segunda onda está relacionada à proteção de interesses transindividuais. Neste cenário, observa-se a necessidade de superar a visão individualizada do processo para encontrar soluções satisfatórias para direitos difusos e coletivos que transcendem as pautas relativas a conflitos de interesse individual. E a terceira onda “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (Cappelletti e Garth, 1988, p. 67/68).

Observa-se um Poder Judiciário muito instado a solucionar demandas que envolvem ilegalidades e abstinências dos Poderes Executivo e Legislativo e assim, há necessidade cada vez maior de interferir em políticas públicas por meio do exercício da tutela jurisdicional.

A partir da Constituição de 1988 e diante dessa realidade, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição

e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes” (Barroso, 2009, p. 12).

Desta feita, a definição de acesso à justiça merece ser vista numa perspectiva ampliada, por meio da utilização de novos mecanismos e aprimoramento de técnicas já utilizadas para solucionar litígios e promover justiça. Nesse raciocínio, Cappelletti e Garth (1988) entendem que, diante de certas espécies de litígio, o processo judicial passa a não ser a melhor ferramenta para a crise instalada e, bem assim, sugerem alternativas aos procedimentos judiciais.

Também Boaventura de Souza Santos (2007) aponta a necessidade de elaboração de reformas processuais e de reestruturação dos tribunais mediante utilização de outros mecanismos na solução de conflitos, seja pela especialização de tribunais, pela atuação de e para profissionais ou pela aplicação de novas técnicas procedimentais como a conciliação, mediação e a arbitragem.

Diante desse cenário, se levanta a possibilidade de o Poder Judiciário trabalhar em harmonia com novos participantes nesse mundo jurídico-social, de modo a entregar para a sociedade não apenas uma decisão judicial, mas uma decisão judicial que repercuta em efeitos práticos para além do conflito e atinja a proteção da dignidade da pessoa humana envolvida na contenda, por meio de vias menos burocráticas, mais céleres e efetivas, e que passem pelo crivo analítico do Poder Judiciário sem que haja interferência do Judiciário no campo de conhecimento desses novos participantes, respeitando o conhecimento técnico de cada área de atuação, agindo como um grande gestor da medida adotada em respeito ao pluralismo jurídico.

Uma das expressões mais incisivas do pensamento jurídico crítico é a contestação da exclusividade do direito estatal e a defesa da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas no interior do mesmo espaço geopolítico. A concepção moderna de direito, enquanto direito do Estado, levou a uma grande perda de experiência e da prática jurídica e legitimou um “juricídio” massivo, isto é, a destruição de práticas e concepções jurídicas que não se ajustavam ao *canon* jurídico modernista. De um ponto de vista sociológico, as sociedades são jurídica e judicialmente plurais, circulam nelas vários sistemas jurídicos e judiciais, e o sistema jurídico estatal nem sempre é, sequer, o mais importante na gestão normativa do cotidiano

da grande maioria dos cidadãos. (Santos, 2007, p. 77)

Essa atividade integrada e multidisciplinar entre Poder Judiciário e outras personagens, como Equipes de apoio psicossocial e Núcleos de atenção à saúde, colabora no surgimento de decisões que impactam não apenas no resultado do processo, mas na vida em sociedade dos envolvidos, isso porque alguns temas sensíveis saem da esfera de conhecimento técnico-jurídico e podem receber melhor amparo para encaminhamentos de saúde física e mental, bem como de assistência social, através desse trabalho conjunto.

Neste cenário afirma Boaventura de Souza Santos (2007, p. 65) que “a interdisciplinaridade é importante para que o juiz possa decidir adequadamente as novas questões complexas, que exigem mais conhecimentos de outras áreas do que jurídicos”.

Permanece a autoexecutoriedade e a definitividade das decisões processuais, respeitadas as demais garantias processuais, a exemplo da ampla defesa e do contraditório, embora com alicerce também na informação técnica de outra área de conhecimento na solução justa do contencioso.

Dessa forma, o que se busca é estimular um Poder Judiciário mais aberto às demandas sociais e mais disposto a encontrar soluções condignas, não meramente encaixadas, no caso concreto. Decisões que vão para além de um processo judicial e que influenciem na vida em sociedade, que é múltipla e precisa ser julgada como tal. Os tempos mudaram e a garantia do acesso à justiça precisa ser interpretada à luz da dignidade da pessoa humana, mesmo que dentro do Poder Judiciário, porém mediante uma abordagem multidisciplinar.

A atuação judicial dialógica importa em um agir cooperativo, característica “importante não somente por contribuir para a formação de um processo judicial deliberativo, mas também porque questões que envolvem direitos sociais encerram um amálgama entre saber científico, escolhas políticas e direito” (França e Nóbrega, 2022, p. 95).

Já diziam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 8), que o mecanismo de acesso à justiça serve para que as pessoas possam reivindicar seus direitos ou solucionar litígios sob os auspícios do Estado e, dessa forma, “ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Ainda nesse aspecto de decisão socialmente justa, Ricardo Castilho é



claro aos dizer que justiça é a “compatibilidade das normas jurídicas com as necessidades sociais” (2006 p. 13).

Para que esta compatibilidade se concretize, é fundamental a utilização de meios capazes de identificar o cerne da expressão “justiça”. Isto pode se dar não só através da criação de procedimentos especiais, de um processo mais célere e responsável com a dignidade da pessoa humana ou da previsão de ações extrajudiciais, mas, principalmente, através de instituições atuantes em rede multidisciplinar que viabilizem a efetividade social das decisões judiciais.

Por meio da transdisciplinaridade o “conhecimento se ramifica sendo construído por outros conhecimentos buscados em outras áreas do saber, mas que ao final, se entrelaçam” (Trevisam, 2016, p. 10) e, a partir dessa reunião de conhecimentos vislumbra-se a compreensão da solução justa.

Deste apanhado de ideias pode-se desenvolver o entendimento de que o acesso à justiça não é só no sentido de se utilizar a máquina pública como meio de solução dos conflitos sociais, sobretudo, “sob um viés pluralista e democrático de resolução de conflitos, mais adequado às necessidades da sociedade contemporânea, consubstanciado no acesso à ordem jurídica justa, pluralista, democrática e acessível a todos” (Aguilera Urquiza e Coreia, 2018, p. 317).

Na visão de Cappelletti e Garth (1988, p. 12) “[...] o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar direito de todos”.

## CONCLUSÃO

A contribuição de Norberto Bobbio à teoria dos direitos humanos, especialmente em sua obra intitulada “A era dos direitos”, é inegável e se mostra atemporal. Logo ele, que nega a existência de direitos imutáveis e absolutos, e que ainda destaca a indissociabilidade entre os direitos e a historicidade, traduz em seu texto uma realidade que ainda se mostra contemporânea.

Apesar de entender que os direitos se constroem pela historicidade, Bobbio compreende o fato de que certos direitos foram incluídos em um rol de proteção especial dos direitos humanos após certo grau de consen-

so e aceitação na comunidade internacional, o que inclui a dignidade da pessoa humana.

As Declarações de direitos humanos, apesar de consensuais, não podem ter a pretensão de alcançar a definitividade uma vez que os direitos estão em movimento e em constante transformação, seja por motivos políticos, econômicos ou sociais que, indubitavelmente, deflagram a necessidade de novas demandas de proteção.

Na expectativa de superar algumas críticas a essa concepção que se mostra restrita à historicidade e consensualidade dos direitos humanos, se desperta a necessidade de defender as exigências éticas decorrentes da ideia de dignidade humana, pois, as aparentes variações ou mesmo contradições entre valores que aparecem ao longo da história se devem intrinsicamente à qualidade do que é humano.

Mesmo Bobbio destaca que a Declaração Universal de Direito Humanos de 1948 é exemplo de consenso sobre direitos na humanidade, a partir da qual é possível compreender que existem certos valores que são comuns aos seres humanos. E que, para além da necessidade de se encontrar fundamento absoluto para a proteção de direitos e dessa forma positivizar certos valores, é preciso garantir efetividade.

Kant, por sua vez, explica pelo imperativo categórico a sua ideia da lei moral pela qual toda ação visa uma lei universal, porquanto todo sujeito deve tratar o seu semelhante como um fim em si mesmo e, nunca como um meio, ou seja, como mero objeto, dado que cada ser humano possui um valor absoluto, a sua dignidade. Neste raciocínio, afirma Kant que a dignidade tem sustento na liberdade e na autonomia, sendo esta uma relação de vontade de um ser racional que prescreve para si mesmo as leis que regem suas ações, sendo que cada ação se submete ao viés da razão que é norma universal desenvolvida e, deste modo, a dignidade se apresenta para Kant como uma peculiaridade humana que, como tal, não tem preço, mas tem valor.

Ainda que a obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” traga como personagem principal a questão da moral, Kant, ao desenvolver seu pensamento, apreende que a razão é o ponto que diferencia o homem dos demais seres, sendo o que o torna um fim em si mesmo, e bem assim, detentor de dignidade.

Por ser detentor da dignidade humana e em razão da necessidade

de sua proteção enquanto direito humano, é que se torna indispensável que se viabilize sua defesa pelos meios legais contemporâneos. Em que pese a existência de meios alternativos de soluções de conflito, ainda hoje o Poder Judiciário é o grande provedor das decisões contenciosas e, por isso, o direito de acesso à justiça, quando efetivamente garantido, oportuniza o alcance da dignidade da pessoa humana, especialmente porque permite a efetivação de direitos subjetivos.

Nesses termos, novos mecanismos de acesso à justiça também devem ser estimulados nas demandas visando à proteção dos direitos fundamentais, com uma participação igualitária e eficiente na construção da solução que pode ocorrer mediante cooperação das partes e das personagens sociais ou mesmo na atuação em rede na construção do deslinde da causa, valorizando e empoderando as partes através de um processo construído no diálogo, no respeito e na consciência do valor de todo o ser humano.

## REFERÊNCIAS

AGUILERA URQUIZA, Antônio Hilário; CORREIA, Adelson Luiz. **Acesso à justiça em Cappelletti/Garth e Boaventura de Souza Santos. Revista de Direito Brasileira.** [S.l.], v. 20, n. 8, p. 305-319, ago. 2018. ISSN 2358-1352. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3844/4002>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

AGUIRRE-PÁBON, Javier Orlando. **Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant.** Revista Universitas Bogota (Colombia) Nº 123: 45-74, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n123/n123a03.pdf>> Acesso em: 06 jun. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, 2009.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BREGA FILHO, Vladimir; FRANCISCO, Albieri Aline. **Acesso à justiça em tempos de isolamento social e o uso da tecnologia.** In: II Congresso de acesso à justiça, 2020, Marília SP: Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), 2020. p. 78-98. Disponível em: <<https://www.uni->

vem.edu.br/napex/livros-digitais> Acesso em: 05 out. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH Bryant. **Acesso à Justiça**. trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTILHO, Ricardo. **Acesso à Justiça - Tutela Coletiva de Direitos pelo Ministério Público: uma nova visão**. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 13.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Uma proposta para o acesso à justiça isonômico: processos estruturais enquanto caminho para a proteção judicial dos direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 37, p. 87-116, set. 2022. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2433>>. Acesso em: 05 out. 2022.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: edições 70, 2003.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Édson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)**. 1948. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 29 ago. 2022

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**, 2007. Disponível em: <<https://docs.google.com/a/fcarp.edu.br/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZmNhcnuZWR1LmJyG51cGVkaXxneDoyZmZjZmM5OTVhOTJjYmIy>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político**

**na pós-modernidade.** Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios.** Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis (SC), v. 1, n. 1, p. 29–44, 2013. DOI: 10.37497/revistacejur.v1i1.24. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24>> Acesso em: 23 mai. 2022.

TREVISAM, Elisaide. **Transdisciplinaridade no ensino jurídico como construção de conhecimentos necessários para uma (con)vivência solidária, ética e responsável.** In: Revista de Pesquisa e Educação Jurídica, v. 2, n.2, jul/dez. 2016.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e Sociedade Moderna.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo. **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.



# OS SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A COMPLACÊNCIA COM A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE: DO DISCURSO À REALIDADE DAS PRÁTICAS PUNITIVAS

THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM AND  
THE COMPLACENCE WITH THE VIOLATION OF  
FUNDAMENTAL RIGHTS: FROM THE DISCOURSE TO  
THE REALITY OF PUNITIVE PRACTICES

EL SISTEMA PENITENCIARIO BRASILEÑO Y LA  
COMPLACENCIA CON LA VIOLACIÓN DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD: DEL  
DISCURSO A LA REALIDAD DE LAS PRÁCTICAS  
PUNITIVAS

## SUMÁRIO:

Introdução; 1. A dignidade da pessoa humana como base do ordenamento jurídico e os direitos fundamentais da personalidade; 2. Dos suplícios à prisão: o princípio da dignidade da pessoa humana e a humanidade das penas; 3. O sistema carcerário brasileiro e a violação sistemática dos direitos fundamentais da personalidade e da dignidade da pessoa humana; 4. O discurso punitivista e a sociedade do risco e do medo: o inimigo no direito penal; Considerações finais; Referências.

## RESUMO:

O presente artigo busca expor uma contradição presente no discurso jurídico vigente, que consagra a dignidade da pessoa humana como base do orde-

Como citar este artigo:  
CASTRO Alexander,  
LOPES, Vinicius. O  
sistema penitenciário  
brasileiro e a  
complacência com  
a violação aos direitos  
fundamentais da  
personalidade: do  
discurso à realidade  
das práticas punitivas.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 43 2024,  
p. 255-281.

Data da submissão:  
29/09/2023

Data da aprovação:  
14/11/2024

namento jurídico e dos direitos fundamentais da personalidade e aceita a prisão como método punitivo compatível com tais preceitos ao mesmo tempo em que é confrontado com a condições reais do sistema penitenciário brasileiro, formalmente reconhecido como uma instituição violadora dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade. A contradição entre discurso e realidade, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não tem mobilizado esforços sociais para ser superada. Ao contrário, caminha-se para o seu agravamento. Essa complacência com um quadro já reconhecido de violação massiva de direitos é fruto, como se conclui ao final do artigo, da prevalência da lógica do risco e do medo na sociedade, que contribui para a despersonalização das pessoas privadas de liberdade no Brasil.

#### **ABSTRACT:**

We seek to expose a contradiction present in the current legal discourse, which enshrines the dignity of the human person as the basis of the legal system and its fundamental rights and accepts incarceration as a punitive method compatible with such precepts at the same time that it is confronted with the real conditions of the Brazilian penitentiary system, formally recognized as an institution that violates the fundamental rights of inmates. This acknowledged discrepancy between stated principles and real-world practices, as recognized by both the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights, has failed to spur collective societal endeavors aimed at its rectification. On the contrary, we seem to be heading towards its worsening. This complacency with an already recognized situation of massive violation of rights is the result, as concluded at the end of the article, of the prevalence of the logic of risk and fear in society, which contributes to the depersonalization of people deprived of freedom of movement in Brazil.

#### **RESUMEN:**

Este artículo busca exponer una contradicción presente en el discurso jurídico actual, que consagra la dignidad de la persona humana como base del ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales de la personalidad y acepta la prisión como un método punitivo compatible con tales preceptos al mismo tiempo que señala las condiciones reales del sistema



penitenciário brasileiro, formalmente reconhecido como uma instituição que viola los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. La contradicción entre discurso y realidad, ya reconocida por el Supremo Tribunal Federal y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no ha movilizado esfuerzos sociales para ser superada. Al contrario, va camino de empeorar. Esta complacencia con una situación ya reconocida de violación masiva de derechos es resultado, como se concluye al final del artículo, de la prevalencia de la lógica del riesgo y del miedo en la sociedad, lo que contribuye a la despersonalización de las personas privadas de libertad en Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Direitos Fundamentais da Personalidade; Violações Estruturais; Superlotação Carcerária; Inimigo.

**KEY-WORDS:**

Fundamental rights; Structural Violations; Prison overcrowding; Enemy.

**PALABRAS CLAVE:**

Derechos Fundamentales de la Personalidad; Violaciones Estructurales; Sobrepoblación carcelaria; Enemigo.

**INTRODUÇÃO**

O presente artigo aborda uma contradição presente no saber jurídico contemporâneo com um de seus objetos de estudo. De um lado, está o discurso jurídico vigente, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como base do ordenamento jurídico e fundamento dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, comando central da ordem constitucional brasileira que reverbera no âmbito jurídico-penal como base para a diretriz de humanização das penas, implicando a superação das penas corporais, desumanas e cruéis (suplícios) e a adoção da prisão como sendo o método punitivo mais compatível com o corolário da dignidade da pessoa humana. De outro lado, temos a realidade do sistema penitenciário brasileiro, que parece dar de

ombros aos ditames da modernidade jurídica. A prisão, em teoria, deve visar à ressocialização do condenado e à proteção dos direitos humanos, proporcionando um ambiente que respeite a integridade física e moral da pessoa detida. No entanto, a realidade do sistema penitenciário brasileiro é diametralmente oposta a esses ideais. O sistema é marcado por uma superlotação desumana, condições de vida precárias para os detentos e uma série de violações de direitos humanos e de direitos fundamentais da personalidade, incluindo o direito à saúde, à alimentação adequada, à integridade física e psicológica, bem como o direito à segurança sexual. Tais problemas originam-se em grande medida na omissão do próprio Estado e constituem-se em grave desrespeito à diretriz de proteção integral da pessoa.

Esta contradição, porém, muito embora já reconhecida inclusive por instâncias formais de poder, não mobiliza esforços sociais contrários à situação degradante do sistema penitenciário brasileiro e consequente violação à dignidade da pessoa humana, ao contrário, o caminho da política criminal brasileira parece caminhar cada vez mais no sentido de agravar a situação. A proposta da presente pesquisa, portanto, é abordar a complacência social a esta contradição sob um aspecto crítico, demonstrando que a lógica da sociedade do risco e do medo, produz uma despersonalização das pessoas privadas de liberdade no Brasil, tornando-as verdadeiros inimigos, justificando assim a violação aos seus direitos.

Várias instâncias nacionais e internacionais de direitos humanos rotineiramente denunciam as péssimas condições carcerárias no Brasil. No entanto, a sociedade em geral parece mostrar uma tolerância surpreendente em relação a essa situação degradante. Isso pode ser atribuído, em parte, a essa despersonalização das pessoas privadas de liberdade, retratando-as como meras ameaças perigosas e não como sujeitos de direito. Essa desumanização dos presos leva a uma aceitação tácita da violação de seus direitos, uma vez que são considerados inimigos da sociedade. A ideia de que punições severas e condições prisionais desumanas são justificadas para manter a segurança pública é profundamente enraizada em algumas camadas da sociedade, apesar das evidências de que tais práticas não apenas violam os direitos humanos, mas também falham em atingir o objetivo de redução da criminalidade.

## 1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASE DO ORDENAMENTO JURÍDICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE

A partir de uma concepção filosófica e política, a dignidade da pessoa humana encontrava originalmente relação com o *status* social do indivíduo, “daí porque falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas” (SARLET, 2011, p. 17). Na Roma antiga, no entanto, principalmente a partir da compreensão de Cícero, a concepção de dignidade ganha um duplo significado, pois a dignidade do homem advém da sua posição de superioridade em relação à natureza, se constituindo em um sentido absoluto da dignidade, mas também está a dignidade relacionada com a posição social da pessoa, dimensão esta que pode se alterar durante sua vida, ou seja, “uma dignidade ontológica (ou inata), visto que decorre da condição de o ser humano ter sido feito à imagem e semelhança de Deus, e uma dignidade existencial ou adquirida” (SARLET, 2011, p. 17 e 18).

Nos séculos XVII e XVIII, a partir do pensamento jusnaturalista, a ideia de dignidade da pessoa humana ganha roupagem mais racional, superando em parte os aspectos cristãos, “mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade” (SARLET, 2011, p. 18). A superação da concepção cristã, no entanto, se dá com Immanuel Kant, “cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano” (SARLET, 2011, p. 19). Kant parte de pressupostos que consideram a natureza racional do ser humano, estabelecida a partir da autonomia da vontade e se constituindo como o fundamento da dignidade da pessoa humana, eis que é característica presente somente em seres racionais, que possuem a “faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis” (SARLET, 2011, p. 19). É digno de nota, também, a posição de Hegel desenvolvida no século XIX, cuja interpretação entendia que a dignidade não se tratava de condição ontológica ao ser humano, inerente a sua própria condição de ser humano, ou seja, “o ser humano não nasce digno – já que Hegel refuta uma concepção estritamente ontológica de dignidade – mas torna-se digno a partir do momento que assume sua condição de cidadão” (SARLET, 2011, p. 21).

Até os dias de hoje, no entanto, a dignidade da pessoa humana é instituto de difícil conceituação, especialmente sob o aspecto normativo, até porque, ao contrário de outros direitos fundamentais, não se trata de “aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim de uma qualidade tida como inerente ou, como preferem outros, atribuída a todo e qualquer ser humano” (SARLET, 2011, p. 22). Fato é que, considerando a volatilidade das relações sociais, talvez sequer seja desejável um conceito fixo e inerte de dignidade da pessoa humana.

Sob o aspecto jurídico, portanto, a positivação da dignidade da pessoa humana é fenômeno recente, compondo o arcabouço constitucional dos países sobretudo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948. No caso brasileiro não foi diferente, a Constituição Federal de 1988, estabelece de forma clara que os princípios fundamentais, são a base da própria Constituição, e dispõe que a dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado democrático de direito (SARLET, 2011, p. 37). A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, pela Constituição brasileira, portanto, “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.” (SARLET, 2011, p. 38).

Todavia, é importante frisar que a categoria jurídico-normativa ocupada pela dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico não é de direito fundamental, muito embora seja a base destes, e dela derivem uma série de direitos fundamentais, não é acertado afirmar que “existe um direito fundamental à dignidade” (SARLET, 2011, p. 39). Até porque, sendo condição inerente ao ser humano, não cabe ao ordenamento jurídico concedê-la a qualquer pessoa que seja, além de, se direito fundamental fosse, haveria a possibilidade de retirá-la do cidadão. Como bem acentua Ingo Wolfgang Sarlet, o que existe é um direito ao reconhecimento da dignidade, ou seja, “direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de direito a uma existência digna” (2011, p. 39). A dignidade da pessoa humana, ocupa, portanto, no ordenamento jurídico, o *status* de princípio fundamental, de orientação ética e moral, mas também de norma de natureza jurídico-positiva, de modo que, sob o ponto de vista da classifica-

ção das normas de Robert Alexy, se trata de um princípio e de uma regra (SARLET, 2011, p. 40).

Este caráter da dignidade da pessoa humana, no entanto, exige a proteção integral dos direitos fundamentais nas suas mais variadas dimensões, resultando, por exemplo, na proteção da integridade física, que, para o escopo do presente artigo, também serve de base para a proibição de penas de morte, de tortura, e de penas corporais (SARLET, 2011, p. 49). Da mesma forma, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, é possível compreender que os direitos fundamentais são passíveis de existirem fora do rol dos direitos fundamentais contidos na Constituição, e mesmo fora da própria Constituição, sendo, portanto, um “conceito materialmente aberto de direitos fundamentais” (SARLET, 2011, p. 52).

Significa dizer, nesse sentido, que o ordenamento jurídico abarca e protege direitos, que possuem como fundamento à dignidade da pessoa humana, mesmo que eles não estejam expressamente escritos na Constituição Federal, daí advém, também, a proteção aos direitos da personalidade, tendo em vista que o “direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, diretamente deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana, já que o ser sujeito (titular) de direitos, é, à evidência, inerente à própria dignidade e condição de pessoa” (SARLET, 2011, p. 55). Sendo assim, os direitos da personalidade, previstos no Código Civil, possuem intrínseca relação com a dignidade da pessoa humana, eis que, estes decorrem da promoção da personalidade, que, por sua vez, é fundamentada na dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011, p. 55).

Tendo um panorama do local em que se encontra a dignidade da pessoa humana, é importante ainda localizar especificamente a questão dos direitos fundamentais. A liberdade é inequivocamente um dos maiores desejos do ser humano, de modo que, as normas que visam garantir esta liberdade são chamadas de “direitos fundamentais” (MICHAELS e MORLOK, 2016, p. 47). A importância dos direitos fundamentais se dá, historicamente, na proteção dos abusos estatais em face dos cidadãos, de forma que “os direitos fundamentais não se dirigem contra qualquer pessoa, mas apenas contra o Estado e contra os entraves à liberdade por ele controlados ou controláveis” (MICHAELS e MORLOK, 2016, p. 48).

Lothar Michaels e Morlok Martin, explicam que no Estado constitucional, em que o povo é o soberano, a validade dos direitos fundamentais

não depende do Estado, sendo, nessa concepção, “direitos naturais inalienáveis, que cabem à pessoa humana em virtude do seu ser-pessoa” (2016, p. 53). Daí se percebe, portanto, a vinculação direta da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, ou seja, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana em virtude da sua condição de pessoa, é também a base dos direitos fundamentais.

Inobstante, estando tais premissas estabelecidas, passa-se a expor qual a relação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais com os direitos da personalidade, para posteriormente demonstrar ainda a vinculação deste arcabouço jurídico com o sistema punitivo. Nesse espeque, as primeiras formulações sobre os direitos da personalidade, surgem no século XIX, e possuíam estrita relação com “um núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana” (SCHREIBER, 2014, p. 05). Após ficarem um bom tempo longe das discussões jurídicas, os direitos da personalidade voltam a ganhar relevância no pós-guerra, sendo que, no Brasil, passam a entrar no debate após a Constituição de 1988 e especialmente após o Código Civil de 2002.

Como já se pode perceber, os direitos da personalidade possuem conceituação que praticamente se confunde com o conceito de direitos fundamentais, ou seja, são condições inerentes ao ser humano. Por oportuno salientar, no entanto, que existe, em tese, uma sensível diferença entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, uma vez que os direitos fundamentais são compreendidos como aqueles que se encontram previstos na Constituição, e possuem no seu núcleo a “proteção da pessoa humana no campo do direito público”, por outro lado, os direitos da personalidade são inerentes às relações privadas, ambos, porém, encontram o seu alicerce na dignidade da pessoa humana (SCHREIBER, 2014, p. 13).

A dicotomia entre direito público e privado, no entanto, vem sendo superada, uma vez que grande parte dos direitos da personalidade se encontram prevista no rol dos direitos fundamentais na Constituição Federal (art. 5º), significa dizer que “os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais” (SCHREIBER, 2014, p. 14). Trata-se de fenômeno muito bem exposto por Zanini, Oliveira, Siqueira e Fraco Jr., que explicam que a aproximação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade se deu principalmente a partir de 1945, ganhando força com o

movimento de constitucionalização do direito civil, de modo que “a confluência entre o papel do Estado na sociedade contemporânea e a expressa previsão dos direitos da personalidade na Constituição e no Código Civil parece desenhar a ágora ideal para a defesa do caráter dúplice ou híbrido desses direitos” (2018, p. 217).

Feito este introito, o presente artigo pretende ainda abordar a aplicação deste discurso de preservação dos direitos fundamentais da personalidade no campo do Direito Penal, uma vez que o sistema penal, por ser o braço mais forte do Estado no âmbito jurídico é também o causador de inúmeras violações aos direitos das pessoas que são submetidas ao sistema de justiça criminal.

## **2. DOS SUPLÍCIOS À PRISÃO: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A HUMANIDADE DAS PENAS**

Na obra “Vigiar e Punir”, Michel Foucault inicia a sua exposição a respeito da história da punição expondo a mórbida execução de um suplício, realizado na França em 1757, em que o condenado Damiens é executado em um espetáculo punitivo realizado em praça pública (1987, p. 8-9). Em contraposição, Foucault apresenta também o regulamento da “Casa dos Jovens detidos em Paris”, redigido 30 anos depois, já no século XIX, e que expõe o cumprimento de uma pena em moldes que se pode chamar de mais civilizados, vez que composto por uma série de regramentos voltados ao cumprimento da pena em um estabelecimento de detenção (1987, p. 10). Esta significativa mudança no método de punir, ocorrida em menos de um século, é reflexo de uma profunda reorganização sucedida na Europa e nos Estados Unidos, que culminou em inúmeras reformas: “nova teoria da lei e do crime, nova justificação moral ou política do direito de punir, abolição das antigas ordenanças, supressão dos costumes, projeto ou redação de códigos modernos” (FOUCAULT, 1987, p. 11 e 12). Mas a principal das reformas, foi o “desaparecimento dos suplícios” (FOUCAULT, 1987, p. 12), de modo que a punição passou a não versar mais diretamente sobre o corpo do condenado, que outrora era simbolicamente açoitado em verdadeiros espetáculos punitivos, sendo assim, “no final do século XVIII e começo do século XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai se extinguindo” (FOUCAULT, 1987, p. 12).

E é neste contexto, portanto, que surge a prisão como método punitivo em substituição aos suplícios, como reflexo de uma época que o autor chama de “sobriedade punitiva” (FOUCAULT, 1987, p. 18). O objeto de punição, nesse sentido, não é mais o corpo do condenado, nas execuções públicas de violência praticadas pelo próprio Estado. O paradigma se altera profundamente, “como já não é o corpo, é a alma” (FOUCAULT, 1987, p. 20). A prisão é, no entanto, uma instituição que já existia antes de ser efetivamente adotada como pena, molde este que só vem adquirir na virada do século XVIII para o século XIX (FOUCAULT, 1987, p. 260). Esta forma de punir, portanto, passa a ganhar imenso protagonismo, se constituindo na “base e no edifício” da justiça penal, passando a se relacionar “ao próprio funcionamento da sociedade que relegou para o esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado” (FOUCAULT, 1987, p. 261).

De acordo com Foucault, o “sucesso” da prisão como método punitivo pode ser atribuída a alguns fatores. O primeiro deles é o fato de se tratar de uma “forma simples da privação da liberdade”, que atua em um bem pertencente a todos da mesma forma, sendo, nesta concepção a “pena por excelência”, isto porque a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma forma, de modo que a sua perda também teria o mesmo resultado para todos, ao contrário de penas como a de multa (1987, p. 261). Há ainda uma certa clareza do ponto de vista jurídico, isto porque a pena de prisão é delimitada por uma certa quantidade de tempo, o que passa ainda uma perspectiva “econômica”, ou seja: “ao retirar tempo ao condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, além da vítima, toda a sociedade” (FOUCAULT, 1987, p. 261). Daí, vem a ideia, inclusive, segundo o autor, de que o preso está “pagando sua dívida” (1987, p. 261). Da mesma forma, a prisão teria a função de “transformar os indivíduos”, tornando-os dóceis e disciplinados. Sendo assim, “este fundamento duplo – por um lado, jurídico-econômico e, por outro, técnico-disciplinar – fez a prisão como a forma mais imediata e a mais civilizada de todas as penas” (FOUCAULT, 1987, p. 262).

Mas a adoção da prisão como método punitivo reflete ainda um discurso filosófico vigente no final do século XVIII e início do século XIX. Cesare Beccaria, em sua célebre obra *Dos Delitos e das Penas*, tida como o marco do Direito Penal moderno, catalizou a discussão da filosofia ilumi-



nista no âmbito penal previamente inaugurada com Montesquieu, partindo de uma concepção fundada na teoria do contrato social como sendo o marco de origem das penas. Beccaria afirma que o abandono do estado de guerra, e a organização dos homens em sociedade, possui como condição a existência de leis (1999, p. 27). Os homens, portanto, sedem parcela de sua liberdade, para que possam usufruir do restante com tranquilidade e segurança, e “a soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador” (BECCARIA, 1999, p. 27).

Uma vez formado este “depósito” de liberdades cedidas, surge a necessidade de um método de proteção contra eventuais tentativas de usurpação pelos próprios homens que compõem a sociedade (BECCARIA, 1999, p. 27). E nesse sentido, faz-se necessário a existência de “motivos sensíveis suficientes para dissuadir o despótico espírito de cada homem de submergir as leis da sociedade no antigo caos” (BECCARIA, 1999, p. 27). E nesta concepção, o método utilizado para dissuadir a violação das leis, é a punição, que surge, portanto, como verdadeira necessidade (BECCARIA, 1999, p. 28). Neste interim, o autor explica, que a punição deve ser proporcional ao delito praticado, no sentido de que o “bem” oriundo da prática criminosa, seja dissuadido pelo “mal” causado pela punição (BECCARIA, 1999, p. 39). Esta proporção é intrinsecamente relacionada com as finalidades da punição, que devem se restringir a evitar que tanto o criminoso, quanto a sociedade, cometam novos delitos, para que assim “causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu (BECCARIA, 1999, p. 52).

E é a partir deste raciocínio que BECCARIA rejeita, por exemplo, a ideia da pena de morte. Vale destacar, a crítica do autor iluminista a pena capital se fundamenta principalmente em uma ideia de efetividade e utilidade da punição e não em ideais baseados na dignidade da pessoa humana. Isto porque, na sua concepção, a eficácia da punição é relacionada com a sua extensão, e não com a sua intensidade, uma vez que “a sensibilidade humana é mais facilmente e mais constantemente afetada por impressões mínimas, porém renovadas, do que por abalo intenso, mas efêmero” (1999, p. 91). E a pena de morte, para BECCARIA, muito embora cause uma impressão forte, é de rápido esquecimento (1999, p. 92). E é por esta razão que o autor defende a retirada da liberdade do criminoso como sen-

do o método mais eficaz de punição, em uma modalidade cumulada com trabalhos forçados, denominada por ele de “pena de escravidão perpetua” (1999, p. 92). Não se trata, portanto, de prezar pelo direito à vida, tampouco de consagrar a dignidade da pessoa humana, ao contrário, se trata de produzir ainda mais sofrimento ao condenado, mesmo que a forma de aplicação pareça mais humana.

A história das penas, portanto, como bem diz Luigi Ferrajoli, supera a crueldade da história dos próprios crimes, até porque, as penas derivam de um processo de racionalização, tratando-se de um processo consciente, de uma escolha da sociedade, ao contrário dos delitos que, muitas vezes são frutos de impulsões e necessidades, ou seja, “não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 310). Durante a história são incontáveis a variedade das penas corporais, e dos métodos de execução de pena de morte que foram criados, para todas as espécies de crimes. Mas a crueldade das penas não é tema que ficou no passado, ao contrário, ainda hoje existem diversos países que ainda preservam a pena de morte, inclusive o pretense desenvolvido Estados Unidos (FERRAJOLI, 2002, p. 311).

Da mesma forma, o pensamento jurídico-penal acompanhou as atrocidades existentes na história das penas, com suas teorias justificadoras que basicamente consistiam em “justa retribuição, a intimidação, a defesa social, a ideia da sociedade como organismo em que é válido amputar o órgão infeccionado” (FERRAJOLI, 2002, p. 311). A ausência de humanidade na essência do pensamento jurídico-penal, pode ser constatada inclusive daqueles que tecem críticas à pena de morte, que historicamente se baseiam em critérios utilitários de eficácia da punição, ao invés de, simplesmente, repudiar qualquer tipo de violação ao direito à vida, e “esta é talvez uma razão não secundária da lentidão com que a instituição tende a desaparecer nos países civilizados” (FERRAJOLI, 2002, p. 310).

As penas modernas, portanto, não se caracterizam mais, em tese, por serem “aflições”, passando a se caracterizarem como “privações” aos três principais direitos que constituem o Estado moderno: vida, liberdade e propriedade (FERRAJOLI, 2002, p. 314). A pena privativa de “vida”, como parece óbvio, é a pena de morte, espécie de pena anterior à burguesia,

e que continua a ser praticada em diversos Estados modernos, mesmo que agora passaram a “abandonar as antigas exibições espetaculares e, ao contrário, ocultando-se à vista do público” (FERRAJOLI, 2002, p. 314). Já a pena privativa de liberdade, por sua vez, é uma pena eminentemente burguesa, pois muito embora a prisão seja uma instituição muito antiga, passou a ser adotada como método punitivo principal somente no final do século XIX (FERRAJOLI, 2002, p. 315).

O processo de humanização das penas passa a ganhar força com a preponderância do pensamento iluminista, que orientado pela questão de “como punir”, entendia que a pena deve ser a “necessária e a mínima dentre as possíveis em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 317). Nesse sentido, a principal característica do movimento iluminista sob o aspecto penal era a “mitigação e minimização das penas inspirado numa ética racional de tipo utilitarista” (FERRAJOLI, 2002, p. 317). Como bem acentuado por Ferrajoli, o movimento iluminista se utilizou de argumentos utilitaristas para buscar a humanização das penas, mesmo que tais fundamentos sejam insuficientes, já que, não conseguem, por exemplo, sequer evitar a existência da pena de morte em casos que poderiam ser justificados pela necessidade (2002, p. 318). O fundamento basilar na promoção da humanidade das penas, é, na verdade, “o princípio moral do respeito à pessoa humana”, ou seja, acima de qualquer argumento sobre a utilidade ou eficácia da pena, o que impede as penas corporais, degradantes, humilhantes, de morte, de prisão perpetua, é o “valor da pessoa humana” (FERRAJOLI, 2002, p. 318). Sendo assim, pode se dizer que toda pena, que seja degradante ao apenado, seja no sentido qualitativo ou quantitativo, é uma violação direta à dignidade da pessoa humana, base dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade.

O discurso jurídico vigente, portanto, é o de que a dignidade da pessoa humana é a base de todo o ordenamento jurídico, sendo o fundamento dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Da mesma forma, sob o aspecto jurídico-penal, a dignidade da pessoa humana é tida como fundamento do abandono das penas corporais e cruéis (suplícios) – muito embora os argumentos iluministas tenham sido muito mais voltados a fundamentos utilitaristas –, para que o método de punição adotado fosse a prisão, considerada hoje como sendo a pena por excelência, e

como sendo o marco de superação das penas cruéis. A realidade, porém, confronta o discurso.

### **3. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A figura do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) surge pela primeira vez na Corte Constitucional Colombiana, como reflexo de diversas violações a garantias fundamentais de forma contínua e estrutural naquele país, não incidindo somente sobre violações a direitos individuais, portanto, mas sim aos direitos fundamentais de modo amplo que estejam sendo violados de forma massiva e estrutural (FERRER, MARTTOS e LAZÁRI, 2022, p. 15). André Luís Cateli Rosa e Valter Moura do Carmo, explicam que “consiste em situação extrema de omissão estatal”, não necessariamente relacionadas a normas constitucionais específicas, ou mesmo omissões no âmbito legislativo, mas sim uma “omissão ou ineficiência do aparato estatal que resulta na proteção deficiente de direitos fundamentais” (2019, p. 12).

O Estado de Coisas Inconstitucional, consiste, portanto, em um mecanismo criado pelo Poder Judiciário para que sejam declaradas situações de graves violações ao texto constitucional, em razão das falhas estruturais do Estado, principalmente decorrentes de omissões na efetivação de políticas públicas (ROSA e CARMO, 2019, p. 13). A teoria aparece pela primeira vez, como já mencionado, na Colômbia em 1997, em um caso em que se constatou o “descumprimento generalizado dos direitos previdenciários de um grupo de professores” (ROSA e CARMO, 2019, p. 13). Já em 1998, a Corte Colombiana declara o Estado de Coisas Inconstitucional “em relação ao quadro de superlotação das penitenciárias do país, tendo em vista o descumprimento generalizado dos direitos fundamentais dos detentos” (ROSA e CARMO, 2019, p. 14). Os autores, explicam ainda que a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional por parte da Corte Colombiana, não se limitou apenas em mera declaração, passando a ordenar “prestações positivas do Estado por meio de ordens aos demais poderes, atribuindo-lhes, inclusive, prazos para o seu cumprimento” (ROSA e CARMO, 2019, p. 15).

Pois bem, o estado de calamidade do sistema prisional brasileiro

atraiu a incidência deste instituto jurídico. O Supremo Tribunal Federal, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, apreciou o grave problema da violação dos direitos daqueles que integram o sistema carcerário no Brasil. A ação constitucional foi proposta pelo partido político PSOL, e se ocupou de problemas que vão desde a superlotação dos presídios, até os problemas estruturais que causam diversas violações a direitos fundamentais dos presos, uma vez que “há a limitação da dimensão da dignidade humana na medida em que a realidade carcerária traz consigo o tratamento de desprezo para os presos, com o não acesso à Justiça e a direitos sociais, sem contar a segurança física” (FERRER, MARTTOS e LAZÁRI, 2022, p. 17).

No bojo da ADPF nº 347, portanto, o Supremo Tribunal Federal, tal qual a Corte Colombiana, além de declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário, determinou que o Estado assumisse obrigações positivas visando a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos (ROSA e CARMO, 2019, p. 19). Nesse sentido, conforme consta da ementa do acórdão da Medida Cautelar na ADPF em questão, que contou com a relatoria do então Ministro Marco Aurélio, foram abordados os seguintes tópicos no julgamento: o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamentais, em razão da condição degradante do sistema penitenciário brasileiro; a constatação da “violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais” o que possibilitou que o “sistema penitenciário nacional ser caracterizado como estado de coisas inconstitucional” (BRASIL, 2015); além disso, foram determinadas medidas de caráter positivo, como a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, e da realização obrigatório de audiências de custódia, conforme preconiza os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civil e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 2015).

Como se percebe, no bojo da medida cautelar na ADPF 347, a lógica da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal consistiu em, primeiro, esclarecer que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é medida adequada para se apreciar a questão do sistema penitenciário brasileiro. E, segundo expor os motivos pelos quais o Tribunal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário, sendo eles: “superlotação carcerária” e “condições desumanas de custódia”, fatores estes oriundos de “falhas estruturais” e que acarretariam em uma

“violação massiva de direitos fundamentais” (BRASIL, 2015, p. 03). Além da mera declaração de Estado de Coisas Inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal também impôs obrigações aos Poderes Executivo e Judiciário, sendo que, em relação ao Poder Executivo, determinou-se a liberação das verbas oriundas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), para o seu devido fim, bem como, para o Poder Judiciário, determinou-se que os juízes e tribunais realizassem audiências de custódia, prática pouco difundida na época (BRASIL, 2015, p. 03).

Do voto do Ministro relator Marco Aurélio, é possível constatar o grave estado do sistema penitenciário. Segundo o ministro, a população carcerária no Brasil, em 2014, era de 711.463 (setecentos e onze mil, quatrocentos e sessenta e três) presos, para apenas 357.219 (trezentos e cinquenta e sete mil, duzentos e dezenove) vagas, ou seja, havia um déficit de 206.307 (duzentos e seis mil, trezentos e sete) vagas, isso sem contabilizar as prisões domiciliares (BRASIL, 2015, p. 22).

Para além da superlotação carcerária, que, segundo o Ministro, dá ao Brasil o posto de terceira maior população carcerária do mundo, apenas atrás de Estados Unidos e China, há que se ressaltar a situação dos detentos que é narrada no voto, que estão sujeitos a diversas violações a direitos fundamentais da personalidade, estando expostos a homicídios, crimes sexuais, celas em situações insalubres, com risco de contaminação por doenças, alimentação de péssima qualidade, ausência de água potável e de produtos básicos de higiene, além da ausência de assistência jurídica, acesso à educação, a saúde e ao trabalho, e, se não bastasse, o “amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual” (BRASIL, 2015, p. 23).

O Ministro atribuiu a responsabilidade em relação ao estado do sistema prisional para os três poderes, em âmbito Federal e Estadual, há, segundo o julgador “problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal” (BRASIL, 2015, p. 26). Inclusive, quanto a este ponto, é importante destacar do voto a questão relacionada ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), que era significativamente contingenciado, sendo que, chegavam a 80% dos valores não serem utilizados (BRASIL, 2015, p. 39).

Ao deferir a medida cautelar, portanto, além das medidas já citadas

anteriormente, foram ainda determinadas políticas ao próprio Poder Judiciário para buscar diminuir a população carcerária, sendo elas: que os juízes e tribunais fundamentem, em caso de prisão preventiva, as razões pelas quais não adotam medidas alternativas a prisão, bem como, que seja considerado, quando da decisão sobre a aplicação das cautelares penais, ou na aplicação da pena e no processo de execução penal, o “quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro” (BRASIL, 2015, p. 42).

O Supremo Tribunal Federal, portanto, no bojo do Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, reconheceu a existência das condições degradantes e violadoras aos direitos fundamentais da personalidade que assolam o sistema carcerário brasileiro. Não obstante, o sistema de justiça criminal no Brasil, possui patologias endógenas, que vão muito além de problemas que possam ser sanados por meio de decisões judiciais. Não há como desprezar, que o Direito Penal é absolutamente seletivo, e que cada vez mais vêm sendo utilizado como um instrumento simbólico e populista para combater problemas sociais que assolam a sociedade.

Mas os reflexos jurídicos causados pela grave situação do sistema prisional brasileiro, não ficou somente no campo do direito interno. Em 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) estabeleceu medidas provisórias a respeito do Brasil, especialmente em relação ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), localizado no Complexo Penitenciário de Bangu, na Zona Oeste do Rio de Janeiro. A atuação da Corte, em relação ao IPPSC tem início em 31 de agosto de 2017, quando solicita ao Brasil que adote, de imediato, “todas as medidas que fossem necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Instituto Plácido de Sá Carvalho”. (OEA, 2018, p. 01)

A partir desta solicitação da CIDH, de janeiro a novembro de 2018 o Brasil passou a encaminhar relatórios para a Corte, especialmente em relação aos três principais problemas detectados no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho: superlotação, mortes e infraestrutura. Após analisar as informações prestadas pelo Estado brasileiro, em 22 de novembro de 2018, a Corte considerou que os problemas detectados não foram resolvidos, de modo que haveria violação aos artigos 5.2<sup>1</sup> e 5.6<sup>2</sup> da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 2018, p. 14). Sendo assim, o

grave quadro do Instituto exigiu que a Corte Interamericana tomasse medidas concretas, sendo constatado que o único meio de cessar as violações aos direitos humanos ocorridas no local seria a diminuição da população carcerária (OEA, 2018, p. 23).

Não sendo uma solução razoável a construção de novas unidades prisionais, ou o traslado dos presos do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho para outras unidades, a Corte desenvolveu uma solução a partir de uma análise de antijuridicidade das penas cumpridas no IPPSC. Consta da decisão exarada pela Corte que, todas as penas privativas de liberdade, sejam elas definitivas ou provisórias, mesmo que cumpridas em estabelecimentos prisionais que respeitem as regras mínimas de respeito aos direitos dos detentos, implicam “necessariamente uma cota de dor ou aflição inevitável” (OEA, 2018, p. 15). Quando a privação de liberdade, porém, ocorre em um estabelecimento degradante, “o conteúdo aflitivo da pena ou da privação de liberdade preventiva aumenta numa medida que se torna ilícita ou antijurídica” (OEA, 2018, p. 15).

Uma pena cumprida nestas condições, portanto, deve ensejar em uma redução do tempo do seu cumprimento, ou seja, “implica compensar, de algum modo, a pena até agora sofrida na parte antijurídica de sua execução” (OEA, 2018, p. 23). Diante de tal constatação, a decisão formula o seguinte raciocínio: considerando que o problema da violação dos direitos humanos ocorridas no Instituto Plácido de Sá Carvalho se dá pela superlotação, que se encontra em uma densidade de 200% (duas vezes suas capacidade), “disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada da dor da pena”, desta forma, dobrados os efeitos de sofrimento causados por uma pena cumprida nestas condições, o cálculo de cumprimento da reprimenda de ve ser “computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes” (OEA, 2018, p. 23). Daí surge, portanto, o que ficou conhecido como o cômputo de pena em dobro.

Diante disso, o que se percebe é que há uma grave contradição entre o discurso jurídico penal vigente, que como demonstrado, se baseia nos preceitos da dignidade da pessoa humana e que consagra os direitos fundamentais da personalidade no bojo do direito penal, com a realidade empírica do sistema carcerário. Enquanto é consagrado que não haverão penas degradantes, e que o direito penal pós-iluminista superou a barbari-



dade dos suplícios, diariamente as pessoas privadas de liberdade no Brasil são expostas à condições dignas de um relato Foucaultiano, chegando ao ponto de ser reconhecida a violação massiva e estrutural dos direitos fundamentais dos detentos, tanto pela Suprema Corte do Brasil, quanto pelo Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Este quadro, no entanto, pouco aparece nos debates políticos, tampouco é alvo de críticas por boa parte da sociedade, não tendo havido qualquer melhora nas condições do sistema carcerário, muito pelo contrário, o superencarceramento só tem aumentado, e junto dele a violação aos direitos fundamentais da personalidade das pessoas privadas de liberdade no Brasil. Afinal, o que justifica tamanha complacência com a violação de direitos fundamentais e da personalidade desta parcela significativa da sociedade?

Como a presente pesquisa pretende apontar, o péssimo estado das penitenciárias é reflexo daquilo que a própria sociedade reproduz quando da adoção de discursos penais que buscam, por meio de punitivismo simbólico, resolver todos os problemas sociais. Uma sociedade embebida na lógica do risco, torna o Direito Penal um instrumento de combate ao inimigo, cujo único interesse é o aumento das penas, o aumento das condutas a serem tipificadas e a diminuição de direitos e garantias. Este é o discurso penal majoritariamente adotado no Brasil, especialmente no campo político e midiático, de modo que o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário é, mesmo que discursivamente repudiado, aceito por uma espécie de subconsciente coletivo.

#### **4. O DISCURSO PUNITIVISTA E A SOCIEDADE DO RISCO E DO MEDO: O INIMIGO NO DIREITO PENAL**

Durante a história, cada formação de Estado possuía o seu respectivo modelo de Direito Penal, e mesmo antes da formação dos Estados, a instrumentalização do poder punitivo se distinguia de acordo com o local em que era exercido e dos interesses do detentor do poder. Apesar disto, é possível traçar um paralelo em quase todos os modelos de poder punitivo: a constante prevalência de um inimigo. Desde os primórdios do poder punitivo, no contexto do colonialismo europeu, até a globalização do século XX, pode-se afirmar, que o Direito Penal sempre teve um alvo (ZAFFARONI, 2019, p. 29). O reconhecimento de um inimigo sempre se

fez presente na estrutura do poder punitivo, como uma verdadeira “seletividade estrutural” já que “sempre reprimiu e controlou de modo diferente os iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos” (ZAFFARONI, 2019, p. 81).

É necessário, portanto, abandonar a concepção ilusória de neutralidade do Direito Penal, pois por ser meio de controle social formal exercido pelo Estado, ele é criado para cumprir funções, e estas funções são determinadas por interesse do próprio Estado, ou então por interesses sociais que são concentrados nas pretensões da classe hegemônica, ou seja, “o direito penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realize, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais” (BATISTA, 2007, p. 20). Entender que o sistema criminal existe para cumprir finalidades determinadas é de suma importância para entender o porquê da situação degradante do sistema carcerário e o motivo de que, mesmo havendo decisões proferidas tanto pela mais alta Corte do país, quanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o poder público e o próprio corpo social permanecem inertes diante deste quadro.

A primeira premissa necessária para compreender a proposta do presente estudo é a de que a sociedade contemporânea se encontra inserida em uma lógica baseada na ideia de medo e risco. Como bem explica Ulrich Beck o risco é um fenômeno endógeno à sociedade, não sendo um fator estritamente atual, sendo os riscos das sociedades mais antigas substancialmente distintos, já que eram inclusive perceptíveis sensorialmente, “enquanto os riscos civilizatórios atuais atipicamente escapam à percepção” (2011, p. 25 e 26). Na sociedade atual o risco se consubstancia através da produção de riqueza e se demonstra a partir de dois pressupostos: o primeiro é o de que a evolução tecnológica ligada ao avanço das forças produtivas e as garantias previstas no ordenamento jurídico de um Estado Social tendem a diminuir e isolar a “carência material”; o segundo é a modernização acelerada que acarreta em criação de riscos até então inimagináveis. Ademais, os riscos atuais se diferenciam dos riscos anteriores pois são de natureza global, relacionados ao próprio ser humano, à fauna e a flora, ou seja, “são um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior” (BECK,

2011, p. 26).

Como explicam os professores Fernando de Brito Alves e Luiz Fernando Kazmierczak, o contexto social de risco reflete diretamente no direito penal, que busca observar os anseios sociais por mais segurança, sendo esta uma “visão distorcida do Direito Penal, como instrumento de crueldade e vingança” (2016, p. 37). Esta influência se dá em razão do atual cenário tecnológico dos meios de comunicação, que faz com que notícias de atos de criminalidade se espalhem na mídia de forma instantânea, o que reforça a sensação de medo na sociedade (ALVES e KAZMIERCZAK, 2016, p. 49). Sendo assim, essa constante e exacerbada sensação de medo faz com que o Direito Penal se expanda para buscar acalantar a instável sociedade de risco, que devido a esta fragilidade, cotidianamente acredita que existe um inimigo à porta, um “estranho”, o “outro”, e exige do Direito Penal que o afaste (ALVEZ e KAZMIERCZAK, 2016, p. 05). Portanto, neste cenário estabelecido, onde o Direito Penal cada vez mais se expande, de forma seletiva, o encarceramento em massa é inevitável consequência, sendo também, consequência lógica deste cenário, as violações aos direitos fundamentais da personalidade dos encarcerados, já que, são vistos, de forma estrutural, como inimigos. O discurso jurídico penal atual propagado pelo senso comum, seja de forma explícita, seja de forma implícita, não reconhece nos indivíduos criminalizados a condição de pessoa, mas sim de “criminoso”, “bandido”, “delinquente”. E ausente a condição de pessoa, se sobressai a condição de inimigo, cujos direitos podem ser constantemente violados.

É interessante perceber ainda, que o risco e o medo são fatores instrumentalizados e implantados na sociedade. Como explica Juarez Cirino dos Santos, o Direito Penal possui objetivos declarados e não declarados. Os declarados, segundo ele, consistem na proteção de bens-jurídicos previstos na Constituição Federal, sob ameaça de uma pena, agindo (de forma subsidiária e fragmentária) quando estes bens-jurídicos são lesados ou até mesmo ameaçados (SANTOS, 2014, p. 05). Em contraponto, Juarez Cirino aponta para os objetivos não declarados (ou reais) do Direito Penal, apontando-o como o “centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas” (2014, p. 06). Esta concepção de Juarez Cirino possui suas bases na estrutura social capitalista de

desigualdade, em que predomina a dicotomia entre possuidores do capital e possuidores da força de trabalho. Por isso, deve o Direito Penal ser entendido também a partir destes pressupostos de classe (2014, p. 07). Isso porque, sendo o ordenamento jurídico um mecanismo de manutenção da ordem social, também é o Direito Penal um instrumento de preservação da ordem estabelecida, que no caso, se consubstancia no “domínio de uma classe sobre outra”. Em decorrência dessa característica de ser utilizado como um mecanismo de dominação, temos que “o Direito Penal garante uma ordem social desigual” e, em essência, “garante a desigualdade social” (SANTOS, 2014, p. 07).

Sendo assim, o superencarceramento não é uma falha do sistema, mas sim parte estruturante do Estado neoliberal, que se utiliza do sistema penal como meio de controle de indesejáveis. Porém, como explicam André Martins Pereira e Marcus Alan de Melo Gomes, esta pretensão neoliberal não se efetiva sem que a sociedade seja convencida e levada a crer que o encarceramento é a solução para os problemas sociais, é necessário, portanto, “um discurso que retire a humanidade de quem está selecionado pelas agências penais, que justifique que o aparato repressivo estatal seja incrementado” (2017, p. 08). Para que o sistema penal funcione, as pessoas tem que acreditar que as teorias da pena funcionam, e que quanto mais pessoas estiverem presas, mais segura estará a sociedade, que quanto mais dor seja infligida ao condenado, maior será a eficácia da punição, e portanto, menos crimes serão cometidos. Mas para que a sociedade acredite neste discurso, é preciso, antes, fazer com que as pessoas se sintam em risco, que estão em perigo, pois “o medo e a sensação de insegurança ganham importância enquanto fatores que podem ser capitalizados e utilizados de forma estratégia na consecução do projeto encarcerador” (PEREIRA e GOMES, 2017, p. 09). Nesse sentido, a mídia hegemônica cumpre o papel de difundir o senso comum punitivo na sociedade, funcionamento como um mecanismo para legitimar a instrumentalização do poder punitivo contra os alvos selecionados (PEREIRA e GOMES, 2017, p. 09).

Trata-se, em síntese, de um discurso punitivista, que pode ser compreendido como um estímulo ao aumento da severidade do poder de punir, seja através da aplicação de penas mais severas do que

aquelas que estão previstas em lei, seja através da própria criação de leis que possibilita a recrudescimento das punições (CASTRO e RIGOLIN, 2023, p. 03). O punitivismo, no Brasil, sofre, ao menos desde 1970, forte influência das práticas punitivas dos Estados Unidos, de modo que “a expansão do punitivismo nos EUA, é de certa maneira, parte da história das origens do punitivismo brasileiro.” (CASTRO e RIGOLIN, 2023, p. 03)

O punitivismo, por óbvio, resulta em um aumento do encarceramento, que nos Estados Unidos pode ser percebido concomitantemente ao processo de desmantelamento do Estado Social e das políticas de assistência aos menos favorecidos financeiramente. Ou seja, a marginalização ainda maior desta classe social, oriunda do fim das políticas sociais, passou a ser gestada pela política criminal, urgindo, assim, uma sensação de risco e de medo, que passa a ser difundida através da mídia e por parte da política, fazendo com que a população internalize “o sentimento de pânico em face de uma suposta barbárie, ainda que inexista altos índices de prática de crimes, especialmente de crimes violentos.” (CASTRO e RIGOLIN, 2023, p. 07). Significa dizer, portanto, que ao contrário do que sugere o senso comum, o aumento do encarceramento não possui como causa o aumento da criminalidade, que, inclusive, foi estável nos Estados Unidos durante os anos 70, e diminuiu a partir dos anos 90, mas sim, se encontra estritamente relacionado com o objetivo de “controle das massas não úteis e indesejadas pelas estruturas produtivas após o declínio do Estado de Bem-Estar Social.” (CASTRO e RIGOLIN, 2023, p. 07) No Brasil, muito embora o Estado de Bem-Estar Social nunca tenha efetivamente se consolidado, o abandono das políticas de *welfare* e a adoção de um verdadeiro Estado Penal nos Estados Unidos, encontrou grande aderência em “um país que com dificuldades esforçava-se para superar a herança de seu recente passado autoritário.” (CASTRO e RIGOLIN, 2023, p. 10)

O Direito Penal não é neutro. Ao contrário, existe para cumprir funções, e como exposto, estas funções estão relacionadas aos interesses da classe hegemônica, que se utiliza do poder punitivo para neutralizar as classes oprimidas. Para legitimar o uso do Direito Penal nestes moldes, porém, e inclusive para disfarçar as suas reais

intenções, é necessário convencer a própria sociedade de que este método é necessário, o que é realizado através da produção do medo e do risco, e principalmente na criação de indivíduos tidos como inimigos sociais, que são aqueles sobre quem o poder punitivo é exercido. As pessoas privadas de liberdade, portanto, são vistas pela sociedade como inimigas, de modo que, sobre elas a violação aos direitos fundamentais da personalidade é tolerada.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem proposta nesta pesquisa destaca uma contradição significativa entre o discurso jurídico e a realidade vivenciada pelas pessoas privadas de liberdade no Brasil. No âmbito discursivo, a dignidade da pessoa humana é apontada como o alicerce central de todo o ordenamento jurídico, fundamentando, assim, a validade dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Sob essa ótica, esses direitos são considerados inerentes à própria condição humana, tornando-se indisponíveis e inalienáveis. A prevalência da dignidade da pessoa humana na posituação do Direito, manifestada por meio dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, tem sido um ponto fundamental no discurso jurídico penal, particularmente no que se refere à humanização das penas. Essa trajetória de humanização das penas foi trilhada com o intuito de superar práticas penais arcaicas e cruéis, como os suplícios, penas corporais e outras formas desumanas de punição. Nesse processo, a prisão foi adotada como o método punitivo por excelência, substituindo gradativamente as práticas mais cruéis e degradantes. A lógica subjacente a esse movimento era a de que, mesmo em um ambiente prisional, as pessoas privadas de liberdade deveriam ter seus direitos respeitados e serem tratadas de acordo com os preceitos da dignidade da pessoa humana. De tal forma, a ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana e a concepção integrada dos direitos intrínsecos à pessoa humana, que se materializa sob a forma de direitos fundamentais da personalidade, implica que mesmo as pessoas encarceradas com base em condenações transitadas em julgado deveriam ser objeto de proteção integral não obstante a necessidade de fazer cumprir as funções declaradas da pena que lhes foi imposta. Portanto, mesmo no ambiente carcerário, a doutrina da proteção integral da pessoa deveria ter validade.

Ao contrário do discurso que promove a dignidade da pessoa hu-

mana e a proteção integral dos direitos fundamentais da personalidade, a realidade das práticas punitivas nacionais, conforme reconhecido por importantes decisões judiciais, como a da Suprema Corte do Brasil na ADPF 347 e pela Resolução de 22 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expõe um quadro alarmante de violações estruturais e generalizadas dos direitos das pessoas privadas de liberdade no país. É crucial enfatizar que essa conclusão não é meramente resultado de teorias críticas ou de posicionamentos ideológicos, mas sim de constatações feitas por instâncias de poder formais e estabelecidas, conforme são a Suprema Corte do Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apesar desse reconhecimento formal, a política criminal no Brasil continua trilhando um caminho de superencarceramento e expansão desmedida do sistema penal. Poucos esforços têm sido feitos, seja no âmbito político, legislativo, judiciário ou executivo, para reverter essa tendência alarmante. Digno de nota é também a ausência de pressão popular significativa contrária a essa situação de violação dos direitos fundamentais da personalidade das pessoas privadas de liberdade, apesar de tais direitos já terem sido reconhecidos e garantidos por leis nacionais e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Esse descompasso entre o discurso jurídico e a prática efetiva é profundamente problemático, pois enfraquece a legitimidade do sistema de justiça e mina a confiança do público na capacidade do Estado de proteger os direitos humanos. Além disso, perpetua-se um ciclo de violência e criminalidade, já que a falta de condições humanas nas prisões muitas vezes contribui para o agravamento das questões sociais e da criminalidade.

Concluimos, ainda, que a complacência com a violação aos direitos fundamentais da personalidade das pessoas privadas de liberdade no Brasil se dá porque a sociedade se encontra inserida em uma lógica baseada no medo e na percepção de risco, produzida pela lógica neoliberal e difundido pelos grandes meios de comunicação, consagrando, assim, o discurso punitivista. Tal dinâmica faz com que a própria sociedade enxergue as pessoas privadas de liberdade, e de modo geral as pessoas criminalizadas, como inimigas, fazendo com que se aceite acriticamente que esta parcela da sociedade tenha seus direitos fundamentais da personalidade constantemente violados. A dignidade da pessoa humana, nos quadrantes limitados de uma sociedade excludente, não alcança os marginalizados.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. O Direito Penal diante da sociedade de risco: a criminalização motivada pelo medo. **Conpedi Law Review**. Uruguai, v. 2, n. 4, p. 36-57, JUL/DEZ 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, **Diário da Justiça**, 09 de setembro de 2015.

CASTRO, Alexander Rodrigues, RIGOLIN, Isabela Fural. O punitivismo no Brasil, o Estado Penal e os adolescentes criminalizados. **Revista Interacção**. Universidade Federal de Santa Maria/RS, v. 14, n. 3, JUL/SET 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER, Walkiria, MARTTOS, Andre, LÁZARI, Rafael. Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro: um olhar sobre as possíveis causas do aumento da criminalidade no Brasil. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho-PR, Brasil, n. 36, 2022, p. 295-317, jan/abr 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. Editora Saraiva, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução de 22 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do Brasil, Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf). Acesso em 09 de set. de 2023.



ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em: 09 de set. de 2023.

PEREIRA, André Martin, GOMES, Marcus Alan de Melo. A Fabricação dos Medos Pela Mídia e a Violência do Sistema Penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 1-18, Jul/Dez 2017.

ROSA, André Luis Cateli, CARMO, Valter Moura de. A Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional Frente às Consequentes Externalidades Negativas. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 17, n. 25, p. 177-202, maio/ago. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6. ed., ampl. e atual. – Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 6ª reimpressão, 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; OLIVEIRA, Edmundo Alves de Oliveira; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO JR. Raul de Mello. Os Direitos da Personalidade em Face da Dicotomia Direito Público – Direito Privado. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo/SP. v. 19. n. 08. p. 208-220. Jan/abr. 2018.

'Notas de fim'

1 O artigo em verbatim estabelece que: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” (OEA, 1969)

2 O artigo em verbatim estabelece que: “As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.” (OEA, 1969)



# PARA ALÉM DE UMA CIDADANIA PERFORMÁTICA DAS MULHERES

BEYOND A PERFORMATIC CITIZENSHIP OF WOMEN

MÁS ALLÁ DE UNA CIUDADANÍA PERFORMÁTICA DE  
LAS MUJERES

## SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Origens filosóficas do paradigma da dominação; 3. O crepúsculo do paradigma da dominação; Considerações finais; Referências.

## RESUMO:

O objeto de análise do presente artigo é a formação do paradigma da dominação, à luz de aspectos históricos e culturais, bem como a possibilidade de surgimento de um novo paradigma. A partir de reflexões filosóficas, discute-se o papel social da mulher na contemporaneidade, especialmente naquilo que a identifica com a figura mitológica grega das Moiras. Desenvolvem-se, ainda, reflexões relativas ao trabalho feminino e aos espaços ocupados pelas mulheres na sociedade, questionando a distinção entre o espaço público e o privado. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica.

## ABSTRACT:

The object of analysis of the present article is the formation of the domination paradigm, taking into account historical and cultural aspects, as well as the possibility of the creation of a new paradigm. Starting from philosophical reflections, the social role of women in the present is discussed, especially in what is identified with the Greek mythological figures of the Fates. Furthermore, other considerations are re-

Como citar este artigo:

ESTIVALET, Josiane,  
COSTA, Marli.

Para além de uma  
cidadania performática  
das mulheres.

Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 43 2024,  
p. 283-303.

Data da submissão:

04/10/2023

Data da aprovação:

05/12/2024

lated to female labor and the spaces occupied by women in society, which will question the distinction between public and private spheres. The methodology used was bibliographical research.

#### **RESUMEN:**

El objeto de análisis de este artículo es el paradigma de la dominación, abordado a la luz de los aspectos históricos y culturales, así como la posibilidad del surgimiento de un nuevo paradigma. A partir de reflexiones filosóficas, se debate sobre el papel social de la mujer en la sociedad contemporánea, especialmente en lo que la identifica con la figura mitológica griega de las Moiras. También se desarrollan reflexiones sobre el trabajo femenino y sobre los espacios que las mujeres ocupan en la sociedad, cuestionando la distinción entre espacio público y privado. La metodología empleada fue la investigación bibliográfica.

#### **PALAVRAS-CHAVE:**

Paradigma; Desigualdade sexual; Patriarcado; Invisibilidade.

#### **KEYWORDS:**

Paradigm; Sexual inequality; Patriarchy; Invisibility

#### **PALABRAS CLAVE:**

Paradigma; Desigualdad sexual; Patriarcado; Invisibilidad.

## **1. INTRODUÇÃO**

*“Cada coisa esforça-se, tanto quanto está em si,  
por perseverar em seu ser”  
Espinosa, Ética III, prop. 6*

Na obra *Um teto todo seu*, Virginia Woolf (2014) dá vida a Judith, a hipotética irmã de Shakespeare. Ela é apresentada como uma mulher de grande capacidade intelectual, impressionante talento artístico e vivacidade. Observadora e criativa, desejava, entusiasticamente, conhecer o mundo. Ocorre que os universos anunciados a cada um dos irmãos eram diametralmente opostos. Enquanto a Shakespeare foi facultado que fre-

quentasse os bancos escolares, que certamente contribuíram para que ele se tornasse um escritor, ator e dramaturgo notável, o universo de Judith restringia-se às intermináveis, repetidas e exaustivas atividades domésticas.

Woolf (2014) faz referência a Shakespeare como um jovem, que se casou precocemente e que precisou buscar a sorte em Londres. Inicialmente trabalhou cuidando dos cavalos na entrada do palco, mas logo passou a trabalhar no teatro, se tornou ator e obteve sucesso. Na mesma medida em que Shakespeare havia sido incentivado a ocupar, de maneira destemida, o espaço público e com isso obtinha reconhecimento pela sua criatividade, Judith era mantida na invisibilidade dos espaços privados. Woolf (2014) explica: ela era tão aventureira, tão imaginativa, tão impaciente para o conhecer o mundo quanto ele. Mas ela não frequentou a escola. Não teve a oportunidade de aprender gramática e lógica, que dirá de ler Horácio e Virgílio. Apanhava um livro de vez em quando, talvez um dos de seu irmão, e lia algumas páginas. Mas logo seus pais surgiam e ordenavam que fosse coser as meias ou cozer o guisado e não mexesse em livros e papéis. (...) Talvez rabiscasse algumas páginas em um pequeno sótão, às escondidas, mas tinha o cuidado de escondê-las ou queimá-las. Em breve, porém, antes que saísse da adolescência, ela se tornaria a noiva do filho do comerciante de lã da região. (WOOLF, 2014, p. 71)

Assim como a personagem Judith, ao longo dos tempos, milhares de mulheres não tiveram seus talentos reconhecidos e não foram motivadas a concretizar seus sonhos. Tiveram subtraído o conhecimento que ultrapassava o necessário para que fossem notáveis donas de casa e mães. Gerações foram silenciadas. Aptidões ignoradas, criatividade e originalidade ocultadas, existências invisibilizadas.

As mulheres, tal como as Moiras, parecem ter a sina de tecer os fios que entrelaçam os seres humanos e configuram destinos, a partir dos seus espaços de clausura. As Moiras são figuras da mitologia grega, presentes no poema Teogonia de Hesíodo e na Ilíada, de Homero. Fazem parte do panteão dos deuses primordiais, porque antecedem até mesmo a Zeus. Tratam-se de três irmãs, nascidas em Nix, responsáveis por tecer os fios da vida dos homens:

confundem-se com o próprio destino e as leis da existência que não podem ser suplantadas. Com Hermes criaram o

alfabeto grego; ajudaram Zeus a derrotar Tifeu, dando-lhe frutas que o enfraqueceram; na Gigantomaquia (batalha de Gigantes), ajudaram a matar Agrio e Toas, usando clavas de bronze. Personificaram-se em três: Cloto, Laquesis e Átropos. Os Deuses Pré-Olímpicos. (OLIVEIRA, 2013, p. 24)

Cloto tem seu nome inspirado na palavra grega *klóthein*, que significa fiar (e deu origem ao termo inglês *cloth*). É a Moira fiandeira, que tece o destino dos homens, de forma que ela é responsável pelo início da trajetória de cada indivíduo no mundo. Laquesis, de *lankhánein* (do verbo sortear), enrola o fio da vida e decide quem deve viver e morrer. Representa a infância e a juventude, momentos em que são feitos os investimentos relacionados aos aspectos simbólicos da conduta humana. Cabe a ela escolher quando a vida será interrompida. A execução da decisão tomada por Laquesis toca a Átropos (de *a + trépein*, que significa não voltar). De caráter inflexível e implacável, Átropos, a terceira e mais velha das Moiras, corta o fio da vida, de forma que ninguém chega ao reino da morte senão através da sua tesoura encantada (BRANDÃO, 1986).

Observa-se que as Moiras projetam uma espécie de lei universal, da qual nenhum ser humano escapa. Poder-se-ia associá-las a limitação ou ausência de livre arbítrio, mas, para fins do presente trabalho, associam-se às Moiras a ideia de constância e responsabilidade feminina para com a vida e a morte dos homens. Notadamente centenas de anos se passaram desde a concepção das Moiras. Acredita-se que tanto a Teogonia de Hesíodo quanto a Ilíada foram escritas no século VIII-VII a.C. A contar de então, inúmeras guerras desenharam novas fronteiras políticas, inclusive para a Antiga Grécia. As ideologias, por sua vez, contribuíram na configuração de novas sociedades, novas matrizes de governo e novas formas de relacionamento entre homens e mulheres.

Apesar de todas as mudanças formais e materiais experimentadas pelas mulheres nos últimos séculos, acredita-se que, no imaginário de boa parte da humanidade, a tecitura do “fio da vida” se mantém enquanto tarefa primordialmente feminina. Na contemporaneidade, enquanto metáfora, o “fio” simboliza a existência e, para fins do presente trabalho, será utilizado de modo figurativo, para auxiliar na compreensão da dimensão da relevância e da limitação das atividades relacionadas ao universo feminino.

A partir dessas reflexões, busca-se, no presente artigo, mergulhar nas origens filosóficas do paradigma da dominação, discutir a possibilidade do surgimento de um novo paradigma e refletir como o exercício de uma cidadania plena perpassa pela libertação do destino atribuído às mulheres, que as identifica como eternas Moiras, para que se concretize uma emancipação de fato, de ordem social, cultural e econômica.

## **2. ORIGENS FILOSÓFICAS DO PARADIGMA DA DOMINAÇÃO**

A história da conquista dos direitos das mulheres é marcada por constantes desafios, adversidades e superação. Segue, a par e passo, a história da consolidação do patriarcado. Lerner (2019) compreende que o patriarcado é sobretudo uma criação histórica, que levou cerca de 2.500 anos para ser concluída. Identifica que, em razão da necessidade de manutenção de alianças que assegurassem a continuidade das tribos, no Período Neolítico, havia uma inequívoca dominação física sobre os corpos das mulheres. A “troca de mulheres” entre tribos mostrava-se eficiente pois, além de se somarem à força de trabalho então existente, elas geravam filhos, igualmente aptos ao trabalho e a guerra. Afirma que, em sendo inevitável o conflito, as mulheres das tribos conquistadas faziam parte do espólio que o vencedor tomava para si. Via de regra eram escravizadas, enquanto os homens pertencentes às tribos inimigas eram mortos. Assim, na ótica de Lerner (2019), a escravidão de mulheres precedeu inclusive a formação de classes.

Plastino (2001) identifica que as origens do patriarcado remontam há aproximadamente quatro mil anos. A separação do homem da natureza, fundado no dualismo que posteriormente deu origem à ideia de que corpo e psiquismo, sujeito e objeto, natureza e cultura se contrapõem:

constitui a matriz em que foi gerada a concepção racionalista do homem e a concepção maquínica da natureza, produzindo assim o reducionismo antropológico da modernidade e as práticas predatórias – tanto do ponto de vista social quanto do ecológico – que caracterizam a sociedade contemporânea. (PLASTINO, 2001, p. 13)

Esse dualismo, para Plastino (2001), pode ser compreendido a partir do debate entre Parmênides e Heráclito. Chauí (2014) explica que a história da filosofia grega está profundamente ligada à busca de uma solução

para o problema posto pelos filósofos pré-socráticos mencionados, considerados instituidores de ideias que ainda hoje, na contemporaneidade, são alvo de intenso debate.

Parmênides afirma que a unidade do ser está na sua indestrutível permanência, no sentido de que nada se torna ou cessa de ser, tudo é. O não-ser não é, uma vez que, se fosse ele deixaria de ser, e não poderia ter sido pensado (STRENGER, 1998, p. 36). Nas palavras de Chauí:

o ser, dizia Parmênides, é o *logos*, porque sempre idêntico a si mesmo, sem contradições, imutável e imperecível. O *devir*, o fluxo dos contrários, é a aparência sensível, mera opinião que formamos porque confundimos a realidade com as nossas sensações, percepções e lembranças. A mudança é o não Ser, o nada, impensável e indizível. O pensamento e a linguagem verdadeira só são possíveis se as coisas que pensamos e dizemos guardarem a identidade, foram permanentes, pois só podemos dizer e pensar aquilo que é sempre idêntico a si mesmo. Se uma coisa tornar-se contrária a si mesma, deixará de ser e, em seu lugar, haverá nada, coisa nenhuma, pois o que se contradiz se autodestrói. A mudança é impossível, do ponto de vista do pensamento, e só existe como aparência ou ilusão dos sentidos. O *devir* é não ser. Por isso somente o Ser pode ser pensado e dito. (CHAUI, 2014, p. 135)

Para Parmênides, todas as concepções que formam o real, imaginado como plural e sujeito ao *devir*, demandam a ideia de existência sob a perspectiva do não-ser. Assim, as diferenças não marcariam variações de uma mesma coisa, mas sim coisas múltiplas. O que está em devir não se tornou aquilo que virá a ser mais tarde (STRENGER, 1998, p. 36). Por devir entende-se “o processo de surgimento, mudança e perecimento dos seres; transformação. Fluxo permanente como uma lei geral do Universo” (CHAUI, 2014, p. 135).

Assim, pensamento e existência são uma única coisa para Parmênides, já que inadmissível a existência do não-ser.<sup>1</sup> Heráclito se contrapôs às ideias de Parmênides. Ele entendia o mundo como um espaço de contradições, onde tudo está em constante mudança, num curso perpétuo e ininterrupto transformativo, para que se transfigure no seu contrário.

A luta é a harmonia dos contrários, responsável pela ordem racional do universo. Nossa experiência sensorial percebe o mundo como se tudo fosse estável e permanente, mas o pen-



samento sabe que nada permanece, tudo se torna o contrário de si mesmo. O *logos* é a mudança de todas as coisas, os conflitos entre elas, e a contradição. (CHAUÍ, 2014, p. 135)

As ideias de Heráclito encontraram guarida na dialética platônica, que nominou de *mundo sensível* aquele onde o *dever* permanente está presente. Contudo, para Platão, o mundo sensível é apenas uma aparência, “cópia ou sombra do mundo verdadeiro e real” (CHAUÍ, 2014, p. 136) - o mundo dos prisioneiros da caverna. Nesse sentido, Heráclito estaria correto no que diz respeito ao mundo material, o qual conhecemos a partir do nosso discernimento e das sensações que ele nos desperta. Já no âmbito do que Platão chama de mundo inteligível, aquele das essências imutáveis, “sem contradições nem oposições, sem transformações” (CHAUÍ, 2014, p. 36), Parmênides estaria com a razão.

A dialética platônica, segundo Chauí (2014):

é um procedimento intelectual e linguístico que parte de alguma coisa que deve ser separada ou dividida em duas partes contrárias ou opostas, de modo que se conheça sua contradição e se possa determinar qual dos contrários é verdadeiro e qual é falso. A cada divisão surge um par de contrários, que devem ser separados e novamente divididos, até que se chegue a um termo indivisível, isto é, não formado por nenhuma oposição ou contradição e que será a ideia verdadeira ou a essência da coisa investigada. Partindo de sensações, imagens, opiniões contraditórias sobre alguma coisa, a dialética vai separando os opostos em pares, mostrando que um dos termos é aparência e ilusão e o outro, verdadeiro, até chegar à essência das coisas. Superar os contraditórios e chegar ao que é sempre idêntico a si mesmo é a tarefa da discussão dialética, que revela o mundo sensível como *heraclitiano* (a luta dos contraditórios, a mudança incessante) e o mundo inteligível, como *parmenidiano* (a perene identidade consigo mesma de cada ideia ou de cada essência). (CHAUÍ, 2014, p. 136)

Plastino (2016), ao retomar as concepções de Heráclito e Parmênides, identifica que as raízes do paradigma da dominação teriam se originado na predominância da concepção parmenidiana de mundo, no sentido de que *o homem é* e não *está* em constante transformação. Essa perspectiva molda a conduta dos homens frente à natureza, à política, às engre-

nagens sociais, às mulheres e a tudo aquilo que se relaciona ao universo feminino.

O desenvolvimento do processo de formação de um paradigma envolve um complexo conjunto de conceitos históricos e valores culturalmente construídos e repetidos ao longo do tempo. Esse conjunto de ideias ganha uma aura de indiscutibilidade e forma um modelo geral a partir de conceitos e valores que passam, então, a organizar, durante longos períodos, a sociedade.

Trata-se de uma construção histórica, imaginada e criada pelos homens de determinada época. Seu dinamismo profundo é indissociável de sua intencionalidade. Como dito, ele inclui uma concepção do que existe, uma concepção da maneira de conhecer o que existe e uma concepção sobre o homem. É importante frisar que as ditas concepções não são o resultado de conhecimentos que, chancelados pela ciência, poderiam ser considerados inquestionáveis. Pelo contrário, são essas concepções fundamentais que organizam o pensamento de tal maneira que se constituem na condição para o desenvolvimento de determinados conhecimentos, e também da exclusão de outros conhecimentos que desmentem os pressupostos fundamentais do paradigma. É em virtude deste duplo processo de inclusão/exclusão de conhecimentos que se afirma que toda organização paradigmática ao mesmo tempo que organiza o conhecimento de determinada época, o limita. Todo paradigma é obra humana (todo conhecimento discursivo é uma construção) e, como tal, teve um começo, é passível de crise e de substituição. (PLASTINO, 2016, p. 26)

Somente a contextualização histórica permitirá a compreensão do alcance e das consequências das premissas fundantes do paradigma, posto que ele se torna incontestável não pela sua cientificidade, mas sim pela intencional repetição de suas concepções ou crenças. Para que um novo paradigma rompa com o antigo há necessidade de que as premissas fundantes do *ancien* gerem exaustivos questionamentos e que saberes inéditos sejam então introduzidos na esfera do conhecimento, ampliando assim os horizontes culturais existentes, transgredindo a barreira da irrefutabilidade do antigo paradigma.

O paradigma da dominação, para Plastino (2001, p. 23), está *organi-*

*zado* a partir da ideia de separação radical entre natureza e humano. Essa divisão acabou por se desdobrar em muitas outras, como por exemplo, o corte entre sujeito e objeto, natureza e cultura, corpo e psiquismo, nominados pelo autor de *dualismos derivados*. À natureza foi relegado o papel de objeto e, ao ser humano, o de sujeito. Domínio e controle sobre a natureza, sobre o próprio homem e sobre a sociedade compõem a sua dinâmica. Em outras palavras,

o homem foi reduzido a sua consciência racional e a natureza pensada como uma máquina determinada. Este pressuposto na concepção do real presidiu, por sua vez, a maneira como foi concebido o processo de conhecimento científico. Portanto, para o paradigma moderno, conhecer significa reduzir o complexo à simplicidade de suas determinações, dividindo e classificando para poder estabelecer relações sistemáticas entre aquilo que foi separado. Representando um real simples, o paradigma moderno o pensa também como homogêneo, ignorando a heterogeneidade das múltiplas modalidades do ser, pensando na sua totalidade conforme o modelo maquínico e causalista. (PLASTINO, 2001, p. 25)

Esse paradigma teve efeitos nefastos sobre o que chamou de natureza: a promessa de seu uso para

o benefício comum da humanidade, conduziu a uma exploração excessiva e despreocupada dos recursos naturais, à catástrofe ecológica, à ameaça nuclear, à destruição da camada de ozônio, e à emergência da biotecnologia, da engenharia genética e da conseqüente conversão do corpo humano em mercadoria última. A promessa de uma paz perpétua, baseada no comércio, na racionalização científica dos processos de decisão e das instituições, levou ao desenvolvimento tecnológico da guerra e ao aumento sem precedentes do seu poder destrutivo. A promessa de uma sociedade mais justa e livre, assente na criação da riqueza tornada possível pela conversão da ciência em força produtiva, conduziu à espoliação do chamado Terceiro Mundo e a um abismo cada vez maior entre o Norte e o Sul.” (SANTOS, 2011, p. 56)

Ao ignorar a complexidade das relações, o paradigma da dominação não cumpre as suas promessas, entra em crise e demanda que sejam elaborados novos postulados que possibilitem elaborações de novos conhecimentos e que conduzam a novas práticas. Na sequência, serão in-

vestigadas quais são as ideias fundantes do paradigma da dominação que vêm sendo substituídas por novas premissas, novos saberes e novos comportamentos a fim de verificar se, a partir delas, será possível sedimentar um paradigma contemporâneo, inclusivo e horizontalizado.

### 3. O CREPÚSCULO DO PARADIGMA DA DOMINAÇÃO

Santos (2011) compreende que está em curso um processo de rompimento do paradigma da dominação e prenuncia um novo paradigma, que ele denomina de “paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente” (SANTOS, 2011, p. 74). Esse paradigma emergente não se reduzirá à cientificidade. Será, sobretudo, também social. E essa transição paradigmática implicará mudanças multidimensionais, epistemológicas e socioculturais. Explica Santos (2011) que:

num período de transição paradigmática, o conhecimento antigo é um guia fraco que precisa de ser substituído por um novo conhecimento. Precisamos de uma ciência da turbulência, sensível às novas exigências intelectuais e políticas de utopias mais eficazes e realistas do que aquelas pelas quais vivemos no passado recente. A nova constelação de sentido não nasce do nada. Tem muito a lucrar se escavar o passado em busca de tradições intelectuais e políticas banidas ou marginalizadas, cuja autenticidade surge sob uma nova luz depois de se “desnaturalizar” ou até de provar a arbitrariedade desse banimento e marginalização. Acima de tudo, o novo conhecimento assenta num des-pensar do velho conhecimento ainda hegemônico, do conhecimento que não admite a existência de uma crise paradigmática porque se recusa a ver que todas as soluções progressistas e auspiciosas por ele pensadas foram rejeitadas ou tornaram-se inexequíveis. (SANTOS, 2011, p. 186)

Castells (2018) aponta que grande parte das sociedades contemporâneas se assenta no patriarcalismo ou patriarcado. No seu entendimento, enquanto estrutura, o patriarcalismo:

caracteriza-se pela autoridade, imposta institucionalmente, do homem sobre a mulher e filhos no âmbito familiar. Para que essa autoridade possa ser exercida, é necessário que o patriarcalismo permeie toda a organização da sociedade, da produção e do consumo à política, à legislação e à cultura. Os relacionamentos interpessoais e, conseqüentemente, a per-

sonalidade também são marcados pela dominação e violência que têm sua origem na cultura e instituições do patriarcalismo. É essencial, porém, tanto do ponto de vista analítico quanto político, não esquecer o enraizamento do patriarcalismo na estrutura familiar e na reprodução sociobiológica da espécie, contextualizados histórica e culturalmente. Não fosse a família patriarcal, o patriarcalismo ficaria exposto como dominação pura e acabaria esmagado pela revolta da “outra metade do paraíso”, historicamente mantida em submissão.” (CASTELLS, 2018, p. 249)

Dentro desse contexto, Touraine (2011) propõe que a sociedade moderna ultrapasse a ideologia do passado, em que havia uma oposição hierarquizada entre homens e mulheres:

O único modelo cultural capaz de oferecer nova vida a um Ocidente agora disseminado sobre grande parte do globo é aquele que opõe à polarização de um tipo de modernização, hoje em declínio, o movimento inverso, o da *recomposição* e da recombinação dos elementos que haviam sido preparados para que um dominasse o outro. Modelo que propõe também a ideia de que o novo é criado e administrado por aquelas que haviam sido a principal figura de dependência e que agora tentam superar a oposição homens/mulheres em vez de substituir a dominação masculina pela dominação feminina. (TOURAINÉ, 2011, p. 213)

Para que essas ideologias hierarquizantes possam ser transcendidas e para que fundem um novo paradigma é preciso questionar se as lutas relacionadas às reivindicações dos direitos das mulheres, presentes em todas as etapas da experiência humana (embora muitas vezes ausentes de registros históricos), têm se mostrado capazes de alterar, substancialmente, a dinâmica social contemporânea. Nos últimos 25 anos do século XX, segundo Castells (2018), observa-se uma “insurreição maciça e global das mulheres contra a sua opressão, embora com diferente intensidade, dependendo da cultura e do país” (p. 250).

A esse processo irreversível, multifacetado e revolucionário, estão associados quatro elementos, que na perspectiva de Castells (2018), seriam: a transformação da economia e do mercado de trabalho, associada à abertura de oportunidades para as mulheres no campo da educação; as transformações tecnológicas relacionadas à medicina, que viabilizam um

controle maior sobre a reprodução humana; o movimento feminista, que ganhou maior fôlego no contexto dos movimentos sociais ocorridos a partir de 1960 e, por fim, a difusão de ideias verbalizadas por vozes femininas, de forma globalizada, que vêm proporcionando uma experiência coletiva de reconstrução da identidade feminina.

A ideia fundante do paradigma da dominação, de que as mulheres seriam naturalmente inferiores aos homens e, portanto, inaptas às atividades políticas e econômicas fora do ambiente doméstico, como visto anteriormente, vem sendo formalmente abandonada, especialmente no Ocidente. No caso específico do Brasil, no que diz respeito aos aspectos jurídicos, observa-se que igualdade, justiça e liberdade são temas que guardam íntima conexão. Sarlet (2012) identifica que, na primeira fase de reconhecimento do princípio da igualdade, concebia-se este em termos absolutos, no sentido de que toda e qualquer pessoa humana sujeitar-se-ia a tratamento idêntico, previsto em lei, independentemente das suas singularidades. Invoca Pontes de Miranda, que leciona numa perspectiva racional, prática e universal, que “todos são iguais perante a lei”, no sentido de que, aos olhos do legislador, vige a proibição de disposição de tratamento legal diferenciado. Assim, igualdade formal, em apertada síntese, identifica-se com os ideais liberais na medida em que compreende que os seres humanos se encontram numa mesma situação e por isso aplica-se a lei a todos, de maneira idêntica. A concepção de igualdade material, complementar à de igualdade formal, surgiu enquanto reação à constatação de que a segunda, além de não corrigir situações injustas, reforçava situações de flagrante injustiça. Igualdade, no sentido material, para Sarlet:

significa proibição de tratamento arbitrário, ou seja, vedação da utilização, para o efeito de estabelecer as relações de igualdade e desigualdade, de critérios intrinsecamente injustos e violadores da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a igualdade, já agora na segunda fase de sua compreensão na seara jurídico-constitucional, opera como exigência de critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais. (SARLET, 2012, p. 527)

Numa terceira fase, passa-se a compreender igualdade material como dever de percepção de desigualdades sociais, econômicas e culturais, na busca de uma igualdade social de fato. Ainda que estas três fases tenham trazido substancial aperfeiçoamento da compreensão do princí-

pio da igualdade, percebe-se que os inúmeros estatutos antidiscriminação, sejam eles na forma de regulamentos, regimentos, constituições, leis, decretos ou normas não têm sido suficientes para fazer frente ao sistema econômico e social que potencializa as ideias forjadas no patriarcado.

Uma das fontes de profunda desigualdade entre homens e mulheres está relacionada à organização da economia, historicamente estruturada para atender aos interesses de homens brancos de classe alta (HARDING, 1998), mediante a ocupação, pelos homens, dos cargos de maior prestígio na sociedade. Essa dinâmica, que nominamos de capitalismo, segundo Tiburi (2018, p. 62) valoriza o capital acima de todas as coisas e mede os corpos como força de trabalho.

Mesmo autores de matriz liberal, como Kymlicka (2006), apontam que muitas das questões relacionadas à discriminação sexual são moldadas a partir dos parâmetros adotados para abolir a discriminação racial. Na mesma medida em que se busca “uma sociedade cega para a cor”, esperar-se-ia “uma sociedade cega para gênero”. No entanto, ainda quando determinadas situações exigem uma abordagem diferenciada, corre-se o risco de que desigualdades de gênero sejam ignoradas:

a abordagem da diferença vê a igualdade dos sexos em função da capacidade das mulheres de competir, sob regras neutras quanto ao gênero, pelos papéis que os homens definiram. A igualdade, porém, não pode ser alcançada permitindo que os homens construam instituições sociais segundo seus interesses e, depois, ignorando o gênero dos candidatos ao decidir quem preenche os papéis nestas instituições. O problema é que os papéis podem ser definidos de maneira que façam com que os homens sejam mais adequados a eles, mesmo na competição neutra quanto ao gênero.” (Kymlicka, 2006, p. 307)

Embora para muitos postos de trabalho não exista uma discriminação arbitrária, não é possível negar que eles foram definidos e ordenados sob o pressuposto de que seriam preenchidos por homens livres da responsabilidade pelos cuidados dos filhos. Na medida em que a responsabilidade para com os filhos é, na sociedade capitalista, identificada como sendo uma tarefa essencialmente feminina, mesmo que as mulheres tenham a qualificação técnica, elas competirão de maneira desigual com os homens, para os mesmos cargos e com a mesma qualificação técnica,

em razão da incompatibilidade criada entre o trabalho remunerado e a criação dos filhos:

o resultado é não apenas que as posições mais valorizadas da sociedade são ocupadas por homens, enquanto as mulheres encontram-se desproporcionalmente concentradas no trabalho de meio período e com salário mais baixo, mas também que muitas mulheres se tornam economicamente dependentes dos homens. Quando a maior parte da “renda familiar” vem do trabalho remunerado do homem, a mulher que faz o trabalho doméstico não remunerado, torna-se dependente dele para o acesso aos recursos. (Kymlicka, 2006, p. 309)

O mercado capitalista foi fundado dentro da lógica e valores patriarcais, e estruturado pela divisão sexual do trabalho. Segundo Pateman (2020), a segregação sexual da força de trabalho permaneceu relativamente imutável durante o século XX<sup>2</sup>. Nesse sentido, mesmo quando a mulher adquire um trabalho e independência financeira, ela segue sendo oprimida pelo sistema que a emprega (TIBURI, 2018).

Em todos os campos de atividades, dos menos aos mais concorridos, as mulheres sempre são as pessoas que recebem menor remuneração e se acumularem a opressão de raça, como as mulheres negras, receberão menos do que todos. Mesmo quando chegam aos cargos mais desejados, como diretoras ou presidentes de corporações, as mulheres costumam receber salários menores. As mulheres negras raramente chegam a cargos mais valorizados. (TIBURI, 2018, p. 62)

O que se esconde sob um manto de suposta igualdade e/ou neutralidade de gênero, no sentido de não excluir arbitrariamente as mulheres na busca daquilo que é socialmente definido como valioso e/ou respeitado, é, na realidade, sexista, posto que baseado numa matriz que favorece sistematicamente os homens. O destino de toda mulher que não tem condições de exercer uma atividade remunerada concomitantemente a uma gravidez indesejada ou não planejada, será a de tornar-se economicamente dependente de outra pessoa (KYMLICKA, 2006).

O resultado dessa dinâmica é que, culturalmente, a masculinidade é associada à obtenção de renda e a feminilidade, aos serviços domésticos, sexuais e a criação dos filhos. O domínio dos homens sobre as mulheres ocorre tanto de forma coletiva quanto individual. Enquanto grupo, eles exercem controle sobre a vida das mulheres regulando temas como



decisões políticas relacionadas ao aborto e econômicas relacionadas ao trabalho. Enquanto indivíduos, exercem controle sobre as mulheres, em especial no aspecto econômico. No Brasil, por exemplo, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontou que as trabalhadoras ganham, em média, 20,5% a menos do que os homens<sup>3</sup>.

As formas arbitrárias de discriminação se tornam dispensáveis na medida em que as dinâmicas mencionadas são aparentemente neutras quanto ao gênero, posto que não afetam a maneira pela qual a pessoa será tratada por aqueles que estão encarregados de distribuir métodos contraceptivos, cargos ou salários:

Mas, embora a abordagem diferenciada considere a ausência de discriminação arbitrária como indício de ausência de desigualdade sexual, ela pode, na verdade, ser indício de sua difusão. É justamente porque as mulheres são dominadas nesta sociedade que não há nenhuma necessidade de que haja discriminação contra elas. A discriminação arbitrária no emprego é não apenas desnecessária para a manutenção do privilégio masculino, mas é improvável que ocorra, pois, a maioria das mulheres nunca estará em posição de sofrer discriminação quanto a empregos. Talvez uma ou outra consiga superar as pressões sociais que sustentam os papéis sexuais tradicionais. Mas, quanto maior a dominação, menor a probabilidade de que quaisquer mulheres estejam em posição de competir por emprego e, portanto, menor o espaço para a discriminação arbitrária. Quanto mais desigualdade sexual há em uma sociedade, mais as instituições sociais refletem os interesses masculinos e menos discriminação arbitrária haverá. (KIMLICKA, 2006, p. 311-312)

Uma das soluções para superar a dominação masculina ultrapassa a teoria da abordagem diferenciada e inclui não apenas a ausência de discriminação, mas especialmente a redefinição do poder. Esse novo paradigma exigiria mudanças estruturais nas relações de gênero, o que significa redimensionar a responsabilidade com a prole e refletir sobre os motivos pelos quais o trabalho doméstico não recebe reconhecimento público.

Movimentos grevistas feministas que tiveram início na Polônia em 2016 e que chegaram à América Latina, em especial na Argentina, sob o lema “Ni una menos” e depois se espalharam por países como Itália, Espanha, Brasil, Turquia, Peru, Estados Unidos, México, Chile e vários

outros, questionam, dentre outros temas, a concepção do que é considerado “trabalho”, em especial o trabalho não remunerado, do qual o capital se beneficia, qual seja, o desempenhado pelas mulheres no ambiente doméstico, especialmente o relacionado à reprodução humana (ARRUZZA; BHATTACHARYA; FRASER, 2019, p. 33).

Qualquer perspectiva que deixe de levar em consideração a “dupla jornada” feminina mostra-se limitada. A concepção de que a mulher, ao se casar, aceita uma ocupação em tempo integral, nos mesmos termos em que um homem assume uma profissão, é absolutamente injusta<sup>4</sup>. A compreensão de equidade de gênero desafia a reflexão quanto aos papéis ocupados nas famílias, em especial quanto às injustiças experimentadas na esfera privada:

mesmo que os homens e as mulheres compartilhem o trabalho doméstico não remunerado, isso não seria considerado como igualdade sexual genuína se o motivo de sua não-remuneração fosse o fato de nossa cultura desvalorizar o “trabalho de mulher” ou qualquer coisa “feminina”. O sexismo pode estar presente não apenas na distribuição do trabalho doméstico, mas também na sua avaliação. E, como a desvalorização do trabalho doméstico está ligada à desvalorização mais ampla do trabalho feminino, então parte da luta por maior respeito para as mulheres envolverá maior respeito pela sua contribuição para a família. A família, portanto, está no centro da desvalorização cultural e da dependência econômica vinculada aos papéis tradicionais das mulheres. E o resultado previsível é que os homens têm poder desigual em quase todos os casamentos, poder que é exercido nas decisões referentes ao trabalho, ao lazer, ao sexo, ao consumo etc. (KYMLICKA, 2006, p. 319)

Parte da origem da desvalorização do trabalho feminino, para autoras como Tiburi (2018), estaria na romantização das relações familiares e num discurso ou subtexto repetido à exaustão, ininterruptamente, no sentido de que existiriam virtudes cristãs reservadas às mulheres, tais como a compaixão, o cuidado, a compreensão, a docilidade, a delicadeza, a paciência etc. Note-se que esta concepção sustenta o sistema patriarcal, fundante do paradigma da dominação, e limita a própria ideia de “escolha”. Quais são as possibilidades de escolhas reservadas às mulheres, nesse contexto em que existe, em tese, uma igualdade jurídica formal, mas a sua

liberdade é limitada por concepções de toda ordem, sejam elas sociais, culturais ou econômicas?

Os movimentos feministas contribuem com diferentes respostas a estes questionamentos. As feministas liberais propõem uma igualdade baseada nas leis de mercado, o que, segundo Arruzza, Bhattacharya e Fraser (2019), acabaria por beneficiar um reduzido grupo de mulheres, quais sejam, as que já contam com vantagens sociais, econômicas e culturais significativas. Ao terceirizar a opressão, na medida em que possibilita que mulheres se apoiem sobre outras mulheres, mal remuneradas, frequentemente subcontratadas para as atividades de cuidado e trabalho doméstico, reforça-se a exclusão de classe social e étnica/racial. Associado a políticas neoliberais, individualistas, o feminismo liberal se alia ao sistema financeiro global e oculta políticas regressivas sob uma pretensa aura de “emancipação”. Essa dinâmica acaba por reforçar a ideia de que a responsabilidade pela criação e educação dos filhos segue sendo tarefa essencialmente feminina e perpetua a desigualdade de gênero nos mercados de trabalho e econômico.

No que diz respeito à concepção econômica cultural, a ecofeminista Janey Sattler (2019) entende que a derrocada do capitalismo, por si só, não importará na cessação do controle masculino. Ela aponta a agroecologia e a reforma agrária como remédios necessários para conter os abusos e as opressões sexistas do sistema dominante de saber. Numa perspectiva comunal, propõe que as tarefas do cuidado, seja com a prole, com os idosos, com os doentes, com as sementes, com o alimento, deveriam ser responsabilidades compartilhadas:

um projeto feminista não é, por isso, um projeto “feminino” e não é um projeto para mulheres, mas é um projeto de construção e respeito mútuo em direção a uma sociedade de cooperação igualitária - também porque precisa repensar a sua relação com outros marcadores sociais como raça, classe, e localização geográfica, e porque os sujeitos do feminismo são também gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros. (SATTTLER, 2019, p. 185)

Há, também, uma supervalorização da vida pública em prejuízo à privada. A suposta inquestionabilidade de o trabalho doméstico estar vinculado exclusivamente ao espaço privado inviolável teria sido reforçada pela ideia de que os papéis exercidos pelos homens e pelas mu-

lheres estariam ajustados a questões biológicas ou sentimentais<sup>5</sup>. Segundo Kymlicka (2016), a distribuição sexual do trabalho não despertava o interesse dos filósofos (homens), que sequer a questionaram posto que também se beneficiaram da sua divisão desigual. Exemplifica que, apesar das divergências entre teóricos como Adam Smith, Hegel, Kant e Mill, Rousseau e Nietzsche, no que diz respeito às mulheres há uma impressionante convergência de ideias.

A presença maciça dos homens na cena pública é indiscutível. Schwarcz (2019) refere que, em 2018, no Brasil, dos 513 deputados federais eleitos, somente 55 eram mulheres, o que representa 10,7% das cadeiras. Entende-se que o rompimento das limitações de ordem social e cultural que recaem sobre as mulheres só encontrará solo fértil para ocorrer a partir do questionamento, pelas teorias jurídicas e políticas, sobre os efeitos da organização familiar na vida de todos os cidadãos:

a família não foi tanto relegada ao domínio privado quanto simplesmente ignorada por inteiro, e os interesses das mulheres são prejudicados pela omissão da teoria política em examinar a família, quer nos seus componentes públicos, quer nos privados. Pois os papéis de gêneros associados à família tradicional estão em conflito, não apenas com os ideais públicos de direitos e recursos iguais, mas também com a compreensão liberal das condições e valores da vida privada. (KYMLICKA, 2006, p. 338)

Os grandes desafios, em especial os aspectos culturais, sociais e econômicos da mulher na contemporaneidade, não encontram respostas em uma única fonte. Estão para muito além do que a teoria possa propor, desafiam o somar de saberes à riqueza da experiência humana, num permanente e contínuo diálogo, acompanhados de novas indagações e de novas respostas.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O paradigma da dominação, historicamente construído sob uma concepção hierarquizante, que atribui ao homem a prerrogativa de soberania e domínio sobre as mulheres e a natureza, tem sido alvo de constantes questionamentos e críticas. O patriarcado já não é mais concebido como um sistema universal inabalável. As estruturas fisiológicas da mulher e do homem não são mais suficientes para hierarquizar a relação e

conferir à mulher a condição de subordinação, sujeição, dependência e inferioridade (BEAUVOIR, 2009).

Paulatinamente, as mulheres vêm se libertando da condição de Moiras. Apropriando-se de seus corpos e cientes de suas capacidades intelectuais, tornam-se donas também do seu tempo. Por milhares de anos, o tempo das mulheres foi fragmentado e nem mesmo o tempo livre que tinham lhes pertencia. O desenvolvimento da intelectualidade demanda este tempo. As experiências femininas não devem, na contemporaneidade, continuar carregando o estigma da insignificância e por isso há que se investir, permanentemente, na intelectualidade feminina. Embora tenham existido poetisas, filósofas, cientistas, escritoras e artistas que trazem uma perspectiva feminina do passado, é preciso reconhecer que faziam parte de uma elite, foram minoria e tiveram acesso ao conhecimento, majoritariamente, negado às mulheres (LERNER, 2019).

Os movimentos feministas aprofundam a intersecção substancial dos aspectos do bem-estar da mulher e da condição de agente dos movimentos feministas, no sentido de que independência econômica e emancipação social têm grande influência sobre os princípios organizadores da família e da sociedade (SEM, 2010).

O eterno *dervir* feminino se mostra resistente e resiliente. As múltiplas possibilidades que estão para além da igualdade formal exigem que reconheçamos que as normas legais e sociais sob as quais estão estruturados os espaços públicos e privados precisam ser repensadas. As singularidades femininas aliadas à perspectiva de que a mulher não pode ser reduzida ao que ela foi no passado iluminam os novos caminhos a serem percorridos por toda humanidade. A perspectiva inclusiva do feminismo descolonial deixa claro que os olhares a serem lançados devem partir do *locus* onde as mulheres se encontram e não em figuras descontextualizadas e amorfas.

Perpetuar o estado de coisas significa perpetuar injustiças. Ocupar espaços de formação dos sistemas de ideias e arenas decisórias significa (re)ingressar na história, com uma nova roupagem, a da dignidade, da qual as mulheres não abrirão mão, independentemente do desafio que ele represente, no tempo e no espaço.

## REFERÊNCIAS

ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

BEAUVOIR, Simone de, 1908-1986. *O segundo sexo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. 2v.

BRANDÃO, Junito de Souza, 1926-1995. *Mitologia grega*, vol. I. 26ª ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade: a era da informação*. Vol. 2. 9ª ed. ver. ampl. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ed. Ática, 2014

DAMÁSIO, Antônio R. *O erro de Descartes; emoção, razão e o cérebro humano*. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

HARDING, Sandra. Existe um método feminista? In: BARTRA, Eli. *Debates en torno a una metodología feminista*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 9-34.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LERNER, Gerda, 1920-2013. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. São Paulo: Cultrix, 2019.

OLIVEIRA, Sadat. *Os Deuses Pré-Olímpicos: Introdução à Mitologia Grega*, Livro 1. 2013. Ebook Kindle.

PLASTINO, Carlos Alberto. *O primado da afetividade: A crítica freudiana ao paradigma moderno*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

PLASTINO, Carlos Alberto. Do paradigma da dominação ao paradigma do cuidado. *Revista Divulgação em saúde para debate do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*. Rio de Janeiro. n. 53. p. 25-40, jan. de 2016.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020

SATTLER, Janye. Um projeto ecofeminista para a complexidade da vida. In: ROSENDO, Daniela; OLIVEIRA, Fabio; CARVALHO, Priscila; KUHNEN, Tânia (Orgs.). *Ecofeminismos: fundamentos teóricos e práxis interseccionais*. Rio de Janeiro: Ape'Ku, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência,*

*o direito e a política na transição paradigmática*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STRENGER, Irineu. *História da filosofia*. São Paulo: LTr, 1998

TIBURI, Márcia. *Feminismo em comum: para todas, todes e todos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

WOOLF, Virginia. *Um teto todo seu*. 1ª ed. São Paulo: Tordesilhas, 2014.

'Notas de fim'

1 Strenger (1998, p. 37) afirma que o filósofo defendia a ideia de que “o ser existe e não pode deixar de existir. O não-ser é um fantasma inapreensível, ao qual nenhuma existência poderia ser atribuída, pois ele escapa ao pensamento e, igualmente, à palavra”.

2 “A maioria das mulheres encontra empregos remunerados somente em uma pequena quantidade de profissões de status inferior e mal remuneradas, nas quais elas trabalham lado a lado com outras mulheres e são dirigidas por homens e, apesar da legislação da igualdade salarial, ganham menos que os homens” (PATEMAN, 2020, p. 203).

3 Fonte: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-03/pesquisa-do-ibge-mostra-que-mulher-ganha-menos-em-todas-ocupacoes>, acesso 15 de agosto de 2021.

4 Neste sentido MILL e MILL, 1970.

5 Segundo Damásio (2012) “A cultura e a civilização não poderiam ter surgido a partir de indivíduos isolados e, portanto, não podem ser reduzidas a mecanismos biológicos e ainda menos a um subconjunto de especificações genéticas. A compreensão desses fenômenos requer não só a biologia e a neurobiologia, mas também as ciências sociais” (p. 124).





# APLICATIVOS DE DELIVERY E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR: A UTILIZAÇÃO DE DRONES NOS SERVIÇOS DE ENTREGA

BEYO DELIVERY APPS AND CONSUMER RIGHTS: THE USE OF DRONES IN DELIVERY SERVICES ND A PERFORMATIC CITIZENSHIP OF WOMEN

APLICATIVOS DE DELIVERY Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR: LA UTILIZACIÓN DE DRONES EN LOS SERVICIOS DE ENTREGA

## SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A relação jurídica de consumo nas compras realizadas em aplicativos de *delivery*; 3. A utilização de drones para entregas de produtos ou comida; 3.1 Drone: definição e possibilidades; 3.1 Drone: definição e possibilidades; 3.2 A entrega de pedido por drones e os direitos do consumidor no Brasil; 3.3 A solidariedade dos integrantes da cadeia de fornecimento e a (re)distribuição de responsabilidades à luz da Análise Econômica do Direito (AED); 4. Considerações finais; Referências.

## RESUMO:

A pesquisa teve como objetivo investigar a possibilidade de recepção da utilização de veículos aéreos não tripulados (drones) nos serviços de entrega, bem como a incidência do sistema normativo de proteção ao consumidor nas compras realizadas através de aplicativos de *delivery*. O trabalho adotou o método dedutivo e, a partir de revisão bibliográfica e da observação dos fenômenos, foi possível inferir que, sem qualquer óbice na legislação específica, os dro-

Como citar este artigo:  
OLIVEIRA, Diego,  
VITA, Jonathan.  
Aplicativos de  
delivery e os direitos  
do consumidor: a  
utilização de drones  
nos serviços de entrega.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 43 2024,  
p. 305-326.

Data da submissão:  
04/10/2023

Data da aprovação:  
28/11/2024

1. Universidade Estadual  
de Mato Grosso  
do Sul - Brasil  
2. Universidade de  
Marília - Brasil

nes podem vir a ser uma alternativa viável para aprimorar os serviços de entrega. No entanto, verificou-se também que todos os participantes da cadeia de fornecimento são responsáveis por eventuais prejuízos causados ao consumidor, usuário do aplicativo, tendo em vista a existência de uma rede de contratos conexos nas transações realizadas através de aplicativos.

#### **ABSTRACT:**

The research aimed to investigate the possibility of receiving the use of unmanned aerial vehicles (drones) in delivery services, as well as the incidence of the normative consumer protection system in purchases made through delivery applications. The article adopted the deductive method, and based on a literature review and observation of the phenomena, it was possible to infer that, without any obstacles in the specific legislation, drones could become a viable alternative to improve delivery services. However, it was also found that all participants in the supply chain are responsible for any damages caused to the consumer/user of the app, in view of the existence of a network connected contracts in transactions carried out through the apps.

#### **RESUMEN:**

La investigación tuvo como objetivo investigar la posibilidad de recibir el uso de vehículos aéreos no tripulados (drones) en los servicios de entrega, así como la incidencia del sistema normativo de protección al consumidor en las compras realizadas a través de aplicaciones de entrega. La investigación adoptó el método deductivo, y a partir de una revisión de la literatura y la observación de los fenómenos, se pudo inferir que sin ningún obstáculo en la legislación específica, los drones pueden convertirse en una alternativa viable para mejorar los servicios de entrega. Sin embargo, también se encontró que todos los participantes de la cadena de suministro son responsables de los daños causados al consumidor/usuario de la aplicación, en vista de la existencia de contratos conectados a la red en las transacciones realizadas a través de las aplicaciones.

#### **PALAVRAS-CHAVE:**

Veículo aéreo não tripulado; Compras na internet; Contratos conexos; Logística.

**KEYWORDS:**

Unmanned aerial vehicle; Internet shopping; Related contracts; Logistics.

**PALABRAS CLAVE:**

Vehículo aéreo no tripulado; Compras por internet; Contratos relacionados; Logística.

**1. INTRODUÇÃO**

Havia projeções pragmáticas a respeito do crescimento do *e-commerce* no Brasil, todavia o cenário sofreu radical interferência por conta da rápida propagação do coronavírus e a determinação de *lockdowns* (quarentena) pelo Poder Público. Atualmente, realizar a compra de produtos ou alimentos valendo-se dos serviços de entrega domiciliar, têm se tornado um hábito necessário. Com as inúmeras medidas de restrição de circulação e o fechamento de supermercados, lojas e restaurantes, os aplicativos de *delivery* apresentaram-se como um dos protagonistas neste cenário caótico.

As empresas de *e-commerce* já vinham inovando na gestão de transporte ao conectar restaurantes, clientes e entregadores, tornando-se uma espécie de operadores logísticos de estabelecimentos empresariais de pequeno e médio porte. Deste modo, enxergaram na crise sanitária mundial, uma oportunidade de ampliar seus serviços, de modo que além da entrega de refeições, passaram a incluir produtos de supermercado, farmácia, de roupas de roupa, utilidades etc.

Além disso, a pandemia criou a possibilidade de explorar as potencialidades de novas tecnologias para aprimorar a entrega das mercadorias ofertadas em suas plataformas digitais. Nessa conjuntura, o uso de drones – veículos aéreos não tripulados – desponta como a principal tendência de inovação para o setor de logística no segmento de *delivery*.

A plataforma de aplicativos de *delivery* promoveu uma complexa teia de contratos – compra e venda e serviços de entrega dos produtos –, todos com a finalidade de realizar um negócio único. Assim, a primeira parte do problema é identificar, diante da multiplicidade de sujeitos e objetos, os elementos necessários para configuração da relação de consumo. Consi-

derando ainda o *upgrade* tecnológico nos modais de transporte que passam estar à disposição dos fornecedores, entre receber o pedido “voando” ou por vias tradicionais, a problemática recai sobre a discussão quanto às repercussões – positivas ou negativas – nos direitos dos consumidores.

Portanto, esta pesquisa tem por objetivo investigar a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor nos negócios realizados através de aplicativos de *delivery*, bem como a recepção da legislação consumerista quanto a possibilidade de os serviços de entrega serem realizados por drones.

O trabalho irá tratar primeiramente sobre a configuração da relação de consumo nas transações comerciais realizadas em plataformas de aplicativos de *delivery* e a identificação da cadeia de fornecimento. Na sequência, será apresentada uma noção geral a respeito da definição de drone e a possibilidade de aplicação da tecnologia nas estratégias de logística. Por fim, buscar-se-á analisar os serviços de entrega de pedidos através de veículos aéreos não tripulados face aos direitos do consumidor no Brasil, bem como analisar o sistema de responsabilidades em caso de falhas no serviço.

Pretende-se utilizar o método dedutivo, o qual parte de considerações gerais para abordar um ponto específico. A pesquisa será desenvolvida em nível exploratório e descritivo, procurando levantar informações e detalhar o objeto de estudo. Para tanto, será analisada a legislação específica, a literatura especializada e notícias recentes sobre o tema, valendo-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

## **2. A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO NAS COMPRAS REALIZADAS EM APLICATIVOS DE *DELIVERY***

Era, e ainda é, muito comum dirigir-se a um supermercado, a uma loja de móveis, de materiais de construção, ou outro comércio qualquer, para adquirir alguns de seus produtos e valer-se do serviço de entrega oferecido pelo próprio estabelecimento. O serviço de entrega a domicílio não representa nenhuma novidade às práticas comerciais tradicionais, porém foi com a popularização das linhas telefônicas nos anos 90 que os serviços de *delivery*, tal como conhecemos hoje, começaram a desenvolver seus contornos.

Aos poucos as pessoas se familiarizaram com a nova tecnologia e

perceberam que poderiam adquirir alimentos ou qualquer outro tipo de produto por telefone. Essa prática, além de cômoda, economizava muito tempo nas tarefas diárias, de modo que imediatamente passou a fazer parte do comportamento do consumidor brasileiro, consolidando no comércio um novo modelo de fazer negócios. Com isso, as tele-entregas, disk-pizzas, *deliverys* de medicamentos e tantos outros serviços de entrega domiciliar se multiplicaram rapidamente e, como era de se esperar, suscitaram alguns reflexos no mundo jurídico.

O fato de o telefone ter permitido a realização de negócios de forma direta e simultânea, fez com que, mesmo com a distância física entre as partes, o legislador civil considerasse o contrato realizado por telefone entre pessoas presentes (art. 428, I, CC)<sup>1</sup>. Atento às mudanças do mercado, o legislador consumerista também entendeu, por bem, garantir ao consumidor o direito de ser informado de forma clara a respeito daquilo que está sendo adquirido, inclusive nas ofertas ou vendas feitas por telefone (art. 33, CDC)<sup>2</sup>.

Além disso, nas compras feitas por telefone, é resguardado ao consumidor um prazo de reflexão de sete dias, isto é, dentro desse período o consumidor pode desistir da compra sem justificativa (art. 49, CDC)<sup>3</sup>. Neste caso, o “pressuposto básico da existência deste direito a circunstância fática da contratação ter sido feita fora do estabelecimento comercial, tratando o legislador de exemplificar situações como as contratações celebradas por telefone” (MIRAGEM, 2016, p. 416).

O desenvolvimento tecnológico no setor de comunicação não parou no aparelho de telefone fixo, pois na sequência surgiram as redes de telefonia móvel e o aparelho celular. Igualmente, com o advento e difusão da internet – tecnologia de comunicação que consiste na interligação de redes de computadores de alcance mundial –, não demorou muito para se desenvolver um meio de conectar os celulares a grande rede de computadores, marcando assim, a chegada dos *smartphones*.

Os avanços tecnológicos no setor de comunicação, notadamente àqueles vinculados à internet, proporcionaram o nascimento de um novo meio de realizar uma das mais antigas atividades do homem – o comércio. Com a consolidação do acesso aos *smartphones* e a internet móvel, foram desenvolvidos programas de *software* (aplicativos) especificamente para compra e venda de produtos e serviços através desses dispositivos

eletrônicos.

Os aplicativos ou “*apps*”, como também são chamados, nada mais são do que *softwares* desenvolvidos em tamanho reduzido e que podem, rapidamente, ser baixados e instalados em qualquer sistema operacional de *tablets* ou *smartphones*. Importa esclarecer que um *software* aplicativo “consiste basicamente em um programa que desempenha atividades e aplicações (comerciais ou pessoais) específicas para um usuário” (CAIÇARA JUNIOR; PARIS, 2007, p. 91).

Atualmente existem inúmeros aplicativos (*apps*) que permitem a contratação de serviços de *delivery* de alimentos, bebidas e outros bens de consumo. No Brasil, os aplicativos mais conhecidos para entrega de comida são: iFood, Uber Eats e Aiqfome. Nesse segmento destaca-se também o Rappi, que além do tradicional *delivery* de comida, o aplicativo possibilita a compra de produtos de farmácia, mercado e lojas de diferentes tipos. Do mesmo modo, outros *apps* não tão conhecidos, como o Click Entregas e o Loggi, por exemplo, podem ser contratados para o transporte de qualquer tipo de mercadoria.

Nesses casos em específico, os aplicativos de *delivery* dão acesso a uma plataforma interativa que conecta empresas, usuários e entregadores, com a finalidade de consumação da prestação de serviço solicitada na plataforma *on-line*, sendo finalizadas a partir da entrega material do pedido (refeição ou encomenda). Nessa direção, importa esclarecer que “por trás do aplicativo e da plataforma, subsiste uma empresa, responsável por criar, manter e investir nesse sistema de programação algorítmica, a qual suporta certos custos e auferir lucros, sendo ela que fornece as diretrizes de controle e gerenciamento do trabalho” (REIS; MEIRELES, 2020, p. 187).

No negócio jurídico que visa a aquisição de produtos e/ou serviços por meio desses aplicativos é possível identificar quatro figuras: (1) o usuário, ou seja, o sujeito que realiza o pedido através do *app*; (2) o estabelecimento comercial, que pode ser o restaurante ou a empresa que produz o bem de consumo; (3) o aplicativo de *delivery*, por meio do qual se faz o pedido; e (4) os entregadores, que se encontram cadastrados nesse aplicativo. Percebe-se que a relação jurídica de consumo se desenvolve no meio de uma rede de contratos conexos, sendo necessário averiguar juridicamente o desdobramento dessa relação.

Contratos conexos são, conforme explica Marques (2014, p. 431), o “fenômeno operacional econômico de multiplicidade de vínculos, contratos, pessoas e operações para atingir um fim econômico unitário e nasce da especialização das tarefas produtivas, da formação de redes de fornecedores no mercado e, eventualmente, da vontade das partes”.

É a partir dessa, aparentemente complexa, rede de relações, que se faz necessário identificar os elementos que compõe a relação jurídica de consumo para atrair a incidência das normas voltadas à proteção dos consumidores (notadamente o Código de Defesa do Consumidor). A relação de consumo, conforme explica Amaral (2010, p. 91), deve ser entendida como uma relação social que foi juridicizada e que há como sujeitos em cada polo, chamados de consumidor e fornecedor, os quais se relacionam a propósito de objeto ou bem da vida, isto é, bens ou serviços alvos do interesse, do ato de consumo.

Deste modo, a relação de consumo é marcada pela presença de elementos subjetivos, consumidor e fornecedor, cujos conceitos podem ser extraídos do *caput*, do art. 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor<sup>4</sup>, e de elementos objetivos, que podem ser produtos e/ou serviços, conforme conceitua o §1º e 2º, do art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor<sup>5</sup>.

Concentrando-se na acepção jurídica, Filomeno (2018, p. 73), conceitua consumidor como “qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços”. Portanto, não sobrevém qualquer objeção ao reconhecimento daquele usuário, que faz o pedido no aplicativo, como consumidor (destinatário final do produto ou serviço). Quando este usuário/consumidor acessa o aplicativo de *delivery* e realiza um pedido, ele adquire um produto e, concomitantemente, contrata um serviço de entrega.

Para fins de caracterização da relação de consumo, “qualquer bem pode ser considerado produto, desde que resulte de atividade empresarial em série de transformação econômica” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 82). Desse modo qualquer lanche, comida, bebida, remédio, sabonete ou qualquer outro bem que resulte de produção ou fabricação se enquadra no conceito.

A entrega desses produtos é realizada mediante a prestação de um serviço, que, como se pode concluir da redação do art. 3º, §2º, do Cód-

go de Defesa do Consumidor, “abrange todo e qualquer tipo de serviço, entendido como uma utilidade usufruída pelo consumidor, e prestada por um fornecedor determinado, num *facere* (fazer)” (FILOMENO, 2018, p. 103).

Outra característica relevante à definição de serviço, para fins de proteção do consumidor, é a de que estes devem ser prestados mediante remuneração, ou seja, afastam-se da incidência da lei os serviços não remunerados. Isso não significa que quando o aplicativo de *delivery* oferta entrega grátis não há aplicação da legislação consumerista, afinal, não se confundem serviços puramente gratuitos com serviços aparentemente gratuitos.

Segundo Cavaliere Filho (2014, p. 85), os primeiros seriam aqueles prestados no exclusivo interesse do beneficiário, sem nenhuma vantagem financeira para o executor, portanto, afastados da incidência do Código de Defesa do Consumidor. Noutra via, aplica-se a lei consumerista aos serviços aparentemente gratuitos, nos quais o executor tem interesse ou vantagem patrimonial no serviço, estando os custos destes cobertos pelos benefícios daí advindos para o prestador.

Viu-se que, numa ponta da relação, encontra-se o usuário/consumidor, que adquiriu um produto e, conseqüentemente, contratou o serviço de entrega domiciliar. Sendo assim, para que reste definitivamente configurada a relação de consumo, é necessário identificar na outra ponta a figura do fornecedor.

Fornecedor é quem oferece os produtos e serviços no mercado de consumo. Consoante o *caput*, do art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor, o conceito jurídico de consumidor é bastante amplo. “A estratégia do legislador permite considerar fornecedores todos aqueles que, mesmo sem personalidade jurídica (‘entes despersonalizados’), atuam nas diversas etapas do processo produtivo” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 80). Ademais, Miragem (2016, p. 177), leciona que “é correto indicar que são fornecedores, para os efeitos do CDC, todos os membros da cadeia de fornecimento, o que será relevante ao definir-se a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil”.

A cadeia de fornecimento, conforme explica Marques (2014, p. 425), “é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição [...], envolvendo um grande número de atores que unem



esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores”.

Portanto, é possível reconhecer como fornecedor todo estabelecimento comercial – restaurante, farmácia, supermercado etc. – que oferece o produto na plataforma do aplicativo. Não apenas ele, mas o entregador que providencia o serviço de entrega é igualmente abrangido pelo conceito. Ademais, a empresa responsável pelo aplicativo de *delivery*, que não deixa de lucrar com a transação, também é considerada fornecedora, pois são assim considerados todos os sujeitos que participam da cadeia de fornecimento.

Enfim, mesmo diante de uma rede de contratos, restou configurada a relação jurídica de consumo, que na presença de uma pluralidade de sujeitos no polo fornecedor, permite a sujeição da relação ao parágrafo único, do art. 7º, do Código de Defesa do Consumidor<sup>6</sup>. O referido dispositivo estabelece responsabilidade solidária entre todos àqueles que participaram da cadeia de fornecimento do serviço ou produto perante ao consumidor.

Este reflexo, segundo Marques (2014, p. 425), é o mais destacável da visualização da cadeia de fornecimento. Deste modo, em caso de dano ou prejuízo advindo da referida relação de consumo, apenas depois de resolver a situação com o consumidor/ofendido, é que se averigua a proporção de culpa de cada um dos fornecedores/agentes no ocorrido, e o agente que, eventualmente, foi judicialmente responsabilizado, pode obter reparação junto àquele que realmente deu causa aos danos.

### **3. A UTILIZAÇÃO DE DRONES PARA ENTREGAS DE PRODUTOS OU COMIDA**

Uma das principais preocupações de qualquer empresa é fazer com que seus produtos e/ou serviços cheguem até o seu cliente/consumidor. Desse modo, a logística é fundamental para o desenvolvimento empresarial, pois corresponde exatamente ao “processo de planejar, implementar e controlar, adequada e eficientemente, o fluxo e armazenamento de bens e serviços e informação relacionada, do ponto de origem ao ponto de consumo e *vice-versa*, por forma a satisfazer os requerimentos dos clientes” (COSTA; DIAS; GODINHO, 2010, p. 09).

Segundo Moura (2006, p. 125), as funções logísticas consideradas

primárias são: transportes, gestão de stocks e processamento de encomendas. Embora, a logística não se resume apenas ao transporte de mercadorias, cumpre-se aqui fazer um recorte, pois o que interessa para este estudo é o papel dos modais de transporte no serviço de entrega de mercadorias ao consumidor final.

Para as empresas, o transporte refere-se aos vários meios de movimentar produtos e representa a maior parcela dos custos logísticos, e por isso, é uma das áreas da gestão da logística que recebe mais atenção. O sucesso da atividade empresarial, muitas vezes depende da redução dos custos com transportes para que opere com mais eficiência.

É exatamente nesse ponto que os drones despontam como estratégia logística das empresas, que, aliás, já vem investindo e estudando sobre a viabilidade de entregar seus produtos através dessa tecnologia. Conforme explica Pozo (2019, p. 78), apesar de todo apoio da Tecnologia de Informação, a gestão de transporte enfrenta inúmeras complicações, e os drones surgem como um modal aéreo alternativo e versátil para se adaptar às adversidades enfrentadas na entrega de mercadorias.

### **3.1 Drone: definição e possibilidades**

Embora sejam quase sempre reconhecidos como um tipo de aeronave, os drones podem ser descritos como “veículos que se deslocam em meio aéreo, aquático ou terrestre, e não dependem da presença de um piloto a bordo, sendo comandados à distância, através da reação a instruções anteriormente fixadas, ou de equipamentos como sensores, smartphones ou satélites” (BATISTA, 2017, p. 14).

Pela própria definição, resta claro que o atributo mais marcante dos drones – e que os diferencia dos demais meios de transporte – é a ausência de um piloto ou motorista. Mesmo que alguns casos sejam necessários a presença de um operador para pilota-lo remotamente, ele não se faz presente dentro do veículo.

Por conta dessa característica, os drones aéreos são também chamados de VANT (Veículo Aéreo Não Tripulado), ou na língua inglesa, UAV (*Unmanned Aerial Vehicle*). Os drones aéreos podem ser pequenas aeronaves remotamente pilotadas (RPA) ou aeronaves autônomas (AA). Spadotto (2016, p. 612) explica que:

O primeiro é o RPA (Remotely Piloted Aircraft), ou seja,

aeronave remotamente pilotada através de interfaces como computador, controle remoto, dentre outros. A RPA é uma aeronave independentemente de sua forma, peso e tamanho. O segundo tipo é a Aeronave Autônoma que, uma vez programada, não permite intervenção externa durante o voo.

A tecnologia presente nos drones atuais vem de muitos anos atrás, existem relatos de um ataque aéreo onde a Áustria utilizou balões carregados com explosivos para atingir a cidade de Veneza na Itália. Desde então aeronaves remotamente pilotadas evoluíram, especialmente, para fins militares. Durante a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, a Guerra do Vietnã, Afeganistão e Iraque, muitos dos atuais componentes foram desenvolvidos e aprimorados (EUGENIO; ZAGO, 2019, p. 07-08). Vale ressaltar que o “modelo atual é atribuído ao engenheiro israelita Abraham Karem, que, a partir de 1977, nos Estados Unidos da América, fundou a sociedade empresarial *Leading System* e, valendo-se de fibra de vidro, começou a aperfeiçoar os veículos aéreos não tripulados” (MILAGRES, 2020, p. 807). Dessa maneira, o aperfeiçoamento e o uso de veículos aéreos não tripulados continuam a se desenvolver exponencialmente.

Atualmente essa tecnologia já se encontra disponível para uso civil e tem sido cada vez mais utilizada com o objetivo de reduzir custos e melhorar a eficácia e a eficiência das mais diversas atividades. O seu uso pode ter como finalidade o combate ao crime, o patrulhamento de fronteiras, captação de imagens de grandes eventos e até mesmo para entregas de produtos. “Na agricultura, não servirão apenas para mapear plantações, mas, também, para pulverizá-las com pesticidas e até mesmo lançar novas sementes” (POZO, 2019, p. 79).

De acordo com Leiras *et. al.* (2017, p. 213), os drones vêm sendo utilizados pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pelas Organizações Não Governamentais (ONGs) na fase de resposta humanitária desde 2001 – após o ataque terrorista de 11 de setembro –, pois para responder desastres de início súbito, como enchentes, terremotos e furacões, é imprescindível entender as necessidades da população afetada com precisão e rapidez.

Na área urbana brasileira, Spadotto (2016, p. 614), afirma que os drones já têm sido empregados na vigilância contra focos do mosquito *Aedes aegypti*, na monitoração e organização do trânsito, na vigilância de multi-

dões e tantas outras.

Frente a esse cenário, mesmo antes da regulamentação do setor pela ANAC em maio 2017, já se desenhava a possibilidade de entrega de mercadorias através de drones no Brasil. Segundo Pozo (2019, p. 79), a SMX System, em parceria com a Prefeitura Municipal de Rifaina, em São Paulo, realizou uma prova de conceito da solução de Drone Delivery da empresa. A primeira entrega por drone no Brasil aconteceu no dia 19 de agosto de 2018, reduzindo para 1,5 minuto o tempo de uma entrega que variava de 15 a 20 minutos por meio de outros modais de transporte.

Segundo reportagem do portal de notícias G1 (2020), o iFood – empresa brasileira de serviços de *delivery* de refeições – anunciou testes de entregas de comida feita com drones em meados do ano passado. Os testes foram realizados com autorização especial da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) para realizar voos experimentais em distâncias superiores a 2,5 km, sem que o piloto esteja mantendo o contato visual com o aparelho durante o voo.

No sítio eletrônico da empresa, ela afirma que “o drone não fará entregas nas janelas dos clientes, isso não soa muito seguro e nem higiênico, na verdade” (IFOOD, 2020). Na prática, a empresa pretende utilizar os drones para levar o pedido até um ponto específico para que sejam repassados aos entregadores, que concluirão a operação através de outros modais, como motos, bicicletas e patinetes elétricos.

Nessa mesma linha, empresas do mesmo segmento, tal como a Uber eats, e demais empresas que oferecem serviço de entrega, como a Amazon, a Walmart e o Mercado Livre, também pretendem avaliar a inclusão de aeronaves não tripuladas nas suas estratégias de logística. Em todos os casos, ambicionando um serviço de entrega ainda mais ágil e seguro para os consumidores, se pretende identificar a abrangência dos prováveis ganhos de eficiência com a introdução da tecnologia.

### **3.2 A entrega de pedidos por drones e os direitos do consumidor no Brasil**

Conforme visto anteriormente, a aquisição de produtos em aplicativos de *delivery* estão sujeitas às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor. É importante destacar que a plataforma do *app* opera como se fosse uma vitrine, prateleira ou balcão do estabelecimento comercial,

que através dela faz a oferta ao público. Deste modo, o usuário/consumidor tem o direito ao cumprimento exato daquilo que lhe foi ofertado (art. 30, CDC)<sup>7</sup>. Se, por exemplo, a comida chegar mal preparada ou fora dos padrões ofertados, pode o consumidor exigir que o restaurante envie outro pedido que atenda de maneira adequada e satisfatória os predicados do produto descrito no aplicativo.

Da mesma forma, a entrega via *delivery*, mesmo que seja ofertada e paga pelo restaurante ou pelo aplicativo, também sofre a incidência das normas previstas na legislação consumerista por se tratar de uma prestação de serviço ofertada no mercado de consumo. Por consequência lógica, o usuário/consumidor tem direito à adequada prestação do serviço (art. 20, CDC)<sup>8</sup>.

Ilustrativamente, se o motoboy, ou um drone eventualmente, não entregar o pedido correto, com o pacote violado, ou ainda, se a refeição chegou fria, configura-se a má prestação de serviço, tendo o consumidor o direito de exigir: (1) a reexecução do serviço, para que o pedido seja entregue conforme prevê a oferta; (2) o cancelamento do pedido, solicitando a restituição da quantia paga; ou (3) um desconto, requerendo abatimento proporcional do preço.

Nos serviços de *delivery*, o problema campeão de reclamações é a falta de respeito ao tempo estimado para entrega. Na compra de comida pelo aplicativo, não existe, necessariamente, uma norma que estabeleça expressamente um tempo mínimo ou máximo para que se realize entrega, pois é preciso levar em conta as circunstâncias de demanda e a capacidade de produção/fabricação no dia da compra.

No entanto, a demora nos serviços de entrega é uma cena muito comum e que provoca insegurança nas relações de consumo. Em virtude disso, é essencial que o estabelecimento estime o tempo de entrega e informe ao cliente. Não é à toa que deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação é considerado prática abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 39, XII)<sup>9</sup>.

De acordo com o referido dispositivo legal, o fornecedor – restaurante, lanchonete etc. – tem a obrigação de ponderar, diante das circunstâncias, e informar a previsão de entrega do pedido ao consumidor, que declarará estar ciente do que foi ajustado. Conforme explicam Tartuce e Neves (2018, p. 465): “Diante da lealdade que se espera das relações

negociais, os fornecedores e prestadores devem fixar prazo e termo para o adimplemento do afirmado, sob pena de total instabilidade das relações de consumo e descrédito de todo o sistema consumerista”.

Por conta disso, no âmago de evitar os atrasos e trazer mais eficiência para os serviços de entrega, grandes empresas do ramo de *delivery* desejam utilizar aeronaves não tripuladas na entrega de produtos e alimentos. Os drones são realmente capazes reduzir o tempo de espera de uma refeição ou produto, tendo em vista que as aeronaves podem se locomover em linha reta, evitando transtornos de circulação em ruas e avenidas.

Observa-se que não é possível identificar qualquer óbice na legislação consumerista, pois, *a priori*, não há prejuízo para o consumidor no que se refere ao modal de transporte que o aplicativo designa para a entrega dos seus pedidos. Muito pelo contrário, se for viável a utilização dos drones, é provável que em pouco tempo se verifique uma redução de custos da operação, o que poderá promover uma diminuição dos valores pagos pelo usuário do *app*.

Todavia, cabe discutir se o consumidor gostaria de receber o seu pedido “voando” ou pela via tradicional (moto, bike ou patinete), esta última com menores riscos de violar direitos. Afinal, além dos riscos de queda ou interferência destes veículos sobre pessoas, os drones são capazes de capturar som e imagem do local onde se encontrar, sendo potencialmente lesivo aos direitos de privacidade e intimidade do consumidor.

Entende-se, assim como Milagres (2020, p. 813), que a “questão não se limita aos prejuízos materiais, mas, sobretudo, aos imateriais, como a violação da privacidade e da intimidade. Não é incomum o manuseio de drones na captação de imagens de pessoas em locais privados”.

Esses riscos, indiscutivelmente, representam um obstáculo para a difusão do seu uso nos serviços de entrega. Todavia, viu-se que, a princípio, as entregas por aeronaves não tripuladas não serão feitas diretamente ao consumidor, na realidade, o drone complementar a operação de transporte, levando os pedidos do estabelecimento comercial ou praça de alimentação até outro ponto de distribuição, onde entregadores finalizarão a entrega através de outro modal convencional.

Se no futuro as entregas forem diretamente enviadas aos consumidores pelo drone, é dever legal dos fornecedores respeitar os direitos essenciais à vida privada e à segurança de dados. Mesmo que o Código de

Defesa do Consumidor não mencione expressamente quanto à proteção da privacidade nesse contexto, a Constituição Federal deixa claro que são indenizáveis os danos causados à intimidade, vida privada, honra e à imagem das pessoas (art. 5º, X, CF)<sup>10</sup>.

Aliás, tratando dos princípios de boas práticas comerciais, Filomeno (2018, p. 661), leciona que: “As empresas devem proteger a privacidade dos consumidores por meio de uma combinação de mecanismos de controle, segurança, transparência e consentimento adequados relativos ao recolhimento e utilização de seus dados pessoais”.

Não há dúvida de que os prejuízos decorrentes do emprego inadequado dos drones são indenizáveis. Em se tratando de aquisição de produtos através de aplicativos de *delivery*, vale lembrar que, atualmente, todos os sujeitos que integram a cadeia de fornecimento respondem solidariamente, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Entende-se que o atual microsistema de proteção do consumidor é capaz de embaraçar eventuais violações e garantir ao consumidor, que for prejudicado, a devida reparação. Todavia, concorda-se com Milagres (2020, p. 821), que, de mais a mais, “fica a necessidade de aprimoramentos normativos em face das aplicações emergentes e criativas das tecnologias dos drones, sem, por óbvio, afetar o processo de pesquisas e inovações”.

### **3.3 A solidariedade dos integrantes da cadeia de fornecimento e a (re)distribuição de responsabilidades à luz da Análise Econômica do Direito (AED)**

Para os economistas, as sanções prescritas na lei são como os preços e a resposta das pessoas às sanções é basicamente a mesma que sua resposta ao mecanismo de preços. Deste modo, as pessoas enfrentam os altos preços dos produtos consumindo cada vez menos desses produtos, quanto mais caros eles são. Nessa esteira, em teoria, as pessoas responderão às sanções mais pesadas praticando cada vez menos atividades passíveis de sanção, quanto mais pesadas forem (COOTER; ULEN, 2011, *apud*, OZELAME; ZANELLATO FILHO, 2015, p. 154).

Os custos do processo, normas legais e constitucionais acerca do direito de propriedade, dos contratos e da responsabilidade civil, influen-

ciam no desenvolvimento econômico e na adoção de novas ferramentas pelos agentes do mercado. Citando Posner, Tabak (2015, p. 323), afirma que o objetivo do direito, na ótica da Análise Econômica do Direito, é o de analisar as normas legais de modo a promover a maximização da eficiência, o que implica a maximização do bem-estar social.

Embora, a utilização de drones possa reduzir significativamente o tempo de entrega de um produto trazendo benefícios ao consumidor, os riscos de danos – que existem em qualquer outro modal de transporte –, principalmente o mecanismo adotado pelo CDC de responsabilização solidária entre os integrantes da cadeia de consumo, representam entraves a sua efetiva utilização nos serviços de *delivery*.

A norma contida no parágrafo único, do art. 7º, do CDC surge como um fator desestimulante à adoção dos drones, tendo em vista que o indivíduo integrante da cadeia de fornecimento que não estabeleceu o modal de transporte também pode ser responsabilizado de forma solidária. Como se afirmou, a maximização da eficiência em AED está relacionada à maximização de bem-estar da sociedade, de modo que “o problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 79), afinal, os indivíduos focam somente nos custos e benefícios privados, ignorando os custos e benefícios gerais.

Diante dos cenários distintos, é possível identificar diferentes graus de responsabilidade de cada integrante da cadeia de fornecimento. Imagine um primeiro cenário onde o aplicativo de *delivery* define o modal de transporte a ser utilizado (valendo-se, por exemplo, de uma frota própria de drones), não havendo contratação de um entregador, assim a responsabilidade pela má prestação no serviço de entrega não poderia alcançar com a mesma intensidade o estabelecimento comercial ou terceiro (tal como o piloto). Da mesma forma, em um segundo cenário, se for o estabelecimento quem definiu o modal de transporte (valendo-se de drone próprio ou contratação direta de terceiro), o aplicativo não deveria responder em pé de igualdade. Ademais, em um terceiro cenário, podem surgir empresas especializadas em entrega através de aeronaves não tripuladas, e até mesmo entregadores (pessoa física) proprietários de drones, oferecendo e realizando serviços de entrega, que pelo mesmo racio-



cínio anterior, responderiam em maior grau de responsabilidade em caso de danos.

Concorda-se com Venosa (2017, p. 466), ao afirmar que “se unicamente os causadores dos danos fossem responsáveis pela indenização, muitas situações de prejuízo ficariam irressarcidas”, o que justifica a intenção do legislador consumerista ao determinar a solidariedade, podendo o consumidor lesado obter reparação de qualquer um dos integrantes da cadeia de fornecimento.

No entanto, conforme explica Timm (2005, p. 09), “o direito importa para o funcionamento do mercado porque a eficiência das trocas econômicas depende de um baixo custo de transação e de uma clara atribuição de propriedade”. Deste modo, se os custos de transação forem altos, a AED recomenda que a lei deve dar incentivos para que os agentes ajam da forma que resulte na mesma alocação de recursos que resultaria caso custos de transação fossem baixos (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 97).

Sendo assim, considerando que existem graus diferentes de responsabilidade dentro da cadeia de fornecimento, da mesma forma que ao consumidor deve ser garantido o seu direito de reparação, é viável que, quando demandados em juízo, se estabeleça uma ordem de preferência ou responsabilidade subsidiária. Assim, os bens daquele que tiver maior grau de responsabilidade responde primeiro e, não tendo sido encontrados bens ou sendo eles insuficientes, inicia-se a excussão de bens do responsável em caráter subsidiário.

Subsidiário se refere, conforme explicam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 216), “a tudo que vem ‘em reforço de...’ ou ‘em substituição de...’ ou seja, não sendo possível executar o efetivo devedor — sujeito passivo direto da relação jurídica obrigacional —, devem ser executados os demais responsáveis”. Pode-se dizer que a responsabilidade subsidiária representa uma forma “especial” de solidariedade com preferência de excussão de bens de um dos responsáveis.

Enfim, entende-se que a solução mais adequada para diminuir o custo jurídico do desenvolvimento do setor de serviços de entrega por drones e ainda garantir o direito de reparação do consumidor, é o estabelecimento de responsabilidade civil subsidiária entre os integrantes da cadeia de fornecimento, respondendo cada pelos danos, na ordem do grau de sua responsabilidade.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As tecnologias de comunicação e informação – em especial a internet – são particularmente sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia, de modo que diante do cenário pandêmico que se instalou no mundo todo, cresceu o número de pessoas que passaram a consumir pela internet. Assim, plataformas digitais de aplicativos de *delivery* tornaram-se vitrines dos estabelecimentos comerciais e viabilizaram a entrega domiciliar desses produtos.

Os aplicativos de *delivery* surgiram como uma espécie de “salvação” para as relações comerciais em tempos de *lockdowns*. O fornecedor (supermercado, farmácia, restaurante, entre outros) pode ofertar os seus produtos. O consumidor (usuário do aplicativo) pode adquirir o produto, medicamento, refeição ou qualquer outro bem de consumo desejado. Então o aplicativo contacta com o entregador que poderá realizar a entrega da mercadoria no domicílio do consumidor.

Viu-se que com apenas alguns toques na tela do seu *smartphone*, o consumidor contrata com pelo menos três fornecedores diferentes, empresa do aplicativo, o estabelecimento empresarial e o responsável pela entrega. Sem esse encadeamento de contratos, não seria possível satisfazer os interesses dos sujeitos do mercado apenas com as figuras típicas. Verificou-se de modo claro a existência de uma cadeia de fornecimento, com a participação de vários atores para organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços.

Nesse panorama de avanço tecnológico frente a uma crise sanitária mundial, as empresas de *delivery* buscam inovar com a possibilidade de utilizar veículos aéreos não tripulados (drones) nos serviços de entrega de mercadorias. Devido a sua versatilidade, os drones podem ser utilizados no combate ao crime, na captação de imagens de grandes eventos e ações de marketing, no mapeamento e aplicação de pesticidas de plantações, nas estratégias de logística humanitária em eventos de catástrofes, na vigilância contra focos do mosquito *Aedes aegypti*, na monitoração e organização do trânsito, na vigilância de multidões e em tantas outras.

Se pôde observar que os drones podem aumentar a eficiência do serviço, reduzindo o tempo de entrega, além de diminuir os custos da operação, causando diminuição nos valores pagos pelo usuário do *app*. O iFood já realizou testes com autorização da ANAC, e informou que

pretende utilizar a tecnologia para complementar a operação dos modais tradicionais, de modo que o drone realizará a primeira parte da rota das entregas, que serão finalizadas por um entregador convencional.

Nesses moldes, constatou-se que a inclusão de veículos aéreos não tripulados na operação logística das empresas não traz nada de novo quanto a incidência do sistema normativo de proteção ao consumidor. Porém, se no futuro, a entrega venha a ser finalizada diretamente por drones, além dos riscos de queda, a tecnologia do aparelho é potencialmente lesiva aos direitos de privacidade e intimidade do consumidor.

É dever jurídico dos fornecedores respeitar os direitos do consumidor, incluindo o constitucionalmente garantido, direito à privacidade. Assim, havendo prejuízos materiais ou imateriais em virtude do emprego inadequado dos drones, todos os sujeitos que integram a cadeia de fornecimento serão responsáveis solidários pela indenização devida ao consumidor lesado.

No entanto, mesmo que o consumidor deva ter seu direito de reparação garantido, não se pode deixar de considerar que existem graus diferentes de responsabilidade dentro da cadeia de fornecimento, tanto que a solidariedade representa entrave para efetiva utilização dos drones nos serviços de *delivery*. Assim, verificou-se a necessidade do estabelecimento de responsabilidade civil subsidiária, estimulando o desenvolvimento do setor sem deixar de lado o direito de reparação, visando, deste modo, a maximização da eficiência no setor de entregas e a manutenção do bem-estar social.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Otavio Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BATISTA, Ana Rita Leal. **Drones como tecnologia multi-uso: dinâmicas empresariais e setoriais num novo mercado de crescimento**. 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado em Economia da Empresa e da Concorrência) – ISCTE-IUL, Lisboa, 2017.

CAIÇARA JUNIOR, Cícero; PARIS, Wanderson Stael. **Informática, internet e aplicativos**. Curitiba: Ibpex, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COMO funciona a entrega de drone. **Ifood**, 2020. Disponível em: <<https://entregador.ifood.com.br/quero-fazer-parte/entrega-drone/>>. Acesso em 13 jun. 2021.

COSTA, João Paulo; DIAS, Joana Matos; GODINHO, Pedro. **Logística**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

DELIVERY de comida por drone: em primeiro teste realizado no Brasil, equipamento de 6 motores reduz trajeto de 12 para 2 minutos. **G1**, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2020/09/13/area-exclusiva-entrega-em-dois-minutos-e-seis-motores-veja-como-foi-o-primeiro-teste-de-delivery-de-comida-por-drone-do-brasil.ghtml>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

EUGENIO, Fernando Coelho. ZAGO, Hugo Bolsoni. **O livro dos drones: um guia completo para entender todas as partes e funcionamento**. Alegre: Caufes, 2019.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LEIRAS, Adriana; et. al. **Logística humanitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

MARQUES, Claudia de Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A responsabilidade civil decorrente do uso de drones. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. Indaiatuba: Foco, 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOURA, Benjamim do Carmo. **Logística: conceitos e tendências**. Lisboa: Centro Atlântico, 2006.

OZELAME, Rafael Henrique; ZANELATO FILHO, Paulo José. A análise econômica do direito: o direito como instrumento para desenvolvimento econômico e socioambiental. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 5, n. 2, p. 151-172, jul./dez. 2015.

POZO, Hamilton. **Logística e gerenciamento da cadeia de suprimentos: uma introdução**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

REIS, Camila dos Santos; MEIRELES, Edilton. O trabalho nas plataformas digitais de entrega delivery. In: MEIRELES, Edilton (Org.). **Trabalho, reformas e tecnologia**. Salvador: CMP, 2020.

SPADOTTO, Anselmo José. Análise jurídica e ambiental do uso de drones em área urbana no Brasil. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, RJ, v. 08, n. 2, p. 611-630, abr./jun. 2016.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: Proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 205 jan./mar. 2015.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. Porto Alegre: IOB-Thomson, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

'Notas de fim'

1 Art. 428. [...] Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante.

2 Art. 33. Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.

Parágrafo único. É proibida a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina.

3 Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste

artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

4 Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

5 § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

6 Art. 7º, Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

7 Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

8 Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

9 Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.

[...]

10 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:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

# PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES PARA O PRODUTOR RURAL

DESIGNATED RURAL PROPERTY: ANNALYSIS AND  
IMPLICATIONS FOR THE AGRIBUSINESS FARMERS

PATRIMONIO RURAL AFECTADO: UN ANÁLISIS DE LAS  
IMPLICACIONES PARA LOS PRODUCTORES RURALES

## SUMÁRIO:

Introdução; 1. Crédito rural e suas garantias; 1.1 Importância do crédito rural para o produtor rural; 1.2 Princípios que orientam o crédito rural; 1.3 Principais espécies de garantia do crédito rural; 2 Regime jurídico do patrimônio rural em afetação: constituição, efeitos e benefícios; 3 Efeitos da afetação em caso de insolvência; Conclusão; Referências

## RESUMO:

O presente artigo analisa o instituto do patrimônio rural em afetação, introduzido pela Lei nº 13.986/2020, e suas implicações para o produtor rural no Brasil. O patrimônio rural em afetação visa facilitar o acesso ao crédito rural, permitindo que o produtor utilize imóveis rurais como garantia sem comprometer todo o seu patrimônio. Destarte, analisa-se os benefícios proporcionados ao setor agropecuário e os desafios que surgem em casos de insolvência e recuperação judicial do produtor rural. Ainda, são discutidos os impactos das garantias oferecidas aos credores, as limitações impostas ao devedor e as implicações para o agronegócio brasileiro. A análise crítica sugere a necessidade de aprimoramentos legislativos para equilibrar a proteção aos credores com a

Como citar este artigo:

DI PIETRO,

Josilene, FERREIRA

JUNIOR, José Carlos.

Patrimônio rural em

afetação: uma análise

das implicações para

o produtor rural.

Argumenta Journal

Law, Jacarezinho – PR,

Brasil, n. 43 2024,

p. 327-343.

Data da submissão:

28/11/2024

Data da aprovação:

12/12/2024

1. Universidade Federal  
de Mato Grosso  
do Sul - Brasil

2. Universidade Federal  
de Mato Grosso  
do Sul - Brasil

flexibilidade exigida pelo setor produtivo. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, será feita uma releitura da Lei nº 13.986/2020, que introduziu e regulamentou o regime jurídico desse instituto no ordenamento brasileiro, conhecido como “Lei do Agro”.

#### **ABSTRACT:**

This paper analyzes the institution designated rural property, introduced by Law n. 13,986/2020, and its implications for rural producers in Brazil. The designated rural property aim to facilitate access to rural credit, allowing producers to use rural properties as collateral without compromising their entire assets. Thus, the benefits provided to the agricultural sector and the challenges that arise in cases of insolvency and judicial recovery of rural producers are analyzed. Furthermore, the impacts of the guarantees offered to creditors, the limitations imposed on debtors, and the implications for Brazilian agribusiness are discussed. The critical analysis suggests the need for legislative improvements to balance creditor protection with the flexibility required by the productive sector. Through bibliographic and documentary research, a reinterpretation of Law n. 13,986/2020 will be carried out, which introduced and regulated the legal framework of this institution in the Brazilian legal system, known as the “Agro Law”.

#### **RESUMEN:**

Este artículo analiza el instituto del patrimonio rural en asignación, introducido por la Ley nº 13.986/2020, y sus implicaciones para los productores rurales en Brasil. Los activos rurales asignados tienen como objetivo facilitar el acceso al crédito rural, permitiendo a los productores utilizar propiedades rurales como garantía sin comprometer todos sus activos. Por lo tanto, se analizan los beneficios brindados al sector agrícola y los desafíos que se presentan en los casos de insolvencia y recuperación judicial de los productores rurales. Además, se discuten los impactos de las garantías ofrecidas a los acreedores, las limitaciones impuestas al deudor y las implicaciones para la agroindustria brasileña. El análisis crítico sugiere la necesidad de mejoras legislativas para equilibrar la protección de los acreedores con la flexibilidad que requiere el sector productivo. A través de una investigación bibliográfica y documental, se realizará una



reinterpretación de la Ley nº 13.986/2020, que introdujo y reguló el régimen jurídico de este instituto en el sistema brasileño, conocida como “Ley Agro”.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Patrimônio rural em afetação; Crédito rural; Insolvência; Recuperação judicial; “Lei do Agro”.

**KEYWORDS:**

Designated rural property; Rural credit; Insolvency; Judicial recovery; “Agrol Law”

**PALABRAS CLAVE:**

Patrimonio rural afectado; Crédito rural; Insolvencia; Recuperación judicial; “Ley Agraria”.

**INTRODUÇÃO**

O crédito rural é um dos principais instrumentos de fomento à atividade agrícola no Brasil, desempenhando um papel essencial na manutenção e no desenvolvimento do setor agropecuário, que é um dos pilares da economia nacional. A concessão de crédito ao produtor rural, no entanto, envolve garantias que asseguram aos credores a segurança necessária para a realização dos financiamentos. Entre essas garantias, o patrimônio rural em afetação surge como um mecanismo inovador, possibilitando ao produtor rural manter sua atividade produtiva sem comprometer todo o seu patrimônio, ao mesmo tempo em que protege os interesses dos credores.

Instituído pela Lei nº 13.986/2020 (Lei do Agro), o patrimônio rural em afetação permite ao produtor rural destinar parte de seus bens, especificamente imóveis rurais, como garantia para obtenção de crédito, sem que haja a perda imediata do bem. Essa figura jurídica representa um avanço para o setor agrícola, pois viabiliza a captação de recursos de maneira mais segura e eficiente, promovendo maior dinamismo no acesso ao crédito rural.

No entanto, o regime jurídico do patrimônio rural em afetação ainda levanta algumas questões, sobretudo no que tange às suas implicações em casos de insolvência e recuperação judicial do produtor rural. O presente

artigo busca analisar detalhadamente as implicações deste instrumento jurídico para o produtor rural, tanto no que se refere às garantias oferecidas aos credores, quanto aos possíveis efeitos em casos de inadimplência.

Primeiramente, será analisado o conceito de crédito rural e suas garantias, focando nas principais modalidades de garantias (hipotecária, pignoratícia e alienação fiduciária). Em seguida, será explorado o regime jurídico do patrimônio rural em afetação, destacando sua origem, normas aplicáveis e os benefícios para o setor produtivo. Por fim, será discutido o impacto da afetação em casos de insolvência do produtor rural, especialmente no contexto da recuperação judicial, visando oferecer uma análise abrangente sobre os aspectos positivos e negativos desse instituto, contribuindo para a compreensão das vantagens e limitações do patrimônio rural em afetação, além de fornecer subsídios para uma reflexão sobre os efeitos práticos dessa modalidade de garantia no âmbito do crédito rural.

### **1. Crédito rural e suas garantias**

O crédito rural, institucionalizado pela Lei nº 4.829/65, é um dos principais mecanismos de fomento à produção agropecuária no Brasil. A função primordial do crédito rural vai além de apenas financiar o setor agrícola; ele também desempenha uma importante função social, tendo como objetivo o desenvolvimento rural e o bem-estar do povo. A concessão do crédito visa não apenas à produção e comercialização de produtos agropecuários, mas também ao fortalecimento econômico dos produtores rurais, garantindo-lhes os recursos necessários para a continuidade e expansão de suas atividades.

Benedito Marques (2015, p.165) ressalta a importância da segurança jurídica nas operações de crédito rural, especialmente quanto à proteção dos direitos do credor e do devedor. Ele afirma que “o crédito rural, além de ser um dos principais instrumentos de desenvolvimento da política agrícola, opera como uma garantia de continuidade para o produtor rural, permitindo sua inserção no mercado financeiro de forma mais estruturada e segura. Essa observação reforça a necessidade de mecanismos como o patrimônio de afetação, que protegem tanto o produtor quanto o credor nas operações financeiras.

A função social do crédito rural é evidenciada pelo seu objetivo final: assegurar o direito à alimentação, promover a paz social e contribuir para

a ordem pública, uma vez que uma agricultura sustentável e bem-sucedida é crucial para garantir o abastecimento alimentar do país. Nesse sentido, o Estado, ao estabelecer diretrizes e normas para o crédito rural, busca promover o fortalecimento econômico do setor agrícola, garantindo ao produtor rural condições adequadas de financiamento.

O Capítulo XIII, artigos 48 ao 54 da Lei nº 8.171/91 reforça esse objetivo ao determinar que o crédito rural, como instrumento de financiamento da atividade rural, deve ser suprido por todos os agentes financeiros, sem discriminação, utilizando recursos próprios, dotações das operações oficiais de crédito e fundos diversos. O artigo 48 da referida lei destaca os seguintes objetivos do crédito rural:

- estimular os investimentos rurais para produção, extrativismo não predatório, armazenamento, beneficiamento e instalação de agroindústria, sendo esta quando realizada por produtor rural ou suas formas associativas;
- favorecer o custeio oportuno e adequado da produção, do extrativismo não predatório e da comercialização de produtos agropecuários;
- incentivar a introdução de métodos racionais no sistema de produção, visando ao aumento da produtividade, à melhoria do padrão de vida das populações rurais e à adequada conservação do solo e preservação do meio ambiente;
- propiciar, através de modalidade de crédito fundiário, a aquisição e regularização de terras pelos pequenos produtores, posseiros e arrendatários e trabalhadores rurais;
- desenvolver atividades florestais e pesqueiras;
- apoiar a substituição do sistema de pecuária extensivo pelo sistema de pecuária intensivo;
- estimular o desenvolvimento do sistema orgânico de produção agropecuária (Brasil, 1991).

Por sua vez, a Lei nº 4.829/65, além de institucionalizar o crédito rural, conferiu ao Conselho Monetário Nacional a competência para regulamentar as condições de concessão do crédito, determinando os prazos, taxas de juros e encargos, sempre visando a atender prioritariamente os interesses da coletividade e do desenvolvimento rural. Esse regime jurídico tem como princípio não apenas viabilizar a atividade produtiva, mas

também assegurar que os pequenos e médios produtores rurais tenham acesso a linhas de crédito justas e acessíveis.

O crédito rural, portanto, está intrinsecamente ligado à política de desenvolvimento do agronegócio no Brasil, sendo uma ferramenta que, além de apoiar o produtor rural em sua atividade econômica, também visa ao fortalecimento da economia nacional e à segurança alimentar da população.

### **1.1 Importância do crédito rural para o produtor rural**

O crédito rural é essencial para o desenvolvimento e a sustentação da atividade agrícola, desempenhando um papel estratégico para o produtor rural. Através deste tipo de financiamento, o produtor tem acesso a recursos financeiros que viabilizam o custeio de suas operações, desde a compra de insumos, como sementes e fertilizantes, até a aquisição de maquinários, equipamentos e investimentos em infraestrutura. Sem esses recursos, muitos produtores, especialmente os pequenos e médios, teriam dificuldades para arcar com os custos elevados das atividades agropecuárias, o que comprometeria sua competitividade e produtividade. De acordo com Araújo e Li (2018, p.231):

De acordo com a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), em 2017, o agronegócio foi responsável por 21% (R\$ 1,1 trilhão) do total do produto interno bruto (PIB) brasileiro e por metade das exportações do país. Com base em dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e da Matriz de Dados do Crédito Rural (MDCR) do BCB, calcula-se que nesse ano a proporção entre crédito rural e o PIB agrário foi de 65,24%.

Além de proporcionar o capital necessário para o desenvolvimento da produção, o crédito rural oferece um benefício adicional: permite ao produtor rural modernizar sua operação, adotando tecnologias que aumentam a eficiência e reduzem custos a longo prazo. Dessa forma, o

crédito rural não só assegura a continuidade das atividades agrícolas, como também contribui para o crescimento do agronegócio, tornando o setor mais competitivo no cenário nacional e internacional.

Outro ponto fundamental é que o crédito rural possibilita ao produtor enfrentar os desafios sazonais típicos da agricultura, como variações climáticas e flutuações de mercado. Esses desafios podem impactar seve-

ramente a produção e, conseqüentemente, a rentabilidade do produtor. O acesso ao crédito permite que o produtor tenha uma reserva financeira para manter a estabilidade de suas operações em momentos de adversidade, evitando a interrupção da produção e o desabastecimento.

Além disso, o crédito rural tem um impacto direto na sustentabilidade econômica do produtor. Ao possibilitar o acesso a financiamento com condições favoráveis de pagamento — como juros subsidiados e prazos alongados —, o crédito rural torna-se um instrumento fundamental para o equilíbrio financeiro das propriedades rurais, evitando o endividamento excessivo e garantindo que os produtores possam continuar investindo e aprimorando suas atividades.

Por fim, para muitos produtores, o crédito rural é a única via de acesso ao capital necessário para a continuidade de suas atividades, principalmente em áreas de difícil acesso ao crédito convencional. Por essa razão, ele também desempenha um papel crucial na redução das desigualdades sociais no campo, promovendo a inclusão de pequenos e médios produtores no processo de modernização do setor agropecuário.

Portanto, o crédito rural não apenas apoia o produtor rural em suas atividades diárias, mas também atua como uma ferramenta estratégica para assegurar a competitividade, sustentabilidade e expansão do agronegócio brasileiro. Sua importância vai além do simples financiamento, influenciando diretamente a capacidade do país de atender às demandas crescentes por alimentos, gerar emprego e promover o desenvolvimento rural.

## **1.2 Princípios que orientam o crédito rural**

O crédito rural, formalmente institucionalizado pela Lei nº 4.829/65, é fundamentado em princípios que visam atender às necessidades específicas do setor agropecuário. Ao contrário de um crédito comercial comum, o crédito rural possui uma finalidade social e econômica distinta, essencial para o fortalecimento do produtor rural e o desenvolvimento sustentável do campo, constituindo-se como instrumento fundamental para a política agrícola brasileira, definida como um conjunto de medidas que orientam as atividades agropecuárias, conforme os interesses da economia rural, prestando assistência ao produtor e amparo à propriedade de terra, como previsto no art. 1º da Lei n. 4.504/64 (Estatuto da Terra). São

eles: princípio da função social, da sustentabilidade, da inclusão, do fortalecimento do produtor rural e o princípio da finalidade exclusiva.

A função social é o cerne do crédito rural. Diferente de outros tipos de crédito, o crédito rural visa, primordialmente, ao bem-estar do povo e ao desenvolvimento econômico-social do campo. Esse princípio se reflete na própria formulação da Lei nº 4.829/65, que estabelece como objetivo principal do crédito rural a promoção de condições adequadas para o aumento da produção rural, ao mesmo tempo em que se busca garantir a paz social e a segurança alimentar. Em outras palavras, o crédito rural não é meramente um mecanismo de financiamento, mas uma ferramenta para garantir a sustentabilidade do setor agropecuário e a melhoria da qualidade de vida nas áreas rurais.

Pelo princípio da sustentabilidade, tem-se que o crédito rural deve ser concedido de forma a promover práticas agrícolas sustentáveis, que não prejudiquem o meio ambiente e garantam a continuidade da produção para as gerações futuras. De assento constitucional (art. 225CF/88), no crédito rural, a sustentabilidade significa incluir o fomento de iniciativas voltadas à recuperação de áreas degradadas e à adoção de tecnologias que promovam a eficiência e a preservação ambiental. O foco é permitir que o desenvolvimento econômico no campo ocorra de forma equilibrada e sustentável, respeitando os recursos naturais e promovendo a segurança ecológica. Nesse sentido, sustenta Benedito Marques (2015), que a Política Agrícola no Brasil visa a promoção do desenvolvimento sustentável, buscando garantir produtividade, sem descuidar da conservação dos recursos naturais e promoção de justiça social.

O crédito rural também é orientado pelo princípio da inclusão, que visa assegurar o acesso ao crédito para todos os produtores rurais, independentemente do porte. Pequenos e médios produtores, que muitas vezes enfrentam dificuldades para obter crédito em condições comerciais tradicionais, encontram no crédito rural uma oportunidade de financiar suas atividades em condições mais acessíveis e favoráveis. Essa inclusão é essencial para garantir que o desenvolvimento rural seja equilibrado e que os benefícios do crédito cheguem a todas as camadas da população agrícola.

O fortalecimento do produtor rural é outro princípio fundamental. O crédito rural tem como finalidade apoiar o produtor em suas atividades,

fornecendo os recursos financeiros necessários para aumentar sua produtividade e garantir a viabilidade de suas operações. Ao contrário do crédito comercial, que visa o lucro do credor, o crédito rural está orientado para o benefício do tomador, ou seja, o produtor rural. O fortalecimento econômico do produtor é uma das metas essenciais do crédito rural, pois ele atua diretamente na manutenção e expansão da produção agropecuária, que é vital para o crescimento econômico do país.

E, conforme o art. 2º da Lei n 4.829/65, o crédito rural deve ser aplicado exclusivamente em atividades agropecuárias. O princípio da finalidade exclusiva visa assegurar que os recursos disponibilizados pelo crédito rural sejam utilizados de maneira a promover diretamente a produção e a comercialização de produtos agrícolas e pecuários. O foco na finalidade exclusiva de fomentar o setor agropecuário visa garantir que o crédito rural seja uma ferramenta eficaz para o desenvolvimento do campo, evitando o desvio de recursos para finalidades alheias ao setor.

Os princípios que orientam o crédito rural vão além da mera concessão de financiamento; eles refletem uma política agrícola voltada para o bem-estar social, a sustentabilidade e o fortalecimento econômico do produtor rural. A função social do crédito rural, em especial, destaca-se como um dos aspectos mais importantes, garantindo que esse instrumento de crédito promova o desenvolvimento sustentável do campo e a segurança alimentar do país. Esses princípios formam a base de um sistema de crédito que busca não apenas financiar, mas também transformar e modernizar o setor agrícola brasileiro.

### **1.3 Principais espécies de garantia do crédito rural**

No contexto do crédito rural, as garantias são fundamentais para assegurar a satisfação das obrigações financeiras decorrentes das operações de financiamento agropecuário. Ao longo da história, diversas formas de garantia foram sendo adotadas, cada uma com características específicas para proteger tanto o credor quanto o devedor. As garantias do crédito rural, em especial, visam não apenas proteger os direitos dos credores, mas também garantir que os produtores rurais possam manter suas atividades produtivas. As principais espécies de garantias utilizadas no crédito rural são a garantia hipotecária, pignoratícia (penhor) e fiduciária.

A garantia hipoteca é uma garantia real que recai sobre bens imóveis,

como propriedades rurais. Nesse caso, o imóvel dado em garantia permanece em posse do devedor, que continua a utilizá-lo para suas atividades agropecuárias, mas o credor tem o direito de execução sobre o bem em caso de inadimplência. A hipoteca confere ao credor uma segurança jurídica considerável, pois, em caso de não cumprimento das obrigações, o imóvel pode ser alienado para satisfazer a dívida. Historicamente, o instituto da hipoteca tem sido uma garantia amplamente utilizada, tanto em operações de crédito rural quanto em outros setores da economia.

O penhor é uma das garantias mais antigas e utilizadas no crédito rural. O penhor rural, regulamentado pela Lei nº 492 de 1937, possibilita que o devedor ofereça bens móveis como garantia, mantendo a posse direta desses bens enquanto cumpre as obrigações do financiamento. Esse tipo de penhor é especialmente aplicado a bens agrícolas, pecuários, equipamentos e maquinário utilizado nas atividades produtivas, garantindo a continuidade das operações do produtor. O penhor permite que, em caso de inadimplência, o credor possa utilizar o bem penhorado para satisfazer seu crédito, sempre observando os limites estabelecidos na legislação.

Por fim, a garantia fiduciária. Nesta, dá-se a alienação fiduciária, que, ao contrário da hipoteca e do penhor, envolve a transferência da propriedade resolúvel de um bem do devedor para o credor, até que a dívida seja quitada. Trata-se de uma das garantias mais seguras para os credores, pois permite a venda extrajudicial do bem dado em garantia em caso de inadimplência, sem a necessidade de um processo judicial prolongado. A alienação fiduciária no crédito rural tem se mostrado uma forma eficiente de garantir o financiamento, especialmente devido à agilidade na execução e à recuperação do crédito. O bem alienado fiduciariamente pode ser tanto móvel quanto imóvel, e o devedor mantém a posse direta do bem, usufruindo de sua utilização durante o período do financiamento.

## **2. REGIME JURÍDICO DO PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO: CONSTITUIÇÃO, EFEITOS E BENEFÍCIOS**

O patrimônio rural em afetação foi uma inovação introduzida no Brasil pela Lei nº 13.986/2020, com o objetivo de facilitar o acesso ao crédito no setor agropecuário. Este regime jurídico cria uma separação patrimonial dentro dos bens de um proprietário rural, vinculando uma parte de sua propriedade exclusivamente à garantia de operações financeiras,



especialmente para o fomento do agronegócio. O conceito de patrimônio rural em afetação consiste na segregação de um imóvel rural ou parte dele, de modo que ele fique destinado exclusivamente para a garantia de operações de crédito.

A origem deste instituto está diretamente ligada à necessidade de modernização do financiamento rural no Brasil, proporcionando maior segurança para as instituições financeiras que operam no setor. Antes da Lei nº 13.986/2020, o crédito rural enfrentava barreiras em relação às garantias, especialmente quando o patrimônio do produtor estava totalmente comprometido com outras dívidas. O regime de afetação, inspirado em modelos de separação patrimonial de outros países, foi criado para suprir essa lacuna e estimular o agronegócio.

A Lei nº 13.986/2020 é a principal norma que regulamenta o patrimônio rural em afetação no Brasil. Ela estabelece que o proprietário rural, pessoa física ou jurídica, pode constituir o patrimônio rural em afetação mediante o registro no cartório de imóveis. A partir desse registro, a parte do imóvel afetada não se comunica com o restante do patrimônio do proprietário e passa a ser vinculada exclusivamente à garantia da operação de crédito especificada.

Essa legislação também regulamenta a Cédula Imobiliária Rural (CIR), que pode ser emitida tendo como garantia o patrimônio afetado. Ainda, a legislação visa reduzir o risco para o credor, uma vez que o bem afetado só responderá pelas dívidas vinculadas à CIR ou outras cédulas emitidas com base nessa operação.

A constituição do patrimônio rural em afetação ocorre mediante a formalização de um ato específico de afetação, que deve ser registrado no cartório de imóveis competente. O processo de constituição inclui a apresentação de uma descrição precisa da área afetada, a documentação comprobatória da propriedade do imóvel e a finalidade da afetação, que deve estar vinculada a uma operação de crédito.

Um dos requisitos essenciais é que o imóvel não esteja gravado com outros ônus, como hipoteca ou alienação fiduciária, ou que parte do imóvel submetida à afetação não seja menor do que o módulo rural ou a fração mínima de parcelamento. Uma vez registrado, o patrimônio afetado fica segregado e só pode ser utilizado como garantia para a operação de crédito estipulada.

Os efeitos jurídicos do patrimônio rural em afetação incluem a segregação do bem afetado do restante do patrimônio do proprietário. Embora a constituição do patrimônio de afetação não altere a titularidade do imóvel, ela impõe restrições à sua disponibilidade pelo proprietário.

Inicialmente, o proprietário fica impedido de constituir qualquer garantia real sobre o imóvel afetado, exceto na forma de Cédula Imobiliária Rural (CIR) ou Cédula de Produto Rural (CPR), conforme prevê o artigo 10, §1º da Lei em comento. A partir de então, a alienação do imóvel é proibida, não sendo possível realizar operações de compra e venda, doação, parcelamento ou qualquer outro ato de transferência de propriedade por iniciativa do proprietário (art. 10, §3º).

O patrimônio afetado, na medida de sua vinculação à CIR ou CPR, torna-se impenhorável, estando protegido contra medidas de constrição judicial (art. 10, §3º, II). O imóvel afetado também não pode ser utilizado para garantir o cumprimento de outras obrigações assumidas pelo proprietário que não estejam diretamente vinculadas à CIR ou CPR (art. 10, §3º, I).

A Lei nº 13.986/2020 estabelece ainda que o patrimônio rural em afetação, ou a fração dele vinculada a uma CIR ou CPR, não será afetado por processos de falência, insolvência civil ou recuperação judicial do proprietário

Dessa forma, o imóvel não integra a massa concursal nesses casos. No entanto, essa proteção não se aplica a obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais, que continuam sendo passíveis de execução contra o patrimônio afetado. Além das limitações impostas, a lei determina que o proprietário:

Art. 14. Incumbe ao proprietário que constituir o patrimônio rural em afetação:

I - promover os atos necessários à administração e à preservação do patrimônio rural em afetação, inclusive por meio da adoção de medidas judiciais; e

II - manter-se adimplente com as obrigações tributárias e os encargos fiscais, previdenciários e trabalhistas de sua responsabilidade, incluída a remuneração dos trabalhadores rurais.

Um dos principais benefícios desse regime jurídico é a maior segurança que ele oferece tanto para o produtor rural quanto para o credor.

Para o produtor, a afetação permite obter crédito sem comprometer todo o seu patrimônio, oferecendo uma garantia clara e limitada ao imóvel afetado. Já para o credor, a impenhorabilidade do bem por outras dívidas oferece maior segurança jurídica, reduzindo o risco da operação financeira e incentivando a concessão de crédito ao setor agropecuário.

Por fim, o regime de afetação simplifica o processo de obtenção de crédito, uma vez que o bem afetado já está claramente delimitado e garantido, o que facilita a análise de risco pelos financiadores. Outro benefício é que, uma vez quitada a dívida, o proprietário pode solicitar o cancelamento da afetação, retornando o bem ao seu patrimônio geral.

### 3. EFEITOS DA AFETAÇÃO EM CASO DE INSOLVÊNCIA

A Lei nº 13.986/2020, ao instituir o regime jurídico do patrimônio rural em afetação, trouxe importantes consequências para o tratamento do imóvel afetado em casos de insolvência ou recuperação judicial do devedor. A segregação do patrimônio rural tem como objetivo oferecer maior segurança aos credores, ao vincular o imóvel apenas à operação de crédito especificada. No entanto, esse regime também gera implicações específicas quando o proprietário rural enfrenta dificuldades financeiras ou entra em processo de recuperação judicial.

Sobre os efeitos em situações de insolvência, o autor observa que “a vinculação do patrimônio rural em afetação às operações de crédito garante que o bem afeto não será atingido por execuções judiciais, salvo exceções previstas em lei, como obrigações trabalhistas e tributárias” (Marques, 2015, p. 180). Esse ponto é crucial para o entendimento da segurança que o patrimônio afetado oferece tanto ao produtor quanto aos credores, protegendo-os em situações de inadimplência ou falência.

Destacando-se as consequências negativas, tem-se que, embora o patrimônio rural em afetação ofereça diversas vantagens, tanto para o devedor quanto para o credor, existem implicações negativas que precisam ser consideradas, especialmente em cenários de insolvência.

Uma das principais preocupações diz respeito à rigidez do regime de afetação, que limita a flexibilidade do devedor em utilizar seu patrimônio para outras finalidades ou garantir novas operações de crédito. Ao afetar parte de seu imóvel, o produtor rural reduz sua capacidade de dispor livremente do bem, uma vez que ele fica vinculado exclusivamente à dívida

garantida. Em caso de dificuldades financeiras, isso pode ser um entrave, já que o devedor não pode utilizar o bem afetado para renegociar suas dívidas com outros credores.

Outro ponto a ser considerado é a impossibilidade de inclusão do patrimônio afetado nas negociações de insolvência. Isso pode resultar em um cenário em que o devedor, ao enfrentar uma crise financeira, tem seu patrimônio fragmentado, dificultando a reestruturação integral de seus ativos. Ao não poder incluir o bem afetado na recuperação judicial, o devedor pode se ver limitado a negociar apenas o restante de seu patrimônio, o que pode não ser suficiente para viabilizar uma recuperação satisfatória.

A segregação patrimonial e a impossibilidade de renegociar o bem afetado com outros credores pode resultar em um aumento do risco de execução. Se o devedor não tiver capacidade de honrar a dívida vinculada à afetação, o credor poderá executar o bem de forma rápida e direta, sem se envolver nos processos de renegociação que ocorrem em uma recuperação judicial. Isso pode ser prejudicial ao produtor rural, que perde a possibilidade de utilizar o imóvel para negociar uma solução mais equilibrada com todos os seus credores.

Quanto à recuperação judicial, a relação entre o patrimônio rural em afetação e a recuperação judicial é um dos temas centrais da Lei nº 13.986/2020. Em termos gerais, o imóvel afetado não pode ser incluído nos planos de recuperação judicial, o que gera implicações tanto para o devedor quanto para o credor. Para o credor, a exclusão do patrimônio afetado da recuperação judicial é um benefício importante, uma vez que garante a ele prioridade na execução da garantia em caso de inadimplência do devedor. O credor tem o direito de executar diretamente o bem afetado, sem precisar participar do processo de recuperação judicial, onde os credores normalmente negociam condições mais favoráveis ao devedor, como prazos maiores ou descontos.

Por outro lado, para o devedor, essa exclusão pode ser um fator negativo. A recuperação judicial é um mecanismo que visa dar fôlego ao empresário em crise, permitindo que ele reestruture suas dívidas de forma negociada com seus credores. No entanto, com o patrimônio afetado sendo excluído do processo, o devedor perde a possibilidade de negociar a dívida garantida pela afetação, ficando sujeito à execução rápida do bem afetado em caso de inadimplência. Essa situação pode agravar ainda mais

a crise financeira do produtor rural, já que ele não terá como incluir o bem afetado nas negociações globais de seu plano de recuperação.

Outra questão relevante é a concorrência entre credores. Em um processo de recuperação judicial, os credores que não têm garantias específicas sobre bens afetados precisam dividir os recursos disponíveis do devedor para satisfazer suas dívidas. A exclusão do patrimônio afetado desse processo coloca o credor da operação garantida em uma posição de vantagem, pois ele poderá executar a garantia integralmente, enquanto os outros credores terão que aguardar a finalização do processo de recuperação para receber, em muitos casos, valores inferiores aos devidos.

Por fim, o cancelamento da afetação é uma questão importante a ser considerada em casos de recuperação judicial. Mesmo que o devedor consiga reestruturar suas dívidas e quitar a dívida garantida pela afetação, ele só poderá reintegrar o bem afetado ao seu patrimônio após o cancelamento formal do regime no cartório de imóveis. Esse processo pode gerar custos adicionais e atrasos, o que pode prejudicar ainda mais o produtor rural em crise.

## CONCLUSÃO

O artigo explorou o conceito, a estrutura jurídica e os efeitos do patrimônio rural em afetação, introduzido pela Lei do Agro, com foco em suas implicações para o agronegócio brasileiro. Desde a concepção do crédito rural até o regime jurídico do patrimônio rural em afetação, foi possível observar que a legislação busca aprimorar o acesso ao crédito, proporcionando uma modalidade de garantia específica para o setor agropecuário.

Inicialmente, discutiu-se a importância do crédito rural como instrumento essencial para o desenvolvimento econômico e social no campo. A função social desse crédito é, antes de tudo, garantir o abastecimento alimentar e a sustentabilidade do setor rural, fortalecendo o produtor para que ele contribua para a paz social e a ordem pública. Em seguida, analisou-se o regime jurídico do patrimônio rural em afetação, detalhando sua constituição e os benefícios que oferece ao setor agrícola. Este regime cria uma segurança adicional para os credores, ao vincular o imóvel afetado exclusivamente ao pagamento de operações financeiras específicas, permitindo que o restante do patrimônio do produtor rural permaneça

protegido de execuções em caso de inadimplência.

No entanto, é fundamental reconhecer as limitações e desafios que essa modalidade de garantia apresenta, especialmente no contexto de insolvência e recuperação judicial. O patrimônio afetado não pode ser incluído em negociações de recuperação judicial, o que restringe a capacidade do produtor rural de renegociar suas dívidas e reorganizar seu patrimônio de forma mais ampla. Isso pode ser um entrave significativo em cenários de crise financeira, onde a flexibilidade para incluir todos os bens no plano de recuperação poderia ser vantajosa.

A análise dos efeitos jurídicos do patrimônio rural em afetação em situações de insolvência reforça a necessidade de aperfeiçoamento legislativo e de políticas públicas que equilibrem os interesses de credores e devedores. Para que o instituto alcance seu potencial completo, é essencial promover ajustes que facilitem o uso do patrimônio afetado em processos de renegociação financeira, permitindo uma abordagem mais inclusiva e adaptável às necessidades do setor agrícola.

Em conclusão, o patrimônio rural em afetação representa um avanço importante na regulamentação do crédito rural e uma oportunidade de crescimento para o agronegócio brasileiro. No entanto, como todo mecanismo jurídico inovador, ele demanda um contínuo aprimoramento e uma adaptação às realidades práticas enfrentadas pelos produtores rurais.

Assim, o artigo contribuiu para uma compreensão crítica dos benefícios e limitações desse regime, destacando a importância de uma legislação que promova tanto a segurança jurídica quanto a flexibilidade necessária para que o setor agropecuário brasileiro continue a desempenhar seu papel fundamental na economia e na sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Anna Sylvia Vitorino de. Patrimônio rural em afetação : novo direito real de garantia? / Anna Sylvia Vitorino de Albuquerque. - 2021. 97 f. Orientador: André Rodrigues Corrêa. Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

BARROS, Marina Dorileo; SILVEIRA, Paula Galbiatti. A política agrícola como instrumento de segurança alimentar. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 68, p. 609- 630, jan./jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965. Institucionaliza o crédito rural. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4829.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4829.htm)>. Acesso em 1 set 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 454, de 9 de julho de 1937. Autoriza o Tesouro Nacional a subscrever novas ações do Banco do Brasil, até a importância de 100.000:000\$000, e a emitir “bonus” para financiamento da agricultura, criação e outras indústrias. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1930-1949/L0454.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0454.htm)>. Acesso em 1 set 2024.

KÜMPPEL, V. F., & Viana, G. M. (2020). Patrimônio Rural em Afetação: Regime Jurídico e Aspectos Registrais. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, 361-380.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVA, Milena Donato. Patrimônio de afetação no Novo Código de Processo Civil, In: *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 654-674, maio./ago. 2016.

QUERUBINI, Albenir; PARRA, Rafaela; CICILIATO, Rodolfo (orgs.). *Direito agrário como instrumento de desenvolvimento do agronegócio brasileiro: estudos em homenagem a Lutero de Paiva Pereira*. Londrina: ESG LAW, 2023.

VILELA, João Gabriel F. *O agronegócio e o produtor rural frente ao direito brasileiro: uma análise sobre a Lei nº 13.986, de 07 de abril de 2020*. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia.





## **TESES DEFENDIDAS 2024 (maio / agosto)**

---

### **ÁREA DE CONCENTRAÇÃO**

TEORIAS DA JUSTIÇA: JUSTIÇA E EXCLUSÃO

### **LINHAS DE PESQUISA**

Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça

Função Política do Direito e Teorias da Constituição

Direitos e Vulnerabilidades

### **TESES**

#### **Comunidades constituintes: o poder constituinte como potência irredutível da coletividade**

Doutorando: Lucas Bertolucci Barbosa de Lima

Data: 13/06/2024

Banca:

Dr. Marcos César Botelho - Orientador

Dra. Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla

Dr. José Mauro Garboza Junior

Dra. Andréia Garcia Martin

Dr. Zulmar Antonio Fachin

#### **A colonialidade nos tratados internacionais anticorrupção**

Doutorando: Marcelo Yukio Misaka

Data: 03/05/2024

Banca:

Dr. Gilberto Giacoia - Orientador

Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

Dra. Clara Maria Roman Borges

Dra. Marília Rulli Stefanini

Dr. Décio Franco David

## **AUTORES QUE PUBLICARAM NESTE NÚMERO**

### **EDUARDA CAMARGO SANSÃO**

Mestranda em Direito pela UNESP - Franca. Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - unidade Passos. Facilitadora virtual pela Universidade Virtual do Estado de São Paulo (UNIVESP). Membro do Instituto Humanidades, Direitos e Democracia (IHUDD). Membro do corpo editorial da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP. Contato: [eduardacsansao@gmail.com](mailto:eduardacsansao@gmail.com)

### **THAINÁ DUARTE REZENDE ALVES**

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Lavras(2022). Contato: [thaina.rezende@hotmail.com](mailto:thaina.rezende@hotmail.com)

### **ANA PAULA DE FÁTIMA COELHO**

Possui Doutorado em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (2008); Mestrado em Direito Privado pela Universidade de Franca (2000); Graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP (1994); Especialização em Docência e Gestão do Ensino Superior pela Estácio de Sá (2016); Especialização em Direito do Consumidor pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2010) e Especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade de Franca (1997). Atualmente é professora efetiva na Universidade do Estado de Minas Gerais / UEMG . Contato: [apcoelho13@hotmail.com](mailto:apcoelho13@hotmail.com)

### **MICHELE ZEZZA**

Universidad Central de Chile, Derecho, Faculty Member. University of Pisa, Giurisprudenza, Graduate Student. Universidade de São Paulo, FD - Faculdade de Direito, Post-Doc. Université de Genève, Global Studies Institute, Post-Doc. Contato: [michele.zezza@ucentral.cl](mailto:michele.zezza@ucentral.cl)

### **DIOGO MARIANO CARVALHO DE OLIVEIRA**

Advogado. Coordenador e professor do curso de Direito da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos - SP. Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional em convênio com o Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Integrante dos grupos de pesquisa “Democracia e Direitos Fundamentais”, “Ideologia e Estratégias Repressivas do Estado” e “Laboratório de Ensino e Pesquisa em Educação para a Ciência”, vinculado à linha de pesquisa “Estado e Poder”, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pesquisador nas áreas de direito penal, criminologia, filosofia e teoria política e autor de artigos científicos e capítulos de livros. Editor-Chefe da Revista Hórus (FAESO). Contato: [diogocarvalho.adv@hotmail.com](mailto:diogocarvalho.adv@hotmail.com)

### **VLADIMIR BREGA FILHO**

Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1989), mestrado em Mestrado em Direito - Instituição Toledo de Ensino (2001), doutorado em Direito

pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e estágio de pos doutoramento na Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, efetividade, igualdade e formas alternativas de solução dos conflitos penais. Contato: vladimir@uenp.edu.br

#### MARIANA DIONÍSIO DE ANDRADE

Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Professora do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil na UNIFOR, UNI7 e Escola Superior da Magistratura do Ceará – ESMEC. Professora do Curso de Graduação em Direito na Universidade de Fortaleza. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Formação em Métodos Quantitativos pela UERJ. Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (Cnpq/UFPE). Coordenadora do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito - PROPED (Cnpq/UNIFOR). Pesquisadora Bolsista do Projeto Vulnerabilidades do planejamento governamental na pandemia do COVID-19: análise empírica da racionalidade decisória dos tribunais brasileiros em demandas trabalhistas e assistenciais (FEQ/DPDI UNIFOR). Advogada licenciada. Coordenadora de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (biênio 2021-2023). Pesquisadora do Grupo Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), Linha de Pesquisa: Jurimetria e Poder Judiciário. 1ª Secretária IBDCONT/CE (Instituto Brasileiro de Direito Contratual). Contato: mariana.dionisio@unifor.br

#### EDUARDO RÉGIS GIRÃO DE CASTRO PINTO

Doutorando em Direito Constitucional e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Processo Civil da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Professor dos Cursos de Pós-Graduação lato sensu em Direito Empresarial, Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, e do Curso de Graduação em Direito na UNIFOR. Coordenador do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito - PROPED (Cnpq/UNIFOR). Pesquisador Bolsista do Projeto Vulnerabilidades do planejamento governamental na pandemia do COVID-19: análise empírica da racionalidade decisória dos tribunais brasileiros em demandas trabalhistas e assistenciais (FEQ – DPDI/UNIFOR). Assessor jurídico da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Pesquisador do grupo de estudos Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), Linha de Pesquisa: Jurimetria e Poder Judiciário. Presidente IBDCONT/CE (Instituto Brasileiro de Direito Contratual). Contato: eduardogirao@gmail.com

#### PAULA VALVERDE SANTOS

Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Estagiária da Defensoria Pública da União. Pesquisadora do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito PROPED (Unifor). Foi estagiária do TRT da 7ª Região. Foi monitora da disciplina de Sociologia Geral e do Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Foi pesquisadora do Núcleo de Estudos em Ciência Criminais, da Universidade Federal do Ceará (UFC). Contato: paulavalverde@globo.com

#### ANAYS MARTINS FINGER

Advogada. Especialista em Direito Público. Mestranda em Direitos Emergentes na Sociedade Global. Contato: [anaysfinger21@gmail.com](mailto:anaysfinger21@gmail.com)

#### NINA TRÍCIA DISCONZI RODRIGUES PIGATO

Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Doutora em Direito. Contato: [ninadisconzi@uol.br](mailto:ninadisconzi@uol.br)

#### MIRIAM CHEISSELE DOS SANTOS

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM) na área de concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global e com ênfase na linha de pesquisa Direitos na Sociedade em Rede: atores, fatores e processos na mundialização. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), tendo recebido Bolsa de Estudos por Mérito Acadêmico pela Fundação Escola da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (FESDEP). Especialização em Direito Privado na Faculdade de São Vicente, FSV, Brasil. Integrou o Grupo de Pesquisa PHRONESIS: Jurisdição e Humanidades do PPGD/UFSM. Integrou o Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil vinculado ao PPGD/UFSM (NEAPRO). Contato: [micheissele@gmail.com](mailto:micheissele@gmail.com)

#### ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO

Doutor em Ciência Jurídica (UENP). Mestre em Direito Agrário (UFG). Docente da Faculdade de Direito e Relações Internacionais e do Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da UFGD. Especializando em Vivências Pedagógicas Ativas no Ensino Superior. Contato: [arthurnascimento@ufgd.edu.br](mailto:arthurnascimento@ufgd.edu.br)

#### FERNANDA FERREIRA RODRIGUES ROSA

Acadêmica do curso de Relações Internacionais na Faculdade de Direito e Relações Internacionais – UFGD. Pesquisadora bolsista CNPq PIBIC (2021-2022) com o projeto: “Erosão Democrática e a Crise Sanitária do Covid 19: o (risco de) retrocesso em matéria democrática frente ao cenário pandêmico (2020-2021)”. Contato: [fernanda.rosa465@academico.ufgd.edu.br](mailto:fernanda.rosa465@academico.ufgd.edu.br)

#### RÔMULO LINHARES FERREIRA GOMES

Advogado e consultor. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA) e pós-graduação em Direito e Processo Constitucional. Mestre em Políticas e Públicas e Planejamento pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA/CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (FDV/CNPq) Professor Assistente da Universidade Estadual Vale do Acaraú. Professor da Faculdade Luciano Feijão e professor convidado dos cursos de pós-graduação em direito do Instituto Vale do Acaraú e da Universidade Estadual Vale do Acaraú. Contato: [romulolinharesadv@hotmail.com](mailto:romulolinharesadv@hotmail.com)

#### ALEXANDRE DE CASTRO COURA

Pós-doutorado como visiting scholar na American University Washington College of Law e visiting foreign judicial fellow no Centro Judiciário Federal em Washington D.C. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de

Minas Gerais (UFMG). Foi professor efetivo (Adjunto nível II) do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Atualmente é professor permanente do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (FDV/CNPq) e promotor de justiça (ES). Tem experiência nas áreas de Teoria do Direito e Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional. Desenvolve e orienta pesquisas relacionadas a direitos e garantias fundamentais, hermenêutica jurídica, jurisdição constitucional e democracia. Contato: acaastrocoura@gmail.com

#### DANILO LOVISARO DO NASCIMENTO

Doutor pela Università Degli Studi di Roma Tor Vergata, Facoltà di Giurisprudenza, em Diritto e Tutela: esperienza contemporanea, comparazione e sistema giuridico romanistico. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, área de concentração Relações Internacionais. Professor Adjunto da Universidade Federal do Acre e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre. Contato: danilo.nascimento@ufac.br

#### JOÃO PEDRO AZEVEDO DE CASTRO

Pós-Graduado em Direito Probatório no Processo Penal pela UNIBRASIL. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Acre. Contato: jotapecastro8@gmail.com

#### THAIS DALMOLIN CERVO YAMAKAWA

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD (2011). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD (2010). Contato: thaiscervo@hotmail.com

#### ANTONIO HILARIO AGUILERA URQUIZA

Professor Associado da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Possui Doutorado em Antropologia pela Universidade de Salamanca/Espanha; atualmente é docente do curso de Ciências Sociais, da Pós-Graduação em Direitos Humanos da UFMS e do Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social (UFMS). Bolsista CNPq (PQ2). Contato: hilarioaguilera@gmail.com

#### ALEXANDER DE CASTRO

Professor dos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu em direito da UniCesumar. Pesquisador e bolsista do ICETI - Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Contato: alex.de.castro@hotmail.com

#### VINICIUS BASSO LOPES

Mestrando em Ciências Jurídicas (UNICESUMAR); Pós-graduado em Direito e Processo Penal pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC) (2020-2022); Bacharel em Direito pela Faculdade Catuaí (2016-2020); Advogado Criminalista. Contato: viniciusbassolopes@outlook.com

#### JOSIANE CALEFFI ESTIVALET

Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Trabalha

com métodos autocompositivos com formação pela Columbia University. Mestrado pela Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha de pesquisa de Política Públicas e jurisdição. Doutoranda pela UNISC, Universidade de Santa Cruz do Sul. Contato: josiane.ce.santacruz@gmail.com

#### MARLI MARLENE MORAES DA COSTA

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas do PPGD da UNISC. MBA em Gestão da Aprendizagem e Modelos Híbridos de Educação. Especialista em Direito Privado. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Membro do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Pesquisas Migrações Internacionais e Pesquisa na Região Sul do Brasil - MIPESUL. Integrante do Grupo de Trabalho em Apoio a Refugiados e Imigrantes (GTARI/UNISC). Membro do Conselho Editorial de inúmeras revistas qualificadas no Brasil e no exterior. Autora de livros e artigos em revistas especializadas. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3841-2206>. Contato: marlim@unisc.br

#### DIEGO BIANCHI DE OLIVEIRA

Doutorando em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR (atual). Mestre em Direito pela Universidade Paranaense - UNIPAR (2016). Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade Cândido Mendes - UCAM (2014). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (2013) e em Administração pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2009). Professor dos cursos de Direito e Administração. Advogado. Contato: diegobianchi@hotmail.com.br

#### JONATHAN BARROS VITA

Pós-doutor pela Wirtschaftsuniversität, Viena/Áustria. Mestre/Doutor em Direito PUC/SP. Mestre em segundo nível pela Universidade Comercial Luigi Bocconi, Milão/Itália. Professor titular e Coordenador do Programa de Mestrado/Doutorado da UNIMAR. Contato: jbvita@gmail.com

#### JOSILENE HERNANDES ORTOLAN DI PIETRO

Professora Adjunta na UFMS. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Contato: lene\_ortolan@hotmail.com

#### JOSÉ CARLOS FERREIRA JUNIOR

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - CPTL. Contato: jrferreira.jcf@gmail.com

## NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

---

### 1) Informações gerais:

A revista *Argumenta Journal Law*, de periodicidade semestral, destina-se à publicação de textos originais de Ciência Jurídica, Ciências Sociais Aplicadas, e Ciências Humanas, que estejam dentro de suas linhas editoriais, com o propósito de difundir, em nível nacional e internacional, as reflexões dos pesquisadores de temas relacionados com a Justiça e a Exclusão Social.

O Conselho Editorial recomenda que os trabalhos que lhe forem encaminhados sejam inéditos ou apresentados em eventos científicos, como seminários, congressos, encontros, simpósios. Preferencialmente serão publicados artigos, resenhas de obras recentes (publicadas nos dois últimos anos), e resumos de dissertações e teses.

Os autores cedem os direitos autorais dos artigos publicados para o Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Os dados e conceitos emitidos, bem como a exatidão das referências são de inteira responsabilidade dos autores.

As colaborações deverão seguir rigorosamente as normas abaixo.

São publicados textos em Português, Inglês, Espanhol, Italiano e Francês.

As submissões devem ser feitas exclusivamente por via eletrônica, pelo endereço eletrônico: [seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta](http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta).

### 2) Preparação dos originais:

Os trabalhos, que não devem exceder a 30 laudas, redigidos em papel formato A4 (21 cm por 29,7 cm), redigido preferencialmente em MS-Word 7.0 (95), MS-Word 97 ou versão superior para Windows (PC), com fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento simples, alinhamento justificado, e margens de 1,5 cm (superior e inferior) e de 2,0 cm (esquerda e direita). O cabeçalho deverá ter 1,5 cm e o rodapé 1,0 cm, os parágrafos devem ser de 1,25 cm, bem como as citações com recuo especial.

Os trabalhos devem obedecer à seguinte seqüência: título (caixa alta, em negrito, centralizado); autor (em itálico, alinhado à direita, apenas o sobrenome em maiúscula, seguido da primeira nota que se referirá à qualificação acadêmica e profissional do autor, colocada em nota de rodapé; resumo seguido de abstract e resumen (em fonte 10, com no máximo 100 palavras, versão em inglês e espanhol); palavras-chave seguidas de keywords e palabras clave (em fonte 10, com até 5 palavras, versão em inglês e espanhol, os títulos dos tópicos devem ser em negrito); texto (subtítulos sem adentramento, distinguidos por números arábicos, em negrito, apenas a primeira letra maiúscula); Referências bibliográficas (sem adentramento, em negrito). Evitar o uso de negrito no corpo do texto,

utilizando-o apenas nos tópicos indicados.

Evitar também excesso de notas de rodapé, priorizando a identificação parentética das fontes no próprio texto (Ex.: PASOLD, 1999, p. 23).

Observar as normas da ABNT (NBR-6023).

### 3) Normas específicas:

Citação no texto: de preferência, parentética (entre parênteses, citar sobrenome do autor, ano de publicação e número da página transcrita); se tiver mais de três linhas, redigi-la com o mesmo recuo dos parágrafos;

Referências bibliográficas: apresentar em ordem alfabética, iniciando pelo sobrenome do autor, com destaque gráfico (em caixa alta), Nome do autor. O título principal em itálico. Número da edição. Cidade: Editora, ano de publicação. As linhas seguintes à primeira não devem ser redigidas com deslocamento. Obedecer normas da ABNT para todo tipo de fonte bibliográfica.

### 4) Processo de Seleção dos Artigos:

Todo artigo será submetido a dois pareceristas por meio do sistema *doble blind per review*, sendo um Conselheiro Editorial, e outro Conselheiro Técnico-Científico. Os pareceristas não conhecerão a autoria dos artigos submetidos. Caso o texto obtenha dois pareceres favoráveis será encaminhado para o banco de artigos aprovados e publicado nas edições subseqüentes da revista.

Caso haja pareceres divergentes, ou sugestões de modificação do texto, caberá recurso ao Conselho Editorial, sendo que o Editor Chefe designará relator, que fará parecer definitivo sobre o mérito acadêmico científico do artigo.

---

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP**  
**CAMPUS DE JACAREZINHO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
**Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica**

Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro – Caixa postal 103

Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL

Tel.: +55 (43) 3511-4350 e + 55 (43) 3511-4354

Site: <http://www.uenp.edu.br>

<http://www.uenp.edu.br/index.php/pos-direito> – e-mail: [ppgd@uenp.edu.br](mailto:ppgd@uenp.edu.br)

Argumenta Journal Law - [argumenta@uenp.edu.br](mailto:argumenta@uenp.edu.br)



## RULES FOR SUBMISSION

---

### 1) General Information:

The Journal Argumenta is intended to publish the original texts of Juridical Science, Applied Social Sciences and Humanities, which are within their editorial lines, with the purpose to disseminate, at national and international reflections by researchers of issues related to Justice and Social Exclusion.

The Editorial Board recommends that the texts that have been sent be unpublished or presented at scientific meetings, seminars, congresses, conferences, symposia. Preferably publish articles, reviews of recent works (published in the last two years), and abstracts of dissertations and theses.

The authors transferring copyright of published articles for the Masters Program in Juridical Science at the State University of Northern Paraná.

The data and concepts presented, as well as the accuracy of the references are the sole responsibility of the authors.

The collaborations should strictly follow the rules below.

Texts are submitted in portuguese, english and spanish.

Manuscripts may be submitted electronically or via regular mail, though electronic submissions are strongly encouraged and greatly appreciated. Manuscripts submitted via e-mail should take the form of attachments formatted in Microsoft Word and should be e-mailed to Journal Argumenta, at [seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta](http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta).

### 2) Preparation of documents:

The work, which should not exceed 30 pages, written on paper format A4, preferably written in MS-Word 7.0 (95), MS-Word 97 or later for Windows (PC) in Times New Roman, size 12, single spaced, justified, and 1.5 cm margins (top and bottom) and 2.0 cm (left and right). The header should be 1.5 cm and 1.0 cm bottom, paragraphs should be 1.25 cm, and quotes with special retreat.

Entries must have the following sequence: title (all caps, bold, centered), author (in italics, left aligned, just a last name in capital letters, followed by the first note will refer to the academic and professional qualifications of the author, placed in a footnote, summary followed by abstract (in font 10, with a maximum of 100 words in English or Spanish version) keywords followed by keywords (in font 10, with up to five words, in English or Spanish version, the Titles should be in bold) text (captions without getting through, distinguished by Arabic numerals, bold, only first letter capitalized) References (without getting through, in bold). Avoid the use of bold in the text, using it only in the subjects shown.

Also avoid excessive footnotes, parenthetical prioritizing the identification of the sources in the text (eg PASOLD, 1999, p. 23).

Observe the ABNT (NBR- 6023).

3) Specific rules:

Citation in text: preferably parenthetical (in parentheses, cite the author's surname, year of publication and page number of transcript), if more than three lines, I wrote it with the same indentation of paragraphs.

References: in alphabetical order, starting with the author's name, especially graphic (in capitals), author's name. The main title in italics. Issue number. City: Publisher, year of publication. The following lines should not be the first written with displacement.

Obey ABNT for all types of source.

4) Selection Process for Articles :

Every article will have two referees through the system per review double blind, and an Editorial Board, and other Scientific-Technical Advisor. The referees did not know the authorship of articles submitted. If the text gets two favorable opinions will be forwarded to the bank of articles adopted and published in subsequent editions of the magazine.

If there are divergent opinions or suggestions for modification of the text may be appealed to the Editorial Board, and appoint the Chief Editor rapporteur, who will make final opinion on the academic merit of the scientific article.

---

**STATE UNIVERSITY OF NORTHERN PARANA - UENP**  
**CAMPUS JACAREZINHO**  
**CENTRE OF APPLIED SOCIAL SCIENCES**  
**Master and PhD Program - Juridical Science**

Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro – Caixa postal 103

Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL

Tel.: +55 (43) 3511-4350 e + 55 (43) 3511-4354

Site: <http://www.uenp.edu.br>

<http://www.uenp.edu.br/index.php/pos-direito> – e-mail: [ppgd@uenp.edu.br](mailto:ppgd@uenp.edu.br)  
Argumenta Journal Law - [argumenta@uenp.edu.br](mailto:argumenta@uenp.edu.br)

## NORMAS PARA PRESENTACIÓN DE TEXTOS

---

### 1) Información general:

La revista ARGUMENTA Journal Law en seis meses, tiene por objeto publicar textos originales de Ciencias Jurídicas, Ciencias Sociales y Humanidades, que son dentro de sus líneas editoriales para el fin de difundir, tanto a nivel nacional como internacional, las reflexiones de los investigadores de las cuestiones relacionadas con la Justicia y la Exclusión Social.

El Comité Editorial recomienda que los trabajos que se envía sean originales.

Los autores ceden los derechos de autor de los textos publicados para el Programa de Maestría en Ciencias Jurídicas de la Universidad Estatal del Norte de Paraná.

Los datos emitidos y conceptos, así como la exactitud de las referencias, son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Las contribuciones deben seguir estrictamente las reglas a continuación.

Textos se publican en portugués, Inglés y español.

Las presentaciones deben hacerse en su totalidad por vía electrónica, por correo electrónico: [seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta](mailto:seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta).

### 2) Preparación de los documentos:

El trabajo, que no debe exceder de 30 páginas, escrito en papel de tamaño A4 (21 cm x 29,7 cm), escrito preferentemente en MS-Word 7.0 (95), MS-Word 97 o superior para Windows (PC) Times New Roman, tamaño 12, interlineado sencillo, justificado, y márgenes de 1,5 cm (superior e inferior) y 2,0 cm (izquierdo y derecho). La cabecera debe tener 1,5 cm y 1,0 cm de pie de página, párrafos debería ser de 1,25 cm y citas con retiro especial.

Las entradas deben cumplir con el siguiente orden: título (mayúsculas, negrita, centrado); Autor (en cursiva, alineado a la derecha, sólo el apellido en mayúsculas, seguido de la primera nota se referirá a las cualificaciones académicas y profesionales del autor, situado en una nota al pie, resumen seguido de abstracto y resumen (en tamaño de fuente 10, con un máximo 100 palabras, la versión en Inglés y Español); palabras clave seguidas de las palabras clave y key words (en tamaño de fuente 10, con un máximo de 5 palabras, la versión en Inglés y Español, los títulos de los temas deben ser negrita), texto (títulos sin sangría, distinguido por números arábigos, en negrita, sólo la primera letra en mayúscula); Referencias (sin sangrado, en negrita) Evite el uso de negrita en el texto, su uso sólo en los temas indicados.

También evite las notas excesivas, entre paréntesis priorizar la identificación de las fuentes en el propio texto (Ej.: Pasold, 1999, p. 23).

Observe la ABNT (NBR-6023).

3) Normas específicas:

Citación Texto: preferentemente entre paréntesis (soportes, citar el apellido, año de publicación y número de página de la transcripción del autor); si usted tiene más de tres líneas, que escribió con la misma sangría de los párrafos; Referencias: visualización en orden alfabético, comenzando por el apellido del autor, con resaltado gráfico (en mayúsculas), nombre del autor. El título principal en cursiva. Número de la edición. Ciudad: Editorial, año de publicación. Las siguientes líneas a la primera no se deben escribir con el desplazamiento.

Obedecer las normas de la ABNT para todo tipo de fuente bibliográfica.

4) Los artículos Proceso de Selección :

Todos los artículos son sometidos a dos árbitros a través del sistema ciego dub por review, un miembro del Consejo de Redacción, y otra Técnico y Asesor Científico. Los árbitros no conocen la autoría de los artículos presentados. Si el texto de obtener dos opiniones favorables serán remitidos al Banco de artículos aprobados y publicados en las ediciones posteriores de la revista.

Si existen opiniones divergentes, o sugerencias de modificación de texto pueden ser apeladas ante el Consejo de Redacción, y el Editor Jefe nombran ponente, que hará que la opinión científica definitiva sobre el mérito académico del artículo.

---

**UNIVERSIDAD ESTATAL DE NORTE DE PARANÁ**  
**CAMPUS DE JACAREZINHO**  
**ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES APLICADAS**  
**Programa de Maestria e Doctorado em Direito**

Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro – Caixa postal 103

Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL

Tel.: +55 (43) 3511-4350 e + 55 (43) 3511-4354

Site: <http://www.uenp.edu.br>

<http://www.uenp.edu.br/index.php/pos-direito> – e-mail: [ppgd@uenp.edu.br](mailto:ppgd@uenp.edu.br)

Argumenta Journal Law - [argumenta@uenp.edu.br](mailto:argumenta@uenp.edu.br)



**Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Campus de Jacarezinho  
Centro de Ciências Sociais Aplicadas**

Avenida Manoel Ribas, 711 | Centro  
Caixa postal 103 Jacarezinho | PR | CEP 86400-000 - BRASIL  
Tel.: +55 (43) 3511-4350 e + 55 (43) 3511-4354  
[http: www.uenp.edu.br/index.php/argumenta](http://www.uenp.edu.br/index.php/argumenta)  
[argumenta@uenp.edu.br](mailto:argumenta@uenp.edu.br)