

ISSN 2447-2336

REVISTA

**DireitoUFMS**

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

V8 N2

Direitos Humanos e Fundamentais



REVISTA

# DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

## Direitos Humanos e Fundamentais

ANO 2022 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





**UNIVERSIDADE FEDERAL  
DE MATO GROSSO DO SUL**

#### REITOR

Marcelo Augusto Santos Turine

#### VICE-REITORA

Camila Celeste Brandão Ferreira Ítavo

#### PRÓ-REITOR DE ENSINO E GRADUAÇÃO

Cristiano Costa Argemom Vieira

#### PRÓ-REITOR DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO

Maria Lígia Rodrigues Macedo

#### DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Fernando Lopes Nogueira

#### COORDENADOR DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Vladimir Oliveira da Silveira

#### COORDENADORA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Natália Pompeu

### REVISTA **Direito UFMS**

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

#### COORDENAÇÃO EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS

**Prof.ª Dr.ª Livia Gaigher Bósio Campello**

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

**Prof.ª Dr.ª Luciani Coimbra de Carvalho**

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

#### ASSISTENTE EDITORIAL

**Maria Paula Zanchet de Camargo**

**Stephanie Dettmer Di Martin Vienna**

#### Endereço para correspondência

**REVISTA DIREITO UFMS**

**Universidade Federal de Mato Grosso do Sul**

**Faculdade de Direito – FADIR**

Av. Costa e Silva S/N - Caixa Postal 549 - CEP 79070-900 -

Cidade Universitária - Campo Grande - Mato Grosso do Sul

Telefone: (0xx67) 3345-7251 • E-mail: fadir@ufms.br

<http://seer.ufms.br/index.php/revdir>

#### CONSELHO CIENTÍFICO

**Andreas Niederberger**

Universität Duisburg-Essen, Alemanha

**Dinorá Adelaide Musetti Grotti**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

**Elisaide Trevisam**

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Brasil

**Georgenor de Sousa Franco Filho**

Universidade do Amazonas – UNAMA, Brasil

**Heleno Taveira Torres**

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

**Ingo Wolfgang Sarlet**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Brasil

**Jorge Bacelar Gouveia**

Universidade Nova Lisboa – UNL, Portugal

**Leonardo Carneiro da Cunha**

Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Brasil

**Leonardo Martins**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Brasil

**Luiz Alberto David Araujo**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

**Luiz Otavio Pimentel**

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil

**Marcelo Figueiredo**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

**Maria Esther Martinez Quintero**

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

**Monica Herman Salem Caggiano**

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

**Pasquale Pistone**

Università degli Studi di Salerno, Itália

**Pilar Giménez Tello**

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

**Vladimir Oliveira da Silveira**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Coordenadoria de Biblioteca Central – UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Revista Direito UFMS : revista do Programa de Pós-Graduação em Direito  
[recurso eletrônico] / Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. –  
Edição especial – Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2015- .  
v. ; 25 cm.

Semestral  
ISSN 2447-2336

1. Direito – Periódicos. 2. Direitos humanos – Periódicos. 3. Direitos  
fundamentais – Periódicos. I. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CDD (22) 342.81085  
CDD (22) 342.085  
CDD (22) 340.05  
CDDir (4) 341.27

JVD

## SUMÁRIO

<b>EDITORAL</b>	<b>5</b>
Lívia Gaigher Bósio Campello Luciani Coimbra de Carvalho	
<b>ESCRAVIDÃO DIGITAL E TRABALHO DECENTE: OS IMPACTOS DA REVOLUÇÃO 4.0 NA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO</b>	<b>7</b>
Vanessa Rocha Ferreira Murielly Nunes dos Santos	
<b>O ENSINO JURÍDICO PARTICIPATIVO E AS “SOFT SKILLS” NO PROFISSIONAL DO DIREITO</b>	<b>30</b>
Daniel Camurça Correia Karla Soraya da Costa Felipe Fabíola Bezerra de Castro Alves Brasil	
<b>JUDICIÁRIO DE VITRINE: A ATUAÇÃO DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RELATIVIZAÇÃO DE PODERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS</b>	<b>57</b>
Flávia Candido da Silva Jefferson Aparecido Dias Wilson André Neres	
<b>LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD COLECTIVA, DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y CULTURALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS: EL CASO DEL PUEBLO INDÍGENA U’WA, LA PRESERVACIÓN AMBIENTAL Y CULTURAL DE LA ANCESTRALIDAD</b>	<b>72</b>
Yenifer Marcela Muñoz Ceron Tagore Trajano de Almeida Silva	

<b>UMA ANÁLISE DO ATENDIMENTO PRESTADO A VÍTIMA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NAS DELEGACIAS ESPECIALIZADAS DA MULHER: A NECESSIDADE DE UMA EPISTEMOLOGIA FEMINISTA</b>	<b>88</b>
Bruno Cavalcante Leitão Santos Roberto Barbosa de Moura Cinthia Pereira de Souza	
<b>A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE NO CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA</b>	<b>111</b>
Bruna Gonçalves Xavier Heitor Romero Marques	
<b>MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO E DIREITO AO ABORTO NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ALTERNATIVA À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES GESTANTES</b>	<b>127</b>
Ynes da Silva Felix Endra Raielle Cordeiro Gonzales Maria Esther Martínez Quinteiro	
<b>O PAPEL DAS EMPRESAS PARA A PROMOÇÃO E O RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS</b>	<b>157</b>
Maria Cláudia Gabilan de Carvalho Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini	
<b>A DEMOCRACIA E O DIREITO À PRIVACIDADE: DESAFIOS PARA UM DIÁLOGO SOCIAL NO AMBIENTE DIGITAL</b>	<b>174</b>
Liton Lanes Pilau Sobrinho Júlia Francieli Neves de Oliveira Carlos Eduardo do Nascimento	<b>174</b>
<b>POR UMA RAZÃO IMUNOLÓGICA DO DIREITO? REPENSANDO O SISTEMA JURÍDICO E A TEMPORALIDADE NA SOCIEDADE PÓS-PANDÊMICA</b>	<b>186</b>
Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros	
<b>NAS RUÍNAS DO NEOLIBERALISMO: A ASCENSÃO DA POLÍTICA ANTIDEMOCRÁTICA NO OCIDENTE</b>	<b>204</b>
Isadora Golim Campos Thaisa Maira Rodrigues Held	
<b>LINHA EDITORIAL</b>	<b>219</b>

## EDITORIAL

Neste volume, a Revista Direito UFMS apresenta artigos científicos de doutores (as), doutorandos (as), mestres (as) e mestrandos (as) de instituições de diferentes localidades do Brasil e de outros países, recebidos pelo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas – SEER, *software* disponibilizado pelo IBICT. Ressalta-se, nesta edição, a grande participação dos Programas de Pós-Graduação em Direito (PPGDs) e Instituições de Ensino Superior (IES) localizadas em diversas regiões do Brasil, bem como do exterior.

A Revista Direito UFMS possui o compromisso de inserir as produções científicas de autores (as) convidados (as) nacionais e estrangeiros, do corpo docente e discente da UFMS e demais alunos (as), docentes e pesquisadores (as) das instituições de ensino do Brasil e exterior, reafirmando nosso enfoque nos objetivos de criar um vasto campo de discussão e aproximação dos Direitos Humanos e Fundamentais. Além disso, oferecer aos estudiosos pesquisadores uma visão atualizada das principais problemáticas jurídicas a serem enfrentadas pela sociedade contemporânea e de fomentar e disseminar, de modo sistematizado, os estudos científicos realizados nessas áreas.

Nesta edição, temos a honra de publicar artigos inéditos, de autores (as) nacionais e estrangeiros, respeitando-se as regras vigentes de exogenia/endogenia. Destaca-se que os trabalhos foram avaliados pelo método do sistema *Double Blind Peer Review*, o qual, por sua vez, permite a avaliação dos artigos por docentes que desconhecem os (as) autores (as), assim como os (as) autores (as) desconhecem seus docentes avaliadores. Além disso, com o objetivo de evitar o plágio, os trabalhos são registrados no sistema Digital Object Identifier – DOI. Outrossim, informamos que a Revista Direito UFMS está indexada no Latindex, Sumários.org, Oaji.net, Drji, Diadorim, Google Scholar, Redib, Worldcat, Ulrichs Web, Livre, Base e Sherpa/Romeo.

Salientamos que a Revista Direito UFMS, após processo de avaliação e seleção realizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (CAPES), recebeu o importante selo Qualis A3. Este reconhecimento demonstra a evolução, excelência e amadurecimento, os quais estão sendo alcançados pelo periódico, mediante o trabalho constante dos envolvidos no processo.

Trata-se de uma publicação semestral e eletrônica, apoiada pela Faculdade de Direito – Fadir/UFMS e pelo seu Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UFMS, que busca honrar seu propósito com a excelência da pesquisa jurídica e atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto a CAPES/MEC, bem como aos padrões exigidos nos indicativos do sistema *Qualis Periódicos*.

É com entusiasmo e satisfação que nós, editoras da Revista Direito UFMS, orgulhosamente, compartilhamos com todos (as), as valiosas contribuições, as quais revelaram uma excelente articulação com o eixo temático proposto pelo Conselho Editorial.

Nosso especial agradecimento a todos (as) que participaram com análises e reflexões por meio de artigos científicos e resenhas, e em particular, às assistentes editoriais que contribuíram para a realização deste volume, Maria Paula Zanchet de Camargo e Stephanie Dettmer Di Martin Vienna. Desejamos uma excelente leitura!

Campo Grande, primavera de 2023.

*Lívia Gaigher Bósio Campello e Luciani Coimbra de Carvalho*  
Coordenação editorial da *Revista Direito UFMS*

# **ESCRAVIDÃO DIGITAL E TRABALHO DECENTE: OS IMPACTOS DA REVOLUÇÃO 4.0 NA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO**

## ***DIGITAL SLAVERY AND DECENT WORK: THE IMPACTS OF THE 4.0 REVOLUTION ON LABOR PRECARIOUSNESS***

Vanessa Rocha Ferreira

Auditadora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE-PA). Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Professora da Graduação e Mestrado do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Trabalho Decente (CNPq/CESUPA).

Murielly Nunes dos Santos

Advogada. Contadora. Graduada em Direito e em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), com MBA em Gestão Tributária e Contabilidade Digital pela Faculdade de Tecnologia – GAP.

**Submetido em:** 04/11/2020

**Aprovado em:** 04/02/2023

**Resumo:** O presente estudo tem como objetivo analisar a relação entre a escravidão digital, que se apresenta como uma das consequências da revolução 4.0 e a percepção do que pode ser considerado como trabalho decente, destacando sobretudo a maneira como tal fator contribui para a precarização do trabalho no Brasil, uma vez que o trabalhador suporta jornadas de trabalhos superior àquela prevista em contrato, sem que necessariamente haja remuneração como contrapartida. À vista disso, utilizou-se o método dedutivo, baseado em uma revisão bibliográfica e jurisprudencial com a finalidade de elucidar os principais impactos dessa revolução nas relações laborais, especialmente na vida do trabalhador. Finalmente, revela-se que, sem a devida proteção efetiva para minorar as consequências da automação nas relações de trabalho, direitos mínimos serão severamente violados.

**Palavras-chave:** Escravidão digital; Revolução 4.0; Trabalho decente; Precarização do trabalho.

**Abstract:** *This study aims to analyze the relation between digital slavery, which presents itself as one of the consequences of the 4.0 revolution and the perception of what can be considered as a decent work, especially emphasizing how this factor contributes to the precariousness of work in Brazil, since the worker upholds working hours longer to those stated in the contract, without necessarily having remuneration in return. Therefore, the deductive method was used, based on a bibliographic and jurisprudential review in order to elucidate the main impacts of this revolution on labor relations, especially on the worker's life. Finally, it appears that, without proper effective protection to reduce the consequences of automation in labor relations, basic rights will be severely violated.*

**Keywords:** *Digital slavery; 4.0 revolution; Decent work; Precarious work.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A revolução 4.0 e as relações de trabalho no Brasil. 2. A escravidão digital no mundo do trabalho. 3. Os impactos da revolução 4.0 na precarização do trabalho. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A efemeridade com que as mudanças ocorrem atualmente transformam a sociedade em um ritmo frenético, que exige a cada dia a necessidade de adaptação e resistência, dada tamanhas transformações sociais, tanto no setor pessoal quanto no profissional, setores que frequentemente se fundem de tal modo, que torna quase impossível desprender um do outro.

Tais mudanças, sobrevivem e se consolidam principalmente a partir das revoluções industriais e tecnológicas que modificam consideravelmente a forma como produzimos, consumimos, e agora, como vivemos.

A interdisciplinaridade entre os ramos do Direito, possibilita uma visão mais sistêmica de como as modificações advindas do Direito Digital, por exemplo, afetam o Direito do Trabalho, pois logicamente, a maneira como a sociedade produz bens e serviços transforma substancialmente as relações de trabalho.

Com o advento de novos formatos de relações de trabalho, como por exemplo o fenômeno conhecido como uberização, surge a necessidade de que se determine se tais hipóteses laborais configuram ou não uma relação de emprego, para que se estabeleça o nível de proteção de direitos que o trabalhador faz jus em cada caso concreto.

Todavia, enquanto os contextos sociais se transformam em passo largos por conta, especialmente da dominação das tecnologias, o próprio Direito, por consequência, acompanha tais transformações em um ritmo inversamente proporcional, já que as atualizações legislativas e jurisprudenciais levam mais tempo para se consolidarem e afetarem, materialmente, a vida social.

Logo, o que se percebe é que o trabalho humano, ainda não substituído totalmente pela máquina, alia-se às novas tecnologias de forma inteiramente submissa,

que forçam o trabalhador, de modo silente, a conviver com àquela e por ela sendo totalmente controlado.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, baseado em pesquisas bibliográficas e documental sobre o tema, para analisar de que forma o uso excessivo da tecnologia nas relações laborais ocasiona a escravidão digital e viola o trabalho decente, caso não haja o amparo necessário dos direitos trabalhistas frente aos anseios daninhos do capitalismo, de produzir mais, explorar mais com a maior economicidade possível.

Desta forma, o texto encontra-se dividido em três itens, além da introdução e conclusão. O primeiro item aborda o cenário da atual revolução 4.0 e sua influência nas relações de trabalho; o segundo item expõe a qual grau de escravidão digital o trabalhador é compelido a se submeter; o terceiro item analisa de que forma tal revolução contribui para a precarização do trabalho. Por fim, o último item apresenta as considerações finais deste estudo.

## **1. A REVOLUÇÃO 4.0 E AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL**

O Direito do Trabalho sempre esteve intimamente relacionado com o processo histórico de revoluções industriais ocorridas até hoje, devido às significativas mudanças no setor de produção e avanços tecnológicos, que se sucederam a partir desse contexto, alterando por consequência, o meio laboral e social, já que o trabalho humano tem sido o principal objeto de exploração do sistema capitalista.

O termo revolução, neste caso, não necessariamente envolve a ocorrência de um motim ou rebelião, ao invés disso, importa em uma mudança brutal de ordem econômica, capaz de abalar totalmente toda a estrutura social vigente, tendo sido causada, no decorrer da história mundial, principalmente pela dominação dos meios tecnológicos.

Por conta disso, desde o surgimento das primeiras inovações tecnológicas até hoje, inauguraram-se discussões que perduram até os dias de hoje, como a progressiva e temida substituição total do homem pela máquina, de tal forma que comprometa sua própria subsistência, já que a essência de uma revolução industrial representa a substituição do trabalho artesanal por um trabalho mecanizado.

Tal histórico revolucionário tem início na segunda metade do século XVIII na Inglaterra com a primeira revolução industrial, que substituiu totalmente a produção manual por uma produção guiada por máquinas (Santos, 2019, p. 48-64), a partir da criação da máquina de vapor e máquina de tecer fios.

Esse período evidencia a alta vulnerabilidade da classe trabalhadora frente à invasão das máquinas, que resultou na dizimação de postos de trabalho, expondo

milhares de operários a condições de trabalho degradantes sem o mínimo de proteção trabalhista, nos moldes que conhecemos hoje, já que a produtividade do trabalho manual não era passível de alcançar o nível mecanizado, e nem poderia, pois se trata de uma competição injusta e incomparável.

Em 1910, sobrevém a segunda revolução industrial, nos Estados Unidos, marcada pelo surgimento de novas tecnologias como a descoberta da eletricidade, uso do aço e avanços no setor de ferrovias e meios de comunicação (Sakurai; Zuchi, 2018, p. 480-491), que ocasionou uma economicidade no processo produtivo e maior produtividade, satisfazendo o capitalismo da época e alavancando a economia mundial.

Termos como fordismo, taylorismo e toyotismo marcam a indústria 2.0, com inovações técnicas principalmente no setor automobilístico, que transformam a produção em massa, a fim de acompanhar a intensidade do consumo, propiciando maior produtividade e eficiência combinadas com economicidade, a partir de novos modelos organizacionais no setor fabril.

Assevera Martinez (2020, p. 168-169) que o conceito de subordinação jurídica deriva do modelo taylorista, em que a direção científica do trabalho utiliza o trabalhador como uma engrenagem do sistema produtivo, o modelo fordista introduz o conceito de parassubordinação, deslocando os riscos da atividade do empregador para o trabalhador, principalmente pelo uso acentuado da terceirização nesse período.

A década de 60 instaura então a revolução 3.0 ou terceira revolução industrial, também reputada como a revolução digital, que introduz toda a concepção sobre globalização, sendo por isso também denominada como Revolução Técnico-Científica e Informacional, pois marca o início da era digital.

Neste período se desencadeia um grande desenvolvimento em diferentes áreas como automação, robótica industrial e principalmente informacional, com o aprimoramento da comunicação, sobretudo na computação, internet, telefonia, armazenamento de dados, além do desenvolvimento dos semicondutores, bem como avanços no setor automotivo.

Embora todo este cenário tecnológico soe familiar e atual, discute-se atualmente uma nova revolução digital, agora chamada de Indústria 4.0 ou quarta revolução industrial, como se já não bastasse todo o *boom* no plano informacional ocorrido na terceira revolução.

Citada pela primeira vez em 2011 na Alemanha, a quarta e atual revolução é conceituada por Schwab (2016, p. 20-22) como uma revolução caracterizada pela inteligência artificial, por uma internet mais ubíqua e móvel, que produz fábricas

ainda mais inteligentes, capazes de mesclar sistemas físicos e virtuais, à um nível global e de um modo mais flexível.

O termo indústria 4.0, também chamado de manufatura avançada, fruto da quarta revolução industrial, segundo a definição dada por Gimenez e Santos (2019, p. 2), pode ser entendida como a integração técnica de sistemas físicos cibernéticos em produção e logística e o uso da *internet* das coisas e serviços em processos (industriais). O que significa que, no meio produtivo, a tecnologia atua como uma grande aliada ao desenvolvimento do trabalho, tornando as mercadorias mais baratas, diminuindo a necessidade da força humana, aprimorando a logística e acelerando o processo produtivo.

Significa dizer que as modificações advindas da quarta revolução tem impactado diretamente as relações de trabalho, ao permitir que as empresas prestem seus serviços tanto no mundo físico quanto no virtual, transportando o trabalhador do ambiente físico com tarefas manuais para um ambiente virtual com tarefas automatizadas, ou seja, o trabalho 4.0, em sua essência, pressupõe um compartilhamento do espaço laboral com as tecnologias, seja trabalhando conjugado ou submetido a elas.

Tais fatores, constituem uma receita ideal para a manutenção do capitalismo, que tem a possibilidade de governar todo o processo produtivo de modo que seja cada vez menos custoso e mais lucrativo, ainda que dentro deste contexto não haja apenas máquinas, como também a exploração do labor humano.

Essa já é a realidade em diversos hospitais pelo Brasil, como por exemplo, o Albert Einstein, em São Paulo, e o Instituto do Câncer do Ceará (ICC), em Fortaleza, que utilizam a inteligência artificial (IA) para trabalhar em conjunto com profissionais da medicina, auxiliando médicos a complementarem diagnósticos e a tomarem decisões em casos urgentes, bem como o Hospital de Amor de Barretos, também em São Paulo, onde a IA é utilizada para dar diagnósticos mais precisos nos exames de mamografia. E os exemplos não param, a tendência é que a IA esteja incorporada em cada profissão.

## 2. A ESCRAVIDÃO DIGITAL NO MUNDO DO TRABALHO

O uso da inteligência artificial, que antes nos parecia algo utópico e de difícil alcance, tem se introduzido no dia-a-dia da sociedade de modo avassalador, conduzindo a vida humana de uma forma tão sublime, que até as pequenas facilidades habituais tem se incorporado em nosso subconsciente, aparentando quase que naturais, como se ignorássemos o fato de que, diariamente, cada um de nós temos

um robô nos controlando, para assim recebermos um serviço mais personalizado e eficaz, baseado na individualidade de cada usuário.

A possibilidade de o ser humano controlar objetos remotamente, desde que estejam conectados à rede, como por exemplo, ligar a televisão usando o seu próprio celular ou ainda, usuários receberem serviços imediatos e personalizados que organizam a agenda, recomendam rotas mais rápidas, restaurantes mais próximos, conectam prestadores de serviços mais próximos, oferecem transporte e outros, evidenciam a presença da *internet* das coisas e dos serviços no cotidiano, formando um dos pilares da indústria 4.0.

Isto significa, para as relações de trabalho, maior amplitude na forma como o trabalho é desenvolvido, dada tamanha dinamicidade das novas formas de consumo, pois o novo formato de promover e vender produtos, a demanda científica por respostas mais rápidas, altera instantaneamente a forma de prestação do trabalho humano, onde o homem e a máquina dividem atualmente o mesmo espaço laboral, seja com prestação conjunta ou com submissão à tecnologia, realizado ou não em ambiente virtual, abarcando assim as mais diversas relações de trabalho e qualificação dos trabalhadores, o que importa muitas vezes em uma sobrecarga de tarefas que excede, a jornada de trabalho ordinária prevista em contrato.

Decerto, a predominância da computação avançada, inteligência artificial, robótica, aplicativos, impressoras 3D e outros, demonstra claramente a descontrolada dependência da vida humana sobre tais tecnologias, reorganizando por consequência a esfera trabalhista, especialmente no que tange à conexão exacerbada percebida pela maioria das pessoas que possuem acesso à *smartphones*, *tablets*, computadores etc., resultando no que hoje se pode chamar de escravidão digital.

Visto que, a infestação da tecnologia no mundo laboral, substituindo atividades repetitivas pela automação, muda principalmente o modo de prestar um trabalho e por quanto tempo é prestado, modernizando velhos processos, exigindo dos trabalhadores uma mudança de perfil quanto à adaptabilidade às tais mudanças, exigindo ainda maior qualificação, amplo domínio da tecnologia, vasta compreensão de novas funcionalidades e uma melhor interação com a máquina, de modo que permita o aperfeiçoamento do processo produtivo.

Em outras palavras, diminuir os custos de produção e de mão de obra, maximizar o lucro, ao mesmo tempo em que se tem mais e mais pessoas trabalhando, e pelo maior tempo possível.

Diante de tamanha invasão de máquinas e robôs, Antunes (2018, p. 34) relata que o ambiente laboral se modifica no sentido de demandar do empregado uma disponibilidade perpétua para o labor, principalmente por conta da expansão do

trabalho *online*, submetendo aquele a um novo formato de escravidão, agora digital, que eterniza o tempo de prontidão diário.

A conectividade habitual e duradoura de um trabalhador em rede, utilizando aplicativos em geral e de mensagens instantâneas, uso de *e-mails* corporativos, atuação ativa em redes sociais e outros, acompanhada por um vigoroso poder de controle e vigilância, que o empregador realiza por meio da inteligência artificial, representam uma invasão na rotina pessoal do empregado que alargam a sua jornada de trabalho para além das oito horas diárias prevista na legislação trabalhista brasileira, resultando assim na escravidão digital.

Se por um lado, a indústria 4.0 proporciona consequências positivas para a saúde física do trabalhador, atribuindo maior segurança no trabalho, expondo o empregado a um risco menor à medida em que as tarefas mais arriscadas são repassadas para os robôs, consoante as explicações de Rocha (2018, p. 16), por outro lado, a escravidão digital representa um agente nocivo à saúde física e mental daqueles.

Se antes, no contexto da segunda revolução industrial, se falava em parassubordinação, ou seja, com o repasse dos riscos da atividade para o trabalhador, por meio de práticas de terceirização, na revolução 4.0, o conceito de subordinação também se revoluciona, passando a ser o que Franco Filho (2020, p. 169-176) aduz como subordinação algorítmica.

Isto significa que, o controle da produtividade do trabalhador é feito digitalmente, por meio do uso de aplicativos, linguagem de programação e outros, capazes de fornecer ao empregador um diagnóstico mais imparcial e com menor possibilidade de falha, integrando até mesmo o *feedback* dos consumidores quanto à qualidade do serviço prestado.

Esse sistema de controle automatizado, permite ainda a substituição mais rápida do empregado, que não alcança o nível de produtividade esperado pela empresa, o que oportuniza o aumento da lucratividade do negócio, e revela o favoritismo do capitalismo pela participação invasiva da tecnologia.

Isso porque, o trabalho faz parte do processo de subsistência do ser humano, que dentro de um contexto de revolução das máquinas, se apegam a cada dia mais ao esforço de não se deixar substituir por completo, e como consequência, o operário se escraviza digitalmente na tentativa de manter sua atividade laboral, em uma competição injusta com a máquina.

Ao revés, essas mudanças científicas e tecnológicas não podem ser alcançadas pelo Direito do Trabalho em suas reformas legislativas e aplicação prática por parte dos interpretadores do direito, dada a velocidade com que ocorrem.

Por conseguinte, no esforço do sujeito em não se deixar substituir completamente pela máquina, sucede-se uma aliança entre homem e tecnologia, em que aquele se submete à esta, provocando o que hoje se atesta como servidão digital. Pois, a agilidade e eficiência proporcionada pelas novas plataformas digitais, exigem uma superconexão dos trabalhadores, que são incentivados a atingirem suas metas, que agora são medidas pelo nível de produtividade que efetivamente conseguem comprovar, o que escraviza principalmente aqueles que utilizam plataformas *online* como meio direto de prestação de seus serviços, expondo-os a horas exaustivas de trabalho, em prol do recebimento de uma maior remuneração, sendo quase que impossível determinar atualmente, qual a jornada efetivamente cumprida por um trabalhador no mundo virtual.

Esse modelo escravocrata contemporâneo se funda principalmente na rapidez e praticidade ofertadas pela revolução 4.0, que conecta a todo momento produtores e consumidores a um ritmo ininterrupto de troca de mercadorias e bens, já que até mesmo a assinatura digital de um contrato dispensa a presença física das partes do negócio. Tupinambá e Cunha (2019, p. 143-163), citando Jeremy Rifkin, revelam que nos próximos dez anos, a estimativa é de que haverá dois trilhões de dispositivos conectados à *internet*, o que significa que cada pessoa deverá ter mil de seus pertences conectados à rede. Números que não são alarmantes, considerando que atualmente, em economias desenvolvidas, a maioria das pessoas já dispõe de mil a cinco mil itens conectados.

Sendo assim, os diversos modelos de trabalho que decorrem da expansão informacional, modificam a forma como os bens e serviços são ofertados no mercado físico, que agora migram para o virtual, por este último ser mais abrangente, capaz de captar um número indeterminado de potenciais consumidores, a um custo irrisório se comparado com o custo da logística física, manual e pessoal.

Embora as facilidades da tecnologia da informação sejam capazes de prover tamanha eficiência para economia de tempo, a servidão digital presume que a jornada de trabalho caminha em sentido oposto, pois conforme exposto anteriormente, ao invés de diminuir, passou a ser requisitada para acompanhar a produtividade maquinária, se alargando ainda mais, sem o percebimento de uma remuneração equivalente, conforme ilustrou Cuesta (2017, p. 99-100) ao aludir que o pagamento pelo trabalho, realizado por meio das plataformas, baseia-se em peças ou projetos, e não no tempo efetivamente desprendido.

Não surpreendente, a consequência do tempo consumido pela sujeição digital quase que integral, retrata um mero corolário do ambiente virtual, que mescla diversão e trabalho magistralmente. Em outras palavras, muitas vezes o trabalhador decide por conta própria mesclar sua rede corporativa e sua rede

pessoal, sincronizando seu perfil de trabalho em todos seus dispositivos, seja para economizar mais tempo ou tornar a produtividade mais eficaz.

Ato contínuo, Moreira (2018, p. 191-201) enfatiza que esse tipo de servidão voluntária, dá-se sem ordens expressas do empregador, bem como pelo fato de os trabalhadores não saberem como separar a vida profissional da vida privada, levando muitas vezes trabalho para casa, especialmente entre os mais jovens, que vivem constantemente conectados, impedindo assim que haja o reestabelecimento do equilíbrio físico e psicológico.

O efeito colateral da hiperconectividade na era digital contemporânea para a saúde mental, resulta na síndrome conhecida como FOMO (em inglês: *fear of missing out*), conceituada por Liliana Luca *et al.* (2020, p. 38-46) como o desejo de estar permanentemente conectado, traduzindo no indivíduo o medo e a ansiedade em não poder se conectar à rede ou plataforma, da qual frequentemente faz uso.

Além deste, neurocientistas também fazem menção à síndrome chamada como *Burnout*, incluída na 11ª revisão da Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID), publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como um fenômeno ocupacional em vez de uma condição médica (World Health Organization, 2019) também chamada de esgotamento profissional, que ocorre principalmente devido ao excesso de conectividade, causando exaustão, diminuição da eficácia laboral e negativismo. A tendência é que, conforme o trabalho se aprofunda no mundo digital, as doenças também se agravem.

O preço da praticidade em manter vida social e trabalho juntos, sem que necessariamente haja uma clara separação entre eles, compromete direitos trabalhistas básicos como descanso entre jornadas, descanso semanal remunerado e direito à desconexão, em que muitas vezes o trabalhador não consegue distinguir tal privação.

A teledisponibilidade exarcebada, na qual muitos trabalhadores estão submetidos, fez desaparecer muitos empregos tradicionais e surgir outros, que agora pressupõe uma mudança sobre como o tomador dos serviços pode controlar a atividade desenvolvida, percebendo-se um deslocamento deste encargo para o próprio consumidor-usuário, que o faz também por meio de plataformas *online*, com o escopo de ajudar a melhorar um serviço que exige constante magistralidade e esconde por trás um trabalho precarizado, presente principalmente na indústria conhecida como *gig economy*, em que o trabalho por peça ou miniempregos, são prestados por meio do *crowdwork* ou pelo trabalho por demanda via aplicativos.

Na prática, o excesso de conectividade atinge os novos formatos de trabalho advindos da revolução 4.0, como o teletrabalho, em que o empregado cambia o

ambiente físico da empresa para a sua própria residência, trabalho intermitente, trabalhadores de aplicativos, expande o chamado contrato zero hora, como também agrava práticas como a pejetização e outros.

No caso do contrato zero hora, o trabalhador se mantém conectado à rede, à espera de uma convocação para um determinado trabalho, percebendo remuneração específica pela atividade desenvolvida. Obviamente, todo o tempo despendido em que se manteve à disposição não lhe é remunerado.

A famigerada uberização, em que trabalhadores oferecem transporte por meio de aplicativos, também evidencia tal escravidão, ao atribuir ao motorista um *status* de trabalhador autônomo que carece de subordinação jurídica, mas que possui metas a serem cumpridas, como se empregado fosse, e lida ainda com o receio de ser excluído da plataforma digital caso rejeite, por exemplo, um determinado número de corridas. Não obstante, esses tipos de trabalhadores ainda são estimulados a realizarem trabalhos noturnos, em feriados ou outras ocasiões, sob a oferta de receberem uma maior remuneração que a habitual.

Tais fatores, induzem trabalhadores a passarem cada vez mais tempo conectados, com o objetivo de perceber remuneração capaz de garantir uma subsistência mínima, enquanto arca com os riscos da atividade, e se encontra desprotegido em casos de acidentes de trabalho, de percurso e outros.

De fato, o uso diário de aplicativos e redes sociais, utilizados por milhares de usuários ao redor do mundo, não concede qualquer remuneração, senão para um pequeno grupo de usuários com alta popularidade na rede. A grande massa de usuários, no entanto, é quem sustenta toda uma rede de produção que trabalha por trás de todo esse aparato, promovendo entretenimento e facilidades práticas para o dia-a-dia, oferecendo aquilo que hoje parecemos menos ter: tempo.

Aplicando-se à prática trabalhista, Signes (2017, p. 24-27) destaca que, nas plataformas virtuais, o trabalhador é pago pela tarefa realizada e não pelo tempo efetivamente utilizado, como se a produção fosse dividida em pequenas empreitadas, que são repartidas entre os trabalhadores, aparentando ser uma nova espécie de Taylorismo do século XXI, em que o tempo de trabalho é irrelevante, cabendo aos usuários clientes e parceiros apenas aceitarem as condições de uso da plataforma, que são fixadas em benefício próprio daquela. Daí, conclui-se que o trabalhador autônomo ou aceita as condições impostas ou não trabalha.

De todo modo, a servidão digital pressupõe ainda uma discordância com o que rege o art. 7º do Decreto nº 3.321 de 1999, que ratifica no âmbito interno a proteção internacional trabalhista pactuada no Protocolo de São Salvador, ao pre-

ver que o Estado deve garantir em sua legislação interna, uma limitação razoável das horas diárias, semanais e mensais de trabalho.

Pois, a jornada quando cumprida em horário noturno, lugar insalubre ou quando se tratar de trabalho perigoso, deve ser reduzida ou remunerada a mais. No entanto, na prática virtual, não há regulamentação e sequer controle se o empregado está prestando o serviço em horário noturno, em lugar insalubre ou se a atividade pode ser enquadrada como perigosa.

Não obstante, o debate se amplia ainda quanto aos direitos fundamentais como o da privacidade, em que os trabalhadores que utilizam seus próprios aparelhos eletrônicos, podem estar ou não submetidos à vigilância constante do empregador, que se aproveita desta estratégia digital para monitorar o trabalho desenvolvido, devendo nesse caso, os contratos de trabalho serem acompanhados por um Termo de Uso e Responsabilidade prévio e expresso, conforme anota Aguiar (2018, p. 86), para que haja segurança de dados do empregado e também para ambas as partes desta relação de trabalho.

Em uma breve passagem pelo Direito comparado, o direito à desconexão ganha destaque pela primeira vez na França, com a Lei El Khomri de 2016, que determinou que em empresas com pelo menos 50 funcionários, o direito à desconexão deve ser pauta obrigatória com o sindicato da categoria. Legislações similares surgiram também na Espanha e Itália, com a promulgação da Lei orgânica 3/2018 e 81/2017, respectivamente.

Na América Latina, o primeiro país fora da Europa que tratou sobre o tema foi o Chile, com a Lei nº 21.220 de 24 de março de 2020, que modificou aspectos do teletrabalho, principalmente por conta das alterações trabalhistas ocorridas com Pandemia da Covid-19, dispondo em seu artigo 152c-J, que, cabe ao empregador respeitar o direito do empregado de se desconectar, por pelo menos 12 horas contínuas em um período de 24 horas, não podendo em nenhum caso estabelecer comunicação ou formular ordem durante este tempo.

No mesmo ano, o Senado da Argentina aprovou em junho de 2020 a Lei nº 27.555, que regulamentou o teletrabalho, com previsão sobre o direito à desconexão em seu artigo 4º e 5º, estabelecendo que as plataformas e softwares utilizados pelo empregador devem ser desenvolvidos de modo que impeçam a conexão do trabalhador fora da jornada de trabalho pactuada por escrito previamente e durante períodos de licença, não podendo o empregador exigir que o cumprimento de tarefas, nem estabelecer comunicação por qualquer meio.

Destaca-se ainda que, a lei argentina é a primeira do mundo a prever expressamente em seu texto, que o empregado não pode ser sancionado por fazer uso

do seu direito de desconexão. Outros destaques da lei argentina dizem respeito ao estabelecimento da definição do que se considera como teletrabalho e igualdade de direitos e obrigações dos trabalhadores presenciais, incluindo a proibição de remuneração menor para o teletrabalhador em comparação com o trabalhador presencial.

No Brasil, a legislação aplicável ao teletrabalho é a Lei nº 12.551/2011, que alterou o artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), combinada com as regras advindas da Reforma Trabalhista dispostas dos artigos 75-A ao 75-E, que dispõem que o teletrabalho é aquele prestado preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Não há, no entanto, qualquer menção expressa ao direito à desconexão.

No âmbito do judiciário, a matéria tem sido escassamente discutida em ações trabalhistas, especialmente após o advento da Reforma Trabalhista. No entanto, destaca-se a decisão proferida pela 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que no ano de 2019, ao apreciar o Recurso Ordinário nº 0100785-76.2016.5.01.0059/RJ, entendeu que manter o trabalhador conectado ao trabalho nos momentos em que deveria descansar, os colocando à disposição do trabalho por meio de aparelho móvel, fere o chamado direito à desconexão do empregado.

No contexto do estado de disponibilidade do empregado e o seu direito de desconexão, o principal fundamento das decisões judiciais ainda tem sido o da Súmula nº 428 do TST, que preconiza que se o empregado, durante seu período de descanso, for escalado para aguardar ser chamado por celular para trabalhar, estará em regime de sobreaviso. No entanto, tal entendimento não abrange as hipóteses em que o empregado se mantém conectado prestando o serviço, para além das horas previstas em seu contrato de trabalho, muitas vezes de forma voluntária.

Sobre este quesito, a principal causa do excesso de jornada ocorre, pois normalmente não há o controle, por parte do empregador, das horas que o empregado passa conectado ao trabalho, por meio de artefatos tecnológicos. Até mesmo porque tal controle não se mostra interessante para o tomador dos serviços.

Com a Pandemia da Covid-19 no ano de 2020, como parte do Programa Emergencial para manutenção do emprego e da renda, o Governo Federal editou três Medidas Provisórias (nº 927, 928 e 936) flexibilizando regras da CLT no que tange ao trabalho remoto e jornada de trabalho. Pois, o art. 3º da MP 927 permitiu que empregadores alterassem o regime de trabalho presencial para o de teletrabalho, enquanto a MP 936 permitiu que empregado e empregador pudessem,

individualmente, acordar sobre reduzir a jornada e o salário em 25%, 50% ou 70%, respeitando o valor do salário-hora de trabalho.

Sobre a relação entre as medidas de isolamento social e relação de trabalho, reitera-se, por meio da observação feita por Nascimento e Creado (2020, p. 145), que o processo de adaptação às novas rotinas e novas tecnologias causa excesso de trabalho, que por sua vez impede o efetivo gozo do direito ao descanso e à desconexão do trabalho, o que pode ocasionar prejuízos à saúde do trabalhador, como o aumento do nível de *stress*, bem como as demais síndromes anteriormente explanadas.

O que se extrai, portanto, é que as relações de trabalho, nesse contexto revolucionário, e atualmente também pandêmico, tornam-se cada vez mais ameaçadas pela substituição total do homem pela máquina. Porém, tal fato não ocorre totalmente em alguns setores, conforme denota Cavalcante (2018a, p. 796-812), ao citar José Ricardo Tauile, expondo não haver razões econômicas para a fabricação de robôs para substituir a figura do emprego em países onde o trabalho é “muito barato”. O que, de imediato, entende-se como o augúrio de uma intensa precarização do trabalho.

Corroborar-se nesta oportunidade, que a proposta deste estudo não é defender uma estagnação ou retrocesso nesse processo evolutivo, ainda que as previsões futuras indiquem consequências nefastas ao trabalhador, se deixado à sorte neste ambiente informatizado. O que se busca, portanto, é refletir de que maneira o desenvolvimento econômico pode caminhar, sem aniquilar os direitos trabalhistas, nem os colocar em posição de empecilho à empregabilidade ou desprestígio quanto à sua importância e necessidade.

Schwab (2016, p. 103) destaca que, cabe a cada um de nós garantir que sejamos servidos e não escravizados pela tecnologia, ainda que a realidade nos apresente que se não podemos contra a máquina, aliemo-nos a ela.

### **3. OS IMPACTOS DA REVOLUÇÃO 4.0 NA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO**

A revolução 4.0, marca a quarta e atual revolução industrial que estamos presenciando, sendo por isso também chamada de indústria 4.0, que sobrevém aprimorando ainda mais o legado da terceira revolução industrial, propiciando uma mistura entre o mundo físico e o digital por meio de automações, trocas de grandes quantidades de informações, utilização efetiva de conceito de sistemas ciber-físicos, relacionando o ambiente físico com o elemento computacional, *internet* das coisas, *internet* dos serviços e o *big data*, conforme anotam Petroni,

Junior e Gonçalves (2018, p. 48-49), o que por consequência modifica ao mundo do trabalho, que agora pode ser chamado de trabalho 4.0.

De fato, a dizimação completa dos postos de trabalho não se verificou desde a primeira revolução industrial, no entanto, percebe-se que progressivamente o trabalho tem sido precarizado e afastado daquilo que se entende por trabalho decente. Isso se dá principalmente pelo modo como o sistema capitalista se porta nesse contexto, ao exibir uma posição afrontosa à proteção adequada da mão-de-obra humana, travestindo-se de um discurso desenvolvimentista com benefícios seletivos, que não atingem a classe trabalhadora como um todo, em especial aqueles situados nos lugares onde a força de trabalho é ainda mais desvalorizada, concentrando ainda mais o poder nas mãos de pequenos grupos que dominam o mercado.

Nessa mescla de tecnologia e relações laborais, o trabalhador é sutilmente compelido a consentir com toda e qualquer condição imposta pelo tomador dos serviços, se quiser conquistar ou manter seu posto de trabalho, sem dispor, muitas vezes, como contrapartida, de todo o alicerce de direitos laborais, frutos de uma longa e árdua jornada de conquista da classe trabalhadora.

O advento de revoluções não necessariamente gera mais empregos e mais qualidade na prestação do serviço para os trabalhadores, ainda, a efetivação de tratados e convenções internacionais funciona como o auxílio no alcance do trabalho decente, proposto pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), e, por meio de políticas públicas, o trabalho decente é o instrumento capaz de reduzir desigualdades sociais, efetivar direitos fundamentais, erradicar a pobreza e a exclusão social (Villatore; Izuta, 2019).

Desse modo, o fato intrínseco do trabalho 4.0 implica na permuta do trabalho humano para o trabalho essencialmente robotizado, deslocando trabalhadores com níveis de escolaridade baixo para postos de subempregos, expondo-os a um trabalho precário, pois com o surgimento de novas e diversas plataformas digitais, os mais diversos serviços são proporcionados aos consumidores a um baixo custo, carregando em si inovações e oportunidades mercadológicas nocivas ao mundo do trabalho.

Para pôr em prática, trabalhadores que, por meio de tais plataformas *online* prestam seus serviços, são escravizados e expostos a condições degradantes como baixa remuneração, horas exaustivas de trabalho, riscos eminentes de acidentes e ainda a pretensão de que estejam sempre conectados, disponíveis para prestar o serviço.

Este contexto precarizante, funda-se principalmente no momento em que o provedor de um serviço é um trabalhador autônomo, “controlado” por uma empresa que gerencia o meio pelo qual o serviço é prestado, conectando consumidores finais com tais trabalhadores, sem que tome para si a responsabilidade inerente de um contrato de emprego, que é desviada exclusivamente para o próprio laborador.

Controlado entre aspas, pois, o argumento fundante das plataformas de prestação de serviços *online* repousa na flexibilidade de prestação da atividade, em que o colaborador parceiro possui “liberdade” de estabelecer seus próprios horários, ritmo de trabalho, quando, como e onde prestar o serviço.

É dizer, a maioria dos avanços tecnológicos que impactam o mundo do trabalho, ainda carecem de regulamentação jurídica, oportunizando assim flexibilizações de trabalho que não respeitam direitos trabalhistas mínimos como a garantia de pagamento de auxílio doença, direito à seguridade social, aposentadoria, pagamento de FGTS, direito à férias, e outros decorrentes de uma relação de emprego ordinária estabelecida à luz da CLT, sem que haja a garantia da efetivação dos direitos sociais preconizados no art. 7º da CRFB/88, como o recebimento de salário mínimo hora, por exemplo.

Para aclarar, o que se tem visto, a partir do que alguns autores conceituam como *peer to peer economy* (em português, economia do compartilhamento pessoa pra pessoa, como uberização), são inúmeros trabalhadores autônomos, que se filiam à uma plataforma *online*, para serem explorados descontroladamente sem qualquer proteção laboral, figurando apenas como “perfis parceiros”, que acobertam uma relação de trabalho, incapaz de reunir todos os requisitos para se configurar como uma relação de emprego, mas que em sua essência representa a exploração do labor humano como forma de obtenção de lucro, contrariando pressupostos mínimos intrínsecos à noção de trabalho decente.

Discorrendo sobre o assunto, Antunes (2018, p. 27-29) retrata que a precarização do trabalho, provocada pela terceirização em escala global, em especial nas transnacionais chinesas, reportam níveis extremos de superexploração do trabalho humano, como no caso da empresa Foxconn, uma fábrica do setor de informática e das tecnologias da comunicação que reportou um aumento de suicídios de trabalhadores desde o ano de 2011, como forma de denúncia à tal exploração, uma vez que os operários chegavam a trabalhar em média 12 horas por dia.

O sociólogo (2018, p. 59) destaca ainda o fato de a precarização figurar como um modo de ser intrínseco ao capitalismo, que nasce juntamente com a criação do trabalho assalariado, podendo se ampliar ou reduzir, afastando assim o caráter estático.

Toda essa avalanche tecnológica denuncia o trabalhador precarizado e a pequena parcela detentora de todo o aparato tecnológico, que movimenta o mercado, enquanto a maioria dos governos internos não se posicionam no sentido de proteger a grande parcela da população trabalhadora, pois conforme mencionado anteriormente, o surgimento da proteção legislativa do trabalho desenvolvimento remotamente, tem caminhado a passos lentos, isto é, na prática predomina o distanciamento do trabalho considerado decente, por conta da ausência da proteção legal e também, judicial.

Não surpreendente, no universo capitalista de produção de bens, o trabalho humano ganha cada vez mais o rótulo de ser demasiado custoso e um estorvo à empregabilidade, dada a mínima proteção trabalhista que demanda, considerando que máquinas podem ser trocadas facilmente e não demandam de seu empregador o mesmo dever de amparo que um ser humano, muito menos intervalos de descanso.

Até mesmo ações típicas do empregador, como a decisão de dispensar ou não um funcionário, parece estar sendo tomada pela máquina, como no caso do americano Ibrahim Diallo, um desenvolvedor de *softwares*, que foi demitido por uma máquina, sem o conhecimento de seus empregadores, que descobriram apenas 3 semanas depois como tal fato havia sucedido.

De certo, apesar dos inegáveis efeitos positivos da tecnologia, no sistema capitalista, ela tem sido a causa do chamado “desemprego tecnológico” ou também chamado de desemprego estrutural, que provoca uma diminuição de postos de trabalho, além de aumentar os desafios de realocação de mercado daqueles trabalhadores recém dispensados, como bem aludiu Cavalcante (2018a, p. 796-812). Isso porque a presença da tecnologia substitui os trabalhos mais repetitivos e exige mão de obra mais qualificada, aumentando as oportunidades daqueles empregos que se integram com a máquina.

De certo, visões mais otimistas protestam no sentido de que a utilização da robótica e IA no meio ambiente do trabalho ao mesmo tempo em que extingue um posto de trabalho abre espaço para uma nova função a ser desempenhada. Tal afirmação não está incorreta, mas guarda detalhes importantes quanto à dinâmica trabalhista, ao pressupor que o câmbio de funções seja simples e rápido, quando na verdade exige, em linhas gerais, tempo de requalificação profissional e um mercado propício ao absorvimento desses novos trabalhadores sem prévia experiência.

Sobre o tema, Carillo (2018, p. 197-220) assinala que, 43% dos empregos existentes na Espanha apresentam um risco superior a 66% de serem automatizados a médio prazo, revelando a futura demanda do mercado de trabalho por

profissões como pilotos de drones, tele-cirurgiões, coordenadores de relação homem-máquina no local de trabalho, arquitetos de realidade aumentada e etc., todas relacionadas de alguma forma com sistemas informáticos, exigindo desse modo, que haja um sistema educacional de preparação desses novos trabalhadores, em especial os mais jovens, por meio de ferramentas de formação para as novas profissões que serão demandadas no futuro.

Por outro lado, observou-se que, o tradicional emprego de motorista de táxi, se reformulou e deu lugar à uma função, conjugada com a inteligência artificial, prestando o serviço por meio de plataformas como a Uber e similares, por um preço mais acessível ao consumidor. Todavia, presencia-se atualmente mais uma atualização desta função. Agora, a inteligência artificial, antes parceira do motorista, se modernizou em tão alto grau ao ponto de descartar, quase que totalmente, a necessidade da presença do motorista ao volante.

No Estado do Arizona, nos Estados Unidos, os chamados carros autônomos oferecidos pela empresa de tecnologia Waymo implementaram os táxis sem motoristas (BBC, 2020), demandando a presença física do trabalhador humano apenas para intervenção em situações extremas, permitindo a prestação de um serviço ininterrupto e seguro, mesmo durante uma Pandemia global da Covid-19, devido à ausência de interação humana, o que expõe ainda mais a relação precária do trabalho, com a fragmentação desta classe de trabalhadores, que possivelmente estarão à beira de um deslocamento de função, para uma ainda mais precarizada, desprovida de direitos básicos de trabalho.

No continente asiático, Sung (2018, p. 40-45) aponta que na Coréia, algumas das iniciativas já implementadas pelo governo, em especial no ministério do emprego e trabalho, consistem em preparação de leis e políticas específicas e a promoção de recursos humanos. Enquanto isso, países da União Europeia que lideram a indústria 4.0 planejam, com a ajuda de institutos de pesquisa, universidades, indústrias, governo local e central, estratégias de médio e longo prazo à nível nacional e desenvolvem infraestrutura e redes inovadoras de implementação de iniciativas para a quarta revolução, sendo um modelo a ser seguido.

O desemprego é menor nas maiores e mais fortes economias do mundo que possuem altos níveis de robotização (Cruz, 2020). Já na América Latina, o desemprego tecnológico ainda não está no centro das discussões públicas, o que inibe o surgimento de reformas para aumentar a produtividade e os padrões de vida em um futuro próximo.

Uma vez que, mesmo com os esforços legislativos para regulamentar o trabalho prestado remotamente, faltam mecanismos de proteção do trabalhador autônomo e informal frente ao uso de robótica e inteligência artificial nas empresas,

pois estes continuam tendo sua força de trabalho explorada sem medida e longe do usufruto de direitos humanos e trabalhistas básicos.

O Brasil, especialmente, por ter uma numerosa população concentrada em grandes cidades, possui um ambiente propenso ao desenvolvimento do trabalho compartilhado e da troca de ideias, onde os centros de concentração no país funcionam como aceleradores do processo de inovação (Roncati; Silva; Madeira, 2018). Entretanto, o advento da Lei nº 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, marcada principalmente pelas flexibilizações trazidas com o escopo de incentivar a geração de empregos, acabou por escancarar o aumento da precarização do trabalho a partir do aumento do trabalho informal, enfraquecimento da representação sindical e o prevailecimento do negociado sobre o legislado, flexibilizando assim o princípio da proteção.

No contexto da indústria 4.0, o surgimento de novas relações de trabalho esbarra na lacuna normativa e divergência na doutrina e jurisprudência, sobretudo no que tange à subordinação, requisito essencial para caracterizar a relação de emprego. Moreira e Calvete (2020, p. 201-237) apontam que tais inovações de relações de trabalho, apesar de não poderem ser consideradas relações de emprego, não são totalmente autônomas, devendo haver a criação de uma nova categoria que confira a devida proteção do trabalhador para que saiam desta zona de desamparo.

Ao tratar da subordinação, Mannrich (2017, p. 1287-1300) explana que ao invés de desaparecer está se transformando, e o elemento “dependência” não necessariamente resulta de ordens diretas do empregador, mas da integração do trabalhador na organização empresarial, ou até mesmo da falta desta, onde decisões gerenciais podem ser tomadas a partir de informações dos clientes.

Ainda no contexto de flexibilizações, questiona-se o papel dos sindicatos, que com a não obrigatoriedade do pagamento do imposto sindical anual, perderam significativamente sua fonte de renda, o que compromete sua atuação e autonomia, principalmente frente à atuação perante à indústria 4.0, quando deveriam estar mais ainda fortalecidos.

Todo esse contexto favorece ainda mais fraudes trabalhistas, como a pejotização, por exemplo, em que o empregado pessoa física é compelido a prestar serviço para seu empregador como pessoa jurídica, afastando assim a incidência da proteção trabalhista prevista na CLT, o que atinge cada vez mais os profissionais da tecnologia, que lidam com a dificuldade de inserção no mercado devido à alta remuneração que fazem jus, o que por si só não é capaz de manter sua autonomia frente ao domínio capitalista.

Frente à nítida improbabilidade de desaparecimento das tecnologias, que tendem apenas a se aprimorarem a cada dia, é que surge a necessidade de constante adaptação do Direito do Trabalho às evoluções do mundo informatizado, demandando cada vez mais a interdisciplinaridade deste com outras áreas jurídicas em ascensão como o Direito Digital, por exemplo, a fim de proteja o trabalhador da inferioridade jurídica a qual está submetido, agora também no ambiente virtual.

Notoriamente, a Pandemia da Covid-19, no ano de 2020, contribuiu ainda mais para a precarização do trabalho, uma vez que o trabalhador migrou do ambiente físico para um ambiente virtual controlado, com o crescimento do teletrabalho, comumente chamado de *home office*, modalidade de trabalho que por si só concentra prejuízos à saúde mental do trabalhador, como tendência ao isolamento social, já que não há deslocamentos, extensão da jornada de trabalho, sentimento de superexploração por parte da empresa, maior irritabilidade com os demais residentes do ambiente doméstico, além do comprometimento da imagem do trabalhador perante a sociedade, que tende a assimilar o trabalhador como se estivesse de férias. Acrescente-se ainda que, a necessidade forçada de assentar o trabalho, antes físico, ao mundo digital, atingiu uma grande variedade de portes de empresa, não mais sendo algo exclusivo de grandes empresas ou empresas específicas do ramo da tecnologia.

Por conta disso, juízes do trabalho passam a analisar méritos cada vez mais inéditos, que demandam cada vez mais um exercício interpretativo do Direito, que debuta novas compreensões a respeito de inúmeras questões, como precarização, escravidão, flexibilização e outros, determinando até que nível são considerados legais.

Até mesmo as decisões judiciais, com as mudanças de contextos que a sociedade enfrenta, tornam-se mais propensas a serem alteradas, o que de certo modo nos mantém sob a égide da insegurança jurídica, onde direitos básicos são assentados em decisões judiciais da Suprema Corte, em uma tentativa de fazer com o que o Direito se ajuste à dinâmica social, sem que de fato haja a criação normativa que os protejam.

No âmbito legislativo interno, destaca-se o Projeto de Lei nº 1091/2019, com tramitação na Câmara dos Deputados, que visa proteger o trabalhador em face da automação, tratando especificamente sobre o art. 7º, inciso XXVII da CRFB/88, estabelecendo que a adoção de automação nas empresas seja precedida de negociação coletiva do sindicato. Já no Senado Federal, tramita o Projeto de Lei nº 190/2016 permite a contratação de um empregado para múltiplas funções além daquela prevista no contrato individual de trabalho, sem que se configure alteração unilateral.

A partir do exposto, mais do que nunca, demanda-se uma atuação mais forte e presente dos sindicatos, para proteção dos interesses da classe de trabalhadores frente às mudanças tecnológicas, e também, legislativas. Alinha-se ainda, a visão apontada por Cavalcante (2018b, p. 107), citando Celso Antônio Bandeira de Mello, quanto à aplicação do princípio da função social aos bens de produção à empresa, devendo esta ser economicamente útil, produtiva, que satisfaça as necessidades sociais, buscando ainda atingir os objetivos de justiça social, o que requer o atendimento de exigências de natureza social, ambientais, consumeristas, trabalhistas e etc.

O autor ainda destaca que para conter os efeitos negativos dos avanços tecnológicos sob o mundo laboral, se faz necessário que haja o acompanhamento da negociação coletiva de trabalho nas implementações tecnológicas na empresa, de modo que se garanta a participação dos trabalhadores neste processo.

Em suma, as consequências do trabalho 4.0 ou 5.0, que ainda estão por vir, dependem, majoritariamente, de como a gestão política se comportará frente à tais resultados, se protegendo o indivíduo ou colocando este em patamar de inferioridade em relação ao progresso econômico. O que de qualquer forma, deve incentivar a geração de empregos e não desestimular empregadores a contratar mão de obra humana, uma vez que, tanto a valorização social do trabalho quanto a livre iniciativa são princípios fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, no seu artigo 1º (Brasil, 1988), figurando ainda o direito ao trabalho como um direito fundamental inerente ao ser humano, à luz do art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembleia Geral da ONU, 1948).

## CONCLUSÃO

Após as considerações feitas ao longo do texto, percebe-se que o protagonismo da inteligência artificial e da robótica no contexto do trabalho 4.0, provoca uma mescla de vantagens e desvantagens, preservando de um lado, a saúde física do trabalhador, ao evitar acidentes de trabalho com a substituição de trabalhos repetitivos, impactando por outro lado, a saúde mental destes indivíduos.

As mudanças nas relações de consumo e a celeridade nas trocas comerciais, por exemplo, ao fomentar a concorrência entre as empresas, exigem de seus funcionários a dedicação vigorosa para prestar o serviço, tornando-os cada vez mais imersos em submissão digital, travestida de comprometimento do trabalhador que “veste a camisa da empresa”.

Ocorre assim, uma constante busca de soluções tecnológicas para os mais diversos setores da vida, inclusive para a cura de doenças criadas por conta do próprio avanço da tecnologia.

Todo contexto de revoluções enfrentadas até hoje, pressupõe uma certa aniquilação de postos de trabalho e criação de outros que exigem maior qualificação e interação humana com a máquina, questionando-se frequentemente as possibilidades de extinção de certos cargos e criação de outros, que, todavia, não existem atualmente. E com a quarta revolução, não será diferente, em que se espera um mercado de trabalho mais precário, que eventualmente deslocará uma gama de trabalhadores para os chamados subempregos, ou na pior das hipóteses, para uma posição de irrelevância na sociedade, devido à falta de reinserção apropriada no mercado de trabalho, o que deve atingir as mais diversas faixas etárias.

Nesse sentido, a escravidão digital, na era do trabalho 4.0, parece convergir toda a classe trabalhadora para um só ponto, qual seja a demanda pela disponibilidade perpétua para o labor, pois permite uma intensa e ininterrupta conexão virtual de pessoas, empresas, produtos e serviços, atingindo trabalhadores formais ou não, devido à presença generalizada da tecnologia no meio ambiente do trabalho, que já se apodera da vida pessoal de cada um.

Não outra seria a conclusão, se não por uma demanda urgente de proteção do trabalhador, principalmente por parte governamental, com o emprego de políticas públicas, fortalecimento das classes sindicais, para que haja a efetivação de direitos mínimos do trabalho combinado com o fomento à empregabilidade, desde os mais jovens aos mais velhos, protegendo o labutador, que figura como a parte mais frágil nessa relação homem e tecnologia, dos efeitos nocivos iminentes da indústria 4.0, e de seus futuros desmembramento, ou até mesmo da eclosão de uma nova revolução, que pode ser ainda mais nefasta para o ser humano, caso não haja o preparo e o resguardo deste direito fundamental, que é o trabalho decente.

Para tanto, acredita-se que a partir da regulação do uso da tecnologia no ambiente empresarial, seja no setor privado ou público, ao invés da simples substituição da mão-de-obra humana pela máquina, é possível combinar o avanço tecnológico e o aperfeiçoamento do trabalhador e de determinados cargos e funções.

Ainda, reitera-se sobre a necessidade de a hiperconexão do trabalhador ser objeto de controle por parte do empregador ou tomador de serviços, com o fornecimento de um relatório mensal ao empregado, por exemplo, do tempo despendido *online*, para que haja a fiscalização efetiva, bem como a devida apreciação judicial em cada caso concreto.

Não se busca, no entanto, impedir ou militar contra o progresso tecnológico e o crescimento econômico, ao contrário, pretende-se incentivar o aprofundamento do desenvolvimento de pesquisas para que haja o impulso na implementação de iniciativas que, na prática, condicione o trabalhador, principalmente por meio da educação, a enfrentar essa nova fase industrial, munido de seus direitos mínimos.

Pois, se o trabalho decente é cumprido, a sociedade como um todo se torna mais saudável e suscetível ao progresso.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Antônio Carlos. *Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo*. São Paulo: LTr, 2018.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nações Unidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 05 set. 2020.

BRITISH BROADCASTING CORPORATION. *Driverless taxis to be available in Phoenix 'in weeks'*. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-54476524>. Acesso em: 09 out. 2020.

CARRILLO, Djamil Tony Kahale. La industria 4.0: una vision Española e Italiana desde el derecho del trabajo. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 193, set. 2018.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A sociedade, a tecnologia e seus impactos nos meios de produção: uma discussão sobre o desemprego tecnológico. *Revista LTr*, São Paulo, v. 82, n. 07, jul. 2018a.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2018b.

CRUZ, Samantha Mary de Melo Barbosa. A inteligência artificial e as novas necessidades de regulação do direito do trabalho brasileiro. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 8, jul./set. 2020.

CUESTA, Henar Álvarez. *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro: implicaciones laborales de la industria 4.0*. Coruña: Colex, 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A revolução industrial e o direito 5.0. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 213, set./out. 2020.

GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luís dos. Indústria 4.0, manufatura avançada e seus impactos sobre o trabalho. *Texto para Discussão*, Campinas, n. 371, nov. 2019.

LUCA, Liliana *et al.* The FOMO syndrome and the perception of personal needs in contemporary society. *BRAIN: broad research in artificial intelligence and neuroscience*, [S. l.], v. 11, n. 1, Sup1, p. 38-46, 2020. DOI: <https://doi.org/10.18662/brain/11.1Sup1/27>.

MANNRICH, Nelson. Futuro do Direito do Trabalho, no Brasil e no mundo. *Revista LTr*, v. 81, n. 11, nov. 2017.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOREIRA, Élido Martins C; CALVETE, Cássio da Silva. A reestruturação das organizações dos trabalhadores: reforma trabalhista e indústria 4.0. In: CALVETE, Cássio da S; HORN,

Carlos Henrique (org.) *A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil*. 1. ed. Porto Alegre: CirKula, 2020.

MOREIRA, Teresa Coelho. Algumas questões sobre Trabalho 4.0 In: MEDEIROS, Benizete Ramos de (coord.) *O mundo do trabalho em movimento e as recentes alterações legislativas: um olhar luso-brasileiro*. São Paulo: LTr, 2018.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; CREADO, Raíssa Stegemann Rocha. O direito à desconexão no período de home office: análise dos impactos da quarentena pelo covid-19 na saúde do trabalhador. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, v. 6, n. 1, p. 131-149, jan./jun. 2020

PETRONI, Benedito Cristiano; JUNIOR, Irapuan Glória; GONÇALVES, Rodrigo Franco. In: SACOMANO, José Benedito; GONÇALVES, Rodrigo Franco; BONILLA, Sílvia Helena (org.) *Indústria 4.0: conceitos e fundamentos*. São Paulo: Blucher, 2018.

ROCHA, Marcelo Oliveira. Indústria 4.0 no Brasil: aspectos trabalhistas. In: ZAVANELLA, Fabiano; ROCHA, Marcelo Oliveira (org.) *O primeiro ano de vigência da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) – reflexões e aspectos práticos*. São Paulo: LTr, 2018.

RONCATI, João; SILVA, Mhileizer T. A.; MADEIRA, Felipe. O desafio dos empregos na quarta revolução industrial. In: SILVA, Elcio B.; SCOTON, Maria L. R. P. D. et al. (org.) *Automação & Sociedade: quarta revolução industrial, um olhar para o Brasil*. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

SAKURAI, Ruudi; ZUCHI, Jederson D. As revoluções industriais até a indústria 4.0. *Revista Interface Tecnológica*, v. 15, n. 2, 2018.

SANTOS, Ismael Luiz dos; SANTOS, Ruan Carlos dos; JUNIOR, Daniel de Souza Silva. Análise da Indústria 4.0 como elemento rompedor na administração de produção. *Future Studies Research Journal*, São Paulo, v. 11, n. 1, jan./abr. 2019.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SIGNES, Adrián Todolí. *El trabajo en la era de la economía colaborativa: la clasificación jurídica de trabajadores y autónomos y los efectos de la reputación online en la economía de las plataformas virtuales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2017.

SUNG, Tae Kyung. Industry 4.0: a Korea perspective. *Technological Forecasting & Social Change: an international journal*, v. 132, jul. 2018.

TRT1. RO nº 0100785-76.2016.5.01.0059. Órgão Julgador: Gabinete da Presidência. Relator: Leonardo Dias Borges. Data da publicação: 25 nov. 2016. Disponível em: <https://pje.trt1.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/01007857620165010059>. Acesso em: 29 out. 2020.

TUPINAMBÁ, Carolina; CUNHA, Leonardo Stocker Pereira da. Relação de emprego (trabalho subordinado): um fóssil vivo do direito do trabalho? *Revista de Direito do Trabalho*, v. 208, dez. 2019.

VILLATORE, Marco Antônio César; IZUTA, Thierry Gihachi. Globalização e trabalho decente no Brasil. *Revista de Direito do Trabalho – Especial*, v. 1, jun. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Burn-out an “Occupational Phenomenon. International Classification of Diseases*. Geneva: World Health Organization, 28 Mai 2019. Disponível em: [https://www.who.int/mental\\_health/evidence/burn-out/en/](https://www.who.int/mental_health/evidence/burn-out/en/). Acesso em: 23 out. 2020.

## O ENSINO JURÍDICO PARTICIPATIVO E AS “SOFT SKILLS” NO PROFISSIONAL DO DIREITO

### *PARTICIPATORY LEGAL EDUCATION AND SOFT SKILLS IN THE LAW PROFESSIONAL*

Daniel Camurça Correia

Doutorado em História Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011). Pós-doutorado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (2018). Professor Externo da Escola Superior de Magistrados do Ceará (ESMEC). Professor do Mestrado Profissional de Ensino de História (História/UFC). Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

Karla Soraya da Costa Felipe

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Bolsista FUNCAP). Especialista em Mediação e Gestão de Conflitos (2021-2022) pela Universidade de Fortaleza. Graduada em Direito (2015-2020) pela Universidade de Fortaleza.

Fabíola Bezerra de Castro Alves Brasil

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2022), Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2010), Especialização em Direito do Consumidor pela Universidade de Fortaleza (2002). Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (1998). Atualmente é professora Assistente 6 da Universidade de Fortaleza, Coordenadora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais, Advogada.

**Submetido em:** 07/04/2021

**Aprovado em:** 02/03/2023

**Resumo:** Objetiva-se com o presente trabalho averiguar como o ensino jurídico participativo pode contribuir para o desenvolvimento das “soft skills” no profissional do Direito do século XXI. Inicialmente, verifica-se como as novas Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito interferem no processo de formação dos discentes das Instituições de Ensino Superior; depois, aponta-se as possíveis contribuições do ensino jurídico participativo para o desenvolvimento das “soft skills” e do Objetivo 4 de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU – Educação de Qualidade e, por fim, identifica-se quais habilidades o mercado de

trabalho, influenciado pelas novas tecnologias, demanda do profissional do Direito do século XXI. A metodologia utilizada apoia-se em pesquisa bibliográfica, fundamentada em autores como Horácio Wanderlei Rodrigues, José Garcez Ghirardi e Marina Feferbaum, pesquisa pura quanto à utilização dos resultados e qualitativa quanto à abordagem, classifica-se ainda como descritiva, exploratória e explicativa. Conclui-se que o ensino jurídico participativo, à medida que trabalha com metodologias ativas de ensino-aprendizagem, previstas nas Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de Direito, desenvolve “soft skills” nos estudantes e contribui para o alcance do perfil desejado ao profissional do Direito do século XXI.

**Palavras-chave:** Ensino jurídico participativo; Soft skills; Profissional do Direito.

**Abstract:** *The aim of this paper is to investigate how participatory legal education can contribute to the development of soft skills in 21st century law professionals. Initially, it is verified how the new National Curriculum Guidelines for the Law undergraduate course interfere in the process of training students of Higher Education Institutions; then, it points out the possible contributions of participatory legal education to the development of soft skills and UN Sustainable Development Goal 4 of Agenda 2030 - Quality Education and, finally, it identifies which skills the labor market, influenced for new technologies, demand of the professional of the law of the 21st century. The methodology used is supported by bibliographic research, based on authors such as Horácio Wanderlei Rodrigues, José Garcez Ghirardi and Marina Feferbaum, pure research regarding the use of results and qualitative in terms of approach, it is also classified as descriptive, exploratory and explanatory. It is concluded that the participatory legal teaching, as it works with active teaching-learning methodologies, foreseen in the National Curriculum Guidelines of the Law courses, develops soft skills in the students and contributes to the achievement of the desired profile to the law professional of the century XXI.*

**Keywords:** *Participatory legal education; Soft skills; Law professional.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito. 2. Ensino jurídico participativo. 3. Direito e o mercado de trabalho. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Pensar a educação superior no Brasil é um desafio, de modo que a Constituição Federal de 1988 destacou a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão das universidades e a observância ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Ademais, incumbiu ao Poder Público o dever de regular a educação superior através de atos autorizativos e avaliação de qualidade.

No que toca à graduação em Direito, diante da necessidade de novos regulamentos para aliar o ensino do Direito às demandas sociais, em 17 de dezembro de 2018 foi publicada a Resolução CNE/CES nº 5, que instituiu as novas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, a serem implantadas pelas Instituições de Ensino Superior no prazo máximo de dois anos de sua publicação.

A aprovação da referida norma possui destaque à medida que a sociedade está em constante transformação e, concomitantemente, o mercado de trabalho, ou seja, os cursos de Direito devem se ajustar às mudanças sociais para que a

atuação profissional dos seus egressos seja condizente com as expectativas da comunidade acadêmica e do mercado de trabalho, de forma a cumprir sua função social.

Diante do surgimento das novas tecnologias e do desenvolvimento da globalização, ao profissional do Direito é exigido, além de saberes técnicos, conhecimentos socioemocionais, análise crítica, criatividade e colaboração. Tem-se um paralelo entre as “hard skills”, habilidades técnicas, capazes de verificação facilmente e as “soft skills”, competências subjetivas, comportamentais, fruto de experiências e difíceis de serem avaliadas.

Nesse contexto, para que o profissional do Direito do século XXI consiga desenvolver essas competências, fazem-se necessárias formas diferenciadas de ensino-aprendizagem, direcionadas às exigências do mercado e que os instrua para desafios complexos. Para tanto, o ensino jurídico participativo propõe a criação de dinâmicas que busquem conduzir o discente ao centro do processo de aprendizagem, de maneira a torná-lo sujeito ativo e responsável, com as orientações do professor, pela construção do próprio conhecimento.

Com isso, verifica-se a problemática proposta nesse trabalho, qual seja buscar maneiras, por meio do ensino jurídico participativo, de desenvolver “soft skills” nos futuros bacharéis, considerando o perfil desejado ao profissional do Direito do século XXI. A escolha do tema justifica-se pelo anseio do ponto de vista jurídico e social de contribuir para a comunidade acadêmica, bem como para a sociedade no seu contexto global. Igualmente, a proposta desse trabalho encontra amparo na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, no Objetivo 4 de Desenvolvimento Sustentável, referente à educação de qualidade.

É com o intuito de esclarecer o conteúdo proposto neste artigo que se tem os seguintes questionamentos: Como as novas Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de graduação em Direito interferem no processo de formação dos discentes das Instituições de Ensino Superior? De que maneira o ensino jurídico participativo pode contribuir para o desenvolvimento das chamadas “soft skills” e do Objetivo 4 de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU – Educação de Qualidade? Quais habilidades o mercado de trabalho, influenciado pelas novas tecnologias, demanda dos profissionais do Direito do século XXI?

No tocante aos aspectos metodológicos, tem-se pesquisa bibliográfica, com o uso de referências teóricas, tais como livros e artigos científicos e, ainda, fundamentada nos estudos de Horácio Wanderlei Rodrigues, José Garcez Ghirardi e Marina Feferbaum. Quanto à utilização dos resultados, a pesquisa é pura, por ter como finalidade a ampliação dos conhecimentos sobre o tema. Referente à abordagem, a pesquisa é qualitativa, de forma a enfatizar a compreensão e a inter-

pretação do tema e atribuir significado aos dados coletados. Com relação aos fins, a pesquisa é descritiva, pois busca descrever o problema estudado, exploratória porque tem o objetivo de aprimorar ideias e explicativa porque identifica os fatores que contribuem para o desenvolvimento das “soft skills” nos profissionais do Direito.

## **1. DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 205, estabelece a educação como direito de todos e dever do Estado, com o intuito de garantir o pleno desenvolvimento da pessoa, o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. No âmbito das universidades, o art. 207 assegura que estas possuem autonomia didático-científica, administrativa e de gestão e deverão obedecer ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/1996, especificamente no artigo 43, são estabelecidas finalidades da educação superior, que sustentam o tripé da universidade brasileira, sua estrutura e organização, ou seja, ensino, pesquisa e extensão, que, indissociados, são responsáveis pela concretização da função social da instituição de ensino, bem como seu papel de agente de transformação social.

Conforme Delors (2010), no Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI, a universidade precisa ser o centro do sistema educacional, devendo desempenhar quatro funções: “[...] preparação para a pesquisa e para o ensino, oferta de uma formação em diferentes áreas, a abertura a todos para responder aos múltiplos aspectos do que se designa por educação permanente, em sentido lato, e cooperação internacional”.

Nesse sentido estão os quatro pilares da educação: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a conviver e aprender a ser, com o intuito de construir uma educação ao longo da vida. Para isso, é necessário o estabelecimento de novos objetivos a desenvolver nos educandos, possibilitando o potencial criativo e a realização da pessoa, de modo que seja considerado as competências adquiridas ao longo do tempo (Delors, 2010).

Aprender a conhecer significa a capacidade de compreensão do mundo que o rodeia para garantir o mínimo de dignidade. Na educação superior, significa o dever de “fornecer a todos os alunos instrumentos, conceitos e referências resultantes dos avanços das ciências e dos paradigmas do nosso tempo”. Esse pilar pressupõe “aprender a aprender”, de modo que é necessário trabalhar “a atenção, a memória e o pensamento” (Delors, 2010).

Aprender a fazer está relacionado a formação profissional, a prática necessária para o exercício da profissão escolhida, especialmente o poder de agir com os meios envolvidos. Não se exige apenas a transmissão da prática, haja vista as constantes mudanças do mercado, mas o desenvolvimento de competências responsáveis pela formação do profissional, importantes independentemente do tempo e das circunstâncias (Delors, 2010).

Aprender a conviver representa a participação e cooperação com o humano, todavia, apresenta-se como um desafio a ser enfrentado pela educação mundial, tendo duas vias de utilização: “a descoberta progressiva do outro” e “a participação em projetos comuns”. Assim, a educação tem o papel de construir essa convivência coletiva, esse “aprender a viver com os outros”, sendo o diálogo instrumento de alcance (Delors, 2010). Aprender a ser tem como objetivo maior o pleno desenvolvimento da pessoa, a junção dos três saberes acima.

Nas lições de Freire (2016), um dos saberes necessários à prática educativa é o respeito à autonomia e à identidade do ser do educando, ou seja, é preciso respeitar a curiosidade e a inquietude do discente, tornando-o protagonista do conhecimento, de forma que o professor, como orientador desse processo, consiga dialogar os saberes curriculares necessários com a experiência social do educando.

Morin (2000) propõe “[...] os sete saberes necessários à educação do futuro, quais sejam: as cegueiras do conhecimento: o erro e a ilusão, os princípios do conhecimento pertinente, ensinar a condição humana, ensinar a identidade terrena, enfrentar as incertezas, ensinar a compreensão e a ética do gênero humano”. Todavia, descreve que os saberes não são disciplinas ou módulos a serem ensinados, mas possuem o objetivo de reformar o pensamento, com base no humanismo e na consciência da Terra-Pátria.

Dessa forma, a educação superior no Brasil tem um papel fundamental na formação dos cidadãos, não apenas na transmissão de conhecimentos, mas no sentido de desenvolver saberes e educação ao longo da vida, com base no humanismo e no desenvolvimento pleno da pessoa. A universidade precisa concretizar sua função social e ser agente de transformação, sendo sustentada pelo tripé ensino, pesquisa e extensão. Igualmente, necessita formar profissionais para a cidadania (Napolini; Silviera, 2018).

A educação superior no Brasil é regulada por meio de Diretrizes Curriculares Nacionais, normas obrigatórias, criadas pelo Conselho Nacional de Educação (CNE), que servem de orientação para o desenvolvimento do currículo e do projeto pedagógico dos cursos. Referente a graduação em Direito, superando a Resolução CNE/CES nº 9/2004, em 17 de dezembro de 2018, foi publicada a Resolução CNE/

CES nº 5, que instituiu as novas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito (DCNs), a serem efetivadas em dois anos de sua publicação pelas Instituições de Ensino Superior (IES).

As orientações gerais propostas nas DCNs envolvem o currículo e o projeto pedagógico do curso (PPC). O primeiro trata da organização e estruturação formal dos elementos que o compõem, além de trabalhar com a estrutura curricular formal específica. O segundo objetiva o planejamento do curso, seus conteúdos e competências, de forma a distribuí-los em disciplinas ou módulos, bem como apresentar as atividades a serem desenvolvidas e o modo com o qual serão aplicadas (Rodrigues, 2019).

As IES possuem autonomia para a criação de seus próprios projetos pedagógicos, todavia, conforme Rodrigues (2019, p.24), estes são, em sua maioria, meramente descritivos e formais, não apresentando meios aplicáveis para cumprir os objetivos propostos. Assim, necessitando de mudanças significativas, com um salto “dos projetos pedagógicos formais para o planejamento educacional através de projetos pedagógicos materiais”.

Nessa perspectiva, ainda na visão do referido autor, as novas DCNs apresentaram maior liberdade para as IES e o projeto pedagógico do curso precisa garantir autonomia aos docentes, todavia, sem exceder o necessário, pois, assim, descaracterizaria os objetivos estudados originariamente para o curso. Desse modo, os professores e o projeto pedagógico devem caminhar, mesmo com autonomias específicas, para o propósito almejado pela Instituição, sua missão, visão e valores.

Para isso, segundo Ghirardi (2012, p. 63-64), faz-se necessário observar três elementos centrais, quais sejam: “o lugar onde estamos, o lugar que queremos chegar e o sentido da jornada de um extremo a outro”. Conforme o autor, a criação de um programa material que pudesse ser aplicado nos cursos de Direito, passaria por essas questões centrais e, a partir delas, se construiria a concepção de curso e a formação necessária para o profissional do Direito. Assim, conforme o autor, “o lugar onde estamos” relaciona-se a realidade dos alunos e suas características próprias, em concreto, sendo necessário analisar os seguintes questionamentos:

Em primeiro lugar, qual é a proposta geral da instituição em que ocorrerá o curso? Quais seus objetivos últimos: formar profissionais para o mercado, acadêmicos para o debate teórico e o ensino, funcionários para a máquina pública? O que a instituição espera dos seus egressos, qual sua ideia de um aluno bem formado? [...] Depois é preciso saber: quem é o público desse curso para quem estou elaborando um percurso de ensino? Como os alunos se caracterizam em termos de formação anterior, experiência profissional, faixa etária, expectativas? O que esperam do processo e o que entendem por boa formação? (Ghirardi, 2012, p. 64).

“O lugar que queremos chegar” reside no objetivo do curso, o que se deseja ensinar, sendo indispensável especificá-lo, além de estabelecer o que se entende sobre aprender. “O sentido da jornada de um extremo a outro” trata-se do próprio sentido do programa que é desejado para a Instituição, a importância do curso e da aprendizagem.

No que tange aos elementos estruturais do projeto pedagógico do curso previstos no art. 2º, §1º da Resolução CNE/CES nº 5/2018, merece destaque o inciso VI, ao abranger os “modos de integração entre teoria e prática, especificando as metodologias ativas utilizadas”, ou seja, não mais se têm uma faculdade de atribuição de metodologias ativas de aprendizagem, mas uma obrigatoriedade, cabendo ao PPC estabelecer apenas quais e a forma como serão implementadas.

Todavia, mesmo a Resolução apresentando a obrigatoriedade das metodologias ativas, ela não especifica quais devem ser trabalhadas, cabendo à IES, com sua liberdade institucional de ensinar, escolher quais serão abordadas, sendo indispensável que estejam previstas no projeto pedagógico e possuam relação com o fim determinado (Rodrigues, 2019).

De acordo com Moran (2018, p.4), “[...] as metodologias ativas dão ênfase ao papel protagonista do aluno, ao seu envolvimento direto, participativo e reflexivo em todas as etapas do processo, experimentando, desenhando, criando, com orientação do professor”. A proposta da utilização de metodologias ativas para a educação jurídica se apresenta como ferramenta para aliar a teoria à prática, de forma que o aluno esteja no centro do processo de ensino-aprendizagem e seja o responsável pela construção do conhecimento.

Em relação à integração entre teoria e prática, as atividades de pesquisa e extensão se mostram importantes aliadas às metodologias ativas, pois “[...] sem pesquisa não há novo conhecimento a transmitir e sem extensão não há o cumprimento da função social do conhecimento produzido” (Rodrigues, 2019, p.72). Ou seja, além de saberes teóricos, ao profissional do Direito é necessária formação prática para operacionalizar o saber, bem como meios para desenvolver a pesquisa e a extensão, também apresentado como obrigatório no art. 2º, §3º da Resolução.

Como inovação, foi acrescentado §4º ao art. 2º, o qual assegura que “o PPC deve prever ainda as formas de tratamento transversal dos conteúdos exigidos em diretrizes nacionais específicas”, de modo que ao profissional do Direito seja garantida ampla visão de mundo, pois “[...] a sua função educativa não é, portanto, a divulgação ou reprodução de conhecimentos, mas sim a formação de sujeitos conscientes e eticamente comprometidos” (Rodrigues, 2019b, p. 258).

No art. 4º, as DCNs estabelecem a obrigatoriedade de uma formação profissional que desenvolva “competências cognitivas, instrumentais e interpessoais” aos graduandos, estendendo, pois, seu alcance, sendo as mais significativas: “demonstrar capacidade para comunicar-se com precisão”, “dominar instrumentos da metodologia jurídica, sendo capaz de compreender e aplicar conceitos, estruturas e racionalidades fundamentais ao exercício do Direito”, “desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos” e também “compreender o impacto das novas tecnologias na área jurídica” (Brasil, 2018).

Em relação ao antigo “Estágio Supervisionado”, este foi substituído por “Prática Jurídica” presente no art. 6º da Resolução, cabendo às instituições aprovar regulamentos próprios com diferentes meios de operacionalização. Além disso, foi incluído “nas atividades de prática jurídica”, a “resolução consensual de conflitos e práticas de tutela coletiva, bem como a prática do processo judicial eletrônico”, reforçando as competências a serem desenvolvidas nos graduandos.

As DCNs, no art. 7º, também estimularam a extensão, posteriormente regulada pela Resolução CNE/CES nº 7, de 18 de dezembro de 2018, à medida que incentiva o desenvolvimento de atividades de extensão “[...] que articulem o aprimoramento e a inovação de vivências relativas ao campo de formação, podendo, também, dar oportunidade de ações junto à comunidade ou de caráter social, tais como clínicas e projetos”.

Portanto, as novas Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito se apresentam como mecanismo de transformação nos formatos dos cursos de Direito do Brasil, de maneira a proporcionar formação jurídica mais adequada às mudanças sociais e gerar profissionais capacitados para as demandas do mercado de trabalho.

As novas Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, à medida que interferem no regulamento do curso, fazem com que o currículo e o projeto pedagógico sofram alterações significativas no processo de formação dos discentes, bem como impõem o cumprimento de perspectivas formativas.

De acordo com Cunha (2017, p. 81-88), o currículo está relacionado com teorias e práticas, com propósito educativo e base na sociedade, sendo, portanto, “um conjunto de escolhas culturais”. Assim, “o currículo deve ser compreendido como um projeto de sociedade que se traduz no projeto pedagógico do Curso, perpassando situações de ensino que se corporificam nas e com as práticas acadêmicas cotidianas”.

Para Rodrigues (2019, p. 22-24), a expressão currículo serve “tanto para designar a forma de organização dos diversos componentes curriculares, sua

estrutura formal, quanto para nomear o resultado dessa organização, o conjunto de componentes curriculares”. Já o projeto pedagógico se apresenta como instrumento de planejamento para o curso, não se limitando ao estabelecimento de conteúdos e competências, mas especificando a forma com a qual serão trabalhadas.

No que toca às perspectivas formativas, o art. 5º da Resolução CNE/CES nº 5/2018 estabelece que “o curso de graduação em Direito, priorizando a interdisciplinaridade e a articulação de saberes”, deverá incluir no projeto pedagógico do curso formação geral, formação técnico-jurídica e formação prático-profissional.

A formação geral possibilita ao discente ampla visão de mundo, combinando elementos do Direito com os de outras áreas formativas, bem como torna obrigatório o diálogo do Direito com as novas tecnologias da informação. A formação técnico-jurídica engloba o enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, apresentando conteúdos essenciais para o PPC, mas não se limitando a eles, de modo que cabe às IES incluir os demais. A formação prático-profissional, de acordo com Rodrigues (2019b), concretiza o objetivo da educação estabelecido no art. 205 da Constituição Federal de 1988, qual seja, a “qualificação para o trabalho”, pois “objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nas demais perspectivas formativas, especialmente nas atividades relacionadas com a prática jurídica e o TC”.

Nessa concepção, mesmo as DCNs apresentando três perspectivas formativas, há previsão de inclusão transversal de atividades prático-profissionais e resolução de problemas em todas as perspectivas, como forma de subsídio à interação entre teoria e prática, além de possibilitar às IES a inclusão de conhecimentos regionais, nacionais e internacionais no PPC, de acordo com as inovações do mundo jurídico.

Isto posto, é perceptível que as novas Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, a serem implementadas pelas Instituições de Ensino Superior em até dois anos de sua publicação, ou seja, até 17 de dezembro de 2020, interferem em todo o processo de formação discente, perpassando do currículo até o projeto pedagógico do curso.

## **2. ENSINO JURÍDICO PARTICIPATIVO**

À medida em que a sociedade muda, o processo de ensino-aprendizagem ganha novas formas. Superando o modelo tradicional, em que o professor é o detentor do conhecimento e o aluno apenas recebe informações prontas, os métodos de ensino participativo propõem uma mudança de paradigma, de modo que o aluno passa a ser o sujeito do processo, sendo responsável pela construção do conhecimento.

De acordo com Feferbaum e Klafke (2020, p. 34), “[...] o ensino jurídico participativo é um paradigma de ensino que se diferencia do ensino jurídico tradicional por colocar o estudante como foco no processo de aprendizagem.” Conforme os autores, três argumentos sustentam a necessidade de implementação desse ensino: o protagonismo do aluno, o futuro das profissões jurídicas com as novas tecnologias e a heterogeneidade de estudantes nos cursos de Direito no Brasil.

O protagonismo do aluno significa a possibilidade de criação de planos individuais e coletivos, de forma que o estudante consiga desenvolver habilidades e a capacidade de “aprender a aprender”. A preocupação com o futuro das profissões jurídicas devido as novas tecnologias fazem com que os cursos de Direito proporcionem atividades adequadas às demandas sociais. A heterogeneidade de estudantes enriquece as salas de aula e instiga interpretações distintas sobre os fatos, haja vista a universidade ser um espaço plural e aberto aos debates de ideias (Feferbaum; Klafke, 2020).

O desenvolvimento de práticas metodológicas diferenciadas no curso de graduação em Direito ainda é um desafio para as Instituições de Ensino Superior. No Brasil, temos exemplos como a Fundação Getúlio Vargas, com o trabalho com métodos participativos de ensino, a Universidade de Fortaleza, com as “clínicas legais” e “Aprendizagem baseada em problemas” e a Universidade de Viçosa, com os projetos “Instrução pelos colegas”, “Aprendizagem baseada em times” e “Escrever para pensar” (Marocco, 2019).

Para Ghirardi (2012b), os métodos participativos possuem como marca o engajamento dos alunos e a preparação do professor, ambos de forma contínua. De acordo com o objetivo de aprendizagem almejado pelo docente, os métodos podem variar e serem utilizados de maneiras diferentes. Todavia, por exigir envolvimento e compromisso dos dois lados, professor e aluno, é comum existir resistência à sua implementação.

Conforme Moran (2018, p. 4), as metodologias servem como “[...] diretrizes que orientam os processos de ensino e aprendizagem e que se concretizam com estratégias, abordagens e técnicas concretas, específicas e diferenciadas”. Para Rosa, *et al* (2017, p. 119), são recursos responsáveis pela “[...] formação de sujeitos sociais com as competências éticas, humanas, políticas e técnicas necessárias”, de forma a capacitá-los para a “autoiniciativa e o autogoverno”.

No ensino superior, por ter como público, em sua maioria, adultos, Freire (2013) já defendia a utilização de metodologias ativas de ensino-aprendizagem, pois afirmava que a motivação desse público era voltada para a resolução de problemas, a superação de obstáculos e a utilização de saberes pré-existentes para

a construção de conhecimentos novos. Ou seja, não se limitava a absorção de conteúdos.

As metodologias chamadas ativas propõem a participação dos discentes na construção do conhecimento, tornando-os sujeitos e responsáveis pela aprendizagem. De acordo com Berbel (2011), as metodologias ativas tornam as aulas participativas e envolventes, pois os estudantes possuem autonomia para apresentar elementos novos e, a partir deles, o professor, como facilitador ou motivador do processo, consegue transformar a aula, de modo a gerar nos alunos o sentimento de pertencimento ao ambiente.

O processo de ensino-aprendizagem ativo acontece em níveis de conhecimento e competência, superando etapas. Para a sua realização, tem-se “[...] trilhas com movimentos, tempos e desenhos diferentes, que se integram como mosaicos dinâmicos, com diversas ênfases, cores e sínteses, frutos das interações pessoais, sociais e culturais em que estamos inseridos” (Moran, 2018, p.2).

Dessa forma, Berbel (2011, p. 29) afirma que “[...] as Metodologias Ativas baseiam-se em formas de desenvolver o processo de aprender, utilizando experiências reais ou simuladas, visando às condições de solucionar, com sucesso, desafios advindos das atividades essenciais da prática social”. Especificamente no curso de Direito, a utilização dessas experiências para a solução de problemas enriquece a aula, tornando-a um reflexo da prática.

Na educação jurídica pode-se pensar na construção do conhecimento com base no concreto, por meio da observação real. Nessa situação, o docente exerce um papel diferente em sala de aula, não mais como transmissor solitário de informações, mas trabalhando com os saberes pré-existentes dos alunos e suas experiências cotidianas, de forma que a interação passa a ser o ponto chave da aula (Ghirardi, 2012b).

Assim, as metodologias ativas são ferramentas que, quando trabalhadas conforme o objetivo de aprendizagem almejado pelo docente, pode melhorar a qualidade da aula e facilitar a assimilação de conteúdos pelos estudantes, à medida que este participará da construção do conhecimento e será por ele autorresponsável.

Consoante as mudanças ocorridas no mundo em decorrência do surgimento das tecnologias, em especial, da internet, nos Estados Unidos, em 1969 e no Brasil, em 1995 (Castells, 2000; Abranet, 2020), a demanda por profissionais com competências específicas aumentou, não sendo mais suficientes habilidades básicas como alfabetização e conhecimento em números (*World Economic Forum*, 2015).

Na pesquisa *New vision for education – Unlocking the potencial of technology*, realizada pelo *World Economic Forum* (2015), a respeito das habilidades necessá-

rias ao século XXI, percebeu-se que há três categorias de habilidades: letramentos fundamentais, competências e qualidades de caráter. “Letramentos fundamentais” representam como os alunos aplicam habilidades básicas no cotidiano, como alfabetização e conhecimento em números. “Competências” compreendem os desafios complexos, como pensamento crítico e resolução de problemas. “Qualidades de caráter” abrangem o ambiente em mudança.

As habilidades voltadas aos letramentos fundamentais são as tradicionalmente utilizadas pela educação, todavia, sozinhas, não mais correspondem as necessidades do século XXI, pois exige-se dos profissionais, além do básico, competências voltadas aos desafios por eles enfrentados, bem como qualidades de caráter, responsáveis pela adaptabilidade em situações de mudança (*World Economic Forum*, 2015).

Dessa forma, diante da necessidade de adequação dos futuros profissionais ao mercado de trabalho, a universidade precisa modificar seu método de ensino-aprendizagem, até então voltado ao ensino tradicional, de forma a capacitar os seus egressos aos novos desafios. Assim, para promover educação de qualidade, esta não deve se limitar à transmissão e absorção de conhecimentos, portanto ensino tradicional, mas ao desenvolvimento de competências e habilidades (Zabala; Arnau, 2010).

A educação baseada em competências objetiva formar pessoas que, além do conhecimento, são capazes de entender, examinar e solucionar problemas, de modo a realizar qualquer atividade, seja pessoal ou profissional. As competências são constituídas por habilidades, conhecimentos e atitudes, responsáveis pela formação do profissional (Perrenoud, 2000).

Para Wittaczik (2007, p. 164), “[...] cabe à educação desenvolver e estimular a criatividade, articular situações, enfim, promover aprendizagem significativa, que leve em conta os interesses do aluno.” É preciso que os estudantes entendam as atividades que estão desenvolvendo e para quê servem, ou seja, compreender o sentido objetivado pelo ensino, de modo que “[...] quanto mais didática e práticas pedagógicas desafiadoras, melhores podem ser os resultados e a motivação para aprender, o que expõe o professor a desafios, tendo que romper o conhecimento fragmentado e conduzindo a uma visão global” (Wittaczik, 2007, p. 165).

Dessa forma, para desenvolver um ensino jurídico por competências, é preciso compreender quais estão estabelecidas nas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, Resolução CNE/CES nº 5/2018, a qual prevê que o ensino deve abranger, no mínimo, “competências cognitivas, instrumentais e interpessoais”.

Assim, para que o bacharel em Direito consiga atingir as competências desejadas para sua formação, há a necessidade de dialogar formas diferenciadas de ensino-aprendizagem, em que o discente esteja no centro do processo e se sinta responsável pelo conhecimento, não mais com um ensino tradicional, mas de educação baseada em competências, fazendo uso de metodologias ativas.

Em setembro de 2015, na sede das Nações Unidas, em Nova York, 193 líderes mundiais estabeleceram os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) globais da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU). Ao todo são 17 objetivos e 169 metas, com foco em pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria, para serem trabalhados durante 15 anos (ONU, 2015).

Os 17 ODS têm o intuito de acabar com a pobreza, lutar contra a desigualdade e a injustiça e conter as mudanças climáticas, de modo que seja garantida a prosperidade para todas as pessoas (Murillo; Duk, 2017). Nesse sentido, são indissociáveis e essenciais para o desenvolvimento de um mundo mais justo e sustentável, bem como sua pluralidade colabora para o desenvolvimento humano global (Camillo, 2020).

O Objetivo 4 de Desenvolvimento Sustentável – Educação de Qualidade visa “[...] assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos”. Para o presente estudo, a meta 4.4 possui maior pertinência, qual seja: “Até 2030, aumentar substancialmente o número de jovens e adultos que tenham habilidades relevantes, inclusive competências técnicas e profissionais, para emprego, trabalho decente e empreendedorismo” (ONU, 2015).

De acordo com o documento *Quality education: Why it matters*, da *United Nations*, o ODS 4 é um dos mais importantes, haja vista ser a educação responsável pelo desenvolvimento do país, sendo a chave para o alcance dos demais ODS. Atingir uma educação de qualidade significa romper o ciclo da pobreza, de modo a reduzir as desigualdades sociais e garantir igualdade de gênero. Da mesma forma, com educação de qualidade as pessoas promovem a tolerância e constroem sociedades mais pacíficas, tendo, conseqüentemente, uma vida melhor.

Para Camillo (2020, p. 85), à medida em que a sociedade investe em educação de qualidade, as pessoas passam a tomar decisões diferentes, com novas perspectivas de vida. Elas começam a perceber “[...] outras dimensões de desenvolvimento humano, atuar formalmente no mercado de trabalho, apropriar-se do produto advindo da fruição de informação, conhecimento, cultura e educação, aprender ao longo da vida”, meta desejada pelo ODS 4.

Com o intuito de atingir o ODS 4, a Unesco criou objetivos de aprendizagem, a serem possivelmente incluídos na matriz curricular, dividindo-os em objetivos de aprendizagem cognitiva, objetivos de aprendizagem socioemocional e objetivos de aprendizagem comportamental, como espécies de diretrizes de aprendizagem a serem seguidas para a concretização do Objetivo (UNESCO, 2017).

Os objetivos de aprendizagem cognitiva compreendem a conscientização do educando sobre o papel da educação, da aprendizagem ao longo da vida, do direito humano fundamental a educação para todas as pessoas, o conhecimento sobre a desigualdade de acesso ainda existente, a necessidade da cultura em prol da sustentabilidade e da responsabilidade da educação para a construção de um mundo melhor (UNESCO, 2017).

Os objetivos de aprendizagem socioemocional abrangem a capacidade do educando de conscientizar as outras pessoas sobre a importância da educação de qualidade para todos, de motivar e ajudar os outros nas oportunidades, de reconhecer o valor da aprendizagem e das habilidades para o seu desenvolvimento pessoal e profissional e a capacidade de compartilhar a educação para o desenvolvimento sustentável (UNESCO, 2017).

Os objetivos de aprendizagem comportamental significam o poder de atitude do educando de concretizar a educação de qualidade, promover a igualdade de gênero, desenvolver e exigir políticas públicas de acesso à educação para todos, com o empoderamento dos jovens, saber usufruir da educação que recebeu, de modo a aplicá-la ao longo da vida e, na prática, possibilitar o desenvolvimento sustentável (UNESCO, 2017).

No que toca à meta 4.4 do ODS 4, a qual prevê o aumento de habilidades para jovens e adultos para emprego, trabalho decente e empreendedorismo, faz-se necessário analisar os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (PNAD Contínua) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), na qual foi possível perceber que o nível de formação profissional/técnica e superior no Brasil é baixo (IBGE, 2017; 2018).

Conforme a pesquisa, em 2016, apenas 8,2% das pessoas tinham formação profissional/técnica e, em 2017, apenas 9,7% da população, ou seja, número considerado baixo para atingir a meta de educação de qualidade. Ao analisar os dados para o ensino superior, percebe-se que, em 2016, apenas 15,5% das pessoas tinham diploma superior e, em 2017, apenas 15,7%, sendo uma referência para o desenvolvimento de estratégias para cumprimento da meta 4.4 (IBGE, 2017; 2018).

Para a preparação necessária dos jovens e adultos à meta 4.4, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), apresenta a necessidade de novos acessos à educação profissional/técnica e superior no Brasil como possível solução para o desenvolvimento das “[...] competências técnicas e profissionais, para emprego, trabalho decente e empreendedorismo” propostas do ODS 4 (IPEA, 2019; ONU, 2015).

Portanto, é possível perceber que o ensino jurídico participativo, à medida em que propõe um ensino por competências, baseado em metodologias ativas de ensino-aprendizagem que colocam o estudante como centro do processo, desenvolve as competências necessárias aos futuros profissionais e concretiza o Objetivo 4 de Desenvolvimento Sustentável – Educação de Qualidade, em especial, a meta 4.4.

No entanto, para adequar o ensino jurídico ao ODS 4 até 2030, prazo da Agenda, faz-se necessária atuação efetiva do Ministério da Educação (MEC), no tocante à fiscalização das Instituições de Ensino Superior que contam com a graduação em Direito, de modo a verificar a execução das atividades desenvolvidas para concretização do ODS 4.

### 3. DIREITO E O MERCADO DE TRABALHO

A necessidade de dialogar com formas diferenciadas de ensino-aprendizagem na ciência jurídica surgiu do desenvolvimento das tecnologias e, conseqüentemente, do mercado de trabalho, haja vista as constantes buscas por profissionais do Direito com habilidades específicas. Nesse sentido, há duas modalidades de habilidades: as “hard skills” e as “soft skills”.

De acordo com Klaus (2008), as “hard skills”, habilidades técnicas, são aquelas que os profissionais utilizam para o desenvolvimento de um trabalho, são tangíveis, ou seja, se aprendem na escola/universidade e se aplicam na vida profissional. Para Arat (2014), o ensino tradicional se concentra nessas habilidades, de modo que a universidade forma profissionais que dominam as “hard skills”.

No século XX, possuir um excelente histórico acadêmico e experiência era o que as empresas esperavam ao contratar um profissional. Todavia, no atual mercado de trabalho, ter conhecimento técnico e experiência não é mais suficiente, pois é preciso combiná-los com habilidades interpessoais (Binsaheed; Unnisa; Rizvi, 2016).

Especificamente no campo jurídico, as “hard skills” compreendem o conhecimento teórico e técnico sobre o Direito, o qual, por muito tempo, foi considerado

bastante para a atuação profissional. Contudo, no século XXI, é exigido, além de saberes técnicos, habilidades voltadas para o humano, as chamadas “soft skills”.

As “soft skills”, habilidades interpessoais, são intangíveis, aprendidas ao longo da vida, podendo ser aprimoradas por meio de treinamentos para desenvolvimento pessoal e aplicadas tanto na vida pessoal, como profissional (Klaus, 2008). São formadas por experiências de vida próprias de cada pessoa, como por exemplo comunicação, pensamento crítico, capacidade para trabalhar em equipe, criatividade, empatia, entre outros.

Conforme Binsaeed, Unnisa e Rizvi (2016), as habilidades interpessoais compreendem os traços de personalidade, atitude e comunicação e geram um melhor relacionamento e desempenho no local do trabalho. São formadas por características, atitudes e hábitos da pessoa, que as adquirem por meio de experiências de vida, de trabalho e educacionais.

Nesse sentido, a universidade, por meio de atividades extraclases, pode contribuir aos alunos, ainda na graduação, a desenvolver “soft skills”. Algumas atividades são: esportes, trabalhos e projetos voluntários, projetos de arte e design, “workshops” e aulas de longa duração e viagens internacionais e técnicas. Os esportes ajudam os estudantes a elaborar metas e criar estratégias, trabalhar em equipe e gerenciar o tempo. Os trabalhos e projetos voluntários desenvolvem habilidades de comunicação e resolução de problemas, além de formar líderes (Arat, 2014).

A pesquisa e a extensão universitárias são ferramentas que trabalham diretamente com o empenho e a participação dos alunos, de modo que incluir no currículo carga horária específica dessa natureza, contribui para o desenvolvimento de habilidades, bem como expande os horizontes dos graduandos, tanto na questão vocacional, como nas necessidades exigidas pelo mercado de trabalho (Hogemann, 2018).

O Projeto Cidadania Ativa (PCA) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade de Fortaleza é um exemplo de ação extensionista em que professores e alunos, voluntariamente, trabalham com projetos que visam a “[...] responsabilidade social e ambiental em comunidades, e busca, principalmente, a conscientização dos direitos e deveres do cidadão e a prática da cidadania” (UNIFOR, 2020).

Os projetos de arte e design fazem com que os estudantes trabalhem a criatividade e a inovação. Os “workshops” e aulas de longa duração ajudam na interação e comunicação entre os discentes, bem como na responsabilidade. As viagens internacionais e técnicas, por meio dos intercâmbios acadêmicos, propõem aprendizagens contextuais e, principalmente, culturais, fazendo com que o universitário construa conhecimento de mundo (Arat, 2014).

Para Arat (2014), por mais que essas atividades ajudem a desenvolver “soft skills” nos graduandos, é preciso condições para torná-las possível, como compromisso, responsabilidade pessoal, regras, gerenciamento de tempo, aprendizagem contextual, entre outras. Ou seja, é necessário que tanto a universidade como o estudante estejam preparados para os novos conhecimentos.

A necessidade de desenvolver “soft skills” nos estudantes de graduação impõe às universidades alteração de suas metodologias de ensino, tornando-as ativas e centradas no aluno. Os professores possuem um papel fundamental nesse processo, haja vista poder orientar suas aulas a partir de habilidades (Schulz, 2008).

Igualmente, em conformidade com Musse (2006, p. 252), para que as aulas desenvolvam as habilidades, os docentes precisam adotar metodologias participativas, “[...] que, de um lado, requerem preparação prévia e uma postura ativa dos alunos, por serem centradas nas suas ações atuais e futuras e, de outro, exigem maior tempo, criatividade e atualização dos professores”. No entanto, a mudança no currículo e no programa continua sendo necessária para que o processo de ensino-aprendizagem aconteça de forma adequada (Schulz, 2008).

Dessa forma, a modificação dos projetos pedagógicos do curso de Direito para incluir as “soft skills” é primordial, haja vista não substituir as “hard skills”, mas complementá-las. O profissional do Direito precisa de ambas para uma formação integral que possibilite o ingresso e a permanência no mercado de trabalho, de modo que o aprender a aprender se torne um guia para esse profissional do século XXI.

O mercado de trabalho, impactado pelas novas tecnologias, necessita de profissionais que, além de conhecimentos técnicos sobre a sua área de atuação, tenham habilidades específicas que garantam o desempenho almejado pelo empregador. No século XXI, por mais crescente que seja a adoção de meios tecnológicos por uma empresa, esta encontra dificuldades constantes no que toca à ausência de habilidades nos profissionais (*World Economic Forum*, 2020).

De acordo com Bretherick (2013, p. 14), “[...] para que haja tecnologia se faz necessário o desenvolvimento de novas competências e habilidades humanas, para ampliar, dirigir e manejar tais tecnologias, as quais podem brotar em novos espaços do saber construídos a partir de uma inteligência valorizada coletivamente”. Ou seja, os profissionais precisam estar preparados para os desafios impostos.

Segundo dados do Relatório *Future of Jobs Survey* (2020), do *World Economic Forum*, a falta de qualificação no mercado de trabalho local e a ausência de profis-

sionais com habilidades necessárias são os principais desafios para a implementação de novas tecnologias. Com isso, as empresas precisam dispor de requalificações profissionais para, em média, 62% dos seus empregados, o que até 2025 terá que ser expandido para mais 11%, totalizando 73% do seu pessoal.

Além disso, outra dificuldade consiste na participação dos empregados nos programas de requalificação profissional, pois o envolvimento vem diminuindo ao longo dos anos, tendo apenas 42% dos profissionais dispostos a realizar os treinamentos oferecidos pelo empregador. Ou seja, além das empresas precisarem providenciar requalificações para os seus trabalhadores, ainda precisam lidar com resistência à sua feitura (*World Economic Forum*, 2020).

Assim, a universidade, como espaço de transmissão e aprendizagem de múltiplos conhecimentos e momento anterior ao mercado de trabalho, se apresenta como meio importante para o desenvolvimento de habilidades, visto que pode inserir, nos projetos pedagógicos dos cursos, atividades capazes de fomentar as “soft skills”.

Dessa forma, com o intuito de identificar quais habilidades o mercado de trabalho global, influenciado pelas novas tecnologias, demanda dos profissionais, elaborou-se tabela comparativa compreendendo o lapso temporal de 2015 a 2025, exatamente 10 anos, com identificação visual da demanda por habilidades que se repetiram ao longo dos anos, das nunca buscadas e das que deixaram de ser procuradas, utilizando-se as 10 primeiras de cada ano.

**Tabela 1** – Comparação da demanda por habilidades 2015-2025

2025	2022	2020	2018	2015
Pensamento analítico e inovação	Pensamento analítico e inovação	Resolução de problemas complexos	Pensamento analítico e inovação	Resolução de problemas complexos
Aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem	Aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem	Pensamento crítico e análise	Resolução de problemas complexos	Trabalho em equipe
Resolução de problemas complexos	Criatividade, originalidade e iniciativa	Criatividade, originalidade e iniciativa	Pensamento crítico e análise	Coordenação e gerenciamento de tempo
Pensamento crítico e análise	Design e programação de tecnologia	Coordenação e gerenciamento de tempo	Aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem	Pensamento crítico e análise
Criatividade, originalidade e iniciativa	Pensamento crítico e análise	Trabalho em equipe	Criatividade, originalidade e iniciativa	Persuasão e negociação
Liderança e influência social	Resolução de problemas complexos	Inteligência emocional	Atenção aos detalhes, confiabilidade	Controle de qualidades
Uso, monitoramento e controle de tecnologias	Liderança e influência social	Julgamento e tomada de decisões	Inteligência emocional	Orientação ao serviço
Design e programação de tecnologia	Inteligência emocional	Orientação ao serviço	Raciocínio, resolução de problemas e ideação	Julgamento e tomada de decisão
Resiliência, tolerância ao estresse e flexibilidade	Raciocínio, resolução de problemas e ideação	Persuasão e negociação	Liderança e influência social	Escuta ativa
Raciocínio, resolução de problemas e ideação	Análise e avaliação de sistemas	Aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem	Coordenação e gerenciamento de tempo	Criatividade, originalidade e iniciativa

Fonte: Elaboração própria com base nos relatórios *Future of Jobs Survey* de 2016, 2018 e 2020 do *World Economic Forum*

Como é possível perceber, a demanda por habilidades varia ao longo dos anos, de modo que o desejado em 2015 não é mais suficiente para 2025, aparecendo novas habilidades e extinguindo outras, de acordo com as mudanças da sociedade e as necessidades do mercado de trabalho. Esse dado chama atenção para a exigência que os profissionais do século XXI precisam ter sobre aprender a aprender, fundamental para um mundo em constante mudança.

Demo (2008, p. 6), já afirmava que “[...] nesse horizonte, faz parte das novas ou multi-alfabetizações a pretensão de plasticidade e flexibilidade para dar conta de desafios também plásticos e flexíveis que a vida e o mercado nos interpõem. É preciso aprender permanentemente – aprender a aprender – porque a vida assim pede.” Para Bretherick (2013, p. 17), “[...] aprender a aprender é ser capaz de realizar aprendizagens significativas com certo grau de autonomia em uma amplitude de situações”. Assim, a aprendizagem contínua é importante para a adaptação e inovação dos novos tempos.

No intervalo 2015-2025, há habilidades que se repetiram em todos os anos, como resolução de problemas complexos; pensamento crítico e análise; criatividade, originalidade e iniciativa. Outras que se repetiram em quase todos os anos, como aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem; pensamento analítico e inovação; liderança e influência social; raciocínio, resolução de problemas e ideação; inteligência emocional; coordenação e gerenciamento de tempo.

Essas habilidades que se repetiram em todos ou em quase todos os anos, ou seja, que são demandadas constantemente dos profissionais, se apresentam como orientação às universidades para inseri-las em atividades acadêmicas e servem de meta para desenvolvimento dos graduandos. Dessa forma, a depender do curso, sua aplicação é variável, podendo ter enfoques diferentes.

Habilidades como design e programação de tecnologia; trabalho em equipe; julgamento e tomada de decisões; orientação ao serviço; persuasão e negociação; atenção aos detalhes e confiabilidade; análise e avaliação de sistemas, por mais que apareçam poucas vezes, não deixam de ser importantes, visto que estão entre as 10 mais procuradas em algum momento ou contexto.

A pandemia do Covid-19, considerando que os dados referentes à 2025 já foram colhidos durante esse período, fez com que a demanda por habilidades para 2025 incluísse algumas nunca previstas, como uso, monitoramento e controle de tecnologias; resiliência, tolerância ao estresse e flexibilidade. Também, algumas procuradas em 2015, deixaram de ser atualmente, como controle de qualidades e escuta ativa.

Ainda de acordo com o Relatório *Future of Jobs Survey* (2020), do *World Economic Forum*, há habilidades transversais e especializadas do futuro, ou seja, aplicáveis em várias ocasiões e profissões. Muitas delas estão relacionadas à tecnologia da informação, podendo fazer um paralelo com a demanda para 2025 no que toca ao uso, monitoramento e controle de tecnologias, ou seja, habilidade transversal e em crescimento em todas as áreas.

Referente à ciência jurídica, DeStefano (2018), por meio de pesquisa baseada no mercado, apresentou o delta de habilidades para advogados, desenvolvendo um paralelo entre os profissionais do Direito no mercado de trabalho e seus resultados para com os clientes. Na base do delta encontram-se os profissionais que prestam serviço técnico, no entanto, os clientes estão infelizes. Acima, com satisfação necessária, estão os profissionais que trabalham com o concreto, baseado na organização do serviço e utilizando as tecnologias, tendo como exemplo o gerenciamento de projetos, conhecimento dos negócios do cliente, liderança, entre outros.

Um pouco acima estão os profissionais que desenvolvem habilidades de colaboração, criatividade, localização e resolução de problemas demandados, cujas características são a empatia, a mentalidade de crescimento, a multidisciplinaridade e a inclusão, com serviço considerado desejado pelo cliente. No topo, estão os profissionais que detêm inovação, com habilidades centradas no cliente e focadas no serviço, o que gera vantagem em relação aos demais e com clientes em êxtase, sendo considerado um serviço completo (Destefano, 2018).

Como exemplo de meio tecnológico no Direito, consoante Hogemann (2018, p. 108), tem-se a *LegalTech*, que “[...] refere-se a plataformas, serviços de Tecnologia da Informação e *software* que primeiro tornaram os escritórios de advocacia e advogados mais eficientes no desempenho de sua atividade”. Assim, é uma ferramenta que ajuda em pesquisas jurisprudenciais, organização de documentos, gestão e contabilidade automatizada.

Nesse sentido, os advogados que terão destaque no mercado de trabalho serão aqueles que sabem usar, monitorar e controlar tecnologias, ou seja, compreender os avanços do “mundo digital” e saber lidar com eles, de forma a responder satisfatoriamente as demandas das empresas e escritórios de advocacia. Estes estão, cada vez mais, em busca de profissionais capazes de superar o mercado tradicional e inovar (Hogemann, 2018). Nas lições de Sales e Bezerra (2018, p. 4-5):

[...] cabe a quebra do paradigma da estagnação, do sentimento de que somente o conhecimento técnico é significado de sucesso no mercado de trabalho, uma vez que o desenvolvimento tecnológico já consegue suprir a atividade humana nesse sentido. Dessa forma, faz-se oportuno

notar quais são as capacidades que o desenvolvimento eletrônico não consegue suprir, tais como empatia, liderança, criatividade e trabalho em equipe, procurando métodos e formas de estimular o desenvolvimento dessas habilidades.

Portanto, diante da realidade proposta pelo mercado de trabalho, mostra-se significativo o desenvolvimento de habilidades, com o intuito de adaptar o profissional do Direito do século XXI. Para isso, as universidades, os professores e os alunos têm um papel imprescindível nesse processo, como construtores do conhecimento e responsáveis por uma educação superior de qualidade e significado.

A transição do século XX para o século XXI trouxe a reflexão quanto aos novos desafios impostos aos profissionais, haja vista as mudanças no mercado de trabalho. Para Castro e Cantanhede (2017), o século XXI não mais aceita um profissional passivo, mas exige novos parâmetros de formação para o desenvolvimento de um profissional ativo e íntegro para atuar no meio de trabalho.

No início do século XX, o que se aprendia na educação era usado, em grande parte, na vida profissional, tendo uma parcela considerada baixa de conhecimentos novos e repostos. Todavia, no início do século XXI, os conhecimentos novos e repostos são os necessários para entender o mundo e tem-se uma parcela baixa de uso do que se aprendia na escola/universidade. Ou seja, aprender a aprender se tornou mais significativo, principalmente no Direito, área em que as legislações mudam constantemente.

A Resolução nº 5/2018, no seu artigo 3º, traça o possível perfil do graduando em Direito, como forma de guiar os projetos pedagógicos dos cursos e inserir formações e habilidades nos planos de ensino, já sob o prisma das novas demandas profissionais. Assim, para que os educandos consigam adquirir as habilidades necessárias ao profissional do século XXI, as Instituições de Ensino Superior precisam ressignificar seus projetos pedagógicos a partir do perfil sugerido.

Conforme Rodrigues (2019b, p. 239), esse perfil enumera competências a serem trabalhadas ao longo da graduação e não a mera apreensão de conteúdos, bem como se trata de perfil geral, ou seja, “[...] mínimo, comum a todos os Cursos de Direito do país”. Assim, além dessas competências mínimas, cabe a cada projeto pedagógico incluir a identidade e o diferencial pensado para o seu curso.

O dispositivo apresenta como inovação a necessidade de “[...] domínio das formas consensuais de composição de conflitos”, inclusão necessária, à medida que os métodos autocompositivos estão cada vez mais presentes no Direito, inclusive se repetindo em mais de um artigo. A Resolução nº 125 de 2010 e o Código

de Processo Civil de 2015 aprimoraram a utilização dos métodos, de modo que, integrá-los nas DCNs, ajuda na sua aplicação e expansão.

O artigo 3º também traça uma relação com a Constituição Federal de 1988, especificamente no art. 205, ao assegurar o desenvolvimento integral da pessoa, o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. Nesse sentido, não é bastante uma formação técnica, profissional, mas geral e interdisciplinar, pois “[...] sem essa formação ampla, o jurista não conseguirá captar o papel sócio-político-econômico-cultural desempenhado pelo Direito e suas especificidades nas complexas relações do mundo contemporâneo” (Rodrigues, 2019, p. 52-53).

O parágrafo único do artigo 3º da Resolução merece destaque, visto a exigência de previsão, nos planos de ensino, portanto, nas disciplinas, de meios para concretização dos objetivos esperados com o curso para o perfil do graduando. Consoante Rodrigues (2019b, p. 260), “[...] serve, portanto, como instrumento que permite verificar qual o objetivo formativo de um componente curricular específico, sua vinculação com o projeto pedagógico, e se esse objetivo está efetivamente sendo atingido”.

Nesse sentido, essa nova exigência confere sintonia entre disciplinas, de modo que o curso seja um todo harmônico, com o planejamento necessário e evitando improvisações. Ou seja, por meio da organização dos planos de ensino com o projeto pedagógico do curso, é possível estabelecer quais metodologias são mais adequadas para o que se propõe ensinar, a criação de objetivos de aprendizagem para cada situação e a verificação do real cumprimento pelos docentes (Rodrigues, 2019b). Com isso, as novas Diretrizes Curriculares Nacionais propõem as mudanças acima expostas para as IES como meio de evoluir no ensino jurídico e, cada vez mais, dotar de significado o perfil do profissional do Direito do século XXI.

## CONCLUSÃO

A educação superior no Brasil cumpre um papel importante na formação de cidadãos e é responsável pelo desenvolvimento de pensamento crítico e reflexivo nos seus egressos. Os cursos de Direito, impactados pelos meios tecnológicos, precisam reformular seus projetos pedagógicos para aliar o ensino jurídico às demandas do mercado de trabalho, tendo em vista o perfil desejado ao profissional do Direito do século XXI.

As novas Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, regulamentada pela Resolução CNE/CES nº 5/2018, à medida que inaugura a obrigatoriedade da utilização de metodologias ativas de ensino-aprendizagem, fazem com que as Instituições de Ensino Superior modifiquem as formas de ensinar, de

modo a se adequarem ao novo regulamento. Para isso, o projeto pedagógico do curso precisa ser adaptado, modificando o processo de formação dos discentes.

O ensino jurídico participativo tem o objetivo de incrementar formas de ensino-aprendizagem focadas no aluno, sendo este o ponto central do trabalho, e o professor um facilitador desse processo. Para isso, utilizam-se metodologias ativas de ensino-aprendizagem. Essas metodologias, quando voltadas para competências específicas de acordo com o objetivo de aprendizagem desejado, desenvolvem as “soft skills” nos futuros bacharéis. Além disso, pode pôr em prática o Objetivo 4 de Desenvolvimento Sustentável da ONU – Educação de Qualidade. Todavia, para isso acontecer até 2030, é preciso atuação efetiva do Ministério da Educação (MEC), na fiscalização das Instituições de Ensino Superior.

Diante do impacto das novas tecnologias, o profissional do Direito do século XXI precisa se adaptar ao novo mercado de trabalho, o qual não exige apenas conhecimentos técnicos, as “hard skills”, mas habilidades socioemocionais necessárias para um serviço completo, as “soft skills”. As habilidades mais demandadas dos profissionais no século XXI são: resolução de problemas complexos; pensamento crítico e análise; criatividade, originalidade e iniciativa; aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem; pensamento analítico e inovação; liderança e influência social; raciocínio, resolução de problemas e ideação; inteligência emocional; coordenação e gerenciamento de tempo. Assim, as Instituições de Ensino Superior precisam desenvolver um projeto pedagógico com base nessas habilidades, de modo a inseri-las nas atividades acadêmicas.

Conclui-se que o ensino jurídico participativo, à medida que trabalha com metodologias ativas de ensino-aprendizagem, previstas nas Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de Direito, desenvolve “soft skills” nos estudantes e contribui para o alcance do perfil desejado ao profissional do Direito do século XXI. Assim, mostra-se a importância da pesquisa realizada, como forma de proporcionar estratégias de ensino-aprendizagem para serem aplicadas pelas Instituições de Ensino Superior, bem como auxiliar na concretização do Objetivo 4 de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU – Educação de Qualidade.

## REFERÊNCIAS

ARAT, Melih. Acquiring Soft Skills at University. *Journal of Educational and Instructional studies in the world*, Turquia, vol. 4, n. 3, 2014. Disponível em: <https://www.voced.edu.au/content/ngv%3A65837> Acesso em: 29 out. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PROVEDORES DE ACESSO. Serviços e informações da rede internet, 2020. Disponível em: <http://www.abranet.org.br/?UserActiveTemplate=site&tpl=home> Acesso em: 25 set. 2020.

BERBEL, N. A. N. As metodologias ativas e a promoção da autonomia de estudantes. *Semina: Ciências Sociais e Humanas*, v. 32, n. 1, p. 25-40, 2011. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/10326> Acesso em: 26 set. 2020.

BINSAEED, Rima; UNNISA, Syeda; RIZVI, Lubna. The big impact of soft skills in today's workplace. *Review of Public Administration and Management*, Arábia Saudita, v. 5, n. 10, 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/318649094\\_International\\_Journal\\_of\\_Economics\\_Commerce\\_and\\_Management\\_THE\\_BIG\\_IMPACT\\_OF\\_SOFT\\_SKILLS\\_IN\\_TODAY'S\\_WORKPLACE](https://www.researchgate.net/publication/318649094_International_Journal_of_Economics_Commerce_and_Management_THE_BIG_IMPACT_OF_SOFT_SKILLS_IN_TODAY'S_WORKPLACE) Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, senado, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm) Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Câmara de Educação Superior. *Resolução nº 5 de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 dez. 2018. p. 122. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do-1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do-1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113). Acesso em: 20 ago. 2020.

BREITHERICK, Giselda. Educação como formação para a vida: Competências e habilidades do século XXI. *Cadernos de Educação*, São Paulo, v. 12, n. 24, 2013.

CAMILLO, Everton da Silva. *Diretrizes para formular políticas públicas de promoção do livro, leitura e bibliotecas: foco no ODS 4 da Agenda 2030*. 2020. 161p. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, 2020.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CASTRO, Nazaré; CANTANHEDE, Cláudia. Paradigmas do ensino jurídico e suas influências na formação do profissional do Direito. *Ceuma Perspectivas*, v. 29, p. 61-72, 2017. Disponível em: <http://www.ceuma.br/portalderevistas/index.php/RCCP/article/view/62>. Acesso em: 04 nov. 2020.

CUNHA, Simone. O papel do currículo nas funções educativas. In: ALCÂNTARA, Alessandra et al. (Org.) *Ensinando e Aprendendo: Os Fundamentos da Docência no Ensino Superior*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2017. 200 p.

DELORS, Jacques. *Educação: um tesouro a descobrir*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2010. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000109590\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000109590_por). Acesso em: 20 ago. 2020.

DEMO, Pedro. Habilidades do século XXI. *Téc. Senac: a R. Educ. Prof.*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 2, p. 5-15, maio/ago. 2008. Disponível em: <http://www.adventista.edu.br/source/asped-gtc/habilidades-do-sec-XXI.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

DESTEFANO, Michele. *Legal Upheaval: A Guide to Creativity, Collaboration, and Innovation in Law*. Chicago: American Bar Association, 2018.

FEFERBAUM, Marina; KLAFKE, Guilherme. *Metodologias Ativas em Direito*. São Paulo: Atlas, 2020.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 60. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 54. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

GHIRARDI, José Garcez. O destino e o caminho: apontamentos para a elaboração de programas no ensino jurídico. In: FEFERBAUM, Marina; GHIRARDI, José Garcez (org.). *Ensino do direito para um mundo em transformação*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012. p. 63-72. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10304>. Acesso em: 20 ago. 2020.

GHIRARDI, José Garcez. *O instante do encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012b. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10303/0%20instante%20do%20encontro.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 out. 2020.

HOGEMANN, Edna. O futuro do Direito e do ensino jurídico diante das novas tecnologias. *Revista Interdisciplinar do Direito*, v. 16, n. 1, p. 105-115, 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/487>. Acesso em: 04 nov. 2020.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Cadernos ODS: assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos, o que mostra o retrato do Brasil?*, Brasília, v. 24, 2019.

KLAUS, P. *The Hard Truth About Soft Skills: Workplace Lessons Smart People Wish They'd Learned Sooner*, Harper Business, 2008.

MAROCCO, Andréa. As metodologias ativas e as novas diretrizes curriculares nacionais dos cursos de Direito. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Educação Jurídica no Século XXI: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades*. Florianópolis: Habitus, 2019. 472 p.

MORAN, José. Metodologias ativas para uma aprendizagem mais profunda. In: BACICH, Lilian; MORAN, José (org.). *Metodologias ativas para uma educação inovadora: uma abordagem teórico-prática*. São Paulo: Penso, 2018. p. 1-25.

MORIN, Edgar. *Os setes saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.

MURILLO, F; DUK, C. El ODS 4 (y el 16) como meta para los próximos años. *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, v. 11, n. 2, p. 11-13, 2017. Disponível em: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-73782017000200001](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-73782017000200001). Acesso em: 27 set. 2020.

MUSSE, Luciana. Novas perspectivas para ensinar Direito: O ensino jurídico por intermédio de habilidades. *Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 249-254, 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35153/33944>. Acesso em: 31 out. 2020.

NASPOLINI, Samyra; SILVEIRA, Vladimir. A transnacionalidade dos direitos humanos e o ensino jurídico no Brasil. *Direito UFMS*, Campo Grande, v. 4, n. 2, p. 33-43, 2018.

ONU. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 13 out. 2020.

ONU. *Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods4/>. Acesso em: 09 out. 2020.

ONU. *Agenda 2030*. 2015. Disponível em: [http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf). Acesso em: 10 out. 2020.

PERRENOUD, Philippi. *Dez novas competências para ensinar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

ROSA, Beatriz, et al. A pesquisa na prática docente e o uso das metodologias ativas. In: ALCÂNTARA, Alessandra et al. (Org.). *Ensinando e Aprendendo: Os Fundamentos da Docência no Ensino Superior*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2017. 200p.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Cursos de Direito no Brasil: diretrizes curriculares e projeto pedagógico*. Florianópolis: Habitus, 2019.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Direito: Resolução CNE/CES nº 5/2018 comentada. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Educação Jurídica no Século XXI: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades*. Florianópolis: Habitus, 2019b. 472 p.

SALES, Lilia; BEZERRA, Mário. Os avanços tecnológicos do século XXI e o desenvolvimento de habilidades necessárias ao profissional do Direito a partir das abordagens das Universidades de Harvard e Stanford. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 4, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8016/pdf>. Acesso em: 09 out. 2020.

SCHULZ, Bernd. The Importance of Soft Skills: Education beyond academic knowledge. *Journal of Language and Communication*, Namibia, 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/41936500\\_The\\_importance\\_of\\_soft\\_skills\\_Education\\_beyond\\_academic\\_knowledge](https://www.researchgate.net/publication/41936500_The_importance_of_soft_skills_Education_beyond_academic_knowledge) Acesso em: 29 out. 2020.

UNESCO. *Educação para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Objetivos de aprendizagem*, 2017. Disponível em: <https://ods.imvf.org/wp-content/uploads/2018/12/Recursos-ods-objetivos-aprendizagem.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

UNIFOR. *Projeto Cidadania Ativa*. 2020. Disponível em: <https://www.unifor.br/projeto-cidadania-ativa>.

UNITED NATIONS (UN). *Quality education: why it matters*. [s.l.: s.n], [201-]. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/wp-content/uploads/2018/09/Goal-4.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

WITTACZIK, Lidiane. Ensino por competências: Possibilidades e limitações. *Atos de pesquisa em educação*, Santa Catarina, v. 2, n. 1, p. 161-172, jan./abr. 2007. Disponível em: <https://bu.furb.br/ojs/index.php/atosdepesquisa/article/viewFile/163/125>. Acesso em: 10 out. 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. *New vision for education – Unlocking the potencial of technology*, 2015. Disponível em: <https://widgets.weforum.org/nve-2015/chapter1.html>. Acesso em: 13 out. 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Future of Jobs Report, 2020*. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs\\_2020.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2020.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Future of Jobs Report, 2018*. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Future of Jobs Report, 2016*. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

ZABALA, Antoni; ARNAU, Laia. *Como aprender e ensinar competências*. Tradução de Carlos Henrique Lucas Lima. Porto Alegre: Artmed, 2010.

## **JUDICIÁRIO DE VITRINE: A ATUAÇÃO DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RELATIVIZAÇÃO DE PODERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS<sup>1</sup>**

### ***SHOWCASE JUDICIARY: THE PERFORMANCE OF THE MINISTERS OF THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE RELATIVIZATION OF INDIVIDUAL AND COLLECTIVE POWERS***

Flávia Candido da Silva

Advogada, professora e pesquisadora. Docente do Curso de Direito na Faculdade Reges de Realeza-PR. Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília-SP. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista-UNESP, especialista lato sensu em Antropologia pela Universidade do Sagrado Coração-USC.

Jefferson Aparecido Dias

Possui Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha (2009), cujo diploma foi reconhecido pela Universidade Federal de Santa Catarina, em 10/06/2010. Atualmente é procurador da república do Ministério Público Federal em Marília e professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR (Universidade de Marília) e do Programa de Mestrado em Interações Estruturais e Funcionais na Reabilitação da UNIMAR (Universidade de Marília)

Wilson André Neres

Possui graduação em Direito - Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (2002) e mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2012). Doutorado pela Unimar (2022). Atualmente é advogado - Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu, advogado - Ordem dos Advogados do Brasil, advogado do Centro de Detenção e Ressocialização, professor assistente ii do Centro Universitário Dinâmica das Cataratas, professor ead do Centro Universitário Dinâmica das Cataratas, professor assistente do Centro Universitário Dinâmica das Cataratas, professor do Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu e professor regente assistente da Faculdade Educacional de Medianeira.

---

<sup>1</sup> Texto produzido a partir das discussões da disciplina “Teorias da Democracia e Regulação”, ministrada pelo Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias, no programa de Doutorado da Universidade de Marília – UNIMAR.

**Submetido em:** 04/11/2019

**Aprovado em:** 04/02/2023

**Resumo:** Nos últimos anos, têm crescido as denúncias públicas feitas contra o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, alegando que, na condução dos trabalhos, há conversões de supra ou paralegalidade motivadas por interesses avessos ao da Constituição Federal. Diante disso, este texto se dedicou a ponderar sobre o tema, a partir de duas perguntas que se inter-relacionam: O STF é um tribunal constitucional ou um tribunal constitucional colegiado? Como se dá a regulação interna de equilíbrio de poderes entre os ministros? Para respondê-las, realizou-se um estudo bibliográfico, a partir do método dedutivo, com base, sobretudo em Rosenmann (2007) e Vieira (2008, 2018). Foram analisadas decisões recentes de ministros do STJ e confrontadas com os artigos 3º, inciso I, 5º, inciso XXXVII, e 102º, *caput* da Constituição Federal, especialmente no que tange ao espírito de liberdade, de justiça e de solidariedade. Como resultado, constatou-se que o STF não cumpriu os preceitos constitucionais. Ademais, o Supremo acaba sendo em alguns momentos vítima e em outros o algoz da sua própria ação vitrinista.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; Limites; Democracia.

**Abstract:** *In recent years, public accusations against the Brazilian Supreme Court (STF) have increased, alleging that, in the conduct of the work, there are conversions of supra or paralegality motivated by interests averse to the Federal Constitution. In light of this, this text has dedicated itself to pondering the issue, based on two interrelated questions: Is the STF a constitutional court or a collegiate constitutional court? How is the internal regulation of the balance of powers among the ministers carried out? To answer them, a bibliographic study was conducted, using the deductive method, based mainly on Rosenmann (2007) and Vieira (2008, 2018). Recent decisions of STJ ministers were analyzed and confronted with articles 3, item I, 5, item XXXVII, and 102, caput of the Federal Constitution, especially regarding the spirit of freedom, justice, and solidarity. As a result, it was found that the STF did not comply with the constitutional precepts. Moreover, the Supreme Court ends up being at times the victim and at other times the executioner of its own vitrinist action.*

**Keywords:** Supreme Court; Limits; Democracy.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A Desarmonia entre os poderes. 2. Rosenmann e os Sistemas Democráticos de Representatividade. 3. O Vitrinismo Judiciário. 4. O STF e a divisão de poderes. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Nos anos 1980, o Brasil viveu o período de reabertura democrática após longos anos de ditadura militar e de supressão de direitos civis e políticos, momento em que havia um amordaçamento do judiciário. Nesse panorama, após o final do regime ditatorial, quando foram formadas as assembleias constituintes, as discussões e a aprovação do texto final da Constituição, assegurou-se que fosse conferida à Constituição a maior amplitude de direitos possíveis, com garantias formais e materiais de igualdade e justiça.

Além disso, o espírito legislador cuidou de que houvesse uma casa guardiã de tais prerrogativas, com atuação distinta e função precípua de atendimento a todos

aqueles que tivessem suas garantias constitucionais afrontadas. Era o panorama daquele momento e transmitia o desejo popular e técnico da nação.

Atualmente, já assentada a democracia e seus instrumentos de manutenção, as reiteradas denúncias públicas que vêm sendo feitas contra o Supremo Tribunal Federal (STF, doravante) brasileiro, afirmando que, na condução dos seus trabalhos, há conversões de supra ou paralegalidade, ora nas decisões, ora na demora em se decidir, por interesses próprios ou de terceiros, avessos àqueles determinados pela Constituição Federal, suscitam a criação de novos paradigmas de aperfeiçoamento dos controles jurisdicionais, tendo em vista que aquilo que era imprescindível para o processo de redemocratização brasileiro - o fortalecimento das instituições judiciárias - já foi atingido em seus patamares.

No afã de se assegurar o respeito à democracia, foi esquecido ou deixado de lado o controle de jurisdicionalidade ou de constitucionalidade daquele órgão que é incumbido justamente a guarda desses itens. Não há vigilância ou mecanismo interno de regulação da instância suprema no judiciário brasileiro.

Diante disso, neste texto, relativiza-se o poder concedido aos ministros ocupantes de cadeiras no STF, entendido em suas razões históricas e sociais brasileiras, mas atualmente convergido para “super-poderes”<sup>2</sup>. Para tanto, as recentes decisões censurantes advindas de Ministros, que não admitem críticas à condução de seu trabalho, são tomadas como objeto de estudo.

No intuito de demonstrar que há um hiato entre as decisões (individuais ou coletivas) e a aplicação dos princípios e normas da própria Constituição, este trabalho objetiva demonstrar o uso de manobras regimentais pelos ministros, tendo como objeto de estudo as decisões mais recentes do STF. Duas perguntas, que estão inter-relacionadas, guiam este texto: O STF é um tribunal constitucional ou um tribunal constitucional colegiado? Como se dá a regulação interna de equilíbrio de poderes entre os ministros?

Para respondê-las, foram utilizados como repertório teórico Rosenmann (2007) e Vieira (2008, 2018), que analisam, sucessivamente, as decisões judiciais baseadas em agendas próprias, usurpantes do espírito da justiça, e a ótica da democracia vista como uma vitrine, com itens a serem listados e cumpridos sem, no entanto, atentar-se ao perfil etimológico de seu significante. Este artigo aponta que, na realização dos trabalhos como órgão judiciário ou nas decisões individuais dos Ministros, há flagrantes ameaças ao processo de guarda da Constituição e dos valores republicanos contidos nela.

---

<sup>2</sup> O termo é compreendido neste texto como a ausência de limitação da atuação do Colegiado e dos ministros individualmente.

Para tal análise, utilizou-se o método dedutivo, a partir das pesquisas bibliográficas e historiográficas sobre decisões recentes do órgão e decisões isoladas de cada ministro. São confrontados, ainda, os artigos 3º, inciso I, 5º, inciso XXXVII, e 102º, *caput* da Constituição Federal, especialmente no que tange ao espírito de liberdade, de justiça e de solidariedade.

O texto encontra-se organizado da seguinte forma: inicialmente, discute-se a desarmonia existente entre os poderes, os quais são enviesados por interesses e rivalidades; posteriormente, discorre-se, com base em Rosenmann (2007), sobre os sistemas democráticos de representatividade; na sequência, explicita-se o conceito de vitrinismo judiciário e, por fim, analisa-se o STF e a divisão dos poderes.

## 1. A DESARMONIA ENTRE OS PODERES

Não é nenhuma novidade a constante variação do poder entre o legislativo e o judiciário. Em alguns momentos históricos, o poder executivo é incluído nessa disputa. De fato, por meio de uma análise da evolução histórica realizada em países que adotaram o *civil law*, verifica-se que a alternância de poderes que se sobrepõe ao demais há muito tempo é uma realidade em diferentes países.

Na França do no Séc. XVIII, a proposta era a substituição do absolutismo e das fortes imposições feitas pelo Estado em detrimento da classe burguesa e conseqüentemente de seu crescimento econômico. Considerando que a mola propulsora da revolução foi a economia, é inegável que esse fenômeno foi capaz de colocar o poder legislativo em uma condição de destaque em relação aos demais poderes, germinando desde então, uma falsa isonomia entre os poderes.

Segundo Sieyès (2001), o domínio da Lei substituiria a idolatria absolutista, já que somente pode ser considerado lei aquilo que o povo decidiu para si, fazendo com que o poder legislativo se tornasse delegado da soberania legislativa do povo. Em sua obra, o autor afirma a doutrina da soberania da Nação, dizendo que: “em toda Nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria Nação” (Sieyès, 2001, p. 113).

Nessa postura, fica evidente a ideia de democracia decorrente do poder sendo exercido pelo povo. Corroborando com essa perspectiva, Montesquieu afirma que “na República, o povo conjunto possui o poder soberano” (Montesquieu, 2000, p. 18). Trata-se, portanto, de uma democracia em que há uma predominância do poder legislativo em relação ao poder judiciário.

Como reação a esse movimento de prevalência legislativa, o Judiciário passa a se opor, sustentando que há um notório déficit de conhecimento jurídico do

Parlamento, e que a estrutura consensual das leis torna-se um ambiente propício para que se reproduzam os antagonismos dos interesses sociais (Maus, 2000).

No Brasil, esse processo se deu atravessado por momentos de democracia e de regimes autoritários, e, muito recentemente, somente após 1985, foi assentado de forma clara o regime democrático, republicano, eivado de liberdades individuais e políticas. O movimento Constituinte que se estendeu até a promulgação, em 1988, da atual Constituição é prova incontestante deste espírito. Para Barbosa, “Pode-se falar, nesse sentido, em um processo constituinte com alto grau de reflexividade, ou seja, com acentuada vocação para problematizar a si próprio. Qual era a sua grande tarefa?” (Barbosa, 2015, p. 51).

E a tarefa que se deu à Constituição foi a de ser a grande mãe da nação, chamada pelo mundo de Constituição cidadã, ampla nos direitos e rígida na garantia desses. Com relação aos entes, preconiza a harmonia entre os poderes, o que evidencia um desejo de equidade quando de sua criação legislativa, como se destaca no Art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988).

No entanto, não há dúvida que o judiciário, na figura do STF, hoje tem primazia em relação aos demais poderes, haja vista a configuração histórica brasileira que impõe a esse órgão a guarda da Constituição, como indicado no Art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (Brasil, 1988, destaque nosso). A atuação do órgão e seus membros é recoberta de uma *legalidade irrestrita*, entendida aqui como um poder de atuação acima dos demais entes, fiscalizando suas atividades e reparando eventuais falhas de atuação, impondo os posicionamentos do STF como as únicas vias possíveis de interpretação e direcionamento. A esse respeito, Vieira (2018) argumenta:

Ao criar uma constituição tão ambiciosa, com uma carta de direitos tão ampla; ao estabelecer que os direitos fundamentais têm aplicação imediata; ao estabelecer inúmeros remédios para lhe assegurar a eficácia, inclusive contra a omissão dos demais poderes; ao estabelecer que uma lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito; e ao impedir que os direitos possam ser abolidos, mesmo por emendas; por tudo isso, não resta dúvida de que o constituinte conferiu ao Judiciário, a começar pelo STF, o dever de assumir uma postura responsiva, ao menos no que se refere à proteção dos direitos fundamentais. Ao Supremo foi atribuída a função, em última instância, de resolver problemas decorrentes da falta de clareza do conteúdo das normas constitucionais, assim como arbitrar a eventual tensão existente entre essas normas, inclusive colaborando na construção de alternati-

vas para a solução de problemas relacionados à sua efetividade (Vieira, 2018, p. 69).

A discussão proposta aqui é uma leitura atualizada dessa relação de poder, haja vista que, na esteira dessa legalidade, esconde-se atualmente a inquestionabilidade atribuída do órgão, um sentimento que permeia os demais entes e suscita dúvidas sobre sua atuação. Em 2005, com a adoção das súmulas vinculantes, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo (Vieira, 2008), as quais foram destinadas a erradicar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Se, de outra maneira, não era possível convencê-los a mudar seus julgados, passou-se então enquadrá-los na *legalidade irrestrita*, não permitindo mais decisões de 1º ou 2º grau sem a observância das súmulas.

Percebe-se, desse modo, que, desde então, a *supremocracia* (Vieira, 2008) refere-se, inicialmente, como destaca Vieira (2008), “à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil”, acelerada e exacerbada neste íterim. Assim, admite-se que “finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo. No caso específico, o “*s*” minúsculo do adjetivo vale mais que o “*S*” maiúsculo que convencionalmente reservamos aos órgãos máximos da República” (Vieira, 2008, p. 445, grifos nossos).

De outro lado, um movimento que vem crescendo na atualidade, do ponto de vista do processo político como um todo, é a judicialização da política, o que contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes (epitomizado no conflito entre tribunais constitucionais e o Legislativo ou Executivo), que não é necessariamente deletério da democracia. O ponto a ser discutido nesse primeiro momento é a posição do STF como Tribunal Constitucional e o confronto dessa posição face ao posicionamento individual dos Ministros que o integram, o que foi denominado na academia de *Ministocracia* (Argueles; Ribeiro, 2018).

Os ministros utilizam-se de possibilidades regimentais para alterar o curso de ações individuais ou coletivas de acordo com suas próprias convicções e agendas pessoais. A exemplo, em 2016, o ministro Gilmar Mendes, por liminar individual, suspendeu a nomeação do ex-presidente Lula como ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff (Oliveira, 2016). Essa situação permaneceu assim por tempo suficiente até que se perdessem o objeto e a finalidade da nomeação, pois somente liberou o julgamento três anos depois (Oliveira, 2019), quando a Presidenta já havia sofrido *impeachment* há dois anos.

Tecnicamente, como liminares monocráticas, essas e outras decisões individuais do período seriam precárias, excepcionais e dependentes de confirmação do plenário em um futuro próximo. Na prática, porém, ou o plenário sequer chegou a

se manifestar sobre essas e outras liminares monocráticas de grande magnitude política ou, quando o fez, a decisão individual já havia alterado decisivamente o *status quo*. A ação do ministro, do ponto de vista técnico, é revestida de legalidade, prevista em regimento interno, contudo, sob o prisma político, há uma clara determinação partidária na decisão, alinhada com a agenda individual do ministro, que não pode ser questionada ou reexaminada, pois o STF é a última instância, isto é, as suas decisões são irrecorríveis, indicando um super-poder, enfim.

Em outra ocasião de 2016, o ministro Luiz Fux suspendeu e mandou reiniciar, na Câmara dos deputados, a tramitação do pacote de “10 medidas contra a corrupção” (Oliveira, 2017), que havia sido alterado sobremaneira no texto pelos parlamentares. Significa dizer que o projeto inicial havia sofrido alterações significativas, mas estava seguindo o curso legislativo de votações, conforme preleciona a Constituição, e um (super) ministro, utilizando seus poderes de *legalidade irrestrita*, determinou que o processo legislativo fosse interrompido naquele ponto e voltasse ao início, para que fosse discutido (novamente) o texto inicial da proposta de lei.

Não é preciso grande reflexão para compreender a invasão e a desarmonia de poderes ocorridas em ambas as ocasiões, flagrantemente capitaneadas por interesses pessoais, em que um membro do judiciário dita ordens ao poder legislativo, com o qual deveria haver total independência. É preciso destacar que as decisões retrocitadas foram tomadas de forma individual pelos ministros, ou seja, há um órgão colegiado, porém, os membros atuam sem observar as convicções dos colegas, confirmando a gestão da *ministrocracia* brasileira, cooptada por agendas políticas e se valendo das prerrogativas regimentais na realização destes propósitos.

## 2. ROSENMANN E OS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS DE REPRESENTATIVIDADE

Propósitos pessoais e agendas individuais sendo cumpridas são aspectos permitidos pelo regimento do STF e assentidos pela Constituição, o que confere aos ministros poderes acima de todos, dentro de uma aura de legalidade irretocável. No entanto, as consequências dessas ações são sentidas politicamente pela nação e pelas demais estruturas do Estado que ficam a mercê de um órgão desgovernado, que não se fecha internamente em seus direcionamentos como colegiado.

Esse quadro pode ser associado à teoria da ordem sistêmica, Rosenmann (2007), a qual adverte que, para a construção semântica das democracias modernas e representativas, são criados sistemas eleitorais complexos, com normas e regulamentos técnicos que parecem compor um quadro de acesso horizontal-

zado e isonômico para todos, porém, de difícil acesso às candidaturas e vitórias de cidadãos pobres, resultando que os eleitos frequentemente não refletem em nada os ideais democráticos de liberdade, de fraternidade, e igualdade. Assim, têm-se situações flagrantes de autoritarismo sob o manto da eleição democrática, denominada pelo autor como *democracia de vitrine*.

Para Rosenmann (2007), na sedimentação do mundo moderno ocidental, diversos itens foram propagandeados como afirmações de democracia e transmitidos à exaustão de forma simplificada de forma que toda a coletividade se compreende vivendo sob a ordem democrática desde que se cumpram os requisitos: votação, anonimato na votação, pluripartidarismo, liberdade de candidaturas, contagem de votos representativos por estados da federação etc. Esses são todos itens de uma lista cumprida à risca pelos países livres e tidos como salvaguardas contra acusações de tirania, de terrorismo ou de imperialismo político.

No entanto, quando se desdobram esses requisitos, é possível perceber que o acesso às plataformas eleitorais se dá apenas para alguns membros de uma elite centenária comum, e que os dotamentos orçamentários, bem como nomes indicados para comissões dos partidos, são regidos por interesses lobistas. No Brasil, essa elite comumente tem sido chamada de “bancada”, identificando-se, assim, a “bancada ruralista”, a “bancada religiosa”, a “bancada armamentista” etc.

O que Rosenmann (2007) denuncia em seu texto é que, a propósito de esmaecer o núcleo conceitual do que significa ser democracia, a população se acostuma e é permissiva com diversas ações anti-democráticas, com corrupções e digressões, sendo tolerante em nome da manutenção da ordem Republicana. Nessa perspectiva, acredita-se que se vive em uma democracia, há uma vitrine de exportação, com urnas e votos contados, mas ela não é experimentada em seu gosto crucial, aquele de liberdade de expressão, de manifestação, de credo e de afetividade; não tem-se nem um terço daqueles direitos humanos dos pactos aos quais o país é signatário.

No que tange ao STF brasileiro, as decisões tergiversadas dos ministros do STF se mostram ora como infantaria de guerra contra atores e sistemas políticos inimigos, ora como infantes ególatras que produzem agastamentos por puro avesso aos colegas também ministros<sup>3</sup>, o que ficou recentemente escancarado em uma discussão em plenária na qual a verborrágica manifestação dos ministros se

<sup>3</sup> Ver o artigo “Você é uma pessoa horrível, uma mistura do mal com atraso e pitadas de psicopatia”, diz Barroso a Gilmar, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/276801/voce-e-uma-pessoa-horrivel-uma-mistura-do-mal-com-atraso-e-pitadas-de-psicopatia-diz-barroso-a-gilmar>. Acesso em: 30 abr. 2019.

afastou diametralmente do que sonhou o Constituinte de 1988 para seus guardiões, *in verbis*:

Me deixa de fora desse seu mau sentimento. Você é uma pessoa horrível. Uma mistura do mal com atraso e pitadas de psicopatia. Isso não tem nada a ver com o que está sendo julgado. É uma absurdo V. Exa. aqui fazer um comício, cheio de ofensas, grosserias. V. Exa. não consegue articular um argumento. Já ofendeu a presidente, já ofendeu o ministro Fux, agora chegou a mim. A vida para V. Exa. é ofender as pessoas. Não tem nenhuma ideia. Nenhuma. Só ofende as pessoas. Qual é sua ideia? Qual é sua proposta? Nenhuma! É bñlis, ódio, mau sentimento, mal secreto, uma coisa horrível. V. Exa. nos envergonha, V. Exa é uma desonra para o tribunal. Uma desonra para todos nós. Um temperamento agressivo, grosseiro, rude. É péssimo isso. V. Exa. sozinho desmoraliza o Tribunal. É muito penoso para todos nós termos que conviver com V. Exa. aqui. Não tem ideia, não tem patriotismo, está sempre atrás de algum interesse que não o da Justiça. Uma vergonha, um constrangimento (Barroso, 2018 *apud* "VOCÊ...", 2018).

Questiona-se, portanto, diante dos referenciais teóricos e dados empíricos selecionados, se hoje o STF conseguiria responder àquela pergunta feita pelo constituinte em 1988: *Qual é a sua grande tarefa?* Nos modos e termos em que se está, não somente a resposta, mas também o cumprimento, ficam prejudicados.

### 3. O VITRINISMO JUDICIÁRIO

*Não há dúvida que o STF é um importante ator no processo democrático; contudo, uma inquietude surge de decisões proferidas pelos Ministros, seja de forma individual ou produzida pelo poder de definir a agenda, o que "envolve escolher quando julgar um dado tema ou caso, habilitando ou impedindo decisões judiciais em momentos específicos" (Hartmann; Ferreira, 2015, p. 25).*

Nessa direção, como destaca Rosenmann (2007, p. 13),

A democracia torna-se uma confusão simbólica de ordens institucionais que é legitimada por outros meios, se identifica com edifícios, bandas presidenciais, votos, censos e padrões eleitorais, também com liberdades públicas e privadas: associações, greve, liberdade de mercado.

Além da democracia, a guarda da Constituição também é confundida por ordens simbólicas institucionais e legitimada como eficiente por meio de vistas aos autos, suspensões, liminares individuais, decisões monocráticas, julgamentos incluídos ou retirados de pauta etc. No entanto, se forem observadas detidamente as razões de tais atos, constata-se que há um sem-número de razões para eles e

nenhuma delas é constitucional. Funciona a todo vapor o órgão, porém, na mesma medida das democracias modernas, é uma amostra do que poderia ser, usurpada de essência e significado, usada apenas como vitrine de cumprimento de normas, esvaziadas de seu sentido precípuo.

O mais recente imbróglio escandaloso resultou do ato do Ministro Presidente do STF, Alexandre de Moraes, em censurar as reportagens da revista *Crusoe* e do site *O Antagonista* (Bomfim, 2019), que teciam críticas a outro ministro, Dias Toffoli. Essa decisão esteve longe de representar uma manifestação colegiada do STF; pelo contrário, foi alvo de inúmeras críticas de seus pares. Outro ministro, mais antigo, Celso de Mello, também criticou a censura, embora não tenha mencionado diretamente o episódio da revista e do site: “censura – “mesmo aquela ordenada pelo Poder Judiciário” – é ‘ilegítima’, ‘autocrática’ e ‘incompatível’ com liberdades fundamentais consagradas pela Consituição” (D’Agostini, 2019, destaques no original).

Com relação às liminares, as decisões individuais dos Ministros também indicam que o posicionamento está longe de ser considerado uma manifestação do Tribunal, mas indicam uma tensão constante entre os posicionamentos adotados pelos ministros integrantes do STF para fazer valer seu posicionamento em face de seus pares.

Liminares individuais são a face mais visível do problema. Não esgotam, porém, os recursos que os ministros do Supremo têm para afetar a política (Argueles; Ribeiro, 2018). Utilizando seu poder de pedir vista, o ministro Gilmar Mendes controlou, por vários meses, o andamento, no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), do processo de cassação da chapa Dilma/Temer, enquanto novas revelações da Lava Jato tornavam mais crítica a situação de Dilma Rousseff e a sua relação com o Congresso (Argueles; Ribeiro, 2018). A questão das liminares se complementa pela agenda, que revela uma arquitetura institucional que tem sido decisiva para a política brasileira. Esses poderes de agenda e de decisão individual no funcionamento do STF, que mescla o poder de decidir liminares monocráticas e o poder de submissão dessas liminares para apreciação das turmas e do plenário, criam um vácuo entre as decisões individuais sem controle coletivo (Argueles; Ribeiro, 2018).

Rememorando os ensinamentos de (Maus, 2000), no século XX, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana apresenta-se como obra das marcantes personalidades de juízes que fizeram sua história constitucional, os quais aparecem como “profetas” ou “deuses” do Olimpo do direito. No mesmo sentido, Dworkin (1985) fala do judiciário e de sua interação com o conjunto do sistema político, por suas implicações abrangentes, constituindo-se um meio de articu-

lação de conflito e uma forma de exercício da autoridade política extremamente importante nas democracias constitucionais.

É improvável que democracias atuais se mostrem favoráveis a um modelo jurídico político despido de controle de constitucionalidade, colocando em xeque a própria legitimidade da democracia. A questão é definir se um tribunal constitucional que amplia seus limites, avançando sobre limites inerentes a outros poderes, que decide individualmente por liminares, com poder de formar a pauta, não seria também prejudicial ao processo democrático.

#### 4. O STF E A DIVISÃO DE PODERES

O termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes (Vieira, 2008). No entanto, a ideia de ter uma corte no centro de um sistema político não é nova, já que o conflito existente entre os poderes dos Estados é uma realidade em inúmeros países: já foi assim na Alemanha, na época de Weimar, desde lá são encontradas inúmeras defesas das prerrogativas dos juízes frente ao legislador democrático (Maus, 2000). Para Kauffman (1927 *apud* Maus, 2000), uma ascensão dos juízes seria fundada na ideia de superação do direito natural do iluminismo na análise dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, a justiça deveria ser revelada por um receptáculo puro, que é o juiz, e, por fim, uma decisão justa só poderia ser tomada por uma personalidade justa.

Qualquer ascensão do STF em detrimento dos demais poderes que seja capaz de permitir que o Tribunal Constitucional possa discutir sua própria competência e métodos de interpretação constitucional, menosprezando limitações constitucionais, deve ser vista com cautela. Essa sobrevida da *Legibus Solutus*, relatada por (Maus, 2000), agora em uma versão diferente, se arrima na existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, de modo que a Constituição vigente passa a ser objeto de controle de sua própria constitucionalidade.

Assim, a competência do STF — como de qualquer outro órgão de controle da constitucionalidade já conhecido — não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em uma posição privilegiada, rompendo com os limites de qualquer competência estabelecida pelo texto constitucional. Surge, inegavelmente, um embate entre o poder judiciário e os demais poderes constitucionalmente previstos, de tal forma que o artigo 2º da Constituição Federal, que trata da separação dos poderes e de todos os demais dispositivos consectários, pode ser relido, de forma que o STF esteja na condição de dar a última palavra.

Outra questão relevante a ser apontada é o julgamento que está sendo conduzido pelo Plenário do STJ que discute se há omissão do Congresso Nacional em não editar uma lei que criminalize atos de homofobia e a transfobia. O tema está em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e no Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin.

Afora as questões da (des)necessidade de editar uma lei nesse sentido, que fogem ao objeto do presente artigo, o ministro Celso de Mello, relator da ADI, na conclusão de seu voto, reconheceu a omissão legislativa e recomendou a interpretação da Constituição Federal para enquadrar atos de homofobia e de transfobia nos tipos penais previstos na legislação para os crimes de racismo até que o Congresso Nacional aprove lei específica sobre a matéria.

Na avaliação do decano, é inquestionável a inércia do Congresso Nacional em editar lei penal que torne crime a violência contra gays, lésbicas, travestis e demais integrantes da comunidade LGBTQ+. Tal posicionamento foi seguido pelos ministros Alexandre de Moraes, Luis Roberto Barroso e Edson Fachin.<sup>4</sup>

Ao que tudo indica, caminha-se para uma votação favorável à criminalização de um comportamento humano, por meio de um novo tipo penal criado em uma fonte diversa do legislativo. Importante ressaltar que, nesse sentido, a Constituição Federal já prevê que a competência é privativa da união para legislar sobre matéria penal, nos termos do artigo 22 inciso I da Carta Maior, o que significa dizer que se o STF criar de fato uma norma, estará agindo em contrariedade ao que dispõe a Constituição.

Foi nesse sentido a manifestação do advogado-geral da União (AGU), André Mendonça, que reprovou qualquer tipo de conduta ilícita contra a liberdade de orientação sexual, mas entendeu que o Judiciário não tem poderes legais para legislar sobre matéria penal, somente o Congresso.

No entendimento de Mendonça, os atos considerados como homofobia podem ser enquadrados em outras condutas criminais já previstas no Código Penal. Essa foi a primeira sustentação do ministro no STF após sua nomeação. “Todo e qualquer cidadão, indistintamente, merece a devida proteção na forma da lei” (STF..., 2019).

Do mesmo modo, em análise ao artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal, fica clara a redação do princípio da legalidade no seguinte excerto: “não

---

<sup>4</sup> Para mais detalhes, acessar o portal do STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403970>. Acesso em: 30 abr. 2019.

há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal” (Brasil, 1988).

Na Lei 7.716/1989, em seu Art. 1º, destaca-se: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, logo não há previsão acerca do preconceito pela liberdade de orientação sexual” (Brasil, 1989). Portanto, para se chegar à utilização de figura típica, a solução seria a analogia com a referida lei, rompendo outro limite conhecido pela própria legalidade, vetando qualquer analogia penal em prejuízo do acusado ou analogia em norma penal incriminadora.

O julgamento encontra-se sobrestado, no entanto, ainda que haja maioria de votos ou uma improvável unanimidade, a questão maior reside na pergunta feita crucialmente por este trabalho: teria o STF assumido uma posição prejudicial para a democracia e também posturas que pertencem ao legislativo?

## CONCLUSÃO

Respondendo às perguntas iniciais de investigação, conclui-se que o STF é um tribunal constitucional colegiado, porém tem se comportado e sido manejado nos últimos anos como um órgão de decisões individuais, pois não há como dissociar as decisões da origem de classe dos guardiões da Constituição, tendo em vista que cada um carrega consigo os juízos de valor e moral pré-estabelecidos. Não era de se esperar outro comportamento: os privilégios de classe e de casta são a tônica dos tribunais brasileiros, com decisões sequestradas e orquestradas para manutenção de seus poderes e regalias.

É inegável a influência que a origem do indivíduo exerce sobre sua conduta profissional, de forma que os ministros imprimem a cada decisão a carga de classe que existe em sua moral, assim, a regulação interna de equilíbrio de poderes entre os ministros se vê pelas polêmicas e discussões que envolvem o STF, as quais são diretamente proporcionais ao crescimento da importância que seus julgados representam no momento atual.

Um protagonismo que, por um lado, permite ao STF dar a última palavra, mas que, por outro, avoca a irresignação e a inconformidade de outros poderes que compõem a República e o Estado de Direito. Essa inconformidade não isenta nem mesmo o próprio STF quando profere decisões questionáveis, a exemplo das liminares em caráter individual que ferem os princípios das decisões colegiadas e que, não raro, são mantidas mediante recursos e estratégias processuais que privilegiam a individualidade e não a coletividade.

Tais decisões se fundamentam em posicionamentos individuais de cada ministro e se perpetuam com base em ideários e posições distintas, cristalizando-se, com o passar do tempo, à míngua de outros recursos ou tribunais internos capazes de modificá-las. De fato, os poderes componentes da República sempre demonstraram interesse em se sobrepor aos demais, competindo pelo protagonismo, no qual judiciário e legislativo disputam o poder de dizer a última palavra.

Contudo, a divisão de poderes consagrada na Carta Política tem um ideário distinto, propondo uma atuação independente e harmônica entre eles, de modo que a eventual sobreposição de um dos poderes trará prejuízos a todos. O que se extrai disso é a possibilidade ímpar de conscientizar a população como um todo de seus deveres e responsabilidades, destacando a importância da participação popular nas questões político-jurídicas do Estado, evitando que o poder seja exercido de forma dissociada da vontade de seus verdadeiros titulares, afinal de contas todo poder emana do povo. Não devemos lutar pela substituição do poder que dá a última palavra, mas zelar pelo equilíbrio e independência entre as partes.

## REFERÊNCIAS

ARGUELES, Diogo Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos estud. CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n.1, p. 13-32, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/nec/v37n1/1980-5403-nec-37-01-13.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. O Legado do processo constituinte. In: SOUZA JUNIOR, G. G. et al. (Orgs). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. 1.ed. Brasília, DF: UnB, 2015. p. 51-54.

BOMFIM, Camila. Alexandre de Moraes revoga decisão que censurou reportagens de 'Crusoé' e 'O Antagonista'. *G1 Política*, Brasília, 18 de abril de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/18/alexandre-de-moraes-revoga-decisao-que-censurou-reportagens-de-crusoe-e-antagonista.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Senado Federal. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Brasília: Senado Federal, 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 30 abr. 2019.

D'AGOSTINI, Rosane. Censura é 'ilegítima', 'autocrática' e 'incompatível' com liberdades fundamentais, diz Celso de Mello. *G1 Política*, Brasília, 18 de abril de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/18/censura-e-ilegitima-autocratica-e-incompativel-com-liberdades-fundamentais-diz-celso-de-mello.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2019.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Harvard University Press, 1985.

HARTMANN, Ivar Alberto; FERREIRA, Livia da Silva. "Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo". *Revista Opinião Jurídica*, v. 13, n. 17,

p. 268-283, 2015. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/266/179>. Acesso em: 30 abr. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondart. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Mariana. Gilmar Mendes suspende nomeação de Lula como ministro da Casa Civil. *G1 Política*, Brasília, 19 de março de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/gilmar-mendes-suspende-nomeacao-de-lula-como-ministro-da-casa-civil.html>. Acesso em: 30 abr. 2019.

OLIVEIRA, Mariana. Para Luiz Fux, paralisar projeto anticorrupção é 'dar as costas para o povo'. *G1 Política*, Brasília, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/para-fux-paralisar-projeto-das-10-medidas-anticorrupcao-e-dar-as-costas-para-o-povo.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2019.

OLIVEIRA, Mariana. Após 3 anos, Gilmar Mendes libera para análise ação sobre nomeação de Lula como ministro de Dilma. *G1 Política*, Brasília, 13 de março de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/13/apos-3-anos-gilmar-mendes-libera-para-analise-acao-sobre-nomeacao-de-lula-como-ministro-de-dilma.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2019.

ROSENMANN, Roberto M. Roitman. *Democracias Sin Democratas y Otras Inventiones*. Madrid: Sequitur, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STF agenda para amanhã votação sobre a criminalização da homofobia. *Ig São Paulo*, São Paulo, 13 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2019-02-13/stf-homofobia-crime-julgamento.html>. Acesso em: 30 abr. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito da FGV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

"VOCÊ é uma pessoa horrível, uma mistura do mal com atraso e pitadas de psicopatia", diz Barroso a Gilmar. *Migalhas*, 21 de março de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/276801/voce-e-uma-pessoa-horrivel-uma-mistura-do-mal-com-atraso-e-pitadas-de-psicopatia-diz-barroso-a-gilmar>. Acesso em: 30 abr. 2019.

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD COLECTIVA, DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y CULTURALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS: EL CASO DEL PUEBLO INDÍGENA U'WA, LA PRESERVACIÓN AMBIENTAL Y CULTURAL DE LA ANCESTRALIDAD**

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE COLETIVA, DIREITOS POLÍTICOS E CULTURAIS DAS COMUNIDADES INDÍGENAS: O CASO DOS INDÍGENAS U'WA, A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E CULTURAL DA ANCESTRALIDADE**

***THE RESPONSIBILITY OF THE STATE IN THE PROTECTION OF COLLECTIVE PROPERTY, POLITICAL AND CULTURAL RIGHTS OF INDIGENOUS COMMUNITIES: THE CASE OF THE U'WA INDIGENOUS PEOPLE, THE ENVIRONMENTAL AND CULTURAL PRESERVATION OF ANCESTRALITY***

Yenifer Marcela Muñoz Ceron

Presidente da Associação Latinoamericana de Derecho Animal (ALDA), Mestranda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL- Brasil), Advogada e conciliadora em Direito pela Universidad de Nariño (UDENAR- Colômbia)

Tagore Trajano de Almeida Silva

Pós-doutor em Direito pela Pace Law School, New York/USA. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) com estágio sanduíche como Visiting Scholar na Michigan State University (MSU/USA). Coordenador do PPGD/UCSal. Professor Efetivo Adjunto "C" da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade Católica de Salvador (UCSal/BA).

**Submetido em:** 26/03/2023

**Aprovado em:** 15/04/2023

**Resumen:** *En el presente artículo se estudia la responsabilidad del Estado en la preservación ambiental, cultural y social de las comunidades indígenas, a partir de la revisión del caso del pueblo indígena U'wa, el cual es el primero en llegar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para tratar la violación de derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas en Colombia, pues esta comunidad no ha podido gozar de sus tierras de forma pacífica, debido a diferentes concesiones extractivas que se han efectuado a lo largo de los años, causándose vulneraciones a sus derechos a la consulta y participación, a la propiedad colectiva y al acceso a la información, poniendo en riesgo sus condiciones ambientales, sociales y la supervivencia de sus tradiciones culturales y espirituales; situaciones que incluyen las afectaciones causadas a la fauna de la región. La metodología utilizada es histórico hermenéutica, a través de la cual se cumplirá el objetivo general de sustentar diferentes propuestas para la protección de los derechos de las comunidades indígenas, que visen mejorar su situación en un plano general y efectivizar sus derechos. Se realizará la revisión de normas, doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando los factores jurídicos y culturales relevantes para los pueblos indígenas.*

**Palabras clave:** *Responsabilidad del Estado; Comunidades indígenas; Propiedad colectiva; Medio ambiente; Derechos Políticos y Culturales.*

**Resumo:** Este artigo estuda a responsabilidade do Estado na preservação ambiental, cultural e social das comunidades indígenas, a partir da revisão do caso do povo indígena U'wa, o qual é o primeiro em chegar à Corte Interamericana de Direitos Humanos para tratar a violação dos direitos territoriais e culturais dos povos indígenas na Colômbia, pois esta comunidade não tem podido desfrutar de suas terras de forma pacífica, devido a diferentes concessões extrativistas que foram feitas ao longo dos anos, causando vulnerações a seus direitos de consulta e participação, à propriedade coletiva e ao acesso à informação, colocando em risco suas condições ambientais e sociais e a sobrevivência de suas tradições culturais e espirituais; situações que incluem as afetações causadas à fauna da região. A metodologia utilizada é histórico-hermenéutica, por meio da qual se cumprirá o objetivo geral de sustentar diferentes propostas de proteção dos direitos das comunidades indígenas, que visem melhorar sua situação em um plano geral, e efetivar seus direitos. Se realizara a revisão de normas, doutrina e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerando os fatores jurídicos e culturais relevantes para os povos indígenas.

**Palavras-chave:** Responsabilidade do Estado; Comunidades Indígenas; Propriedade Coletiva; Meio Ambiente; Direitos Políticos e Culturais.

**Abstract:** *This article studies the responsibility of the State in the environmental, cultural and social preservation of indigenous communities, based on the review of the case of the U'wa indigenous people, which is the first to reach the Inter-American Court of Human Rights to deal with the violation of territorial and cultural rights of indigenous people in Colombia, since this community has not been able to enjoy their lands peacefully, due to different extractive concessions that have been made over the years, causing violations of their rights to consultation and participation, to collective property and access to information, putting at risk their environmental and social conditions and the survival of their cultural and spiritual traditions; situations that include the affectations caused to the fauna of the region. The methodology used is historic-hermeneutic, through which the general objective of supporting different proposals for the protection of the rights of indigenous communities, which aim to improve their situation in a general plane and make their rights effective, will be fulfilled. The norms, doctrine and jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights will be reviewed, considering the relevant legal and cultural factors for indigenous peoples.*

**Keywords:** *State Responsibility; Indigenous Communities; Collective Property; Environment; Political and Cultural Rights.*

**SUMARIO:** Introducción; 1. Protección de las comunidades indígenas: derecho y ancestralidad; 2. El caso del pueblo indígena U'wa: un paso más en la preservación ambiental y cultural de la ancestralidad; 3. La responsabilidad del estado en la protección de la propiedad colectiva y de derechos políticos y culturales de las comunidades indígenas; Conclusiones; Referencias.

Tierra no solo es el pedazo de polvo del que nacimos, tierra es historia, tierra es madre, tierra es el padre eterno, por eso todos somos hermanos, hombres, animales y cosas, tierra es dignidad, tierra es el espíritu de nuestros pueblos y de nuestros antepasados, tierra es vida según la visión indígena, tierra es historia, pero para el blanco es difícil entenderlo así. Berito Cobaria – Líder espiritual del pueblo U'wa (Corporación para la Investigación y Desarrollo de la Democracia, 2017, min 0.20).

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo trata sobre la responsabilidad del Estado en la preservación ambiental, cultural y social de las comunidades indígenas; en los capítulos siguientes se realizará un análisis de los derechos sobre los cuales cabe dicha responsabilidad, a partir del estudio del caso del pueblo indígena U'wa, el cual es el primero en llegar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para tratar la violación de derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas en Colombia<sup>1</sup>, en consonancia con el derecho al consentimiento libre, previo e informado, requerido para garantizar la preservación de los recursos naturales y áreas protegidas, que hacen posible la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas, y de su entorno, incluyendo la fauna y flora nativa. La metodología utilizada es histórico hermenéutica, con la cual se realizará una revisión normativa, doctrina y jurisprudencial sobre la materia, con el fin de sustentar diferentes propuestas para la protección de los derechos de las comunidades indígenas, que visen mejorar su situación en un plano general y efectivizar sus derechos.

Siendo así, en el primer capítulo se ilustrará la importancia de las comunidades indígenas para los Estados, como preservadores del patrimonio cultural inmaterial de las naciones y los hechos que las han dejado en situación de extrema vulnerabilidad, determinando la necesidad del establecimiento de medidas de protección a las comunidades indígenas, realizando un balance entre derecho y ancestralidad, en el cual, las pautas de protección encaminadas a la

<sup>1</sup> A septiembre de 2022 el caso contencioso aún se encuentra en trámite.

protección de territorios y recursos naturales pertenecientes a estos pueblos se encuentren en consonancia con la autonomía y cosmovisión indígena, brindándoles un acceso preferente al uso y disfrute de estos recursos, en respeto de sus usos, costumbres y espacios naturales, determinantes en la conservación de la riqueza cultural e ideológica que ellos preservan, conforme a los deberes del Estado y los derechos humanos de las comunidades indígenas.

En el segundo capítulo, se estudiarán los hechos relacionados a la protección de la identidad cultural del pueblo indígena U'wa, a partir del respeto a su cosmovisión, según la cual, ellos son guardianes de la tierra y deben preservar el equilibrio entre especies y entornos. Esta comunidad encabeza una lucha por la protección a sus derechos desde los años 90's, haciendo que su caso constituya un importante paso en la preservación ambiental y cultural de la ancestralidad, pues en él se discute la violación a los derechos a la libre determinación de los pueblos indígenas, a la propiedad colectiva y cultural, al consentimiento libre, previo e informado, a la vida y a la integridad personal, a un recurso judicial efectivo, al acceso a la información y a la libre expresión; los cuales se han visto afectados en esta comunidad por la concesión de licencias de explotación de recursos para multinacionales por parte del Estado, poniendo en riesgo sus elementos culturales identitarios, llevando el caso a la Corte Interamericana de Derecho Humanos, para realizar una discusión profunda del tema y de los derechos sobre los cuales se debe tomar acción.

En el tercer y último capítulo, se hará un análisis sobre la responsabilidad del Estado en la protección de la propiedad colectiva y de derechos políticos y culturales de las comunidades indígenas, reconociendo la importancia de la titulación oportuna y completa sobre los territorios indígenas, en sentido de asegurar la propiedad y posesión pacífica; también se hablará sobre la importancia del derecho a la consulta libre, previa e informada de las comunidades indígenas en relación a proyectos que tengan impacto sobre sus territorios, para así verificar la necesidad del establecimiento de parámetros más claros sobre la materia y que a su vez que busquen garantizar la preservación cultural de las comunidades indígenas y la ambiental de los territorios, lo cual también visa favorecer la preservación de especies nativas.

## **1. PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS: DERECHO Y ANCESTRALIDAD**

Los pueblos indígenas en Latinoamérica han pasado por procesos históricos de transformación, convirtiéndose en ejemplos de resistencia y adaptación, pues a lo largo del tiempo han sido víctimas de varios hechos, tales como la

colonización que los fraccionó culturalmente, de los grandes terratenientes que los desplazan de sus territorios, del catolicismo que se ha impuesto sobre las creencias ancestrales, de las multinacionales que buscan obtener sus recursos petroleros y mineros, del Estado que incumple con sus deberes de protección, de la sociedad que los juzga y olvida, y en el caso de Colombia, también han sido víctimas colectivas del conflicto armado que les costó muchas vidas; situaciones que en el caso del pueblo indígena U'wa los ha llevado a una posición de extrema vulnerabilidad llegando a estar en peligro de extinción (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

Conforme se estudiará más adelante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado precedentes jurídicos de protección para las comunidades indígenas como pueblos ancestrales importantes en la conservación de la cultura y patrimonio inmaterial de las naciones, tratando diversos aspectos que les generan vulnerabilidades, con ánimo de efectivizar su escala de protección, un tema considerado como punto de especial relevancia es el referente a la protección de sus territorios y recursos, pues con el creciente desarrollo y la necesidad de explotar recursos por parte de los Estados y de multinacionales, se ha puesto en riesgo la autonomía que las comunidades indígenas tienen sobre extensiones de territorios que les han pertenecido históricamente, pero que en la mayoría de los casos, poseen sin títulos o reconocimientos formales, actuales o completos.

Por estos motivos, los Estados en uso de su soberanía y como dueños de los recursos nacionales han dispuesto de territorios considerados sagrados, concediendo licencias de explotación y exploración de minerales, que han puesto en grave riesgo a las comunidades que allí habitan, pues se ha afectado su calidad de vida, el desempeño de actividades de cultivo y sostenimiento, la practica libre de sus costumbres y su conservación física y cultural en todos los aspectos, pues esas concesiones permiten la entrada de agentes de riesgo sobre espacios nunca antes afectados, acabando con la vida de diversas especies de animales y de plantas nativas.

Debido a esta problemática, la Corte Interamericana paulatinamente ha sentado precedentes de protección para las comunidades, en respeto de su autonomía, cosmovisión y libre ejercicio de derechos y libertades, así ha determinado como primer margen de protección que los pueblos y las comunidades indígenas podrán acceder de forma preferente al uso y disfrute de los recursos naturales que se encuentren en los territorios que ocupan, conforme a sus tradiciones y costumbres, estableciendo situaciones que deben ser estudiadas a la luz del derecho internacional y en perspectiva de la protección social de pueblos indígenas y tribales.

Uno de los casos más recientes estudiado por parte de la Corte Interamericana es del pueblo U'wa, caso en el que debe realizarse un análisis de fondo sobre los factores de vulnerabilidad mencionados anteriormente, para tomar consideraciones conforme a las necesidades actuales de las comunidades indígenas bajo esquemas de protección completos que mantengan el equilibrio en su relación con el Estado y la conservación de sus prácticas.

Esta consideración resulta de gran importancia debido a que, para los indígenas la vinculación con la tierra es de suma importancia, el concepto de Madre Tierra o Pachamama es considerado como 'toda la vida', constituyendo la base física, cultural y espiritual de su existencia, en la cual el papel del hombre es el de guardián de los recursos y de su pureza (Catrin; Curihuinca, 2014), basando su existencia en buen vivir indígena, que implica el respeto por todo aquello que los rodea, ejecutando sus actividades en armonía con la naturaleza y en aplicación de sus saberes y creencias; por lo tanto, este aspecto relacional es de gran importancia en el análisis de casos que impliquen el estudio de derechos de pueblos indígenas, pues las decisiones no deben ser tomadas en base a argumentos de puro derecho, sino que también deben considerar elementos históricos, culturales y sociológicos de las comunidades.

Bajo estas consideraciones, se analizará este caso de gran relevancia para la protección de las comunidades indígenas, pues como se verá a continuación, el pueblo U'wa no ha podido gozar de sus tierras de forma pacífica, causándose vulneraciones a sus derechos a la consulta y participación, a la propiedad colectiva y al acceso a la información poniendo en riesgo sus condiciones ambientales y sociales, y la supervivencia de sus tradiciones culturales y espirituales.

## **2. EL CASO DEL PUEBLO INDÍGENA U'WA: UN PASO MÁS EN LA PRESERVACIÓN AMBIENTAL Y CULTURAL DE LA ANCESTRALIDAD**

El pueblo indígena U'wa cuyo nombre traduce 'gente inteligente que sabe hablar' es una comunidad milenaria que tiene aproximadamente 7.500 integrantes y se encuentra ubicada en un resguardo indígena de 352.422 hectáreas, en la zona noreste de Colombia entre los departamentos de Arauca, Boyacá, Norte de Santander, Santander y Casanare (Organización Nacional Indígena de Colombia, 2018, p. 1).

Como se refirió anteriormente, para las comunidades indígenas, los factores culturales son de gran relevancia, pues reflejan su forma de ver el mundo a partir de su cosmovisión y de sus propias historias, que transmiten su legado y construcciones ideológicas, en el caso de esta comunidad:

Conforme a la cosmovisión de la Nación U'wa, Sira, padre creador, les delegó el rol de ser guardianes de la "Madre Tierra", deben mantener el equilibrio entre el mundo de arriba y el de abajo, entre el cielo, la tierra y el subsuelo. Para los U'wa, los recursos naturales como el petróleo, el gas, el carbón y otros minerales son sagrados. El petróleo es la sangre de la Madre Tierra, por esta razón no debe ser extraído. Es por esto, que a la luz de la cosmovisión U'wa la operación de las industrias extractivas crea desarmonía y desequilibrio, lo que lleva a la desaparición de la cultura y las especies, incluidos los seres humanos (Earth Rights International, 2022, p. 1).

Por eso para esta comunidad indígena, la vinculación con los territorios ancestrales *kerá shikará*, tiene un especial significado, pues Sira les dejó un legado para su cuidado, a partir de principios que deben regir su relación con la vida, su buen vivir, reflejado en el trato y cuidado del agua, del suelo y las montañas, para tener armonía con la naturaleza y los animales en el territorio que, desde su cosmovisión, les fue heredado (García, 2022, p. 5)

La ONG Earth Rights International (ERI) ha acompañado al pueblo U'wa en el proceso contra el Estado colombiano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>2</sup>, en la que los reclamos principales han sido sobre la trasgresión de la identidad cultural, social y de respeto a la autonomía, la imposición de los proyectos extractivos y el no reconocimiento de su presencia ancestral y el dominio territorial de la comunidad indígena (García, 2022, p. 7), pues desde principios de los años 90 los U'wa han luchado por proteger su territorio contra los intereses extractivos del estado, el cual no ha reconocido los derechos de propiedad colectiva, ni ha garantizado los derechos a la tierra sobre el territorio que ha sido de los U'wa por generaciones, pues ellos cuentan con títulos de tierras reconocidos por la Corona española de 1661 que debido a los precedentes jurídicos colombianos, siguen siendo válidos y extienden la propiedad a los recursos del subsuelo.

Desde 1995 el Estado colombiano ha concedido licencias de estudios a multinacionales sobre los territorios del pueblo U'wa en el bloque Samoré, desde ese momento comenzó una lucha por la reivindicación de los derechos de la comunidad, quien nunca fue consultada sobre estas concesiones, a lo largo de

---

<sup>2</sup> La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia (Organización de Estados Americanos, 2020, p. 2).

los años se presentaron acciones de tutela y recursos en busca de protección que nunca se efectuó. El 28 de abril de 1997, los U'wa, con el apoyo de varias organizaciones colombianas e internacionales, presentaron una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra la concesión de la licencia de Samoré y la falta de consulta previa (Earth Rights International, 2022, p. 2).

La situación del conflicto armado agravó la situación de la población, pues defensores de los U'wa oriundos de Estados Unidos fueron asesinados por las FARC, quienes a su vez bloqueaban el acceso de recursos a la comunidad como medida de represión para obligarlos a salir de sus territorios, a través de los años las licencias de explotación se mantuvieron, extendiéndose a la zona de Gibraltar y dividiendo el bloque Samoré en los bloques Siriri y Catleya; en 2002 se transfirió dicha concesión a la empresa Ecopetrol, y a pesar de que la comunidad siempre mostró oposición y rechazo a las consultas que la multinacional esperaba realizar, las licencias fueron sostenidas (Earth Rights International, 2022).

En 2007 se dieron concesiones mineras para la explotación de carbón, a lo largo de los años los ataques a los oleoductos en los territorios indígenas por parte de agentes armados en medio del conflicto armado, alteraron la paz y tranquilidad del pueblo U'wa, contaminando sus tierras y afectando a todas las especies de animales y la flora nativa, esenciales en su cosmovisión ancestral y cultural.

En 2015 la comunidad indígena junto a diferentes organizaciones que la apoyan, presentó ante el Consejo de Estado colombiano una acción de nulidad contra los actos de concesión, debido a que los daños ambientales persistían y se estaban incrementando, sin embargo, no se tomaron determinaciones al respecto, a su vez en julio de 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aceptó la petición de los U'wa contra el Gobierno de Colombia, por la violación de sus derechos humanos como consecuencia de la falta de reconocimiento y protección de su territorio (Earth Rights International, 2022, p. 2).

En 2016 AsoU'wa, EarthRights y CAJAR presentaron un informe con sus consideraciones sobre el fondo del caso ante la CIDH, en 2017 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tomó las primeras medidas cautelares a favor de los U'wa, para la suspensión provisional de la concesión minera, en 2019 la CIDH encontró a Colombia responsable por las vulneraciones a los derechos humanos y por la vulneración de los derechos culturales, la integridad étnica y cultural del pueblo, dejándolos en riesgo de extinción.

En 2020 debido al asesinato de un líder U'wa a manos de Ejército Nacional colombiano durante un enfrentamiento con el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y ante el incumplimiento de las recomendaciones efectuadas al Estado para que cese la vulneración de los derechos, la CIDH envió el caso del pueblo indígena U'wa vs. Colombia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo este el primer caso presentado a la Corte Interamericana sobre la violación de los derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas en Colombia (Earth Rights International, 2022, p. 10).

Bajo estas consideraciones de hecho, se evidencia que este caso se vincula con los derechos sobre el territorio y los recursos naturales, protegidos por la vinculación ancestral de la comunidad y la concesión de las tierras efectuada desde los tiempos coloniales, donde su protección garantiza los derechos a la libre determinación, al acceso a la información, a los derechos políticos y culturales, al consentimiento libre, previo e informado y el acceso a recursos judiciales adecuados requeridos para garantizar la supervivencia de las comunidades indígenas, derechos que serán estudiados a continuación, conforme parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia y por las leyes internacionales referentes a este tema.

### **3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD COLECTIVA Y DE DERECHOS POLÍTICOS Y CULTURALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS**

Considerando las vulneraciones que ha sufrido el pueblo U'wa, la Comisión Interamericana, encontró como responsable al gobierno de Colombia por las afectaciones que ha afrontado esta comunidad, en ese sentido:

En el informe de fondo, la CIDH concluyó que la falta de titulación oportuna y completa, así como las demoras en el saneamiento del territorio del Pueblo U'wa, incluyendo las falencias del Estado en asegurar la propiedad y posesión pacíficas, son contrarias a la obligación de efectuar un reconocimiento de la propiedad colectiva, con la seguridad jurídica necesaria para lograr una protección efectiva del derecho a la propiedad, así como su posesión pacífica y exclusivamente indígena.

Por otra parte, la Comisión determinó que el Estado no cumplió con el derecho a la consulta previa, libre e informada, al otorgar permisos, licencias y concesiones para la realización de proyectos petroleros, mineros y de infraestructura en tierras del Pueblo U'wa o en zonas adyacentes a las mismas, que podían afectar sus tierras, territorios y su forma de vida. Mucho menos, el Estado colombiano procuró obtener el

consentimiento del pueblo U'wa, no obstante, varios de los proyectos pueden considerarse planes de desarrollo o de inversión a gran escala con un impacto muy severo en la supervivencia del pueblo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020, p. 1).

Por lo tanto, según este informe el Estado colombiano debe tomar medidas para hacer efectivo el derecho a la propiedad colectiva del Pueblo U'wa para que logre la titulación completa y el saneamiento de su territorio ancestral, reparando las consecuencias de las violaciones ya causadas, verificando que la toma de medidas garantice que estos hechos no se continuaran ejecutando y se dispongan recursos eficaces para la protección de los derechos de los indígenas en sus comunidades ancestrales, junto con la reparación de los espacios naturales afectados y las especies perjudicadas.

A estas medidas se suma la necesidad de reparación por falta de cumplimiento de las recomendaciones que realizó la CIDH en el Informe de Fondo No. 146/19, pues esto implica cuestiones de orden público interamericano (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020), por lo que en este caso es importante generar análisis sobre la propiedad ancestral de los pueblos indígenas y su reconocimiento a la posesión exclusivamente indígena sobre sus territorios<sup>3</sup>, hechos como los ocurridos con la comunidad U'wa reflejan la necesidad de establecer parámetros más claros en materia de consulta previa en proyectos que involucren a territorios indígenas y las obligaciones del Estado respecto a su conservación, considerando el impacto que toda decisión estatal tiene respecto a las comunidades más vulnerables.

En la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ya se ha reconocido el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales, afirmando que los pueblos indígenas tienen derechos de propiedad comunal sobre las tierras que han cuidado y ocupado tradicionalmente, esta propiedad no se fundamenta en el reconocimiento del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales basado en las culturas jurídicas indígenas, constituyendo un sistema consuetudinario de tenencia de la tierra, así, en el caso Pueblo Xucurú y sus miembros vs. Brasil, la Corte Interamericana señaló respecto a la propiedad colectiva de las tierras y territorios de los pueblos indígenas, que:

- 1) La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;
- 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el

<sup>3</sup> Derechos a la propiedad colectiva (artículo 21), al derecho de acceso a la información (artículo 13), derechos políticos (artículo 23) y derechos culturales (artículo 26) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad; 6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio; 7) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y 8) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales. La relación especial y única entre los pueblos indígenas y sus territorios tradicionales tiene protección jurídica internacional. Según han afirmado la CIDH y la Corte Interamericana, la preservación de la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos se vincula a la existencia misma de estos pueblos, y por lo mismo “amerita medidas especiales de protección” (2018, p. 117).

Estos elementos de protección son acertados, sin embargo, deben extenderse considerando la conexión entre los indígenas y sus tierras, incluyendo elementos incorporales, formas de vida, de ser y actuar en el mundo bajo la relación que guardan con la naturaleza, los animales y sus dioses, siendo que la tierra constituye la base de la identidad y de relación de las comunidades con su cosmovisión, religiosidad, deidades y subsistencia.

En el caso del pueblo U’wa, el inicio de la reparación debe partir del deber de saneamiento y titulación, ya que al tener derecho de propiedad, deben ser reconocidos jurídicamente como dueños de los territorios a través de títulos formales que cuenten con las formalidades de registro, esto en conformidad a lo planteado por el artículo 14.1<sup>4</sup> del Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos

---

<sup>4</sup> Este artículo establece que: Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (Organización

Indígenas y Tribales de 1991 el cual se encuentra ratificado por Colombia, este artículo contempla la obligación del Estado de adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas el goce de sus derechos humanos y libertades, conforme a su identidad social y cultural, cosmovisión y tradiciones (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 22).

Igualmente, como ya se mencionó, en los casos que involucran derechos de comunidades indígenas, es importante el derecho a la consulta previa, libre e informada para obtener el consentimiento de los pueblos sobre intervenciones en sus territorios, este es un deber del Estado<sup>5</sup>, encaminado a mantener los intereses de los indígenas sobre las tierras, a través de procesos de participación efectiva con garantías judiciales.

Es importante esclarecer que el respeto por el derecho a la consulta, no significa una oposición total a la explotación de recursos o al progreso por parte de las comunidades indígenas, pues desde el aspecto económico, social y político, las comunidades son conscientes de la importancia del desarrollo y de la importancia de los avances económicos de las regiones, sin embargo, es necesario conciliar los aspectos económicos con los culturales, en respeto por la autoridad y autonomía indígena, reconociendo el papel activo de estos pueblos dentro de la sociedad y como edificadores de la identidad de los pueblos andinos. Por lo tanto, no se evoca a un rechazo al progreso, sino que se espera garantizar la participación de las comunidades indígenas en decisiones que involucren sus territorios a cualquier nivel, a través del cumplimiento de los procedimientos establecidos y con la garantía de recursos judiciales efectivos conforme a la ley nacional e internacional.

Todos estos parámetros se deben asociar principalmente a la administración de los recursos naturales, indispensables para la supervivencia de las comunidades a nivel físico y cultural y en el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, esto garantiza que puedan continuar viviendo bajo su autonomía y estructuras socio económicas, motivo por el cual es tan importante la creación de áreas naturales protegidas<sup>6</sup> (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 27), al respecto la Relatora Especial de las Naciones Unidas ha señalado que:

[...] Las organizaciones de indígenas y las dedicadas a la conservación podrían ser buenas aliadas en el empeño por lograr sus objetivos comu-

---

Internacional del Trabajo, 1991, A. 14.1).

<sup>5</sup> Derivado de lo establecido en los artículos 13, 21 y 23 de la Convención Americana.

<sup>6</sup> Al respecto el artículo 8 del Convenio de Diversidad Biológica, el principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo

nes de salvaguardar la diversidad biológica y proteger la naturaleza de amenazas externas como la explotación insostenible de recursos.

[...] El pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y su participación son condiciones esenciales necesarias para que la conservación continúe. El Plan de Acción de Durban, en el que se indica que todas las zonas protegidas, presentes y futuras, se gestionarán y establecerán respetando plenamente los derechos de los pueblos indígenas, y la Visión de Sídney, en que se prometió que se trataría de rectificar y remediar las injusticias pasadas y presentes en cumplimiento de los acuerdos internacionales, son compromisos férreos de la comunidad dedicada a la conservación [...] (Tauli-Corpus, 2016, p. 56).

Pues en efecto, las comunidades indígenas desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en la concreción del desarrollo sustentable y en la preservación de la identidad cultural de la nación y de los pueblos americanos; por eso se deben respetar los territorios indígenas en virtud al respeto de las prácticas culturales, conforme a la adopción de modelos de consulta y monitoreo idóneos y pertinentes a los contextos y modalidades culturales de las comunidades, en respeto del debido proceso y de la autonomía indígena, papel en el cual el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, reconoce la responsabilidad de los Estados en la garantía de los derechos de las comunidades indígenas y continua desarrollando parámetros de protección que contengan los elementos socio culturales de los pueblos.

Esto puede incluir la creación de un nuevo modelo de desarrollo que circunscriba el concepto de Madre Tierra, con la aplicación de funciones ambientales, desarrollo sostenible a nivel económico, social, cultural y ambiental con una agenda inclusiva, que garantice la participación de los pueblos originarios, en función de erradicar la pobreza de los pueblos indígenas, garantice educación, igualdad, ejercicio de actividades económicas, seguridad alimentar, agricultura sostenible, salud y saneamiento básico; motivo por el cual, los Estados que ratifiquen el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y tribales, deben encaminar su actividad legislativa con lineamientos de desarrollo desde la óptica de los Pueblos Indígenas (Catrin; Curihuinca, 2014).

## CONCLUSIONES

Considerando la gran importancia de las comunidades indígenas para los Estados y su papel activo dentro de la sociedad, en la primera parte de este trabajo, se ilustró la vinculación especial que estos pueblos tienen con la tierra, como base de su espiritualidad y buenas prácticas, considerando al hombre

como guardián de los recursos naturales, motivo por el cual al abordar los derechos de los pueblos indígenas, además de los argumentos de derecho, deben considerarse estos aspectos culturales, determinantes en el establecimiento de planes de desarrollo económicos y en la ejecución de planes de protección de derechos, incluyendo la concesión de licencias de explotación de recursos sobre territorios considerados sagrados por los pueblos indígenas, en protección de sus condiciones ambientales, sociales, económicas y culturales, manteniendo como factor primordial el cuidado de los animales y la naturaleza, realizando un efectivo balance entre derecho y ancestralidad, tal como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en algunos de sus pronunciamientos, en los cuales ha brindado acceso preferente al uso y disfrute de recursos naturales de territorios indígenas a los pueblos que allí habitan.

En la segunda parte, se analizaron cuáles son las situaciones que ha enfrentado el pueblo indígena U'wa, el cual desde los años 90's lucha por proteger su territorio de los intereses extractivos del Estado, quien no ha reconocido sus derechos de propiedad colectiva y no ha garantizado su derecho a la tierra, sobre los lugares que han habitado por generaciones; lugares que conforme a la cosmovisión U'wa corresponden a territorios sagrados pues les permiten mantener el equilibrio natural, cuidando de especies y entornos que los dioses les han delegado, motivo por el cual las concesiones extractivas transgreden su identidad cultural, social y su autonomía, pues no reconocen su presencia ancestral sobre estos espacios.

Por estas razones, el caso ha llegado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual debe analizar la vulneración de los derechos humanos, étnicos y culturales, considerando el riesgo de extinción en el cual se encuentra esta comunidad, debido a los incumplimientos estatales y los hechos que sufrieron en el marco del conflicto armado, generando un análisis sobre los derechos al territorio, los recursos naturales, la libre determinación, el acceso a la información, los derechos políticos y culturales, el consentimiento previo e informado y el acceso a recursos judiciales efectivos.

De esta forma, en la tercera y última parte, se concluyó como el Estado debe garantizar la protección de la propiedad colectiva y de derechos políticos y culturales de las comunidades indígenas, determinando que ante las afectaciones causadas al pueblo U'wa el Estado tiene el deber de reparación, pues se tratan cuestiones de orden público interamericano, sobre las cuales el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el poder legislativo colombiano, tienen el deber de establecer en sus normativas parámetros más claros en materia de consulta previa en proyectos que involucren territorios indígenas, garantizando

siempre su conservación; teniendo en cuenta que las comunidades indígenas tienen derechos de propiedad comunal sobre las tierras, por el uso y posesión tradicionales, constituyendo un sistema consuetudinario de tenencia de la tierra encaminado a proteger a los grupos indígenas.

En el caso del pueblo U'wa su reparación debe iniciar con el saneamiento y titulación de sus tierras, conforme a lo establecido en el artículo 14.1 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, y garantizando siempre el derecho a la consulta, para mantener los intereses de los indígenas sobre las tierras, con su participación efectiva y garantías judiciales, sin que esto represente una oposición al progreso, sino que se busque llegar a un punto medio entre los aspectos económicos y culturales, en respeto de la autoridad y autonomía indígena, de acuerdo a los procedimientos de consulta que se deben seguir y siempre garantizando el acceso a recursos judiciales efectivos, en ese sentido, toda decisión debe considerar la correcta administración de los recursos naturales y los animales, con la creación de áreas naturales protegidas, considerando a los indígenas como aliados para salvaguardar la diversidad biológica y cultural.

Igualmente, se debe considerar la creación de un nuevo modelo de desarrollo que circunscriba el concepto de Madre Tierra, con la aplicación de funciones ambientales, desarrollo sostenible a nivel económico, social, cultural y ambiental con una agenda inclusiva, que garantice la participación de los pueblos originarios, en función de erradicar la pobreza de los pueblos indígenas, garantice educación, igualdad, ejercicio de actividades económicas, seguridad alimentar, agricultura sostenible, salud y saneamiento básico.

## REFERENCIAS

ACOSTA, Alberto. *O Bem Viver: Uma Oportunidade Para Imaginar Outros Mundos*. Brasil: Editora Elefante. 2016.

CATRIN, Ponciano; CURIHUINCA, Vanessa. *Insumos recibidos para el documento preliminar*. Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL). 2014. Disponible en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/ponciano\\_catrin\\_y\\_vanessa\\_curihuinca.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/ponciano_catrin_y_vanessa_curihuinca.pdf). Acceso en: 10 sep. 2022.

CORPORACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO DE LA DEMOCRACIA (CIDEMOS). *Guardianes de la madre tierra*. Colombia. 2012.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblo Indígena U'wa y sus Miembros vs. Colombia*. Caso Nº 11.754. 2020. Disponible en: [https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2020/CO\\_11.754\\_NdeREs.PDF](https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2020/CO_11.754_NdeREs.PDF). Acceso en: 10 sep. 2022.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe No. 146/19*. Caso 11.754, Informe de Fondo. Pueblo Indígena U'wa y sus miembros vs. Colombia.

Washington D.C., USA. 28 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://summa.cejil.org/es/entity/xaxz6wtyal?page=33>. Acceso en: 10 sep. 2022.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Proyecto De Declaración Americana Sobre Los Derechos De Los Pueblos Indígenas*. Organización de los Estados Americanos, 2001. Disponible en: <http://www.cidh.org/indigenas/indigenas.sp.01/articulo.XII.htm>. Acceso en: 10 sep. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. párr.128.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214. párr.109.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. párr.151.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblo Xucurú y sus miembros vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346. párr.117.

EARTH RIGHTS INTERNATIONAL. Earth Rights Defenders. *La nación U'wa contra el estado de Colombia*. Colombia. 2022. Disponible en: <https://earthrights.org/case/nacion-uwa-contra-estado-colombia/>. Acceso en: 10 sep. 2022.

GARCÍA, Germán. *El pueblo U'wa de Colombia mantiene su lucha contra las petroleras*. Colombia: Agencia Presentes, Agenda Propia. 2022. Disponible en: <https://agenciapresentes.org/2022/03/21/el-pueblo-uwa-de-colombia-mantiene-su-lucha-contra-las-petroleras/>. Acceso en: 10 sep. 2022.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). *La CIDH presenta ante la Corte Interamericana el caso Pueblo Indígena U'wa respecto de Colombia*. Comunicado de prensa No. 261/20. 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/261.asp>. Acceso en: 10 sep. 2022.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 1991.

ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. *Pueblo U'wa*. Colombia. 2018. Disponible en: <https://www.onic.org.co/pueblos/1154-uwa>. Acceso en: 10 sep. 2022.

TAULI-CORPUZ, Victoria. *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas*. A/71/229. 29 de julio de 2016. párr. 56.

VARESE, Stefano. Parroquialismo y Globalización. Las etnicidades indígenas ante el tercer milenio. In: VARESE, Stefano (Coord.). *Pueblos indios, soberanía y globalismo*. Quito: Abya Yala, 1996. p. 15-30.

**UMA ANÁLISE DO ATENDIMENTO PRESTADO A  
VÍTIMA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NAS DELEGACIAS  
ESPECIALIZADAS DA MULHER: A NECESSIDADE DE UMA  
EPISTEMOLOGIA FEMINISTA**

***AN ANALYSIS OF THE CARE PROVIDED TO THE VICTIM OF  
DOMESTIC VIOLENCE IN SPECIALIZED WOMEN'S POLICE  
OFFICES: THE NEED FOR A FEMINIST EPISTEMOLOGY***

Bruno Cavalcante Leitão Santos

Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito Público pela UFAL. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB. Professor de Direito Penal nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário CESMAC.

Roberto Barbosa de Moura

Professor de Direito da FDG. Advogado Criminalista. Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos da OAB/AL. Especialista em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst.

Cinthia Pereira de Souza

Graduanda do curso de Direito no Centro Universitário CESMAC/FEJAL. Participante do Laboratório de Ciências Criminais, Programa de Iniciação Científica do IBCCRIM, Maceió-AL, edição ano 2020. Possui graduação em Letras - Licenciatura, pela Universidade Federal de Alagoas.

**Submetido em:** 22/08/2021

**Aprovado em:** 04/02/2023

**Resumo:** O texto parte da análise de relatórios de pesquisa nacionais, com foco no atendimento das vítimas de violências em Delegacias Especializadas de Atendimento as Mulheres (DEAMs), apresentando como referencial teórico e crítico a epistemologia feminista, contrapondo o processo penal tradicional, tendo em vista a problemática substancial enfrentada pelas vítimas desse tipo violência, bem como seus problemas estruturais. O texto apresenta uma discussão, ainda que introdutória, sobre a necessidade desse desvelar crítico a partir da epistemologia feminista, com

uma metodologia hipotético-dedutiva, para proposição de iniciativas que solucionem, ou ao menos mitiguem, os problemas apresentados nos relatórios de pesquisa analisados.

**Palavras-chave:** Violência doméstica; Processo penal feminista; Epistemologia feminista; Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher.

**Abstract:** *The text starts from the analysis of national research reports, focusing on the care of victims of violence in Specialized Police Stations for the Assistance of Women (DEAMs), presenting feminist epistemology as a theoretical and critical reference, contrasting the traditional criminal process, considering given the substantial problem faced by victims of this type of violence, as well as their structural problems. The text presents a discussion, albeit introductory, on the need for this critical unveiling from feminist epistemology, with a hypothetical-deductive methodology, to propose initiatives that solve, or at least mitigate, the problems presented in the research reports analyzed.*

**Keywords:** *Domestic violence; Feminist criminal procedure; Feminist Epistemology; Specialized Police Stations for Assistance to Women.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Necessidade de uma epistemologia feminista, ainda que introdutória. 1.1. Principais teses apresentadas sobre o processo penal feminista. 1.2. A virada de chave. 2. Exposição dos problemas. 2.1. Breve exposição sobre os relatórios. 2.2. Primeiro eixo-problemático: o tratamento das vítimas nas delegacias. 2.3. Segundo eixo problemático: a capacitação dos policiais em gênero. 2.4. Terceiro eixo problemático: os problemas atinentes ao inquérito policial. 3. É possível apresentar soluções viáveis? Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A nossa sociedade sempre teve os papéis sociais delimitados entre a mulher e o homem, cada um com sua função. O homem provedor da família, e a mulher submissa a ele. Sendo, durante muito tempo, os homens educados para dominar a mulher, e elas os obedecerem. “O homem representava o papel de forte, racional, viril, provedor, era o dono. Já a mulher assumia o papel de frágil, sensível, doméstica, impotente, era o objeto” (Montenegro, 2015, p. 33). Logo, eles eram legitimados por essa sociedade patriarcal a manterem o seu papel de dono do objeto, por isso começaram a abusar do poder e violentar as mulheres de inúmeras maneiras.

A violência doméstica é uma delas, e que há pouco tempo, não era considerada crime. Era uma briga entre casal, que ninguém podia interferir, como diz o ditado popular “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”. Haja vista, que a tipificação do crime de violência doméstica é um tanto recente, e nos últimos anos, tem tido uma visibilidade maior, pois as mulheres têm cada vez mais entendido que a violência da forma que for, psicológica, patrimonial, física, moral, qualquer uma que seja, é uma afronta a sua dignidade, aos direitos humanos das mulheres.

A sua tipificação veio com a Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, que criou mecanismos de proteção que não existiam, como as medidas protetivas. A criação dessa lei, se deu após uma mulher, Maria da Penha Maia Fernandes, ter sofrido várias agressões do seu marido e ter como sequela ter ficado paraplégica, após ter sofrido um tiro realizado por ele. Esse caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). E a Corte condenou o Estado Brasileiro a tomar providências para acusar o agressor e criar uma lei protetiva específica para a mulher, que não existia naquele momento, com o objetivo de evitar novos casos como esse. Foi assim, que se criou a lei e ficou conhecida como Lei Maria da Penha.

A estatística de casos de violência doméstica é alarmante, a cada 2 minutos, 5 mulheres são espancadas no Brasil. Nosso país, é o 5º do mundo com maior número de homicídios de mulheres (Bianchini; Bazzo; Chakian, 2020). Essas agressões vêm, na grande maioria, daqueles em quem mais a mulher confia, como por exemplo, o companheiro, o namorado, o marido, o pai e filhos. As pesquisas constataram que a maior incidência dos crimes de violência contra as mulheres se dá no contexto familiar ou em uma relação íntima de afeto (Campos, 2016).

Para realizar esse enfrentamento foram criadas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) que foi um marco e uma conquista de movimentos feministas no reconhecimento da violência contra as mulheres (Campos, 2016). É um reconhecimento, por parte das autoridades, que o crime contra a mulher, é um problema de política criminal, um problema de Estado. No entanto, já existem pesquisas<sup>1</sup> que afirmam que estas instituições não contribuem para o combate a esse tipo de crime e ainda revitimizam a mulher.

Foi constatado uma precariedade no serviço prestado pelas delegacias, em sua maioria, por uma falta de habilidade ou ausência de formação dos profissionais que trabalham nessas instituições. Um exemplo disso, é que as medidas protetivas de urgência são requeridas pela polícia, sendo feitas através de um documento padrão. Então, ao padronizar atendimentos que envolvem mulheres vítimas de violência, singulares em suas necessidades, deixam de observar as diferenças individuais que permeiam cada situação. Fazendo com isso, que muitas vezes, a proteção não seja concedida.

Outro grande exemplo da inabilidade dos atores do sistema de justiça criminal, foi apontado nos relatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), produzido por pesquisadoras em alguns estados do Brasil, que evidenciou que as DEAMs são a porta de entrada da denúncia da vítima, ou seja, é o primeiro contato que a

---

<sup>1</sup> Pesquisas que serão analisadas mais adiante.

mulher tem com o sistema de justiça criminal, e este deveria ser um local acolhedor, com um atendimento humanizado, e minimamente digno.

Por tudo que foi exposto acima, esse tema ainda precisa ser discutido, porque mesmo após 14 anos da Lei Maria da Penha, ainda temos milhares de casos de violência doméstica, ainda temos impunidade, feminicídios e mulheres revitimizadas. Campos (2016) diz que após 10 anos da Lei Maria da Penha, é necessária uma segunda quebra paradigmática<sup>2</sup>, um novo olhar, que surge da incapacidade do sistema de justiça penal não conseguir responder as necessidades da mulher, pois existe um “desinteresse pelos conflitos domésticos e pelas reivindicações femininas” (Campos, 2016, p. 7), as mulheres não são ouvidas com atenção, a “fala” dela, continua não importando, continua não tendo valor de vítima.

Diante da necessidade do olhar diferenciado sobre a tema, é que no primeiro capítulo expomos sobre a necessidade da epistemologia feminista como base para discutir sobre os temas atinentes a vítima do gênero feminino no processo penal. No segundo capítulo, a partir da análise de três relatórios de pesquisa nacionais, conseguimos perceber os problemas vivenciados pelas vítimas de violência doméstica ao buscar atendimento nas delegacias especializadas. No terceiro capítulo apontaremos possíveis soluções para os problemas levantados nos relatórios.

## **1. NECESSIDADE DE UMA EPISTEMOLOGIA FEMINISTA, AINDA QUE INTRODUTÓRIA**

Como início da reflexão, trazemos o livro “Processo Penal Feminista” (Mendes, 2020), que inaugura um tema pouco discutido em pleno século XXI: a visão feminista dentro do processo penal. A autora traz teses inovadoras como a epistemologia feminista e convida a pensar o processo penal a partir do ponto de vista da mulher, em posições díspares, como vítima, ré, condenada, advogada e por que não como produtora de conhecimento.

Soraia da Rosa Mendes é jurista, advogada especializada em Direitos das mulheres, professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Mestrado e Doutorado da Centro Unificado de Brasília – UniCeub. Atualmente trabalha em Brasília, é autora das obras Criminologia Feminista: novos paradigmas; Pacote Anticrime; Da Carta das mulheres aos dias atuais, entre outras obras. É pós doutora em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UNB, Mestra em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

<sup>2</sup> A primeira quebra paradigmática foi com a criação da Lei 11.340/06, que endureceu as penas ao agressor e garantiu uma maior proteção a mulher.

O apogeu da obra é o capítulo IV “O Processo Penal Feminista e se Goldschmidt fosse feminista?”, não desmerecendo os demais, mas neste, a ferida narcísica do processo penal é exposta. É nele que a autora desnuda as entranhas do processo penal tradicionalmente feito por homens, pensado para eles e por esse motivo necessita de uma virada epistemológica, uma quebra paradigmática, a partir da perspectiva do processo penal feminista.

### **1.1. PRINCIPAIS TESES APRESENTADAS SOBRE O PROCESSO PENAL FEMINISTA**

Muitas teses importantes foram defendidas por Mendes (2020), e proporciona repensar coisas que foram estabelecidas há muito tempo, pelo “sujeito-suposto-saber”, que tendo lugar cativo na academia, dita como se deve pensar o processo penal tradicional. A primeira dessas teses reflete sobre esse suposto saber imposto, sobre qual o lugar da mulher na academia de Direito e as dificuldades que foram enfrentadas até ela chegar a realmente exercer a profissão de jurista. Quer dizer, como bem descreveu a autora, é o reconhecimento sobre a invisibilidade da mulher no Direito.

Destarte, as questões trazidas por Mendes (2020) refletem sobre o real lugar, ou quais lugares, da mulher no direito. E um desses lugares estabelecidos para a mulher no direito, foi o lugar do canto, o lugar de “não-fala”. Mendes (2020, p. 5) diz que “nós, mulheres sempre fomos muito mais ‘faladas’ no mundo do direito, do que efetivamente falamos”. É o que constatamos ao revisitar a história, visto que, a primeira mulher a exercer a advocacia no Brasil foi Myrthes Gomes de Campos, que teve que esperar 8 anos após a conclusão do curso de Direito para exercer a função, enquanto os homens, assim que se formavam logo exerciam a profissão.

Nesse diapasão, se tomarmos como base a entrada de Myrthes na carreira jurídica, apenas após 55 anos desse fato, a primeira juíza foi empossada no Brasil. E tivemos que esperar, transcorrer mais 46 anos, para que ocorresse a posse da 1ª juíza brasileira. E apenas no ano 2000, foi possível que uma mulher entrasse no Supremo Tribunal Federal brasileiro, a ministra Ellen Gracie. (Mendes, 2020).

Esse pequeno histórico de contagem do lapso temporal apresentado acima, em anos, demonstra a dificuldade que a mulher teve durante todos esses anos, para ser inserida em carreiras jurídicas. É uma pequena amostra do quanto as mulheres foram deixadas de lado durante anos e das dificuldades que tiveram de enfrentar. De como o domínio da cultura patriarcal mantenedora do poder que selecionava, segregava e determinava quem podia ou não estar em certos locais, reservando mormente às mulheres um lugar inferior nessa escala hierárquica de gênero. Segundo Mendes (2017, p. 88):

(...) o patriarcado se mantém e reproduz, em suas distintas manifestações históricas, através de múltiplas e variadas instituições cuja prática, relação ou organização, a par de outras instituições, operam como pilares estreitamente ligados entre si para a transmissão da desigualdade entre os sexos e a convalidação da discriminação entre as mulheres. Estas instituições têm em comum o fato de contribuírem para a manutenção do sistema de gênero, e para a reprodução dos mecanismos de dominação masculina que oprimem todas as mulheres.

Além desse enfrentamento de barreiras que a mulher teve que enfrentar para ser inserida nas carreiras jurídicas. Mendes (2020) denuncia um outro lugar que foi tirado das mulheres: o da produção de conhecimento na academia. Ela realizou uma pesquisa na base de dados da Biblioteca Digital Jurídica, sobre a temática de processo penal. Essa pesquisa retornou 15 mil títulos entre livros e artigos. E, após uma nova filtragem, foram encontradas apenas 127 obras de autoria de 109 juristas brasileiras. Em outras palavras, as mulheres são quase 1% de toda produção acadêmica sobre processo penal com conhecimento autoral individual da mulher processualista.

Outro dado relevante trazido por Mendes (2020) foi uma outra pesquisa em que procurou saber de estudantes de direito, num total de 270, quais, em toda a graduação, teriam recebido uma indicação de livro ou artigo na área de processo penal que tenha sido escrito por uma processualista do gênero feminino. Através das informações colhidas pela pesquisa, concluiu-se que 76% dos estudantes nunca tinham recebido esse tipo de indicação.

É dessa invisibilidade, que o processo penal tem silenciado, pois a impressão é que não existem mulheres nas áreas de ciências criminais, que não têm livros ou artigos produzidos por juristas do gênero feminino. Essa posição que também é de silenciamento, em função do gênero, decorre desse poder patriarcal exercido no direito pela doutrina majoritariamente masculina, que nada mais é, que o reflexo da nossa sociedade extremamente machista.

Esse não reconhecimento das mulheres, segundo Mendes (2020) decorre de um controle dos discursos na sociedade, e que infelizmente, muitas vezes, esse controle é feito pelas instituições que reproduzem certos discursos específicos. Assim sendo, as instituições de ensino também são uma forma de controle do discurso, e de limitação do que pode ou não ser acessado. É a invisibilidade de gênero institucionalizada no meio acadêmico.

O tema pujante do livro, defendido por Mendes (2020) é sobre a epistemologia feminista, que tem como elemento um lugar de crítica ao modo dominante de produzir conhecimento, ao enxergar apenas os critérios de objetividade, racio-

nalidade e neutralidade, impostos por valores masculinos, que pressupõem um conceito universal de homem neutro. Segundo Mendes (2020, p. 41) não existe um homem neutro, universal “para a epistemologia feminista, o sujeito de conhecimento é considerado como efeito das determinações culturais, inserido em um campo complexo de relações sociais, sexuais e étnicas.”

O sujeito tem que ser estudado inserido na cultura, no complexo das relações sociais, sexuais e étnicas que o envolvem, não pode ser visto como um sujeito isolado do mundo, com apenas uma posição objetiva. Por isso, a virada paradigmática vem com a epistemologia feminista, que entende a pesquisa que envolva uma “reflexão sobre a subjetividade de quem pesquisa sobre a construção das subjetividades dos sujeitos sociais” (Mendes, 2020, p. 44).

A epistemologia feminista parte de um ponto de vista totalmente diferente da pesquisa tradicional, que entende existir apenas uma visão objetiva daquele objeto de estudo, daquele sujeito. A intervenção feminina rechaça essas pretensões positivas e foca na teoria do ponto de vista feminista, privilegiando o ponto de vista das mulheres, das pessoas oprimidas, no contexto em que elas estão inseridas.

Os grupos minoritários têm uma posição epistemológica privilegiada na medida em que, conhecendo o discurso dominante, formula novos discursos potencialmente críticos decorrentes de sua posição na ordem social. As mulheres, como um grupo social tradicionalmente dominado e excluído, desenvolvem, assim, um conhecimento mais completo, de modo a renovar e melhorar a própria ciência (Mendes, 2017, p. 81).

No último capítulo do livro “Processo Penal Feminista”, a autora propõe discutir as maiores problemáticas enfrentadas pelas mulheres. É nesse capítulo que ela expõe as dores sofridas pelas vítimas diante do processo penal e propõe soluções de como minimizá-las, defendendo o processo penal feminista a partir de uma análise das experiências das mulheres.

Um dos pontos principais é a produção e valoração da prova em crimes sexuais, dando ênfase ao depoimento especial da mulher. A crítica aqui se dá em relação à forma de como a vítima é ouvida nos crimes sexuais, ou em casos de violência doméstica. A mulher é ouvida não com o intuito de obter provas contra o acusado, mas sim, com o objetivo de avaliar, se a vítima consentiu com o ato ou se ela não “procurou” aquilo.

Os crimes sexuais, normalmente, ocorrem entre quatro paredes, sem testemunhas, logo a palavra da vítima tem que ter importância probatória e deve ser respeitada. Isso não quer dizer que a palavra da vítima deva ser vista como verdade absoluta, mas que nem por isso, pode-se deixar impunes quem os comete.

Para isso, Matida (2019) defende uma valoração racional da palavra da vítima, para que se tenha um devido cuidado com a colheita da prova. É imprescindível contar com o auxílio da psicologia cognitiva, que através da chamada entrevista cognitiva, requer uma série de conjuntos de ações para que seja criado um ambiente acolhedor para a vítima.

O entrevistador deve construir um ambiente receptivo a testemunha. Dado que muitas vezes o que tem para contar é um evento que lhe provoca dor e trauma, é importante que o responsável pela entrevista demonstre empatia. A entrevistada deve se sentir confortável para falar sobre um evento emocionalmente carregado. Nesse sentido, o emprego de termos e expressões que denotem reprovação e julgamento prejudicam o conteúdo do relato. Quando nos sentimos julgados, em alguma medida evitamos contar alguns detalhes, ou os contamos com menos precisão, buscando, com isso, livrar-nos de novas sensações de reprovação. Nos casos de violência de gênero, observações sobre o que a vítima vestia (por ex., “e a senhora saiu com essa saia, a essa hora, numa rua escura?”) e outros hábitos não são contributivos à construção de um ambiente empático e confortável (Matida, 2019, p. 95).

Para que essas violências contra a mulher não ocorram, Mendes (2020) defende o depoimento especial da vítima, como prevê a Lei Maria da Penha no artigo 10-A, incluso pela Lei nº 13.505/2017, que traz diretrizes especiais para a inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar, e nada impede que esse tipo de depoimento seja estendido para a mulher vítima de violência sexual.

Mendes (2020) traz outras questões também relevantes para a virada epistemológica do processo penal, como a prova pericial nos crimes sexuais sendo efetivadas por perícia psicológica, já que a vítima desse tipo de crime fica com um dano psíquico e social por um longo período. Uma pesquisa feita com mulheres vítimas de violência sexual, constatou que após 24 meses do episódio de violência, ainda foi possível perceber que o dano psíquico e social se manteve na vida dessas mulheres.

Também é pertinente tratar a questão sobre a obrigatoriedade da conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar de mulheres gestantes ou com filhos menores de 12 anos, uma vez que muitos magistrados, mesmo com todos os requisitos para a substituição da prisão preventiva por domiciliar, continuam mandando as mulheres mães para a prisão comum, como mostra uma pesquisa da Defensoria Pública do Rio de Janeiro de 2019 (Mendes, 2020).

Outra salvaguarda realizada pela autora é sobre o direito à construção da narrativa de vida como elemento do direito de defesa, representando um direito

subjetivo da mulher acusada. Aplicando também o princípio da coculpabilidade, princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado como atenuante de pena, já utilizado em outros países (Mendes, 2020). Mas, para além da coculpabilidade do Estado, é necessário também pensar sobre a possibilidade e viabilidade de ser inserida uma pena - multa para o Estado, como coautor do crime cometido por aquela mulher.

Mendes (2020) defende ainda, a figura do assistente da vítima, para prestar atendimento como sujeito processual *sui generis*. Este é assim chamado, pois não está entre os sujeitos considerados principais do processo, mas não pode ser dispensável. Seria um guardião dos direitos da vítima no curso do processo, e está previsto nos artigos 27 e 28 da Lei Maria da Penha. A presença desse assistente é imprescindível enquanto guardião dos direitos da vítima no processo, que pode ser um defensor público. Seria garantia que os direitos daquela vítima serão respeitados, e como uma aproximação do mundo jurídico dos serviços assistenciais.

A vítima, ao ir prestar depoimento, pode sentir medo, pois corre o risco de encontrar o agressor nos corredores dos fóruns, sendo obrigada a reviver o sofrimento causado por ele, e ainda ter que confrontar o olhar por quem deu causa ao seu sofrimento, o que acarreta muita violência psicológica simultaneamente, é o processo de revitimização<sup>3</sup>. Então, esse guardião tentaria minimizar essas novas dores da vítima, conferindo o tratamento humano que todos devem ter.

Outra questão debatida é sobre o Femicídio de Estado, em que não é dada a devida atenção aos crimes cometidos contra a mulher. Para esta finalidade foram estabelecidas diretrizes que orientaram operadores do sistema de justiça criminal para a investigação de feminicídios ser exaustiva, e conseqüentemente, que sejam punidos os responsáveis pelo crime (Mendes, 2020). Pois, o Estado de certa forma, vem sendo conivente com o Femicídio, quando deixa de conceder a resposta aos crimes, sendo omissivo e não prevenindo a prática desses tipos de crimes. Nesse caso, o Femicídio de Estado é uma comparação ao Genocídio, só que de mulheres. Ou como foi utilizado, “o Femicídio é uma epidemia”, e cada vez mais temos um número alarmante de casos e o Estado nada faz para controlar ou reduzir o feminicídio.

## 1.2. A VIRADA DE CHAVE

Dentre as teses defendidas pela autora, vale ressaltar, que a virada da chave de Soraia da Rosa Mendes é sobre a nulidade absoluta no processo penal, nos casos em que a vítima tenha sido exposta a situações humilhantes, degradantes,

---

<sup>3</sup> Esse processo de revitimização, será tratado mais detalhadamente adiante.

durante o processo e que ofendam a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de um estado democrático de direito. O processo penal é garantidor de direitos a vítima e ao acusado, se a aquela mulher procura o sistema de justiça criminal para fazer cessar a violência sofrida, e é exposta a outra violência decorrente desse processo, este deve ser anulado.

Para evitar que situações humilhantes ocorram durante o processo, temos a colheita especial do depoimento da vítima, tese defendida por Mendes (2020) e Matida (2019). Como já foi dito, esse tipo de depoimento já tem embasamento legal, nos crimes de violência doméstica, nos arts. 27 e 28 da Lei Maria da Penha, e poderia ser utilizado também nos crimes sexuais. Haja vista, a situação delicada em que a vítima se encontra, um atendimento especial e acolhedor deixaria a vítima mais tranquila para depor e evitar o processo de revitimização.

Outra virada de chave, dessa vez defendida por Matida (2019), são as soluções propostas para colher o depoimento da vítima, utilizando de alguns artifícios da psicologia cognitiva, como foi falado anteriormente. Com isso, evitaria o tratamento desumano dado a vítima no sistema de justiça criminal. É incabível, que a mulher vítima ainda precise passar por situações vexatórias ao ir denunciar um crime numa delegacia. Situações constatadas nas perguntas que são feitas: com quem você estava? Por que estava lá? Como você estava vestida? Como você se portava? Você ingeriu bebida alcoólica? Perguntas estas que não importam para a elucidação do crime. Matida defende que:

(...) expressões e termos que denotem reprovação moral de hábitos ou características pessoais da vítima devem ser abandonadas por todos os que representam algum papel no interior do sistema de justiça criminal, pois, frise-se, a diversidade de planos de vida encontra amparo na Constituição Federal. É ela que veda tratamentos discriminatórios; é ela que ordena a igualdade entre todos os cidadãos (Matida, 2019, p. 107).

O comportamento do investigador ou policial ao ouvir a vítima é para identificar se ela não consentiu com o ato praticado, ou para averiguar, se o que ela diz é verdade, se as suas ações contribuíram com o ato praticado ou com o comportamento do agressor. Quando essa visão orienta o investigador policial ou o processo penal, a vítima é violentada pela segunda vez, revitimizada, e começa a se perguntar: “Como eu poderia ter evitado o ato? É uma das perguntas mais recorrentes entre vítimas de crimes sexuais” (Pimentel; Mendes, 2018, p. 318).

## 2. EXPOSIÇÃO DOS PROBLEMAS

Nesse capítulo, será feita uma análise qualitativa de três relatórios de pesquisa de relevância nacional. Com o intuito de obter informações referentes ao atendimento das mulheres vítimas de violência que se dirigem as DEAMs.

O primeiro relatório (Relatório I)<sup>4</sup> do Projeto Observatório da Lei Maria da Penha (OBSERVE)/UNIFEM publicado no ano de 2011, em Salvador-BA, intitulado “Identificando entraves na articulação dos serviços de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar em cinco capitais”. O segundo relatório foi do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intitulado “Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário” (Relatório II), publicado pela Universidade Católica de Pernambuco, no ano de 2018. O terceiro relatório também do CNJ, foi publicado em Brasília, no ano 2019, intitulado “O poder judiciário no Enfrentamento à violência Doméstica e familiar contra as mulheres” (Relatório III).

A análise dos relatórios foi realizada da seguinte forma: inicialmente, foi levantado quais as principais dificuldades apontadas em cada relatório de pesquisa referente ao atendimento da mulher nas delegacias; após o levantamento de todos os problemas, foi verificado qual era os mais recorrentes nos três relatórios, sendo possível chegar a três eixos problemáticos presentes nos relatórios de pesquisa.

### 2.1. BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE OS RELATÓRIOS

O Relatório I foi desenvolvido em cinco capitais: Belém, Porto Alegre, Rio de Janeiro, Salvador e o Distrito Federal. A pesquisa foi realizada no ano de 2010, com o objetivo de identificar os serviços especializados que são acionados no atendimento à mulher; foi utilizado técnicas de entrevistas e visitas aos locais, observando a estrutura e o atendimento nas DEAMs e nas audiências em juizados especializados.

Dentre os principais problemas referente as delegacias, que foram trazidos no relatório, podemos observar: a falta de recursos humanos, ou seja, o quadro dos funcionários reduzidos nas delegacias; falta de capacitação dos funcionários, em conhecimento da lei, em relação ao tratamento com as vítimas, e sobre a violência de gênero; péssimas condições de instalações das delegacias, não existe privacidade para a vítima; o registro de ocorrência acaba se tornando uma nova violência (revitimização)<sup>5</sup>; e demora no encaminhamento das solicitações feitas no inquérito.

<sup>4</sup> Irei nomear os relatórios por número: Relatório I; Relatório II e Relatório III, para melhor entendimento.

<sup>5</sup> Será tratado sobre o tema mais adiante.

O relatório II incluiu seis capitais: Belém/PA; Brasília/DF; João Pessoa/PB; Maceió/AL; Porto Alegre/RS; Recife/PE. A pesquisa foi baseada em análise documental, entrevistas com magistrados em atuação nos juizados especiais; e entrevistas com vítimas de violência. Também houve realização de grupos focais com as equipes multidisciplinares do juizado e mapeamento de literatura sobre prática restaurativa.

Essa pesquisa teve uma grande amplitude e buscava obter dados dos mais gerais, aos mais específicos. Por exemplo, qual o perfil da mulher vítima de violência; sobre o que pensavam os magistrados responsáveis pelas audiências nos juizados; o atendimento da vítima nas delegacias de mulher, ou seja, buscou ter uma ampla visão de todo o sistema de justiça criminal que envolvem as vítimas de violência doméstica.

Dentre as principais dificuldades referente ao atendimento da vítima nas delegacias, que é o nosso enfoque, destacamos: a falta de informações a vítima, de como se dará o registro da ocorrência e o processo penal; o tratamento desumano ofertado as vítimas, prestado por agentes policiais homens, em sua grande maioria; a falta de capacitação destes; a revitimização sofrida pelas mulheres na delegacia e no processo penal; ausência de formação de gênero dos agentes no atendimento nas delegacias.

O relatório III, foi realizado em 2018, em doze localidades espalhadas pelo Brasil, com o propósito de avaliar o atendimento prestado pelo Poder Judiciário às mulheres que sofrerão violência. Foram utilizadas várias técnicas qualitativas, como entrevistas, observação direta, coleta de dados em autos processuais e preenchimento de formulários.

Durante essa pesquisa, foi possível fazer entrevistas a mulheres vítimas de violência que concordaram em participar da pesquisa, como também observar diretamente o atendimento dispensando as mulheres nos locais especializados. Mesmo esse relatório tendo um enfoque no tratamento ofertado a vítima no Poder Judiciário, durante as entrevistas, muitas mulheres falaram sobre o tratamento recebido nas delegacias especializadas. E isso, foi muito importante para entendermos como realmente a vítima é tratada nas delegacias.

Dentre os principais problemas trazidos nos relatórios, destacamos: dificuldades no atendimento a vítima; qualificação dos servidores; lentidão do envio do inquérito policial; inquéritos sem laudos; recusa por partes das autoridades policiais no atendimento na delegacia; falta de cooperação entre instituições, principalmente, da polícia civil, responsável pelas delegacias da mulher.

Como já foi dito, na análise desses três relatórios de pesquisa, foi possível perceber três eixos problemáticos mais recorrentes que envolvem o atendimento nas delegacias da vítima de violência, são eles: problemas no tratamento com a vítima; falta de capacitação dos policiais em gênero e problemas atinentes ao inquérito policial. Iremos detalhar cada eixo desse no subtópico adiante.

## **2.2. PRIMEIRO EIXO-PROBLEMÁTICO: O TRATAMENTO DAS VÍTIMAS NAS DELEGACIAS**

O tratamento ofertado pelas autoridades policiais as vítimas de violências, quando procuram atendimento nas delegacias, de acordo com os relatórios de pesquisa analisados é tido no geral, como negativo, desumano e desencorajador. Sendo utilizado como base para essas conclusões, os relatos diretos das vítimas que foram entrevistadas por pesquisadores nos relatórios. Algumas vezes, o próprio pesquisador conseguiu presenciar fatos, que também corroboram com essa visão geral do atendimento da vítima na delegacia. É importante, salientar, que esse tratamento inadequado está totalmente ligado ao a falta de capacitação em gênero dos policiais (próximo eixo que será tratado).

No relatório I, uns dos pesquisadores constata que as “delegadas de polícia não apresentam o ‘perfil’ para trabalhar na delegacia e que desestimulam as vítimas a registrarem ocorrências contra seus agressores” (OBSERVE, 2011, p. 22.). Ou seja, o próprio pesquisador aqui, constatou que uma delegada (gênero feminino) o que é problemático, não tinha um perfil de trabalhar com uma vítima do gênero feminino. É tão sério o despreparo das autoridades policiais, que como o pesquisador disse, a vítima é desencorajada a registrar a ocorrência, e isso também foi declarado nos relatos das vítimas. Como por exemplo, uma vítima precisou insistir para ser atendida em uma delegacia, pois os funcionários que estavam naquele momento, disseram que ela estava no local errado. Mesmo que não fosse o local correto, a vítima precisava de um atendimento orientador, de um suporte. Vejamos o relato:

Entrevistado: Assim, eu não diria desrespeito, eu diria um pouco de descaso. No começo, logo quando eu cheguei, a atendente desqualificou a situação e disse que não era lá. A atendente da Delegacia da Mulher. Eu disse: “É aqui, sim, e eu já tenho um encaminhamento da Defensoria Pública. [...] É aqui, sim. Vou fazer, sim.” Eu tive que insistir muito, tinham duas pessoas, duas senhoras, a que estava me atendendo parecia uma pessoa realmente leiga, despreparada pro atendimento. Ela disse: “Mas foi só isso?” [sobre a agressão] “Não, isso não é o suficiente.” Ela disse que ia colocar perturbação do sossego. “Não, perturbação do sossego é som alto, a senhora vai colocar que foi uma agressão verbal e eu vou lhe descrever a frase típica que eu já ouvi diversas vezes, a senhora vai

colocar a frase típica.” Ou seja, tive que ser um pouco hostil com ela pra garantir o meu direito (CNJ, 2018, p. 196).

As delegacias, são a porta de entrada da vítima junto ao sistema de justiça criminal, é o primeiro serviço que ela recorre ao sofrer uma violência e não ser bem recebida, não ser minimamente tratada como um sujeito de direitos, é desumano.

Para muitas mulheres vítimas, as expectativas foram frustradas logo no primeiro atendimento recebido na delegacia, instituição que foi bastante criticada por mulheres em diferentes comarcas. A falta de apoio e de acolhimento, descaso, desamparo e até mesmo a recusa de atendimento estão presentes e são marcantes nas narrativas abaixo (CNJ, 2019, p. 135).

Segundo a percepção de uma das pesquisadoras, é entendido que mesmo que os profissionais tentem tratar bem a vítima, ainda assim, eles não têm “sensibilidade para tratar com as questões sociais, o desconhecimento sobre as implicações da violência doméstica na vida das mulheres deixa efeitos claros no atendimento que oferecem” (OBSERVE, 2011, p. 22). E aqui, mais uma vez, a falta de capacitação em violência de gênero é visível. No relatório II, existem relatos de vítimas indignadas com o tratamento a elas dispensando nas delegacias, como esse: “tinhas essas pessoas que não tavam nem um pouquinho preparadas pra receber uma pessoa destruída como eu tava e eu queria sair de lá o mais rápido possível” (CNJ, 2018, p. 177). E mais uma vez, a vítima relata o despreparo das pessoas responsáveis pelo atendimento nas delegacias.

Nesse caminhar dolorido, uma outra vítima fala, revoltada, sobre o tratamento na delegacia e desacredita que podem lhe ajudar naquele local, ao afirmar: “Vocês não vão resolver, vocês nunca resolvem nada. Vocês nunca resolveram nada aqui. A única coisa que acontece aqui nesse ambiente é que eu e as demais mulheres somos hostilizadas” (CNJ, 2018, p. 181). Outra consequência lógica relacionada a esse mau atendimento das mulheres nas delegacias, é a revitimização, também chamada de vitimização secundária ou sobrevivitização, que é aquela provocada pelas instituições oficiais ou órgãos de justiça criminal, sendo a vitimização primária aquela que a mulher já sofreu, decorrente do fato criminoso. A mulher é revitimizada nas delegacias, no processo penal, pelos agentes do sistema de justiça criminal, e ainda, quando liga para o serviço da polícia militar, 190, como relatado por uma vítima:

[...] é que antes de ir na delegacia, como eu não tinha essa coragem ainda, obviamente você liga pro 190, eu acho que isso aí é o primeiro passo, e todas as vezes que eu fui atendida eu fui muito mal atendida. Uma das vezes a menina disse: “Segure o agressor aí”. Minha gente, isso é um ab-

surdo, até uma pessoa leiga não vai dizer uma coisa dessa. Como eu vou segurar uma pessoa que tá ali quase me matando (CNJ, 2018, p. 195).

O processo de revitimização é formado de vários fatores, um deles, é quando a mulher não é ouvida atentamente quando chega na delegacia, ou seja, ela sente que seu caso é apenas mais um diante de tantos, e não é prestado a devida atenção para as peculiaridades que cada caso concreto traz, “faltam-lhe voz e reconhecimento” (Rosenblatt; Mello; Medeiros, 2018, p. 10). Outro fator que revitimiza é a demora do processo penal, muitas vítimas relataram que não entendia essa demora e que desistiam do processo. Essa demora, ainda fazia com que a vítima revivesse uma situação que ela queria esquecer (Rosenblatt; Mello; Medeiros, 2018).

Lopes (2020) trata das penas processuais no processo, que é sobre a demora do processo penal, e como isso é angustiante para o acusado. Se fizermos uma analogia, com a demora do processo penal nos casos de violência doméstica e sexual para as vítimas, essa também seria uma vitimização secundária. Pois, durante o processo penal, essas penas processuais, se viram para o lado da mulher vítima, que revive o seu sofrimento na demora da resolução do seu problema e apreende ela no tempo de sofrimento “quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível” (Lopes, 2020, p. 108).

E a vítima é exposta mais uma revitimização das instituições, que acabem controlando o seu tempo, e prendendo-as a um processo que devido à demora, perde a sua utilidade. E mais um sofrimento é revivido por aquela mulher, que muitas vezes, já resolveu o problema na esfera extraprocessual, e após anos, é novamente chamada para ser ouvida num processo, que perdeu sua utilidade, como um relato de uma vítima, que ao ser perguntada pela entrevistadora porque ela não sentiu bem na audiência, e ela responde: “Por que pra mim eu dava logo baixa, depois de 4 anos vai mexer em que aí? Pra que mais? Ninguém não se olhando mais um no outro, tá morando tão longe agora, em [nome de outra cidade], atrapalha a mim, atrapalha a ele (...)” (CNJ, 2018, p. 204).

Esses processos de revitimização, porque são muitos, precisam ser combatidos, eles já foram identificados, através dos relatórios de pesquisas aqui apresentados, sendo imprescindível que isso seja considerado por quem faz o processo penal, para se evitar a repetição dessas dores a vítima. Pois, já basta a dor que essa mulher, vítima, sofre com o fato criminoso, e quando vai buscar ajuda, seja nas delegacias, seja nos processos, sofre uma segunda dor.

### **2.3. SEGUNDO EIXO PROBLEMÁTICO: A CAPACITAÇÃO DOS POLICIAIS EM GÊNERO**

Esse segundo eixo problemático está intimamente ligado ao tratamento ofertado as vítimas, exposto no primeiro eixo problemático. Ou seja, se existisse uma capacitação dos policiais em violência de gênero, possivelmente, eles ofertariam um tratamento adequado as vítimas. Nos relatórios de pesquisa analisados, as próprias vítimas em seus relatos, falavam que os policiais, delegados, ou mesmo os magistrados não pareciam ter uma qualificação para o atendimento e que chegavam a falar piadas machistas. E vale salientar, que não foi apenas profissionais do gênero masculino, teve mulheres enquanto profissionais que chegaram a fazer comentários jocosos<sup>6</sup>, demonstrando que é necessária uma capacitação especializada.

No relatório III, também foi intensificado o debate sobre a necessidade da formação/capacitação em gênero dessas autoridades policiais, pois há todo momento, o machismo está presente no atendimento as vítimas e nos discursos das autoridades responsáveis pelo atendimento. O homem parece sempre querer defender outro homem e isso é um reflexo da nossa formação enquanto sociedade patriarcal. Foi evidenciado nos relatórios, práticas reiteradas de casos de vítimas que relataram que ouviram piadas machistas, dentro de delegacias, até mesmo em fóruns, vindo de promotores responsáveis por casos envolvendo violência de gênero (CNJ, 2018).

Teve um episódio evidenciado no relatório 2, em que um promotor fez comentários machistas, na presença da vítima, e ela ouviu.

Como é que um cara, aquele promotor, fala os absurdos que ele falou e vai julgar meu caso? Como é que uma pessoa que pensa o que pensa a respeito de mulheres vai julgar um caso de violência contra mulher? Que condições ele tem? Porque é óbvio que o que vai prevalecer não é a imparcialidade, ele vai falar o que ele pensa, ele vai escrever o que ele pensa, e o que ele pensa é que mulher é isso, que mulher é pra ficar bonita o tempo todo, maquiada, bem vestida... né? Que é pra ser o objeto de sedução, um objeto sexual pro homem (Vítima\_Belém3, CNJ, 2018, p. 209).

A falta de qualificação, capacitação, até de empatia com a vítima, é nítido até pela própria vítima. E é importante salientar, que por mais que tratemos aqui do atendimento nas delegacias, são todo os atores do sistema de justiça criminal, que necessitam de uma capacitação em violência de gênero, para poder fornecer um tratamento minimamente adequado a vítima.

<sup>6</sup> Como foi visto na página 13, deste artigo, que um pesquisador relatou que uma delegada, não tinha o perfil para atendimento as vítimas.

E essa capacitação precisa ser referente a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e em violência de gênero, como foi apontado em um dos relatórios:

A falta de capacitação específica sobre a lei, mas também sobre violência e gênero é percebida por muitos profissionais como um dos grandes obstáculos para a melhor qualidade dos atendimentos que a realizam. A falta de instrumental teórico, conceitual e metodológico para compreender a situação de vulnerabilidade em que as mulheres se encontram e a dinâmica própria do processo de saída da violência acabam por gerar atendimentos que não atendem as demandas das mulheres e muitas vezes não favorecem suas decisões em buscar apoio institucional e sair da situação da violência (OBSERVE, 2011, p. 79).

As delegacias responsáveis pelo atendimento das vítimas, como já foi tratado aqui, é denominada de Delegacia Especializada em Atendimento as Mulheres (DEAMs), é notório, que esse atendimento não é especializado (Rosenblatt; Mello; Medeiros, 2018).

E o intuito da criação dessas delegacias específicas foi exatamente esse, proporcionar um atendimento especializado, de acordo com as necessidades de violência de gênero que elas sofrem. Pois essa falta de especialização, esse tratamento inadequado, promove mais uma revitimização para quem necessita recorrer as delegacias.

#### **2.4. TERCEIRO EIXO PROBLEMÁTICO: OS PROBLEMAS ATINENTES AO INQUÉRITO POLICIAL**

O terceiro eixo problemático está ligado a confecção dos inquéritos policiais, tendo sido apontado alguns problemas, pelos próprios servidores do poder judiciário. Como a lentidão na remessa do inquérito policial; inquéritos sem laudos; a não concessão de medidas protetivas por pedidos mal elaborados; a prescrição dos crimes por demora no encaminhamento dos inquéritos; falta de encaminhamentos (CNJ, 2019).

A lentidão na entrega desses inquéritos, como foi pontuado por uma promotora “que os inquéritos costumam vir sem laudo e é comum ter que pedir complementações à autoridade policial, o que causa atraso no encaminhamento dos casos” (CNJ, 2019, p. 49) acarreta numa demora prejudicial a vítima. Se ela procura a delegacia, na grande maioria das vezes, como único recurso disponível para resolver o seu problema, seria imprescindível que esses inquéritos fossem produzidos com máxima eficiência. Pois ela deve estar sofrendo ou prestes a sofrer com um fato criminoso, que pode ser uma lesão corporal, ou uma ameaça, crimes de menor potencial ofensivo, mas muitas vezes, pode estar na iminência

de feminicídio. Com esse inquérito tendo que retornar, para ser complementando informações, pode-se ter uma vítima fatal.

Outro problema decorrente, dessa má elaboração dos inquéritos, são os pedidos de medidas protetivas, que também atrasam ou não são emitidos por má elaboração. Campos (2016, p. 8) também observou essas negativas de medidas protetivas, em “48% dos casos as medidas foram negadas por falta de informações para análise dos requerimentos, indicando fragilidade na formulação das medidas”, fazendo assim, com que a vítima esteja à mercê da própria sorte e as instituições do Estado, enquanto garantidor de proteção, não cumpra o seu papel.

Ainda em relação ao pedido de medidas protetivas mal elaboradas, é importante salientar, que se deve ao fato, de muitas vezes, o policial que está prestando o atendimento não ouvir a vítima atentamente. E nesse momento, é preciso frisar, mais uma vez, que isso está ligado ao despreparo desse agente de segurança pública. Como esse relato de uma vítima, presente em um dos relatórios, em que a vítima relata que não foi ouvida atentamente, que nem a deixaram falar:

Não, não. Eu não fui ouvida, eu só ouvi. Só fizeram perguntas onde eu respondia sim ou não, eles perguntaram, questionaram se eu queria ter a medida protetiva, se eu queria que ele ficasse afastado de mim, mas em momento nenhum me ouviram ou deixaram eu falar porque às vezes que eu quis falar, eles não deixaram. Sempre o rapaz interrompia com outra pergunta (CNJ, 2018, p. 178).

Esse relato reproduz também um revitimização, um silenciamento da vítima (Rosenblatt; Mello; Medeiros, 2018) e aqui é necessário fazer um parêntesis, sobre esse silenciamento. Essa interrupção de fala, evidencia uma outra questão trazida por outras pesquisadoras (Prando; Costa, 2018, p. 11), que as mulheres nesse processo de escuta, passam também por “coerções exercidas pelos próprios agentes de justiça”, a autora se refere aqui nas audiências de justificação, presentes no art. 16, da Lei Maria da Penha. Mas as autoras entenderam que os silenciamentos as vítimas nessas audiências tinham o intuito de impor a ela o que os atores dos sistemas de justiça criminal queriam. E que esses silenciamento “simbolizavam uma hierarquia, entre quem detém o poder sobre os rumos do discurso” (Prando; Costa, 2018, p. 11). Isso também é evidenciado na escuta das mulheres nas delegacias, como mostrado no relato acima, que interrompia a vítima, com o intuito de mostrar que ele conduzia a investigação e não o que ela dizia.

Outro problema muito recorrente nos relatórios de pesquisa, foi sobre a prescrição dos crimes, devido ao não encaminhamento dos inquéritos no prazo. “Em diferentes comarcas, verificaram-se casos em que os inquéritos não são encaminhados no prazo, o que muitas vezes responde pela posterior prescrição dos

crimes, até mesmo em casos de lesão corporal, em que a prescrição só ocorre após oito anos” (CNJ, 2019, p. 48).

### 3. É POSSÍVEL APRESENTAR SOLUÇÕES VIÁVEIS?

Como foi apontado no capítulo um, Soraia da Rosa Mendes virou a chave do processo penal tradicional e trouxe soluções possíveis para minimizar esse tratamento desumano as vítimas de violência na delegacia e no processo penal. Uma das primeiras soluções, propostas por ela, seria o depoimento especial da vítima, acompanhado pela figura do assistente da vítima, representado pelo defensor público, previsto no art. 28, da Lei Maria da Penha, que diz:

É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado (Brasil, 2006).

Essa é a figura do assistente da vítima, o sujeito processual *sui generis*, que tanto pode estar presente nas delegacias, quanto na fase judicial. Esse formato de assistência já vem sendo implementada na Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro<sup>7</sup>. O defensor atua na fase extrajudicial (nas delegacias) e na fase judicial (nos processos penais), com isso, se evitaria o processo de revitimização da mulher, pois esse defensor, buscaria proteger os seus direitos e prestar o apoio pessoal, assistencial e necessário a vítima, extrapolando os limites do jurídico.

Diante da análise feita nos relatórios, e dos três eixos problemáticos apresentados no capítulo dois, ficou evidente, que o grande desafio do sistema de justiça criminal é sobre a qualidade do atendimento prestado às vítimas de violência doméstica e como evitar a revitimização. E esse atendimento está intimamente ligado a formação/capacitação em gênero das autoridades que trabalham nas delegacias.

Dessa forma, o depoimento especial, com a presença do defensor público nas delegacias, inibiria os agentes policiais a desencorajarem as vítimas a não darem continuidade ao procedimento investigatório, e evitar a sobrevivitização. Assim, como também poderia minimizar os problemas atinentes a confecção dos inquéritos policiais e aos pedidos de medidas protetivas, uma vez que a vítima estaria assistida por um profissional qualificado.

<sup>7</sup> Matida entrevista o defensor público Luiz Henrique Zouein, que atua em processo de gênero, na defensoria do Rio de Janeiro, desempenhando um papel como assistente da vítima, nos processos que envolvem a questão de gênero.

Outra inovação da Lei Maria da Penha, mas que ainda não foi efetivada, está presente no art. 10-A, da Lei Maria da Penha, que a inquirição da vítima seja realizada em local adequado, privativo e por profissional qualificado. Como defendido, por Mendes:

Para tanto é necessário efetivar a garantia de que a mulher não seja submetida a expedientes vexatórios de julgamento moral – como é corriqueiro ver-se durante o processo penal, em especial durante a tomada de depoimento da ofendida – reconhecendo-se a ela o direito de depor de modo e em local especial, apartado da presença do réu e de qualquer outra pessoa ou circunstância que lhe possa gerar medo, constrangimento, vergonha ou auto culpabilização (Mendes, 2020).

Em relação a um outro eixo problemático apontado na análise dos relatos, é sobre a qualificação dos profissionais que trabalham nas delegacias, e tem como principal objetivo tentar minimizar os processos de revitimização que foram relatados aqui neste artigo. Essa qualificação, necessariamente, teria que ser específica na Lei nº 11.340/06 e em violência de gênero.

Seria um momento de oportunizar aos policiais, delegados e funcionários das delegacias de se colocarem no lugar das vítimas, para entender como elas chegaram até aquele momento, e com isso, proporcionar uma conscientização para um atendimento digno, acolhedor e encorajador. “Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica” (Bianchini; Bazzo; Chakian, 2020, p. 59).

O atendimento nas delegacias, precisam ser efetivamente, especializados, para que as vítimas, consigam se sentir protegidas, acolhidas e realmente ouvidas. É necessário que se crie um ambiente acolhedor, humanizado, afastado de preconceitos advindos do senso comum, e da cultura patriarcal e machista. Nem tampouco, que seja demonstrado reprovação pela conduta da vítima e que as delegacias sejam realmente, um lugar, onde as mulheres possam realmente receber um tratamento de vítima. E para isso, essa problemática deve ser levada e percebida pelos profissionais que atendem as vítimas nas delegacias, esse conhecimento precisa ser transpassado da academia para a prática dos policiais.

Como Mendes (2020) trouxe na epistemologia feminista, o processo penal feminista deve ser entendido e processado a partir das experiências da mulher dentro do processo penal feminista. É necessário que isso seja visto, que os problemas sejam vistos, pela ótica das vítimas, e não do suposto-saber-imposto pela cultura patriarcal. E a partir desse sujeito, que se deve avaliar quais medidas que

se deve tomar para a melhoria do atendimento nas delegacias. É perpassando o problema pela visão delas, como bem afirma Mendes (2020, p. 91) “é possível e necessário reconhecer as experiências das mulheres como o ponto de partida no contexto probatório e decisório.”

A epistemologia feminista foca o seu ponto de vista, na visão da mulher sobre o processo e isso foi grandemente debatido aqui. No entanto, é necessário ainda, que debates como respeito a mulher seja levado para todos os lugares, e um lugar especial seria pela educação. A criança, o jovem, precisa entender, ser educados, desde pequenos que a mulher não é dele, não é do seu irmão, não é do seu pai, não é uma propriedade. Precisamos focar também em educar primeiro essa sociedade ainda com sinais patriarcais.

Algumas autoras já defendem esse ponto de vista, da educação, como Montenegro (2015, p. 117) defende que para combater a violência doméstica é necessário a conscientização da sociedade “através de políticas públicas não repressivas, conscientizando a população, principalmente pela educação para as novas gerações” como vem estabelecidos na própria lei Maria da Penha. Assim como também “incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como os manejos dos conflitos intrafamiliares” (Bianchini; Bazzo; Chakian, 2020, p. 31).

## CONCLUSÃO

No primeiro capítulo foi demonstrado sobre a necessidade da efetivação da epistemologia feminista, através de um processo penal feminista, apresentando várias teses defendidas pela autora Soraia da Rosa Mendes. No segundo capítulo foi exposto os problemas apresentados em três relatórios de pesquisa nacionais, evidenciando três eixos problemáticos no atendimento das vítimas nas delegacias especializadas. No último capítulo, foi proposto algumas soluções possíveis para a melhoria desses problemas, alguns até já disciplinados na lei, faltando apenas serem colocados em prática.

Como foi dito no primeiro capítulo, sobre a necessidade de uma epistemologia feminista, ainda que introdutória, é esse o viés desse trabalho. E apresentar, ainda que introdutoriamente, a imperatividade da implementação dessa epistemologia nos processos que envolvam vítimas de violências domésticas e sexuais. Sendo impossível esgotar a temática e propor soluções prontas e acabadas. Sendo dando o pontapé inicial para um processo penal equilibradamente humanizado e verdadeiramente feminista.

A epistemologia jurídica feminista “ao descobrir e redescobrir a vida e produção das mulheres ao longo da história, produz nossa própria história e, com isso, rompe com paradigmas estabelecidos e apresentados como intransponíveis” (Mendes, 2020, p. 164). Soraia Rosa Mendes fez isso com o processo penal feminista, transpôs um paradigma, uma barreira, um dogma e iniciou a produção da história da mulher. Como defende Eliane Pimentel, juntamente com Soraia da Rosa Mendes, “é pensar uma dogmática penal feminista que pretende sim, afrontar, a dogmática tradicional” (Pimentel; Mendes, 2018, p. 310). É esse o papel estabelecido, é afrontar, a dogmática tradicional, afrontar o processo penal tradicional, através do viés da epistemologia feminista, do processo penal feminista e da dogmática penal feminista.

Assim como o livro “Processo Penal Feminista”, as lutas feministas e algumas doutrinadoras na área do direito, já têm pautado várias críticas, mas precisamos começar a implantar soluções e lutar pelas mudanças. Como Campos (2016) bem observou, precisamos de uma segunda quebra paradigmática que surge desse reconhecimento que o sistema de justiça criminal não consegue dá a resposta aos problemas das mulheres.

É irrefutável salientar a importância de se refletir sobre as questões que foram trazidas aqui, que invisibilizam a mulher em virtude do gênero, para a partir de ações cotidianas realizadas por mulheres que não se curvam ao que está posto socialmente, e assim, avançarmos, enquanto sociedade plural. É vital que todo ato que gera revitimização e culpabiliza a vítima, seja tornado ilegal, nulo, por violar a dignidade da pessoa humana. Isso já seria um grande passo.

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra as mulheres*. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Brasília, DF, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

CAMPOS, Carmem Hein de. Dez anos de Lei Maria da Penha: e agora Maria, para aonde? *Revista dos Tribunais*, v. 974. p. 155-170, 2016.

CNJ. *O poder judiciário no Enfrentamento à violência Doméstica e familiar contra as mulheres*. (Relatório) Brasília, 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830\\_rel\\_poder\\_judic\\_no\\_enfren\\_a\\_viol\\_domest\\_familiar\\_contra\\_as\\_mulheres.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf). Acesso em: 30 jul. 2020.

CNJ. *Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário*. (Relatório Analítico Propositivo – Justiça Pesquisa Direito e Garantias Fundamentais). Universidade Católica de Pernambuco. 2018. Disponível em: <https://www.>

cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/69f98306e01d7a679720c82bf016b8ea.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

IMPROVÁVEL PODCAST. *Ep. 004 - Defensoria, assistência da vítima nos crimes de gênero*. Locução de: Janaina Matida. Entrevistado: Luiz Henrique Zouein. 8 de Mar. 2021. Disponível em: [https://open.spotify.com/episode/52jR2SYtvnYMtyrZWRJkEs?si=dqIcyt6FSt2Vw\\_98stuCrw](https://open.spotify.com/episode/52jR2SYtvnYMtyrZWRJkEs?si=dqIcyt6FSt2Vw_98stuCrw). Acesso em: 20 mar. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão (org.). *Violência de Gênero: temas polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MENDES, Soraia da Rosa. *Processo penal feminista*. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. O depoimento especial da ofendida: a palavra da vítima é, sim, a principal prova nos delitos sexuais. *Gen Jurídico*. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/11/04/depoimento-vitima-delitos-sexuais/>. Acesso em: 10 fev. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. A nulidade absoluta no caso Mariana Ferrer. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-12/mendes-nulidade-absoluta-mariana-ferrer#:~:text=Muito%20se%20fala%20sobre%20o,em%20especial%20de%20viol%C3%Aancia%20sexual>. Acesso em: 16 dez. 2020.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

OBSERVE/UNIFEM. *Identificando entraves na articulação dos serviços de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar em cinco capitais*. Salvador: UFBA, 2011. Disponível em: [http://www.observe.ufba.br/\\_ARQ/relatorio\\_final\\_redes%5B1%5D%20\(1\).pdf](http://www.observe.ufba.br/_ARQ/relatorio_final_redes%5B1%5D%20(1).pdf). Acesso em: 11 fev. 2021.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello; COSTA, Renata Cristina de Faria Gonçalves. A emergência da vítima na violência doméstica: uma etnografia sobre o sujeito, o conflito e o gênero. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 57-90, ago. 2018.

PIMENTEL, Elaine; MENDES, Soraia. A violência sexual: a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 305-328, ago. 2018.

ROSENBLATT, Fernanda Cruz da Fonseca; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; MEDEIROS, Carolina Salazar L'Armée Queiroga de. Quem são elas e o que elas dizem? Representações das mulheres usuárias dos juizados (ou varas) de violência doméstica em seis capitais brasileiras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 329-371, ago. 2018.

## **A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE NO CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA**

### ***THE IMPOSSIBILITY OF REPLACING PENALTIES IN THE CONTEXT OF THE MARIA DA PENHA LAW***

Bruna Gonçalves Xavier

Doutoranda em Desenvolvimento Local, pela Universidade Católica Dom Bosco. Mestre em Desenvolvimento Local em Contexto de Territorialidades pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola de Direito da Associação dos Membros do Ministério Público – EDAMP.

Heitor Romero Marques

Mestrado Em Educação Formação de Professores pela Universidade Católica Dom Bosco (1996) e doutorado em Desarrollo Local Y Planificación Territorial - Universidad Complutense de Madrid (2004). Professor na Universidade Católica Dom Bosco, atuando em cursos de licenciatura e bacharelado, bem como na especialização lato sensu e Programa de Mestrado e Doutorado em Desenvolvimento Local.

**Submetido em:** 02/12/2020

**Aprovado em:** 04/11/2021

**Resumo:** Essa pesquisa versa sobre a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, envolvendo infrações penais cometidas no âmbito da Lei 11.340/2006. A relevância desse estudo se demonstra na necessidade da reprimenda e devida atuação estatal nos casos envolvendo essas infrações. O objetivo geral do estudo buscou compreender a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Os objetivos específicos em contextualizar a Lei Maria da Penha e sua importância, caracterizar as situações em que as infrações penais são praticadas no contexto da violência doméstica e apontar os motivos que vedam essa substituição das penas. A metodologia de pesquisa foi bibliográfica e exploratória, a partir da busca na jurisprudência dos tribunais superiores. Concluindo-se que a Súmula 588 do Superior Tribunal de Justiça veda essa substituição, ainda que a infração tenha as condições, mas desde que seja nesse contexto não é permitido.

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha; Substituição de penas; Violência Doméstica.

**Abstract:** *This research is about replacing the deprivation of liberty with restrictive rights, involving criminal offenses committed under Law 11.340 / 2006. The relevance of this study is demonstrated by the need for reprimand and due action by the State in cases involving these infractions. The general objective of the study sought to understand the prohibition on substituting deprivation of liberty for restrictive rights. The specific objectives in contextualizing the Maria da Penha Law and its importance, characterize the situations in which criminal offenses are committed in the context of domestic violence and point out the reasons that prohibit this substitution of penalties. The research methodology was bibliographic and exploratory, based on the search in the jurisprudence of the higher courts. Concluding that Precedent 588 of the Superior Court of Justice prohibits this substitution, even if the infraction has the conditions, but as long as it is in this context, it is not allowed.*

**Keywords:** *Maria da Penha Law; Feather replacement; Domestic violence.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Um olhar na história. 2. Violência Doméstica e a proteção garantida pela Lei Maria da Penha. 3. A impossibilidade de substituição da pena privativa da liberdade por restritivas de direito em contexto de violência doméstica. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A temática de estudo aborda a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando envolver infrações penais cometidas no contexto da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), tendo em vista que o Código Penal brasileiro admite, em algumas hipóteses, que a pena anteriormente fixada como privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A relevância desse estudo se revela no fato de que em regra, as infrações penais que se enquadrem nos requisitos do artigo 44 do Código Penal, fazem jus à substituição das penas privativas da liberdade por restritivas de direito, porém, os crimes e contravenções penais cometidos sob a égide da Lei Maria da Penha configuram uma exceção, ainda que estejam dentro desses requisitos previstos no referido artigo, a fim de que haja uma maior proteção à mulher vítima dessas formas de violência.

Desta forma, verifica-se que esse tema gera muitas dúvidas em vários operadores do direito, inclusive havendo situações em que as penas são indevidamente substituídas, causando a sensação de desproteção das vítimas e falta de efetividade dos fins previstos na Lei 11.340/2006.

O objetivo geral desse estudo buscou compreender essa vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Enquanto os objetivos específicos em traçar um evolutivo sobre a luta das mulheres e o surgimento da Lei Maria da Penha, bem como conceituar violência doméstica e apontar a impossibilidade de substituição da pena de acordo com a súmula 588 do Superior Tribunal de Justiça.

A metodologia de pesquisa seguiu uma abordagem qualitativa, a partir da revisão da literatura disponível, com buscas junto às plataformas disponíveis, consistente no Google Acadêmico, Scielo, Banco de Teses e Dissertações da CAPES, utilizando os formatos de artigo científico, livros, trabalhos de conclusão de curso, teses e dissertações. Além de trazer um caráter exploratório, tendo em vista que foi feita busca e análise na jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente a Súmula 588 do Superior Tribunal de Justiça.

A estrutura do estudo está organizada no primeiro tópico com um enfoque na história relativa ao tratamento da mulher até a contemporaneidade, enquanto o tópico seguinte trata da contextualização da violência doméstica e seus conceitos. Por fim, o terceiro tópico traz a análise sobre a impossibilidade de substituição das penas nas infrações penais cometidas no âmbito da Lei Maria da Penha, a partir do entendimento de um tribunal superior.

## 1. UM OLHAR NA HISTÓRIA

A compreensão do cenário atual de proteção à mulher é justificada pelos antecedentes históricos que circundam o tratamento dado a elas. Em diferentes períodos da história, desempenhando distintos papéis sociais que refletiam o pensamento da época, em que a conquista de vários direitos atribuídos primeiramente aos homens foi recente e demonstra a vulnerabilidade em diversos aspectos da vida dessas mulheres.

Nesse sentido, consoante destaca Leite e Noronha (2015), a mulher nas civilizações antigas era responsável pela colheita de cereais, ao passo que os homens realizavam a caça e eram mais valorizados por proporcionar a carne como alimento das tribos. Avançando um pouco, a sociedade se organizou sob um modelo patriarcal, em que o homem era quem comandava a família, estabelecendo a figura de uma mulher submissa, sem que pudesse tomar suas próprias decisões.

Na Mesopotâmia, por volta do ano 2000 a.C., o casamento era concebido como uma forma de aquisição da mulher, a qual não podia manifestar aversão ao marido, sob pena de ser lançada ao rio, com pés e mãos amarradas ou jogada do alto de uma torre. Outro exemplo, era o fato de que se ela não pudesse conceber filhos, o marido estava autorizado a ter com outra mulher para perpetuação da sua linhagem. Assim como, no direito romano, a punição dos delitos cometidos pelas mulheres não eram incumbência do Estado, mas na intimidade do lar, a partir do julgamento dos seus maridos (Santiago; Coelho, 2007).

Corroborando com esse entendimento, a caracterização da figura da mulher ateniense, que retrata a submissão como sinônimo de um bom modelo de esposa e

mãe, o que posteriormente foi incorporado pelas crenças religiosas e se arrastou por vários anos. Sobre isso, destaca-se que:

O modelo de mulher ateniense é muito conhecido, pois retrata uma mulher submissa ao marido, amável com ele e cuidadora dos filhos e da casa. Esse modelo de boa mulher, exemplo de submissão foi aceito pela igreja católica, após a decadência romana. O cristianismo fortificou-se e no período denominado idade média a igreja influenciou muito na vida dos fiéis e principalmente no comportamento feminino durante o período (Leite; Noronha, 2015, p. 03).

Considerando o exposto, percebe-se que nesses períodos eram restritas as opções das mulheres, as quais sempre estavam subordinadas à vontade de um homem: primeiro dos seus genitores e, após o casamento, ao de seu marido. Restando para aquelas que não tinham vontade de contrair o matrimônio, percorrer os caminhos da fé, tornando-se freiras, subordinadas, agora, aos interesses da igreja.

Nas palavras de Santiago e Coelho (2007), a idade média foi considerada um dos períodos da história mais cruéis de violência contra as mulheres, tendo em vista que a inquisição levou à fogueira diversas delas, sob o argumento de bruxaria com base em provas e julgamentos de difícil superação humana.

Outro ponto que merece ser reforçado, é que no Brasil existia uma determinação absoluta para o adultério no Código Penal de 1890, em seu artigo 27, que isentava ou reduzia a pena do autor que agiu motivado por crimes passionais, justificando que os sentidos e a inteligência do infrator estavam privados durante a prática da conduta delituosa, sobressaltando uma duradoura paixão e súbita emoção (Engel, 2005).

Para melhor explicar esse assunto, entende-se como escusa absoluta como um termo jurídico adotado para designar a autorização normativa para isentar de pena o agente, não lhe atribuindo responsabilidade penal (Santos; Righetto, 2013). Assim, o marido que praticava qualquer crime contra a mulher e justificasse que foi motivado sob uma violenta emoção, causada pela mulher, como modo de atribuir a elas a culpa por esses crimes passionais.

A mudança desses paradigmas começou a partir da Segunda Guerra Mundial, em que foi atribuída maior autonomia às mulheres, surgindo os chamados movimentos feministas que representou um divisor, para atribuir os direitos básicos às mulheres. Sobre isso, aponta-se que:

A partir da segunda guerra mundial a mulher adquiriu autonomia em relação aos homens. Nesse período teve ascensão os movimentos femi-

nistas, que lutavam pela igualdade entre os sexos. Os direitos da mulher pela primeira vez ficaram em evidência repercutindo a busca pela igualdade de gênero, igualdade salarial sendo o marco inicial da participação da mulher moderna na sociedade que nós conhecemos hoje (Leite; Nascimento, 2015).

Conforme se extrai do trecho, foi a partir da Segunda Guerra Mundial que se voltou o olhar para os direitos básicos das mulheres, o que traçou os primeiros passos para a participação da mulher na sociedade como na atualidade é concebida.

Nesse enfoque, a Constituição Federal de 1988, trouxe uma importante contribuição ao igualar mulheres e homens perante a lei, conferindo a ambos o mesmo tratamento, vedando qualquer forma de discriminação baseada no gênero, garantindo que sejam tratadas em um mesmo patamar que os homens (Brasil, 1988).

A partir disso, destaca-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, foi o primeiro tratado internacional que voltou o olhar para a proteção dos direitos humanos, reconhecendo a violência contra mulheres.

A legislação de proteção à mulher é relativamente recente, tendo em vista que por muito tempo vigorou o pensamento de que o Estado não devesse interferir em assuntos privados do âmbito familiar. Razão pela qual se firmou uma expressão muito conhecida, formando uma ideia de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, como uma forma de traduzir que os problemas entre os casais e a família devessem ser resolvidos entre eles e que não caberia a ninguém interferir nessa questão.

Nesse sentido, em 07 de agosto de 2006, entrou em vigor a Lei Maria da Penha, a qual criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, de forma a estabelecer medidas para prevenção, assistência e proteção às mulheres nessa situação. Representando um importante avanço no combate à violência e vulnerabilidade que a mulher está exposta.

Diante do exposto, verifica-se que a história da mulher mostra que houve um processo evolutivo no combate à violência doméstica, paulatinamente rompendo noções de não intervenção e passando a tratar a vulnerabilidade feminina como um problema do Estado, apto a exercer o seu direito de punir aqueles que tenham condutas que se configurem como violência doméstica.

## 2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A PROTEÇÃO CONFERIDA PELA LEI MARIA DA PENHA

A palavra violência é proveniente do latim *violentia* que significa abuso de força, bem como de outro termo latino, *violare* que corresponde ao ato de transgredir o respeito que é devido a uma determinada pessoa (Marcondes Filho, 2001).

Nesse sentido, a Lei 11.340 de 2006 traz uma série de contribuições para a proteção da mulher vítima de violência doméstica. Sua natureza jurídica é de uma legislação essencialmente penal, ainda que seu corpo, até abril de 2018, não previa nenhum crime de modo específico (A partir dessa data, foi inserido o artigo 24-A na Lei 11.340/2006, que tipificou o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência), mas estabelecia uma lei de proteção que pode ser relacionada com demais ordenamentos jurídicos penais, como o Código Penal, Decreto-Lei 3.688/41, Estatuto do Desarmamento, entre outros.

Além disso, de acordo com o Acórdão n. 1018057, de relatoria da desembargadora Maria Ivatônia, da 2ª Turma Criminal do Distrito Federal, a Lei Maria da Penha tem como característica uma “natureza híbrida, de modo que o juiz pode adotar um conjunto de medidas protetivas de urgência tanto de natureza criminal como cível, com o fim de resguardar a integridade física e mental da ofendida”.

De acordo com esta lei, a violência doméstica e familiar contra a mulher pode ser compreendida como qualquer forma de ação ou omissão que se baseie em razão do gênero que for capaz de resultar a morte, lesão, sofrimentos de natureza física, sexual ou psicológico, bem como os danos na modalidade moral e patrimonial (Brasil, 2006).

Compreendido esse conceito, é importante entender o significado de cada um dos termos que a lei adota, em seu artigo 5º, para determinar a incidência da violência doméstica, que são os âmbitos: unidade doméstica, família e relação íntima de afeto. A primeira terminologia, é a questão do que seria o âmbito da unidade doméstica, ela pode ser entendida como um espaço em que existe o convívio permanente de pessoas, as quais podem ter ou não um vínculo familiar, incluindo aquelas que forem esporadicamente agregadas.

A segunda questão que a lei traz é no contexto familiar, que é relativo ao espaço em que as pessoas se são ou se consideram parentes, seja esse laço sanguíneo, por afinidade ou vontade expressada. Por fim, no que concerne a qualquer relação íntima de afeto, é o fato de que o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação, nesse caso se incluído maridos, convivente e até mesmo namorados. Salienta-se, que essas relações independem da orientação pessoal.

Nessa senda, Dias (2012) elucida que essa lei além de promover a proteção da mulher vítima de violência doméstica, também destacou a própria entidade familiar, ao traçar um escopo amplo, não tratando apenas da violência contra a mulher, mas da violência doméstica em geral, englobando os outros componentes da família.

Ademais, a violência doméstica não protege apenas um bem jurídico determinado, como exemplo, a integridade física das vítimas, mas volta o olhar também a outros bens, revelando a intenção do legislador em não deixar tais questões apenas no âmbito familiar como foi comum durante os anos, mas trazer às instâncias públicas, as quais possuem poder para resguardar os direitos considerados como fundamentais das pessoas que se enquadram como vítimas (Dias, 2012).

Nesse contexto, a violência doméstica não corresponde apenas aos ataques físicos, mas esta pode se dar em cinco modalidades, sendo elas a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Sobre isso o artigo 7º, da Lei Maria da Penha, traz um rol exemplificativo e explicativo, eis que demonstra cinco formas de violência, entre outras, bem como explicativo, eis que conceitua cada uma dessas modalidades previstas.

No inciso I, do artigo 7º, da Lei 11.340/2006, traz a primeira modalidade de violência doméstica e familiar, a conhecida violência física, a qual é entendida como as condutas que ofendam a integridade física ou saúde corporal das suas vítimas. Já no inciso II, destaca a violência psicológica, que corresponde à conduta que provoque um dano emocional, além da diminuição da autoestima ou, ainda, atitudes que prejudiquem ou perturbem o pleno desenvolvimento, bem como tenham como finalidade degradar ou controlar ações, comportamento, crenças e decisões da vítima, seja por meio de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância frequente, perseguição habitual, insultos, chantagens, ridicularização, exploração e restrição ao direito de ir e vir, além dos outros meios que sejam capazes de causar o prejuízo à saúde psicológica e a auto-determinação da pessoa.

A terceira modalidade de violência é a sexual, a qual é compreendida como condutas que constroem a presença, manter ou participar de relação sexual que não seja desejada, por meio de intimidação, ameaça, coação ou por intermédio de força. Além disso, esse tipo de violência também se configura ao induzir a comercializar ou a utilizar, de qualquer maneira, a sua sexualidade, que a impeça de utilizar método contraceptivo ou force ao matrimônio, gravidez, aborto ou prostituição, sendo tais condutas por via da coação, chantagem, suborno ou manipulação. Também se enquadra as condutas que limitem ou anulem o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos (Brasil, 2006).

A violência patrimonial, por sua vez, é definida como as condutas que importem na retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens valores e direitos ou recursos econômicos dessas vítimas, incluindo os destinados a satisfazer as suas necessidades. Por último, a violência moral como sendo aquelas condutas que gerem os crimes de calúnia, difamação e injúria (Brasil, 2006).

Desta forma, a violência doméstica está além de proteger apenas um bem jurídico, mas vários outros, protegendo diferentes áreas da vida das vítimas. Apesar de haver todas essas legislações de proteção e medidas que visem proteger a mulher, muitas ainda ficam presas no chamado “Ciclo da Violência”, que pode se dar por vários motivos, sejam eles medo, amor, questões relacionadas à baixo estima por si mesma, a esperança de que o autor irá mudar, a dependência financeira, bem como transtornos que se desenvolvem como a Síndrome do desamparo aprendido (Síndrome da Mulher Espancada), entre outros pontos (Cartilha de Violência Doméstica – Ministério Público “Mulher Vire a Página”, 2009).

Nesse sentido, ressalta-se que o ciclo da violência, em termos gerais, compreende as seguintes etapas: tensão, explosão e reconciliação. Com relação a essa primeira etapa do ciclo, corresponde ao momento em que surge a violência psicológica e a intimidação, com o uso de abusos verbais, constrangimento, atribuição de culpa à mulher para tudo de errado que ocorrer, entre outras condutas que visem causar uma espécie de terror psicológico na mesma.

No momento da explosão, é a efetivação da violência propriamente cometida, seja ela por meio da agressão física ou da ameaça gerando o temor da vítima, compreende ao clímax da violência. Por fim, a reconciliação diz respeito ao momento em que o autor se diz arrependido do que fez, prometendo que aquilo não irá mais acontecer.

Compreendidos esses conceitos, a proteção que a Lei Maria da Penha confere às mulheres vítima de violência doméstica consiste, principalmente, no oferecimento de medidas protetivas de urgência, em que o autor deve se abster de se aproximar da mesma e de manter o contato com ela, familiares e com as testemunhas, dentre outras medidas que dependerá do caso concreto e que visem resguardar os direitos fundamentais da mulher vítima.

Além disso, a Casa da Mulher Brasileira também se configura como uma dessas proteções que a lei assegura como forma de assistência à mulher, em que desempenham um núcleo de acolhimento a essas mulheres, disponibilizando serviços em um mesmo lugar em vários setores, como Delegacia Especializada, Promotoria de Justiça e Vara de Violência Doméstica e Familiar, além do aloja-

mento temporário e brinquedoteca para as vítimas que estiverem com infantes, entre outros.

Desta forma, observou-se que existem vários conceitos importantes que revestem a noção de violência doméstica para determinar a aplicação dos institutos jurídicos no caso concreto. Em razão disso, no próximo tópico será tratado sobre a impossibilidade de substituição das penas nesse âmbito das infrações penais que estão sob a égide da Lei Maria da Penha.

### **3. A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

O Direito Penal é uma ciência voltada ao estudo das normas jurídico-penais, bem como volta o olhar a análise comportamental humana e como se reflete na sociedade, a partir disso podendo compreender os motivos ligados às condutas delitivas, critérios valorativos e estabelecer os bens juridicamente relevantes, ou seja, que precisam de proteção estatal, incidindo, assim, a sanção como uma resposta vislumbrando afastar a reincidência e reeducar o infrator.

Nesse sentido, Bitencourt (2016, p.16) também segue a linha de pensamento supracitada definindo Direito Penal enquanto norma e valores:

O Direito Penal apresenta-se, por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes — penas e medidas de segurança. Por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. Esse conjunto de normas, valorações e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça. Com esse sentido, recebe também a denominação de Ciência Penal, desempenhando igualmente uma função criadora, liberando-se das amarras do texto legal ou da dita vontade estática do legislador, assumindo seu verdadeiro papel, reconhecidamente valorativo e essencialmente crítico, no contexto da modernidade jurídica (Bitencourt, 2016, p. 16).

Logo, o Direito Penal pode ser entendido como um ramo do direito público consistindo em uma forma de controle social – que visa a tutela de bens juridicamente protegidos - representado por intervenção de um Estado-Juiz nas garantias e prerrogativas de cada indivíduo que transgrida as normas jurídicas definidas como de natureza penal, acarretando em uma resposta estatal por meio de uma sanção.

Compreendido isso, vislumbra-se que a legislação penal brasileira prevê, no artigo 32 do Código Penal, a existência de três espécies de sanções/penas utilizadas como resposta a um ilícito penal, tendo como fim aplicar a devida sanção àqueles que infringem à lei, ao mesmo tempo que visa ressocialização, são elas: a multa, a privativa da liberdade e restritiva de direitos (Brasil, 1940).

A pena de multa pode ser entendida como uma forma de pagamento ao fundo penitenciário nacional – FPN de quantia fixada na sentença e calculada sob a forma de dias-multa, se limitando a um piso de dez e um teto de trezentos e sessenta dias-multa (Bizatto, 2005).

A pena privativa de liberdade é aquela que impõe uma reprimenda ao indivíduo, a qual irá privá-lo de sua liberdade. Ela pode ser de reclusão ou de detenção, a primeira é aquela que pode ser cumprida em um regime inicial fechado, semiaberto ou aberto, ao passo que o início do cumprimento da segunda só pode ser no regime semiaberto ou aberto, se revelando como mais branda que a anterior.

Nesse sentido, acerca do regime de cumprimento da pena privativa da liberdade, a própria lei traz o seu conceito, ao dispor no artigo 33, §1º, do Código Penal os três tipos de regime, sendo eles o fechado, o semiaberto e o aberto. Logo, pode ser considerado como fechado, aquele que tem a execução da pena em estabelecimento que se classifique como de segurança máxima ou média, ao passo que o semiaberto a execução da pena se dá nas chamadas colônias agrícolas, industriais ou estabelecimento que seja tido como similar. Por fim, o regime aberto é cumprido na casa de albergado ou local similar.

Já as penas restritivas de direitos são aquelas que tem como traço característico serem autônomas, alternativas e podendo ser cumulativas, se apresentam em cinco modalidades: a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação do final de semana.

A primeira, correspondente à prestação pecuniária não pode ser confundida com a multa, pois esta consiste em um valor que é destinado à vítima e a seus dependentes ou a entidade social pública ou privada, destinando a fim social, enquanto a multa é encaminhada ao Fundo Penitenciário Nacional. Ressalta-se, ainda, que a prestação pecuniária é fixada pelo magistrado entre um a trezentos e sessenta salários mínimos e não em dias-multa (Bizatto, 2005).

A perda de bens e valores tem como escopo retirar do condenado o provento obtido com o crime, de forma a ressarcir os danos causados à vítima. Segundo Jesus (1999, p. 84) “Considera-se o prejuízo causado pela infração penal ou o pro-

veito obtido pelo autor do fato ou terceiro. E, se houve diferença entre o prejuízo da vítima e o montante do proveito obtido pelo sujeito, [...] considera-se o maior”.

A prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas é aplicável nos casos em que envolvam condenações que tenham a pena superior a seis meses de pena privativa da liberdade, consistindo na designação de tarefas gratuitas a ser prestada pelo condenado, levando em conta a aptidão dos mesmos, sendo executada em entidades de caráter assistencial, hospitais, escolas, orfanatos e estabelecimentos similares, em programas da comunidade ou estatais. Contando uma hora de tarefa por dia de condenação, estabelecidas de maneira que não prejudique as atividades de jornada normal do apenado. Ressalta-se, ainda, que se a pena fixada for superior a um ano, o condenado pode concluir em menor tempo, mas nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (Brasil, 1998).

A interdição temporária de direitos, vem estabelecida no artigo 47, do Código Penal, que prevê:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I- proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV – proibição de frequentar determinados lugares.

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

A limitação do final de semana corresponde à obrigação de permanecer aos sábados e domingos, em uma proporção de cinco horas diárias em casa de albergado ou estabelecimento similar, em que durante esse período pode ser ministrada palestras ou atividades educativas ao apenado (Brasil, 1984).

Compreendida essa especificação acerca das penas, convém destacar que os requisitos objetivos que autorizam a substituição das penas apontam que a pena privativa de liberdade não pode ser superior a quatro e não ser cometido com o emprego de violência ou grave ameaça à vítima, bem como é possível independente da pena aplicada se for um delito cometido na modalidade culposa. O segundo requisito objetivo é o fato de o réu não ser reincidente em crime doloso, ou seja, não tenha sido condenado pela prática deste em um período anterior de cinco anos (Brasil, 1940).

Além disso, existem ainda os requisitos subjetivos que autorizam essa substituição das penas, que correspondem às circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu. Assim, o magistrado ao pensar na aplicabilidade das penas restritivas de direito, deve se atentar à “culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias que indicarem essa substituição seja suficiente”, com fulcro no artigo 44, inciso III, do Código Penal (Brasil, 1940).

Portanto, observa-se que em muitos casos podem ocorrer essa substituição. Porém, nos crimes e contravenções penais praticados sob a égide da Lei Maria da Penha é impossível essa substituição, eis que em julgado de 13 de setembro de 2017, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o assunto, ao editar a Súmula 588, a qual ressaltou que: “A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos” (Brasil, 2017).

De acordo com o entendimento do tribunal superior, essas condutas não preenchem todos os quesitos do artigo 44, do Código Penal, eis que são praticados mediante violência ou grave ameaça às vítimas. Assim, não seria cabível a referida substituição das penas, incompatível com a norma penal.

Considerando essa disposição, verifica-se que a função das súmulas é garantir que haja uma uniformização das jurisprudências, de modo a nortear o trabalho do julgador diante de casos que sejam controversos. Sobre o tema, convém apontar a disposição trazida pelo Conselho Nacional de Justiça (2015, p. 32):

A palavra súmula deriva do latim *summula*, que significa pequena quantidade ou resumo de uma *summa*, que por sua vez corresponde ao todo de uma soma. Trazendo este conceito para o âmbito jurídico, pode se dizer que a súmula é o enunciado, isto é, o resumo que expressa a interpretação predominante de um tribunal a respeito de determinada matéria, a partir do julgamento de reiterados precedentes análogos, visando à uniformização de seus julgados. Além do mais, é importante frisar que as súmulas têm previsão no artigo 479 do Código de Processo Civil em vigor, o qual prescreve que “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. Assim, infere-se que o objetivo principal da súmula é “proporcionar maior estabilidade à jurisprudência e simplificar o julgamento das questões mais frequentes perante o Judiciário”, garantindo a autoridade e a uniformidade interpretativa da Constituição e das leis infraconstitucionais.

Portanto, a súmula permite que haja uma maior segurança jurídica nas decisões proferidas. Logo, extrai-se da súmula em questão, que independe do grau de violência que foi empregado pelo autor ao cometer o ilícito, bastando que esteja presente tal aspecto para que seja obstada essa substituição, inclusive quando estiver presente, por exemplo, a contravenção penal de vias de fato, que tem como característica uma agressão que não deixa marcas, mesmo nessa existe a violência independente de ser de leve intensidade.

Ademais, a grave ameaça está entendida quando o seu conteúdo é revestido do elemento subjetivo do medo, causando temor na ofendida, independente de como essa ameaça for transmitida, seja por meio da oralidade, escrito, gestos ou sinais. Assim, uma vez caracterizada a ameaça de mal injusto e grave, configura a óbice à substituição da pena.

Desta maneira, a súmula editada pelo superior tribunal de justiça é de observância obrigatória aos profissionais do direito, como forma de coibir que o autor, por meio de uma pena mais severa quem pratica esses tipos de infrações penais no contexto da Lei 11.340/2006, evitando que esta seja substituída por uma pena mais leve como é o caso das restritivas de direito, buscando eliminar a violência perpetuada contra a mulher ou pelo menos que não voltem a reincidir nessas práticas.

Além disso, para corroborar com o entendimento presente na jurisprudência, o próprio legislador, ao editar o artigo 17, da Lei 11.340/2006, veda a aplicação de penas de cesta básica ou outras prestações pecuniárias ou substituição que implique no pagamento isolado de multa, nos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher (Brasil, 2006).

A partir disso, aliando a interpretação deste artigo com a súmula editada, ficou definido como proibidas quaisquer penas restritivas para os condenados por violência doméstica e familiar contra a mulher, eis que o artigo 44, I, do Código Penal veda sua aplicação aos crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Convém destacar, ainda, que esse entendimento foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. A posição que tem sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal deve ser analisada com cautela, eis que o STF concorda com a impossibilidade de substituição nos casos em que envolvem crimes cometidos contra a mulher. Sobre isso, destaca-se parte da ementa do julgado a seguir, que traduz essa visão:

Não é possível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao condenado pela prática do crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico (art. 129, § 9º do CP). A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pressupõe, entre

outras coisas, que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça (art. 44, I, do CP). STF. 2ª Turma. HC 129446/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 20/10/2015 (Info 804).

Quando o assunto são as contravenções penais há divergência dentro das próprias turmas do STF. A primeira turma entende que não é possível essa substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que verse sobre contravenção penal, filiando-se, portanto, ao entendimento do STJ, citando-se como exemplo o Habeas Corpus n. 137888/MS, de relatoria da ministra Rosa Weber e julgado em 31 de julho de 2017.

Em contrapartida, a segunda turma do STF afirma que é possível a conversão das penas, eis que a contravenção penal não estaria prevista no inciso I, do artigo 44, do Código Penal, o qual prevê apenas a vedação quando se tratar de crimes. Portanto, não existiria proibição no ordenamento jurídico para aplicação das penas restritivas nos casos envolvendo contravenções penais, exemplificado no Habeas Corpus 131160, de relatoria do ministro Teori Zavascki, julgado em 18 de outubro de 2016.

Em que se pese tais julgados, entende-se como mais acertada a posição sumulada do STJ, tendo em vista que se trata de entendimento mais recente, no ano de 2018, bem como atende aos fins a que se destinam a Lei Maria da Penha, ao gerar maior proteção à vítima e dar a devida punição aos infratores das normas penais.

Destaca-se, por fim, que a impossibilidade de substituição da pena se solidifica na chamada Teoria das Janelas Quebradas, a qual prevê que se as pequenas falhas não são punidas, começarão a desenvolver-se grandes falhas e crimes cada vez mais graves (Rubin, 2003), razão pela qual, ainda que se considerem as contravenções penais como infrações mais leves, devem ser reprimidas, de modo que não se transformem em crimes maiores e mais graves.

## CONCLUSÃO

Ante ao exposto, no estudo em tela trouxe em um primeiro momento, a evolução do tratamento aplicado à mulher, a qual passou da visão de ser considerada uma mercadoria sob o domínio masculino, com o patriarcado firmado desde os genitores até os maridos, avançando para cada vez mais direitos até atingir os níveis atuais que a mulher é igualada ao homem em todos os seus direitos, sendo vedada qualquer forma de discriminação.

Na legislação atual, a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) goza de uma ampla proteção, não apenas de formas de violência que venham a ofender a sua integridade física, mas englobando também aquelas que atingirem a sua inte-

gridade psíquica, moral, sexual e patrimonial, ao dispor das diversas formas de violência, bem como apontando diversas hipóteses de aplicabilidade da Lei Maria da Penha, não restrita apenas ao caso das pessoas que celebram matrimônio, mas há várias hipóteses distintas, inclusive com aqueles que são entendidos como agregados, conforme explicitado.

Além disso, restou claro que diante da busca em garantir a devida proteção à mulher, bem como retirá-las da situação de vulnerabilidade, a Súmula 588, do Superior Tribunal de Justiça, na tentativa de pacificar o tema, determinou que nos casos sob a égide da Lei Maria da Penha não é cabível a substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direito, ainda que essa seja fixada em um regime de cumprimento mais benéfico, como é o caso do regime aberto.

Desta forma, considerando que a substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direito consiste em uma benesse, o julgador teve o cuidado de pacificar o tema, impondo que não é possível aplicá-la nesses casos, dada a reprovabilidade da conduta daquele que pratica essas infrações penais, coibindo que crimes ou contravenções penais considerados como mais leves aparentem ter sido impunes, o que ocasionaria no surgimento de infrações cada vez mais graves.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. 22. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BIZATTO, Francieli A. *A pena privativa de liberdade e a ressocialização do apenado: uma reavaliação das políticas existentes no sistema prisional*. 2005. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Francieli%20Bizatto.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. 1988.

BRASIL. *Lei. 9714, de 1998*. Brasília: Senado Federal, 1998.

BRASIL. *Lei 7.209, de 1984*. Brasília: Senado Federal, 1984.

BRASIL. Lei 11.340 de 2006. *Lei Maria da Penha*. Brasília: Senado Federal, 2006.

BRASIL. *Acórdão n. 1018057*, Relatora Des<sup>a</sup>. MARIA IVATÔNIA, 2<sup>a</sup> Turma Criminal, data de julgamento: 18/5/2017, publicado no DJe: 22 maio 2017. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/medidas-protetivas/natureza-civel-e-criminal-das-medidas-protetivas-de-urgencia>. Acesso em: 12 abr.2019.

BRASIL, STF. *Habeas Corpus n. 129446/MS*, Relator Teori Zavascki, 2<sup>a</sup> Turma, data de julgamento: 20 out. 2015.

BRASIL, STF. *Habeas Corpus n. 131160/MS*, Relator Teori Zavascki, 2<sup>a</sup> Turma, data de julgamento: 18 out. 2016.

BRASIL, STF. *Habeas Corpus n. 137888/MS*, Relatora Rosa Weber, 1ª Turma, data de julgamento: 31 jul. 2017.

BRASIL, Ministério Público Estadual. *Cartilha: Mulher, seja protagonista de uma história feliz. “Vire a página”*. São Paulo: MPE, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça Pesquisa. A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante [et al.]; Alice Gontijo Santos Teixeira [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel [et al.] – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ENGEL, Magali Gouveia. *Paixão e morte na virada do século*. n. 328. jul. 2005. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/marcha-do-tempo/paixao-e-morte-na- virada-do-seculo/>. Acesso em: 10 abr.2019.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RUBIN, Daniel Sperb. Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade. *Revista Jus Navigandi*, n. 62, 2003.

SANTIAGO, Rosilene Almeida; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. *A violência contra a mulher: antecedentes históricos*. 2007. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/313/261>. Acesso em: 12 jul.2019.

SANTOS, Thairine Borba dos; RIGHETTO, Luiz Eduardo Cleto. Escusas Absolutórias e a Absolvição Sumária: A Tipicidade ou Extinção da Punibilidade. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*, Itajaí, v. 4, n. 4, 2013.

**MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO E DIREITO AO ABORTO NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ALTERNATIVA À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES GESTANTES**

***NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION AND RIGHT TO ABORTION IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: PROPORTIONALITY AS AN ALTERNATIVE TO PROTECTING THE RIGHTS OF PREGNANT WOMEN***

Ynes da Silva Felix

Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutora em Derechos Humanos sobre Las Generaciones de los Derechos Humanos y los Derechos Sociales” na Universidade de Salamanca. Professora titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professora permanente do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Endra Raielle Cordeiro Gonzales

Mestranda em direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Possui graduação em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2018). Membro da Comissão da Jovem Advocacia, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso do Sul (OAB/MS).

Maria Esther Martínez Quinteiro

Doutora em Filosofía y Letras pela Universidad de Salamanca. Titular aposentada da Universidade de Salamanca-ES. Doutora Honoris Causa pela Faculdade de Direito - Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Diretora do Observatorio Radiofónico de Violencia de Género (ORVG/USAL) de Radio Universidad USAL e da Red de Plataformas Audiovisuales e da Radio USAL. Em Portugal, é membro do Instituto Jurídico Portucalense (IJP/UPT), onde coordena o Grupo de Investigación Dimensions of Human Rights (GPDDH/IJP).

**Submetido em: 03/03/2023**

**Aprovado em: 03/03/2023**

**Resumo:** A pesquisa tem por objetivo examinar o caso *A, B and C v. Ireland*, a fim de compreender como se operou a aplicação da teoria da margem nacional de apreciação em detrimento do princípio da proporcionalidade na Corte Europeia de Direitos Humanos. A problemática busca identificar se, na ocasião do julgamento do caso analisado, a proporcionalidade não poderia ter sido empregada como instrumento capaz de reconhecer a existência do direito ao aborto, pois a discussão envolvia direta ou indiretamente a proeminência de outros direitos humanos relacionados a questões de gênero. A justificativa está relacionada à compreensão que a construção dos direitos humanos e a valorização da mulher são pautas em constante aperfeiçoamento, tanto que à época do julgamento do caso analisado, o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio (ODM) n. 5 traduzia-se em iniciativa internacional tendente a buscar a valorização da mulher no cenário internacional. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, com base em documentos e bibliografias, visando a construir um estudo descritivo e exploratório.

**Palavras-chave:** Aborto na Irlanda; Corte Europeia de Direitos humanos; Margem Nacional de Apreciação; Proporcionalidade; Direitos humanos; Soberania.

**Abstract:** *The research aims to examine the case A, B and C v. Ireland, in order to understand how the application of the theory of the national margin of appreciation to the detriment of the principle of proportionality operated. The issue seeks to identify whether, at the time of the judgment of the case analyzed, proportionality could not have been used as an instrument capable of recognizing the existence of the right to abortion, as the discussion directly or indirectly involved the prominence of other human rights related to issues of gender. The justification is related to the understanding that the construction of Human Rights and the valorization of women are constantly being improved, so much so that at the time of the judgment of the analyzed case, the Millennium Development Goal (MDG) n. 5 translated into an international initiative aimed at valuing women in the international scenario. The approach method used is the deductive one, based on documents and bibliographies, aiming to build a descriptive and exploratory study.*

**Keywords:** *Abortion in Ireland; European Court of Human Rights; National Margin of Appreciation; Proportionality; Human rights.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A revisão do conceito de soberania em face da internacionalização dos direitos humanos. 1.1. A ideia clássica de soberania. 1.2. Ascensão do estado constitucional cooperativo e a relativização da soberania. 1.3. A proteção internacional dos direitos humanos como reflexo da revisão do conceito de soberania. 2. A corte Europeia de Direitos Humanos e o caso '*a, b and c v. Ireland*' (2010). 2.1. A margem nacional de apreciação. 2.2. O caso *a, b and c versus Ireland*. 2.3. A aplicação da teoria da margem nacional de apreciação no julgamento. 3. A proporcionalidade para o empoderamento da mulher no âmbito da corte europeia de Direitos Humanos. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

É notório que a superveniência da estatura internacional dos direitos humanos tratou-se de marco fundamental para efetivar a luta feminina pela melhora na qualidade de vida, sendo que o debate acerca dos direitos reprodutivos é ponto fundamental à efetivação da dignidade das mulheres. Nessa perspectiva, a discussão sobre o aborto é tópico central nesse ambiente, fazendo-se necessário

analisar sua regulação no âmbito do Sistema Europeu de Direitos humanos numa perspectiva evolutiva.

Assim, a pesquisa tem por objetivo examinar o caso *A, B and C v. Ireland*, a partir de duas teorias relevantes que podem relacionar à forma com que o empoderamento da mulher gestante ocorre no cenário internacional: a margem nacional de apreciação e a aplicação do princípio da proporcionalidade, ambas empregadas comumente pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CDHM). A problemática busca identificar se, na ocasião do julgamento do caso analisado, a proporcionalidade não poderia ter sido empregada como instrumento capaz de reconhecer a existência do direito ao aborto, pois a discussão envolvia direta ou indiretamente a proeminência de outros direitos humanos relacionados à questões de gênero.

A justificativa, por sua vez, repousa no raciocínio que a construção dos direitos humanos e a valorização da mulher são pautas em constante aperfeiçoamento, tanto que à época do julgamento do caso analisado, o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio (ODM) n. 5 traduzia-se em iniciativa internacional tendente a buscar a valorização da mulher no cenário internacional. A pesquisa utiliza do método de abordagem dedutivo, com base em documentos e bibliografias, visando a construir um estudo descritivo e exploratório.

Nesse sentido, o item 1 abordará a revisão do conceito de soberania, isto é, sua evolução a partir de um modelo absoluto para aquele posterior à internacionalização dos direitos humanos, marcado pela relativização ao recepcionar a ideia de responsabilidade do Estado. Em seguida, o item 2 analisará a aplicação da Teoria da Margem Nacional de Apreciação no caso *a, b and c V. Ireland*, discutindo a base fática e jurídica do julgamento. Finalmente, o item 3 tratará da verificação em como o tribunal poderia ter aplicado a regra da proporcionalidade para apreciar a matéria.

## **1. A REVISÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA EM FACE DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

No presente tópico, o trabalho abordará como o conceito de soberania foi relativizado em face da superveniência de uma nova perspectiva sobre o direito internacional. Assim, começa discutindo a ideia clássica de soberania e como esta firmou-se na ótica global. Posteriormente, discutir-se-á a ascensão do Estado cooperativo e as causas do processo de relativização da soberania. Por fim, será abordada a influência do processo de revisão na proteção internacional dos direitos humanos, bem como a conformação dos diferentes modelos de proteção.

### 1.1. A IDEIA CLÁSSICA DE SOBERANIA

Presentes desde os primeiros estudos amplos sobre o Direito Internacional, as discussões a respeito dos limites, natureza e definição de soberania nortearam grande parte do desenvolvimento da disciplina (Rocasolano; Silveira, 2010). Nessa perspectiva, Rezek (2011, p. 260) a intitula como “[...] atributo fundamental do Estado”, enquanto Kelsen (1938) a estabelece como o requisito primordial de emancipação deste das demais ordens jurídicas.

Malgrado a sua importância, as tratativas a respeito da soberania nunca foram coesas ao longo da evolução doutrinária do Direito Internacional, havendo inúmeras mudanças em seu significado a depender do conjunto fático da época (Taiar, 2009). Segundo Kahn (2004, p. 266), “[...] soberania não é um mero conceito legal. Ao invés, ela representa um ethos; ela absorve um mundo inteiro de significado<sup>1</sup>” (tradução livre). Nessa perspectiva, trata-se de um conceito muito complexo, abrangendo uma série de elementos que acabam por por em conflito princípios marcantes dos direitos interno e internacional.

Certamente, o primeiro a analisar sistematicamente a ideia de soberania foi Jean Bodin (Rocasolano; Silveira, 2010). Diferenciando-se dos demais autores, o francês classifica a soberania como poder perpétuo e absoluto frente às demais ordens e poderes terrenos, cuja titularidade e o exercício recaem unicamente sobre a figura do monarca em um típico modelo absolutista. Ademais, ela é caracterizada como superior, incondicionada, ilimitada e independente. Entretanto, embora a ilimitada frente às ordens terrenas, a soberania não poderia ser exercida arbitrariamente, devendo respeitar as leis divinas e da natureza, bem como as leis comuns a todos os homens, isto é, os costumes (Taiar, 2009).

Autores subsequentes, ainda que a fundamentassem em bases filosófico-jurídicas diferentes, não questionaram a tese de uma soberania absoluta. Essa ideia foi consagrada na sociedade internacional a partir da paz de Vestefália, na qual os Estados passaram a ser entendidos como entes absolutos, dotados de soberania, pressuposto os que tornavam iguais perante as regras de conduta internacionais, sendo eles regidos pelo princípio da territorialidade. Sobre o tema, argumenta Anjos Ramos (2013, p. 37):

A Paz de Vestefália, que pôs fim à Guerra de Trinta Anos, em 1648, representou o fim do Império Romano e reconheceu a soberania total do território dos Estados-membros do Sacro Império Romano, estabelecendo o Estado como a unidade básica das relações internacionais. Ademais, a Paz de Vestefália acarretou a concepção de soberania na qual é direito do

<sup>1</sup> Original: “Sovereignty is not merely a legal concept. Rather, it represents an ethos; it absorbs an entire world of meaning”.

Estado monopolizar o exercício de certos poderes, sendo respeitado seu território e seus cidadãos. Assim, o Estado transformou os territórios em propriedades estatais e converteu a população em sujeitos e cidadãos. Ainda, Vestefália consolidou o princípio da territorialidade no qual cada Estado passou a ser definido em razão do território, com o surgimento da jurisdição, na qual podia exercer o uso da força. Então, a partir de 1648, o princípio da não intervenção, apresentado no item 1.3 desta dissertação, também se tornou a regra básica da relação entre os Estados em prol da coexistência pacífica, como pedra fundamental da soberania por meio de um princípio. Com a consolidação dos Estados europeus, a política de colonização se instalou como prática internacional comum, sendo possível adquirir os direitos soberanos a partir da concreta ocupação e do controle efetivo sobre o território para outro Estado. Havendo qualquer indisposição à conquista colonial, podia-se adotar tanto a guerra como a elaboração de um tratado.

Com as revoluções liberais, sobretudo a francesa, pouco se alterou no conceito. Entretanto, é possível afirmar que o fortalecimento da noção de autodeterminação dos povos, junto à superveniência da ideia de nação, fez com que o princípio da territorialidade fosse complementado a nacionalidade. Assim, a imagem de nacionalismo ou nação tornou-se essencial para a perfeita compreensão de soberania estatal (Ramos, 2012).

Em síntese, o período clássico do direito internacional, embasado em autores como Bodin, Hobbes e Rousseau, ergueu um modelo absoluto de soberania, o qual não poderia ser apartado do princípio da territorialidade e a nacionalidade, ensejando uma sociedade internacional regida pela igualdade e independência dos Estados, somada a uma anarquia generalizada em termos de relações entre os países (Ramos, 2012).

Essa visão perdurou até meados do século XX, como é possível verificar no julgado da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) – atual Corte Internacional de Justiça (CIJ), acerca do caso *Lotus* (Godoy, 2009)<sup>2</sup>. Este, por sua vez, tratou-se de caso fundamental para marcar a posição jurisprudencial da Corte, no qual se afirmou que o direito internacional organiza as interações interestatais independentes, de forma que as limitações à soberania e à independência não poderiam ser presumidas para a solução de conflitos internacionais (Pallet, 2017).

<sup>2</sup> O caso *Lótus* foi julgado pela Corte Permanente Internacional de Justiça (Haia) entre janeiro a setembro de 1927. Estruturada junto à Liga das Nações, a Corte Permanente foi o equivalente à atual Corte Internacional de Justiça, também sediada em Haia, e presentemente ligada à Organização das Nações Unidas. No caso *Lótus França e Turquia* discutiram fixação de competência para julgamento de crime praticado em alto mar. A Turquia venceu a contenda, apertadamente, com voto de desempate (casting vote) do Presidente da Corte, Huber (Godoy, 2009, p. 42).

## 1.2. ASCENSÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA

A despeito da duração prolongada da visão clássica de soberania, resta claro que o novo modo de vida da sociedade, em virtude das vastas transformações sociais do século XX, não poderia conviver com um conceito absoluto e tão fechado, tanto no âmbito interno dos países, como na ótica internacional. Desta feita, pode-se visualizar a relativização do conceito para um ‘contemporâneo’ a partir de três diferentes perspectivas: os âmbitos privado, público interno e público internacional.

No que tange à ótica privada, a proliferação massiva da sociedade por todos os continentes, atrelada à nova divisão do trabalho, impulsionou um gigantesco processo de globalização, ensejando na frenética interação intercontinental representada por um grande fluxo pessoal, intelectual e produtivo, sem contar na hiperconectividade em matéria tecnológica, desenvolvida pelo *boom* das redes proveniente da terceira revolução industrial. Nessa perspectiva, a cooperação entre os Estados, tanto em matéria Penal como Civil, fez com que o Direito Interno recepcionasse cada vez mais a regulamentação internacional em matéria de Cooperação Jurídica, excluindo-se da absoluta concepção de territorialidade e adotando, até mesmo, em alguns casos, como o da União Europeia, o princípio da extraterritorialidade<sup>3</sup>; ou o da territorialidade temperada (caso brasileiro)<sup>4</sup> (Ramos, 2018).

Em matéria de direito internacional público, a grande responsável foi a internacionalização dos direitos humanos, que ocupou os debates do pós-Segunda Guerra Mundial. A Carta de São Francisco, ao contemplar a não-intervenção e a independência dos Estados com maior destaque do que o princípio humanista, recepcionou a ideia Vestefaliana de soberania. Entretanto, essa consagração foi limitada pela evolução do conceito no âmbito da organização, tanto pela emissão de um complexo arcabouço normativo versando sobre os direitos humanos, quanto pela evolução doutrinária do tema – como adoção do conceito de responsabilidade de proteger –, e pela Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, que evoluiu no sentido da soberania ‘moderna’. Sobre o tema, Ramos (2012) argumenta que:

<sup>3</sup> O princípio da extraterritorialidade, consiste na aplicação da lei brasileira aos crimes cometidos fora do Brasil. A jurisdição é territorial, na medida em que não pode ser exercida no território de outro Estado, salvo em virtude de regra permissiva, emanada do direito internacional costumeiro ou convencional (Capez, 2019, p. 74).

<sup>4</sup> (...)cuida da principal forma de delimitação do espaço geopolítico de validade da lei penal nas relações entre Estados soberanos. A soberania do Estado, nota característica do princípio da igualdade soberana de todos os membros da comunidade internacional (art. 2.º, § 1.º, da Carta da ONU), fundamenta o exercício de todas as competências sobre crimes praticados em seu território (Masson, 2019).

Direito Internacional dos Direitos humanos consiste no conjunto de direitos e faculdades que protege a dignidade do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas. No mesmo sentido, afirma SIMMA que esse ramo do Direito Internacional consiste em um conjunto de normas jurídicas internacionais que cria e processa obrigações do Estado em respeitar e garantir certos direitos a todos os seres humanos sob sua jurisdição, sejam eles nacionais ou não.

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos teve início real com a emissão do tratado institutivo da ONU em 1945. Pode ser afirmado como fruto da 'Era dos Direitos' (Bobbio, 2004), cuja causa marcante trata-se do pânico provocado pelas atrocidades em massa cometidas na Segunda Grande Guerra, sobretudo pela reação à barbárie nazista (Ramos, 2018). Assim, é visto como uma tentativa desenfreada de limitar a ideia de jurisdição nacional com o objetivo de evitar a irresponsabilidade dos atores em matéria humanitária (Silveira; Sanches, 2016).

Embora o primeiro marco normativo tenha sido a Carta de São Francisco, é com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e a aprovação posterior da *International Bill of Rights*, que se tem a base normativa internacional e regular à proteção dos direitos humanos. Após, uma série de tratados e convenções foram firmados sobre conjuntos específicos de direitos, instalando o que se convencionou a chamar de Sistema Global de Direitos Humanos.

Ademais, junto ao processo ora comentado, o fortalecimento da integração entre os Estados, com a formação dos organismos internacionais, representou um grande passo no que tange à revisão da concepção tradicional de soberania (Rocasolano; Silveira, 2010). Sobre o assunto, assevera Cassella (2012, p. 637) que:

As organizações internacionais fazem parte do direito internacional atual e são o resultado do aumento das relações internacionais e da necessidade da cooperação entre os estados. Nesse sentido, a anterior remissão à "Evolução institucional: do bilateralismo pontual ao multilateralismo institucional". Embora a multilateralidade seja característica do direito internacional e da diplomacia contemporânea, não representa integralmente novidade, visto que alguns exemplos podem ser apontados no passado.

O surgimento das organizações internacionais levou o direito internacional público a sair de um sistema de "*high authority state*" em direção a um modelo de "*supra organisation authority*", semelhante ao processo de federalização estadunidense, ou seja, uma diminuição do poder dos Estados Nacionais progressiva em favor do incremento na força política das organizações (Gibson, 1991).

A formação dessas instituições internacionais começou já no fim da Primeira Guerra, notadamente com a inauguração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Sociedade das Nações (SDN). Entretanto, é com o fim do segundo conflito que o direito internacional conhece a avalanche de instituições por todo o globo (Rocasolano; Silveira, 2010). É certo que o processo não foi muito bem coeso, se desenvolvendo diferentemente no plano internacional e regional e, ainda, em momentos diversos entre as regiões do globo. Acerca do assunto, pondera Varella (2019, p. 113):

Os processos de internacionalização do direito e aumento da interdependência global conduzem a uma maior integração entre os Estados em diferentes aspectos. Tal processo caminha por duas vertentes: uma regional, outra global. No plano regional, os Estados unem-se a outros Estados próximos onde os avanços na integração são facilitados por diferentes fatores como, por exemplo, a proximidade geográfica, os interesses comuns e as facilidades de integração de estruturas de produção. No plano global, os Estados se unem com dezenas, por vezes bem mais de uma centena de outros Estados para a formulação de processos comuns de integração. Sistemas regionais de integração são processos jurídico-políticos de aproximação entre Estados de uma mesma região geográfica para a criação de sinergias. Tais sistemas são constituídos por tratados entre os Estados com diferentes formas de harmonização de seus sistemas jurídicos, de modo a desbloquear o processo de integração e possibilitar a criação de estruturas comuns de poder.

No que tange à vertente regional, é notório o destaque europeu entre os demais continentes, tendo em vista o fato de ser a União Europeia o bloco mais avançado no estágio de integração. Essa integração iniciou-se logo no pós-guerra, estando associada a questões eminentemente político-econômicas, visto o avanço soviético sobre o leste do continente e o incentivo do governo estadunidense por meio do Plano Marshall para a união. Assim, a formação do Benelux, da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), da Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM) e da Comunidade Econômica Europeia (CEE), conduziram os países à formação de uma ampla organização que permitisse o intercâmbio comercial, monetário e pessoal, chegando à criação da União Europeia em 1992, por meio da assinatura do Tratado de Maastricht e o de Amsterdam, em 1997 (Amaral, 2010).

A Organização beirou ao limite de configurar-se como verdadeira confederação dos Estados europeus, isso porque, em 29 de outubro de 2004, chegou a ser assinado, em Roma, um Tratado Constitucional que previu sua personalidade jurídica internacional, inclusive com a representação por meio de um Presidente

eleito nos Estados e aprovado pelo Parlamento Europeu. Contudo, em vista da necessidade de aprovação definitiva nos Estados, o tratado foi rejeitado por plebiscitos francês e holandês (Mazzuoli, 2010). Todo esse movimento internacional repercutiu na ótica constitucional dos Estados, levando à formação do que Peter Häberle chamou de Estado Constitucional Cooperativo, regido pelo Princípio da Dignidade Humana e imerso no Direito Internacional, admitindo uma interação cada vez maior com outros Estados (Silveira; Sanches, 2016).

### **1.3. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS COMO REFLEXO DA REVISÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA**

A relativização da soberania, somada à internacionalização dos direitos humanos, fortaleceu a necessidade de superar a jurisdição dos Estados em direção a um ambiente internacional de proteção humana. Fala-se, então, na criação de um sistema internacional de proteção de direitos humanos como o complexo normativo e orgânico, cujo objetivo é garantir a efetividade do princípio da dignidade humana (Rocasolano; Silveira, 2010). Esse sistema, conforme ensina Piovesan (2019, p. 4), subdivide-se em dois, um global e outro regional, os quais se complementam reciprocamente e com o ordenamento nacional:

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, tais sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Essa é, aliás, a lógica e a principiologia próprias do Direito dos Direitos humanos.

Na atualidade, o sistema global é complexo, sendo representado um compêndio de tratados e convenções específicas sobre cada conjunto de direitos, todos edificados a partir da já comentada Carta Internacional de Direitos Humanos (Ramos, 2018). Essa estrutura normativa ensejou a criação de uma série de órgãos de fiscalização e monitoramento dos países em relação aos dispositivos normativos. Esse sistema global (onusiano ou universal) é um conjunto de mecanismos de proteção gerido pela ONU direta – os órgãos da própria instituição – ou indiretamente – aqueles edificados em tratados sob o patrocínio onusiano. São órgãos próprios da instituição: o Conselho de Direitos Humanos (CDH), as Relatorias Especiais de Direitos Humanos e o Alto Comissariado para Direitos Humanos

(ACNUDH), já os externos são: os comitês criados por tratados internacionais de âmbito universal e o Tribunal Penal Internacional (TPI) (Ramos, 2018).

O sistema regional, por sua vez, é aquele conjunto de normas e mecanismos interestatais de âmbito regional, decorrentes e desenvolvidos no bojo de um organismo regional (Accioly; Silva; Cosella, 2017). Nessa via, há três grandes sistemas de proteção regional no globo, sendo eles: o sistema interamericano, o sistema africano e o europeu.

O instrumento de maior importância no âmbito americano trata-se da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto Internacional de São José da Costa Rica, estabelecido no bojo da Organização dos Estados Americanos (OEA) (Piovesan, 2013). Junto a isso, tem-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) como mecanismo de monitoramento e proteção contra atos violadores dos dispositivos da convenção – para os países signatários do Pacto de São José – e contra os direitos consagrados na Carta Constitutiva da OEA, para os não signatários do citado pacto (Piovesan, 2013). Já no plano jurisdicional, atua a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), cujas atribuições subdividem-se em consultiva e contenciosos.

O Sistema Africano (SADH) estrutura-se de maneira similar ao modelo americano. Assim, tem-se que o principal instrumento normativo é a Carta Africana de Direitos Humanos – também conhecida como Carta de Bândua. Já como mecanismo de apuração e monitoramento, há a Comissão Africana de Direitos Humanos (CADHP) que funciona no âmbito da União Africana, organismo regional do continente. Ademais, também se ocupando das funções consultiva e contenciosa, a Corte Africana de Direitos Humanos exerce o papel jurisdicional do sistema (Bacião, 2020).

O Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH) é o mais complexo e moderno na atualidade. É estabelecido nos entornos do Conselho da Europa, organismo internacional mais antigo do continente, que possui por função a defesa dos direitos humanos, manutenção da estabilidade político-social e o desenvolvimento democrático no continente (Piovesan, 2019). Isso ocorre pelo fato de os órgãos de controle ser parte do citado organismo, bem como pela exigência dos países em ser membros para ratificarem as disposições normativas de proteção aos direitos humanos.

Assim, o sistema possui como norte a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), tratado multilateral assinado no dia 4 de novembro de 1950, em Roma, e ratificado e entrado em vigor em 3 de setembro de 1953. Para além do texto original, a Convenção é complementada por uma série de Protocolos dispostos a alterar o seu texto, seja para aumentar o escopo de regulação, ou para

transformar a estrutura dos órgãos de proteção (Piovesan, 2019). Nessa via, dois são de maior destaque na história do sistema, os de n. 11<sup>5</sup> e 14<sup>6</sup>.

Nessa perspectiva, o Sistema conta com dois órgãos principais. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) é o órgão jurisdicional com duas competências primordiais: consultiva – podendo emitir pareceres sobre a convenção e os protocolos aos Estados membros e ao Comitê de Ministros – e resolutiva, competindo resolver sobre os processos judiciais pendentes. Ademais, o órgão pode ser acionado tanto pelo mecanismo de petição inicial, pelos cidadãos dos Estados-membros, como por outros Estados contra violações aos direitos humanos em outros membros, funcionando como uma espécie de *actio popularis* (Piovesan, 2019).

Junto a isso, há o chamado Conselho de Ministros, órgão político, composto por um representante de cada um dos países partes da Convenção, cuja função primordial é fiscalizar a atuação do tribunal e o cumprimento das determinações deste. Vale ressaltar que o citado órgão não possui mais a competência resolutiva sobre casos, como o tinha anteriormente à emissão do protocolo n. 11, quando os processos eram remetidos ao Comitê de Ministros pelo Comitê de Direitos Humanos (Piovesan, 2019). Ocorre que, por ser órgão político, suas decisões tendiam a favorecer os Estados, tendo em vistas que esses possuíam voto no Comitê, bem como boa articulação com demais membros, geralmente ministros das relações exteriores dos outros países.

<sup>5</sup> Decorreu a necessidade de dinamizar o trâmite das demandas pelo sistema em virtude de um aumento exponencial dos casos, decorrente da entrada repentina de inúmeros países do leste europeu, tendo suprimido o Comitê de Direitos Humanos e judicializado inteiramente o sistema, através da criação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O Tribunal passou a ser a nova versão da Corte de Direitos Humanos, agora composto - ao invés dos 7 juízes de outrora - pelo número de magistrados coincidentes com o número de membros do Conselho da Europa. Ademais, o Tribunal passou a ser uma corte permanente e responsável por julgar todas as demandas impetradas na corte, retirando a competência do comitê de ministros, o qual passou a exercer apenas a função de fiscalizador do tribunal.

<sup>6</sup> A superveniência deste protocolo deu-se em reação à avalanche de processos impetrados no tribunal após a alteração estrutural proveniente do do de n. 11. Ocorre que, malgrado a extinção do comitê e a instalação de um novo procedimento, unicamente judicial, a alteração n. 11 não criou nenhuma limitação à iniciativa para peticionar no tribunal, o que fez com que se proliferaram para além da capacidade do órgão, comprometendo o acesso à justiça em virtude da morosidade processual. Ramos elenca os novos motivos de inadmissibilidade: “1) ausência de esgotamento dos recursos internos; 2) perda do prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva para peticionar à Corte EDH; 3) anonimato da petição; 4) coisa julgada, caso a petição seja essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pela Corte ou já submetida a outra instância internacional de direitos humanos sem qualquer fato novo; 5) teor incompatível com o disposto na Convenção ou manifestamente mal fundada ou com caráter abusivo; e, finalmente, 6) não ocorrência de qualquer prejuízo significativo ou matéria de grave indagação, salvo se o respeito pelos direitos exigir uma apreciação da petição” (2013).

## 2. A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E O CASO 'A, B AND C V. IRELAND' (2010)

O presente capítulo abordará, primeiramente, a construção teórica da margem nacional de apreciação, bem como sua inserção no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos. Adiante, discutir-se-á a tramitação do caso *a, b and c versus Ireland* e, por fim, a aplicação da teoria no âmbito do processo.

### 2.1. A MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO

A margem nacional de apreciação é um recurso hermenêutico utilizado para conferir certa fronteira de discricionariedade interpretativa ao juiz, que o permite interpretar o complexo de normas de acordo com as especificidades culturais e/ou nacionais. Tendo origem no direito administrativo europeu, a função do instituto é permitir uma adequação do ordenamento às particularidades culturais de cada região e/ou país (Silveira; Sanches, 2016).

Cabe trazer à baila o fato de que – malgrado ser o continente mais avançado em matéria de integração regional – as diferenças culturais na Europa são avassaladoras. Isso ocorre em virtude da forte incidência do feudalismo na história regional<sup>7</sup>. Outrossim, embora o predomínio cristão ao longo dos séculos da pós-antiguidade, a diferença religiosa é muito forte, seja dentro do próprio cristianismo, com as matrizes católica, protestante e ortodoxa, bem como outras crenças emergentes – como o islamismo e o ateísmo –, fato importante em matéria de assimetria cultural (Burns, 1999) derivado de diversos processos migratórios.

A MNA é um importante recurso na aplicação dos direitos humanos em respeito às peculiaridades de cada Estado, atuando, também, como uma forma de diminuir o impacto promovido pela relativização da soberania – fenômeno ora discutido. Sobre o tema, argumenta Diniz (2001, p. 402):

A margem nacional de apreciação, como método do processo de interação do direito, é o melhor meio de preservar as diferenças e prestigiar os direitos humanos. Ela permite uma aproximação das práticas, por intermédio de um reexame periódico das práticas nacionais, observando-se a evolução da sociedade e da ciência. Preserva-se a diversidade das práticas nacionais determinadas por fatores religiosos e morais, sem perder de vista uma futura possibilidade de aproximação de distintos ordenamentos jurídicos.

<sup>7</sup> Período responsável por um grande isolamento entre os micro territórios, controlados pelos senhores feudais, fenômeno que provocou grande revés à comercialização, bem como às trocas culturais, instaurando certo distanciamento cultural entre eles.

Um dos fundamentos da aplicação da MNA decorre da competência do TEDH definida no artigo 32 da CEDH que estabelece: “[...] a competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidos” (Silveira; Sanches, 2016, p. 86). Já no que concerne à função jurisdicional, o órgão possui *status* subsidiário ao ordenamento interno dos Estados, não possuindo competência concorrente, o que é reafirmado pela impossibilidade de petições no caso de não esgotamento dos recursos internos.

Essa subsidiariedade implica duas noções à MNA: uma técnica e outra política. A primeira diz respeito a sua própria fundamentação, relacionando-se com a imprecisão de alguns preceitos que permitem certa liberdade ao juiz, nos chamados *hard cases* (Silveira; Sanches, 2016). A política implica na sensibilidade dos membros a esses temas mais polêmicos e o impacto das decisões na estabilidade interna (Mello, 2014, p.35). A partir dessas premissas, o tribunal já aplicou diversas vezes a MNA, ainda que não esteja prevista diretamente na convenção, embasando-se no §1º do art. 15º da CEDH.

## 2.2. O CASO A, B AND C VERSUS IRELAND

O caso *a, b and c versus ireland* trata-se de conflito jurídico levado ao TEDH, a partir da petição n.º 25579/05 contra a Irlanda, com base no artigo 34 da Convenção Europeia de Direitos do Homem, por duas cidadãs irlandesas, senhoras a e b, e uma lituana, senhora c, as quais pediram sigilo quanto à identificação. As impetrantes alegaram supostas violações ao artigo 8º da Convenção por parte do governo e, para além, a srª c indicou o descumprimento de direito constitucional ao aborto em caso de risco à vida da gestante por parte da Irlanda (CEDH, 2010).

O caso da requerente ‘a’ trata-se de aborto realizado por cidadã irlandesa, já com 9 semanas e meia, que viajou na data de 28 de fevereiro de 2005 à Inglaterra por acreditar ser impossível a realização do aborto em território nacional. A requerente era pobre e solteira, já possuindo 4 filhos na época do ocorrido, sendo 1 portador de deficiência, todos abrigados em orfanato em virtude de condição de alcoólatra da mãe. Além disso, a requerente foi diagnosticada com quadro severo de depressão, motivos pelos quais alegou não ser capaz de lidar com a superveniência de nova gravidez, o que a fez tomar dinheiro emprestado, com elevada taxa de juros, para realizar o procedimento no país vizinho. Posteriormente ao ocorrido, a requerente teve um quinto filho, detendo a guarda de 3, sendo que

---

<sup>8</sup> Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

dois, inclusive o portador de deficiência, permanecem sob cuidados que não os dela (CEDH, 2010).

No caso da requerente 'b', trata-se de aborto realizado no dia 17 de janeiro de 2005 na Inglaterra por cidadã irlandesa, que não se sentia capaz de lidar com a superveniência de gravidez indesejada (tomou pílula do dia seguinte), alegando motivos financeiros. Após o procedimento, viu a formação de coágulos e sofreu graves consequências decorrentes da prática de aborto. No julgado, dispõe a corte: “[...] no seu retorno à Irlanda, ela começou a apresentar coágulos sanguíneos e duas semanas depois, por não ter certeza da legalidade de ter viajado para fazer um aborto, procurou acompanhamento em uma clínica em Dublin afiliada à clínica inglesa” (CEDH, 2010).

A terceira requerente praticou, no dia 3 de março de 2005, aborto na Inglaterra, acreditando na impossibilidade de realizá-lo em solo irlandês. Antes do ocorrido, a senhora submeteu-se a 3 anos de tratamento quimioterápico contra forma rara de câncer. Tendo perguntado a seu médico sobre as implicações da doença acerca de sua vontade de ter filhos, foi informada sobre a inexatidão dos efeitos à doença e a possibilidade de prejuízo ao feto no caso de realizar quimioterapia no primeiro trimestre de gravidez (CEDH, 2010).

Ocorre que, com a entrada em remissão da doença, acidentalmente engravidou, realizando uma série de exames de câncer contraindicados durante a gravidez – enquanto a desconhecia. Com a descoberta, resolveu perguntar ao seu médico sobre o impacto dos exames, alegando a requerente não ter recebido informações em virtude do efeito inibidor do quadro jurídico irlandês. Com a desinformação, procurou na *internet* sobre os riscos e, a partir da inexatidão sobre eventual risco para si, realizou o procedimento em solo inglês. Após retornar ao país de origem, sofreu consequências pelo procedimento ter sido incompleto, ensejando uma série de complicações, tais como sangramentos e infecções. Alegou, também, ter sido tratada incorretamente pelos médicos (CEDH, 2010).

Antes de adentrar especificamente nas alegações das partes e na decisão da corte, vale discutir brevemente o principal dispositivo em debate: tratou-se do questionado artigo 40.3 da Constituição Irlandesa.

É sabido que o aborto sempre foi restringido em solo irlandês ao longo da história, sendo que o código penal e as demais Leis no País proibiam a prática. Entretanto, com a evolução doutrinária e jurisprudencial no restante do continente europeu, surgiu, no final do século XX, certo medo na comunidade do País que a prática viesse a ser admitida via hermenêutica evolutiva do Supremo Tribunal. Daí veio a ideia de promulgar uma emenda constitucional proibindo expressamente a prática. Nessa perspectiva, em 1983, foi aprovado o referendo

para a inclusão de um parágrafo 3<sup>9</sup> no art. 40.3 da Lei fundamental, que proibiu expressamente a prática, salvo nos casos em que a gravidez gerasse risco à vida da mãe (CEDH, 2010).

Após a alteração, muito se discutiu, no âmbito da Suprema Corte, sobre a interpretação do novo dispositivo. Nessa perspectiva, cabe trazer a decisão do tribunal no caso 'Procurador Geral *versus* X e outros', mais conhecido como 'caso X'. Nessa lide, discutiu-se sobre a possibilidade de impor limites a uma jovem de 14 anos, que estava grávida em virtude de estupro, deixando a jurisdição do país para realizar aborto no Reino Unido. A Corte decidiu que, malgrado a proibição constitucional, seria impossível impedir a cidadã de viajar a outro país. Essa decisão fez com que ascendesse novo debate sobre alteração constitucional (Mello, 2014). Assim, em 1992, duas emendas foram aprovadas. A décima terceira emenda incluiu a seguinte alteração ao terceiro parágrafo: "[...] esta subsecção não limita a liberdade de viagem entre o Estado e outro Estado". e a décima quarta: "esta subsecção não limita a liberdade de obter ou disponibilizar, no Estado, nas condições que vierem a ser estabelecidas por lei, informações relativas aos serviços legalmente disponíveis em outro Estado" (Irlanda, 1992).

As 3 requerentes alegaram violação ao artigo 8<sup>o10</sup> da CEDH por invasão a suas vidas privadas por parte do governo irlandês. Assim, malgrado reconhecerem a previsão legal em vista a proteger a vida fetal, impuseram uma série de críticas a essa regra. Em primeiro lugar, alegaram que as restrições ao aborto não foram capazes de cumprir o objetivo, isso porque, os índices de aborto no país eram semelhantes aos demais Estados do continente os quais o haviam legalizado. Ademais, para as requerentes, mesmo que este objetivo tivesse sido cumprido, o governo não poderia sustentá-lo moralmente em face das críticas dos órgãos de direitos humanos e o posicionamento divergente dos vários organismos internacionais. Junto a isso, alegaram que a população europeia, na atualidade, não mais compactuava com médias tão restritivas em relação à matéria, pois alguns referendos e plebiscitos no sentido do endurecimento haviam sido rejeitados, em

<sup>9</sup> "The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right."

<sup>10</sup> Artigo 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

contrapartida a outras medidas de flexibilização, como na décima terceira emenda (CEDH, 2010).

A alegação relevantíssima imposta pelas requerentes foi no sentido de acusar a desproporcionalidade das medidas restritivas para proteção à vida fetal em oposição aos direitos das mulheres. Além disso, trouxeram à mesa a prevalência marcante das medidas restritivas no que tange ao ambiente internacional, tanto no sentido dos demais países europeus, quanto em relação aos organismos internacionais que o circundam (CEDH, 2010).

Especificamente, a terceira requerente – ‘c’ – arrazoou contra a Irlanda pela falta de regulamentação de norma constitucional, especialmente em relação à possibilidade do aborto nos casos em que há risco à mãe, bem como pela ausência de limites legais para o fornecimento de informações sobre procedimentos em outros Estados. Segunda ela, a inexistência de limites legais impediu que os médicos em solo irlandês a orientassem sobre os reais riscos da gravidez para sua saúde, bem como gerou insegurança aos médicos para atuarem no pós-operatório, visto que seu clínico geral não comentou sobre os traumas do aborto, mesmo sendo visivelmente prejudicada (CEDH, 2010).

Contrariamente, o governo irlandês sustentou que os órgãos da convenção jamais admitiram o artigo 8º como qualquer conclusão permissiva em relação a certos tipos de abortos, visto ser questão muito controversa, podendo gerar graves problemas aos Estados, razão pela qual a divergência somente poderia ser solucionada a partir de regulação doméstica. Nesse sentido, buscando abrigo no art. 53<sup>11</sup> da CEDH requereu respeito ao devido processo democrático, cuja proeminência constitucional tem importância indiscutível. Entretanto, mesmo que o citado artigo pudesse ser aplicado, houve cumprimento dos requisitos, ou seja, previsão em lei e necessária à proteção dos direitos e das liberdades de terceiros (CEDH, 2010).

O governo também questionou as alegações de uma suposta mudança no entendimento popular acerca da matéria. Isso porque, nas aprovações de todas as emendas relativas à matéria – em 1983, 1992 e 2002 – não houve manifestação em favor da alegada flexibilização, tendo isso sido reforçado pela repulsa da população em assinar os Tratados de Maastricht e Lisboa, que ensejaram a proposição de protocolos especiais para o país. Contestou, também, a alegação de inefetividade da proibição, apontando a diminuição de cerca de 2.000 viagens

---

<sup>11</sup> Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.

para cometimento do ato entre 2001 e 2007, de modo que o país teria, então, um dos menores níveis de mortalidade materna da Europa. Já sobre a desproporcionalidade alegada, o governo foi no sentido contrário, argumentando sobre a total proporcionalidade entre a proteção à vida e à saúde da mãe, visto a regularização da prática no caso em que a gravidez importa em risco materno (CEDH, 2010).

No que concerne à terceira requerente, o governo alegou que a disposição constitucional que garante o aborto no caso de risco materno é claríssima e conhecida nos tribunais, bem como na atuação médica. Cita, inclusive, as Diretrizes do Conselho Médico, que iriam ao mesmo sentido, de modo que seria clara aos profissionais a possibilidade da prática nos casos especificados. Ademais, o governo trouxe à baila o caso *'Open Door'*, no qual a corte afirmou a suficiência do art. 40.3.3 para regular o tema, independentemente de lei complementar (CEDH, 2010).

Em relação aos casos 'a' e 'b', o tribunal entendeu pela ausência de violação ao artigo 8º, pois os requisitos para a intervenção foram atendidos, assim como disposto na legislação supracitada. No que tange à clareza de previsão legal, ambas as partes concordaram. Já sobre a proteção à moral, a Corte foi no sentido contrário ao alegado pelas requerentes, isto é, prescreveu que não houve indícios sobre a existência de uma mudança na concepção moral irlandesa acerca do tema, dando causa à argumentação do Estado irlandês. Em última ponderação, sobre a "necessidade em uma sociedade democrática", há o ponto mais importante ao presente trabalho, que será discutido no próximo tópico. Nesse sentido, a Corte decidiu pela confecção de larga margem irlandesa de apreciação, indeferindo o pedido das citadas requerentes (CEDH, 2010).

Já no caso da terceira requerente, o tribunal julgou procedentes suas alegações, pois compreendeu que a Irlanda descumpriu sua obrigação positiva de proteção à autonomia privada, manifestada no direito à integridade física e psicológica, por não regular legalmente a autorização constitucional de aborto no caso de risco à vida materna (CEDH, 2010).

### **2.3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO NO JULGAMENTO**

A questão mais controversa quanto à ocorrência de violação ao artigo 8º diz respeito à existência ou não de um justo equilíbrio entre interesses concorrentes relevantes, acerca dos quais os Estados gozam de uma margem de apreciação. No caso, a seguridade contra ingerência estatal na vida privada dos indivíduos e o interesse legítimo irlandês em proteger forte questão moral e, conseqüentemente, a vida do nascituro, foram os principais parâmetros pela decisão exarada pela Corte (CEDH, 2010).

Por um lado, as requerentes alegaram que a proteção ao nascituro não poderia ser absoluta e ignorar desproporcionalmente a proteção das mulheres, além de ser crucial levar o consenso europeu em relação ao aborto como limitação à margem nacional de apreciação. Em contrapartida, o governo argumentou pela perfeita proporcionalidade entre o resguardo ao direito à vida do nascituro e à proteção da mulher, visto o já legalizado procedimento no caso de risco à mãe. Ademais, invocando a inexistência de consenso europeu sobre quando começa a vida, a Irlanda argumentou que a margem no caso deveria ser ampla por se tratar de controversas questões morais e científicas (CEDH, 2010).

Assim, o ponto em debate relevante para esta pesquisa passa a ser o valor da amplitude de apreciação no caso e a consequente aplicação da teoria da proporcionalidade ou da margem nacional. Assim, a jurisprudência do tribunal<sup>12</sup> caminha no sentido de que o grau de extensão da margem deve ser definido em conformidade com o grau de consenso internacional e europeu sobre a matéria. Nesse sentido, quanto maior o consenso, menor a margem. No entanto, onde não há consenso e o “[...] caso suscita debates sobre questões éticas e morais delicadas”, essa margem deve ser mais ampla, tendo em vista o juiz local ser mais preparado que o internacional por conhecer melhor os liames éticos de seu país (CEDH, 2010).

No caso em tela, mostra-se inegável a existência de um debate de valor moral e ético; a dúvida que se não ficou silente, porém, é se a existência de suposto consenso reduziria a amplitude da margem<sup>13</sup>. Nessa perspectiva, a Corte concordou com a argumentação das requerentes, no sentido da existência de consenso europeu sobre a descriminalização do aborto (CEDH, 2010). Entretanto, dispôs que tal consenso não era suficiente para diminuir a amplitude da margem nacional de apreciação, de modo a permitir o tribunal a fazer juízo de proporcionalidade. Isso porque, como alegado pelo governo, não havia consenso científico-doutrinário a respeito do momento de início da vida. Assim, na ausência de tal consenso, o Estado ficaria livre para determinar o momento de início, podendo o reconhecer para o nascituro (CEDH, 2010). Dessa forma, estabelecer a proporcionalidade entre a vida do nascituro e a vida privada da mãe tornou-se questão muito complexa que conferiu larga margem ao Estado.

### **3. A PROPORCIONALIDADE PARA O EMPODERAMENTO DA MULHER NO ÂMBITO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

No presente tópico, buscar-se-á ponderar qual seria o resultado no caso de o julgamento ter ocorrido com a aplicação da regra da proporcionalidade, a

<sup>12</sup> Nesse sentido, X, Y e Z v. Reino Unido, Frett v. França, Goofwin v. Reino Unido.

<sup>13</sup> Nesse sentido, Tyrer vs. Reino Unido.

partir da ponderação entre os direitos envolvidos, ao invés do uso da teoria da margem nacional de apreciação. Assim, em um primeiro momento, discutir-se-á em abstrato a regra da proporcionalidade no âmbito da teoria geral dos direitos fundamentais para, depois, analisar como se daria sua aplicação no caso em tela. Antes de entrar na discussão propriamente dita, cabe ressaltar que o presente artigo não entrará na ponderação relacionada à existência de eventual direito à vida do nascituro, pois esse ponto não foi discutido no julgamento, sendo que o Tribunal se manteve apenas a analisar a possibilidade de restrição da autonomia privada em face da defesa de premente questão moral do povo irlandês.

Pela simples exegese do artigo 8º da CEDH, extrai-se que a autonomia privada pode ser restringida para a proteção da moral coletiva de um povo. Entretanto, o controverso assunto, quando enfrentado sob o liame da proporcionalidade, está assentado em verificar até que ponto o direito fundamental da autonomia pode ser restringido para captar ganhos à proteção da moral coletiva – outro fundamento convencional. Cabe trazer aqui, conforme prescreve Canotilho (2003, p. 407), que esses direitos fundamentais possuem dupla ótica; isto é, por um lado são prescrições negativas ao Poder Público – que fica impossibilitado de violá-los – e, do outro, retrata a capacidade de exigir positivamente do Estado sua proteção.

A regra da proporcionalidade<sup>14</sup> mostra-se inerente à própria teoria dos direitos fundamentais. Ocorre que esta se revela como um artifício hermenêutico próprio do Estado de Direito, o qual busca a otimização no aplicar dos direitos incidentes em determinada ordem constitucional ou convencional. É fundamental, pois, malgrado o todo sistemático caminhar para a persecução de um fim comum – a efetivação da dignidade humana –, os princípios individualmente considerados, muitas vezes, acabam por se chocarem, desembocando em uma colisão que resulta na restrição de um direito em detrimento de outro (Silva, 2014).

Conforme é retirado da análise de Canotilho (2003), os direitos e, tampouco, as técnicas de ponderação, não podem ser considerados como prescrições absolutas, razão pela qual devem se comportar de acordo com os limites impostos pela ordem sob a qual a Nação está adstrita. No caso em tela, por exemplo, as restrições devem manter-se aos limites do todo sistemático da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Acerca da natureza dessas restrições, grande debate emerge, havendo duas correntes sobre o tema. Em primeiro ponto, os adeptos da chamada Teoria Interna

---

<sup>14</sup> Importante salientar que, embora parte da doutrina insista em chamar tal instituto de princípios, concordamos com Oliveira (2010, p. 45) no sentido de que a melhor nomenclatura para tanto é ‘regra da proporcionalidade’ por ser mais afeita à teoria de Dworkin e Alexy sobre os princípios e regras.

acreditam que os direitos fundamentais possuem *per se* limites imanentes às suas próprias naturezas, ou seja, como aponta Sarlet (2009, p. 388), esses direitos já nasceriam com seus respectivos limites, apresentando, assim, um conteúdo determinado desde o início. Por outro lado, a Teoria Externa emana diretamente da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2014), prescrevendo a distinção em dois campos diferentes: o dos direitos fundamentais e o de suas restrições. Assim, os direitos fundamentais não são limitados desde sua superveniência, mas apenas têm suas aplicações restringidas quando postas em conflito com outros (Alexy, 2014). Desta feita, é na colisão e necessária restrição de um ou alguns em detrimento de outro(s) que entra em cena a análise proporcional.

Como dito, a superveniência da proporcionalidade tem relação direta com a da teoria geral dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Este a classifica como um sistema que coordena a aplicação das normas sobre direitos fundamentais, sobretudo os de princípios fundamentais, cuja incidência no caso concreto cause colisão entre suas prescrições (Alexy, 2008). Sobre o tema, assevera Barbosa (2011, p. 237):

A construção da Proporcionalidade, é importante lembrar, tem fundamento lógico na Teoria dos Princípios – donde advém sua nomenclatura jurídica mais difundida na linguagem forense. Como “padrões que devem ser observados porque são uma exigência da justiça, da equidade, ou outra dimensão da moralidade”, os princípios, conforme Dworkin, contêm uma dimensão de peso (*dimension of weight*), sendo necessário para o emprego de um princípio verificar o seu peso relativamente aos princípios a ele colidentes (ponderação). Distinguindo também, conforme já mencionado, regras e princípios como modalidades de normas jurídicas, Alexy considera os princípios como “mandamentos de otimização”, ou seja, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Influem sobre a aplicação dos princípios não apenas as possibilidades fáticas da situação *in concreto*, mas também as possibilidades jurídicas determinadas pelas regras e pelos princípios colidentes. O sopesamento intrínseco à sua aplicação induz que, em certos casos de colisão, haja *prima facie* uma precedência de um princípio em relação ao outro. O termo precedência neste caso significa que, *in concreto*, um princípio seja considerado de maior valia do que outro a este colidente, aplicando-se um e não o outro, ou aplicando-se um em maior escala do que o outro.

Com o intuito de atingir a proporcionalidade, alguns pontos devem ser atendidos na aplicação ao caso concreto, são eles: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (Silva, 2014). A sub-regra da adequação

ou da conformidade ordena que a restrição a determinado direito em favor de outro oportuniza alcançar o objetivo desejado, qual seja, a proteção efetiva a outro direito fundamental. Ademais, a segunda sub-regra – necessidade – exige que a restrição seja necessária para o cumprimento do outro direito, ou seja, não pode existir nenhuma outra forma de alcançá-lo a não ser pela restrição. Por fim, a proporcionalidade *stricto sensu* exige que, além de adequada e necessária, a restrição de um direito deve ser proporcional ao outro, ou seja, a intensidade da redução em um não pode ser maior do que os ganhos com a manutenção do outro, devidamente consideradas suas respectivas relevâncias para o ordenamento (Silva, 2014).

Como já aludido, a questão central em discussão no caso foi a existência ou não de violação por parte do governo irlandês do artigo 8º da CEDH, cuja redação garante o “[...] respeito da vida privada e familiar” dos indivíduos, salvo quando a ingerência estiver prevista em lei e, entre outras, for necessária para proteção da saúde ou da moral coletiva. Observa-se, portanto, um conflito entre o direito contra a ingerência da autoridade pública na vida privada – ao aborto – e o direito de proteção contra a moral. Nessa perspectiva, no caso da aplicação da proporcionalidade ao invés da margem de apreciação, o julgamento do Tribunal pautar-se-ia na ponderação entre esses direitos.

Quanto à adequação ou conformidade, como assevera Ramos (2018, p. 133), “[...] busca-se verificar se o meio escolhido é apto para atingir a finalidade, que também deve ser constitucionalmente legítima”. Assim, no caso em tela, parece evidente o fato de que a restrição à autonomia privada para impedir o aborto é um recurso adequado para atender a proteção moral da sociedade irlandesa, que vai no sentido da reprovação do ato.

Noutro norte, a regra da proporcionalidade também exige o exame da necessidade da restrição, a qual enseja a comparação entre todas as medidas possíveis para consecução do outro objetivo. Na visão de Silva (2014, p. 104), há duas facetas na técnica para averiguar a necessidade, sendo elas: (i) o grau de eficácia dos meios para concretizar o fim proposto e; (ii) o valor da restrição imposta ao direito para proteção do outro. Em síntese, neste momento, o intérprete deve procurar se há alguma medida capaz de atingir igualmente ou mais o objetivo pretendido de forma a restringir menos o direito atingido. No caso de existência de medida que seja considerada como desnecessária, a restrição não será, por via de consequência, proporcional (Silva, 2014).

No conflito analisado, da mesma forma que expelido do exame da adequação, a necessidade advém de entendimento lógico. Isso, pois, se o direito ao qual se procura abrigo é o direito à proteção da moral irlandesa, e o coletivo reconhece o

aborto como crime que não deve ser relativizado, a medida pode ser considerada necessária, pois não há outra alternativa que chegue ao resultado desejado.

Deveras, é na terceira dimensão de análise, entretanto, que o caso redundava em medida desproporcional. Isso porque, a regra da proporcionalidade *stricto sensu*, com assevera Guerra Filho (2004, p. 95), “[...] determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado que seja juridicamente a melhor possível”. Dessa forma, a proteção ao direito adquirida deve ser maior do que a restrição impetrada ao outro (Ramos, 2018); ou seja, o *trade-off* entre ambos os procedimentos deve ter saldo positivo para alcançar a dignidade humana. Nesse ponto, então, é relevante o questionamento sobre se seria a questão moral do aborto, direito fundamental de igual estatura ao de autonomia privada. De antemão, cabe observar que o presente trabalho vai no sentido da ausência de proporcionalidade *stricto sensu* da decisão, tendo em vista três pontos fundamentais que serão doravante abordados.

Em primeiro lugar, parece inconciliável a alegação de descompasso com as peculiaridades culturais e morais como forma de limite à perspectiva internacional dos direitos humanos. Isso decorre da compreensão que, se os direitos são universais – como consagrados em tantos dispositivos normativos, sobretudo no texto fundamental da Carta Internacional de Direitos Humanos (DUDH) – e todos são titulares a fim de atingir a dignidade da pessoa humana, é premente discordar sobre a forte cultura católica e conservadora da Irlanda como fator para limitar a autonomia individual enquanto um direito fundamental para consagração de uma sociedade democrática<sup>15</sup>.

O processo de secularização nos países europeus, que exigiu uma postura mais laica dos Estados, operou-se na vanguarda do mundo. Essa circunstância exigiu a racionalização dos indivíduos, bem como do Poder Público, para um melhor alargamento organizacional e de soberania interna das Nações, capaz, inclusive, de resultar na proeminência de um Estado de Direito. Esse afastamento da igreja enquanto gerência de um Estado e, principalmente, do meio social, foi condição essencial à potencialização dos direitos humanos, pois retirou do ramo teocrático o enfoque da explicação do mundo e passou a contextualizá-la ao ser humano (Panasiewick, 2012).

---

<sup>15</sup> Adverte-se que não se extrai a importância das teorias jurídico-culturalistas que permeiam o debate sobre direitos humanos, mas a perspectiva universal posta tem apenas a intenção de salientar a necessidade de sobrelevação da dignidade humana. Ademais, sequer em uma vertente relativista a discussão adentra, porquanto a moral social ora discutida não está relacionada como uma prática capaz de relativizar o direito fundamental ao aborto. Independentemente da ótica observada – relativista ou universalista –, os contornos jurídicos do debate seriam o mesmo.

Por consequência, além do alargamento na proteção e valorização da sociedade, redundou, também, no fortalecimento e reavivamento de novas religiões, enquanto expressão cultural (Andrade; Bingemer, 2012). Conforme Panasiewick (2012, p. 14) salienta, a laicidade no Estado de Direito não significa a predominância do ateísmo ou das descrenças em relação à igreja, mas sim, na “[...] quebra a pretensão da religião em ditar comportamentos sociais”. Desse modo, por mais que o apego a um ramo religioso na Irlanda seja expressão de manifestação cultural, tem-se que sua utilização para justificar a ingerência na autonomia privada e, portanto, para impedir a realização do aborto, acaba representando, no exame da proporcionalidade, uma excessiva restrição capaz de esvaziar diretamente àquilo que às requerentes, no julgamento da Corte Europeia, era relevante: a autonomia privada representada na intenção de realizar o aborto, que é carregada de significações valorativas derivadas de direitos relacionados a gênero, à saúde, à autonomia privada e à cidadania.

Ademais, a moral social, por ser fruto de construção histórica, não é essencialmente um direito que traz consigo limites inerentes de sua própria natureza; mas, em verdade, conforme explica Pereira (2006), representa uma densificação em seu conteúdo em face da amplitude que possui. Assim, em termos de proporcionalidade, o sentido atribuído para a questão poderia ser de contorno; ou seja, para configurar, delimitar ou conformar o direito fundamental à moral social não só a uma possível existência do direito fundamental ao aborto, mas, também, às demais categorias de direitos das mulheres que são instrumentais à satisfação de uma vida com dignidade.

Em um segundo momento, ainda em relação aos efeitos da restrição, tem-se uma segunda colocação que é essencial. Mesmo que estivessem em mesma estatura normativa – os direitos à proteção moral da comunidade irlandesa e à autonomia privada –, salienta-se que não aparenta se estar diante de questão moral tão sensível no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos, para ser cabível a aplicação da Margem Nacional de Avaliação de maneira ampla. Isso porque, a Irlanda mostra-se totalmente isolada do consenso europeu e entre as opiniões das principais organizações de defesa e proteção das mulheres, sendo o único país que admite o aborto apenas no caso de risco à vida da mãe.

Portanto, ainda que a vedação ao aborto seja medida adequada e necessária à proteção da moral coletiva da Irlanda, tem-se que já à época do julgamento (2010) havia um movimento de fortalecimento das questões de gênero em países vizinhos, capazes de orientar uma percepção gradativa – por mais lenta que seja – sobre a alteração do paradigma axiológico do direito ao aborto.

Adverte-se que essa colocação não importa na retirada da importância sobre aspectos ou valores culturais que são praticados na Irlanda, mas a intenção é clarificar que, no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos, esses diálogos já se traduziam em substrato fático relevante a ser considerado no momento do julgamento para se estreitar a dimensão da elasticidade da Margem Nacional de Apreciação que foi garantida à Irlanda. Até para fins de consideração, neste ponto, é interessante mencionar que a própria Corte Europeia, em certas ocasiões, precisou exarar posicionamentos nos quais a aplicação da regra da proporcionalidade redundou em uma sobrelevação das questões de gênero, em seu âmbito de jurisdição internacional (Bucci, 2014).

Ademais, em um terceiro momento, ainda que seja desconsiderado o consenso internacional e regional sobre a matéria, é notório que as consequências da violação ao artigo 8º são muito mais caóticas para a ótica humanitária do que eventual prejuízo à moral irlandesa. Nessa perspectiva, a violação ao bem-estar e à saúde da mulher, bem como os riscos impostos a danos graves e até fatais em ter de realizar o procedimento de forma clandestina, inadequada ou por mobilidade – seja por atraso em virtude da necessidade de viagem ou pela falta de fiscalização das clínicas – são medidas muito mais drásticas se comparadas à violação da moral social, o que afasta a conotação de harmonia que se espera entre os direitos humanos fundamentais.

Esses foram argumentos detidamente destacados pelas requerentes no decorrer do julgamento, vez que, ao submeterem-se a procedimentos clínicos fora do território da Irlanda – na Inglaterra –, acabaram não contando com o apoio pós-operatório e psicológico que eram essenciais (CEDH, 2010). Em vista disso, experimentaram consequências graves, que interferiram na concretização do Direito Humano à saúde. Inclusive, para o futuro – após a decisão, em 2010 –, a postura assumida no âmbito da Corte Europeia tornou possível que casos semelhantes novamente ocorressem, dado que a resposta aos reclamos foi, em singelas palavras, que cidadãs Irlandesas poderiam continuar a buscar na mobilidade uma forma própria de se garantir a autonomia privada e, assim, realizar o aborto; mesmo que tal sistemática fosse excessivamente mais degradante e onerosa às mulheres.

Os riscos, físicos ou psicológicos, vão no sentido contrário às convenções internacionais de proteção às mulheres. Vale lembrar que, à época, vigia na Irlanda os objetivos do milênio nos 3 e 5, ou seja, a valorização da mulher e a melhora na saúde das gestantes (Bucci, 2014). Assim, sendo o país membro da ONU, parece incabível renunciar a proteção legalizada das mulheres, provocando sérios danos ao bem-estar físico e psíquico, que caminha, inclusive, à contramão de um objetivo

progressista traçado pela sociedade internacional. Essas questões foram mantidas no bojo do novo objetivo 5 da Agenda 2030, que enseja o fortalecimento da igualdade de gênero, sendo a proteção aos direitos reprodutivos fator fundamental para atingir tal meta.

Nessa perspectiva, a Corte Europeia, ao deixar de aplicar a técnica da proporcionalidade e definir a discussão apenas na garantia da Margem Nacional de Avaliação, possibilitou até um comportamento contraditório da Irlanda, que delimitou severamente o âmbito de proteção das mulheres em seus territórios, mesmo assumindo compromissos internacionais diretos à sua valorização. E, se à época, conforme destacado na decisão, existiam casos de mobilidade a outros países para o aborto clandestino e, principalmente, consequências negativas à concretização do direito à saúde e à própria continuidade da vida da mulher (CEDH,2010), tem-se que a questão seria mais bem enfrentada a partir de uma detida aplicação da regra da proporcionalidade, com a finalidade de não restringir a autonomia privada ao ponto de esvaziar o seu conteúdo naquilo que era essencial: o direito ao aborto.

Em termos conclusivos, a Corte Europeia, ao delimitar sua análise sobre ‘o aborto não ser um direito fundamental das cidadãs Irlandesas’, diante da garantia de uma extensa Margem Nacional de Avaliação à Irlanda, negou vigência à preponderância das normas e objetivos internacionais que eram assumidos em seu âmbito de tutela, atribuindo aos valores morais da comunidade Irlandesa, sobretudo pela consideração do momento da vida do feto, um patamar desarrazoado se comparado aos demais direitos envolvidos, o que permite dizer que, na análise da proporcionalidade *stricto sensu*, há um desarrazoamento considerável em favor da proteção da moral social.

Nessa ótica, é válido relembrar as colocações de Bobbio (2004, p. 21) no sentido de que “[...] dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irreversíveis”. E aparentemente foi isso que aconteceu ao se garantir uma ampla margem nacional de apreciação à Irlanda, na medida em que a proteção da moral social, além de esvaziar significativamente a autonomia privada, deixou de conferir uma resposta útil e adequada ao enfrentamento do problema, consistente em reconhecer que, mesmo com a proibição do aborto, essa era uma realidade social que continuaria sendo pretendida e praticada, mas de maneira precária.

Inclusive, em termos de gestão da saúde doméstica, poderia representar um próprio ônus à Irlanda, em virtude do dever de tratar os efeitos posteriores ao aborto realizado de maneira clandestina ou por mobilidade a outros países.

Portanto, a dimensão axiológica atribuída à moral social – próxima de absoluta – redundava naquilo que Bobbio (2004) chamaria de ‘ilusão’, pois interferiu no campo de um limite insuperável à tutela de outros direitos, sem, entretanto, harmonizá-los e reconhecerem-nos como limites ao próprio Estado irlandês.

Portanto, é possível concluir que a regra da proporcionalidade era instrumento jurídico indispensável ao enfrentamento da discussão pela Corte Europeia, cuja abordagem poderia sugerir, tal como analisado no presente trabalho, que a proeminência exclusiva da proteção da moral social não seria harmonizável com o conjunto de direitos fundamentais e humanos relacionados à prática do aborto. Assim, embora aparente ser adequada e necessária à garantia da moral social, em contrapartida esvazia a análise do outro direito colocado em discussão.

## CONCLUSÃO

Primeiramente, tratou-se no artigo da relativização do conceito de soberania em face da contemporização do direito internacional. Tal transformação subdivide-se em 3 óticas diferentes. Concernente à privada, percebeu-se que a internacionalização das atividades humanas com a nova organização do trabalho, proveniente das revoluções industriais e a conseqüente mundialização do comércio, foram requisitos fundamentais para a necessidade de se superar as fronteiras de modo a criar uma nova rede cooperativa entre os Estados.

Ademais, no que tange à ótica pública, a internacionalização dos direitos humanos fez com que o modelo absoluto de soberania tivesse que ser destronado a fim de conferir responsabilidade aos estados quanto à proteção dos direitos humanos. Em relação à ótica interna, o novo constitucionalismo exigiu um direito afeito ao princípio da dignidade humana, cuja concretização em um mundo globalizado depende da cooperação entre os Estados, dando origem ao que Häberle chamou de Estado Nacional Cooperativo.

Junto a isso, o presente trabalho examinou o caso *A, B and C v. Ireland*, a partir das duas teorias utilizadas no bojo do Tribunal Europeu de Direitos do Homem: a margem nacional de apreciação e a aplicação do princípio da proporcionalidade, ambas empregadas comumente pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Concluiu-se, assim, que, na ocasião do julgamento, era perfeitamente cabível a aplicação da regra da proporcionalidade para afirmar a violação do governo irlandês ao artigo 8º da CEDH, ensejando desproporcionalidade na violação à comentada autonomia privada para proteger forte questão moral.

Embora aparentemente adequada e necessária a medida adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, viu-se que o maior problema está no exame da

proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque, pela ótica externa da restrição dos direitos fundamentais – vertente em que a Corte Europeia foi instada a se manifestar –, a verificação do ‘conteúdo dos direitos’ e a ‘identificação dos limites externos’, advindos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, poderiam corroborar para a definição menos ampla da margem nacional de apreciação.

Desse modo, considerando que a problemática buscou compreender se, na ocasião do julgamento do caso analisado, a proporcionalidade não poderia ter sido empregada como instrumento capaz de reconhecer a existência do direito ao aborto, a resposta é positiva. Mas, além disso, orienta à percepção que, à época do julgamento, havia motivos e fatos sociais relevantes para aplicação desta técnica hermenêutica. Nesse sentido, o uso da proporcionalidade no julgamento possibilitaria identificar o que seria protegido – no âmbito de conteúdo dos dois direitos em colisão –, conciliá-los aos outros direitos fundamentais e, ao final, identificar com precisão o que efetivamente mereceria ser o objeto de proteção harmônica. Em outros termos, o debate era muito mais significativo do que o paradigma entre a moral social e o aborto, e adentrava à própria concretude de um conjunto de direitos reflexos ligados às questões de gênero.

Em um raciocínio inverso, para a moral coletiva, não haveria um prejuízo tão drástico se fosse reconhecida a possibilidade de realizar o aborto no âmbito da Irlanda. Primeiro porque, pela estrutura cultural da Irlanda – esse foi um dos fundamentos utilizados na decisão –, boa parte da população, que manteria suas matrizes subjetivas acerca do assunto, não praticaria o aborto e, tampouco, coadunaria com o seu incentivo; de modo que ele somente seria realizado pelas mulheres que o vissem como uma alternativa objetiva à garantia de sua vida privada – e que já praticavam, por outros meios, diante da necessidade.

Em segundo lugar, se o exercício da cidadania perpassa pela visualização da confiança dos cidadãos em seu próprio Estado, que é cultivada a partir do sentimento de pertença e da própria proteção dos direitos considerados inerentes; então, definir uma estatura superior da moral social – ainda que seja um direito de natureza coletivo – à autonomia privada, enseja em uma ingerência significativa que interfere na forma com que a proteção da mulher se opera no cenário doméstico e internacional, principalmente se entendido que a ‘autorização de mobilidade para a realização do aborto’ – colocação feita pela Irlanda em sua defesa junto à Corte Europeia – representa em um distanciamento consequencial de mulheres de seu Estado, pois, embora haja o reconhecimento de uma demanda social, opera-se, em contrapartida, uma omissão pública em relação a seu enfrentamento de maneira efetiva.

Por sua vez, em terceiro lugar, não se pode olvidar que a preponderância das normas internacionais dos direitos humanos e os objetivos que têm sido comumente assumidos são fatores que exigem dos Estados uma postura ativa na garantia da dignidade humana. Nesse cenário, aliado à percepção que o Estado-Nação está cada vez mais garantindo abertura a um Estado Cooperativo, no qual as Organizações Internacionais possuem papel de destaque, tem-se que o exame do caso sem a necessária aplicação da regra da proporcionalidade – que já havia sido objeto de aplicação em outros momentos pela Corte Europeia – poderia representar preocupações futuras à proeminência do direito internacional dos direitos humanos, principalmente pela maneira com que definiu a margem de apreciação internacional.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; COSELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Renata Campetti, *O direito internacional: público e privado*. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ANDRADE, Paulo Fernando Carneiro de; BINGEMER, Maria Clara. (Orgs). *Secularização: novos desafios*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2012.

ANJOS RAMOS, Mariana dos. *“Responsabilidade de proteger” dos Estados e sua dimensão jurídico-normativa*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BACIÃO, Domingos Nhambuca Hale. O Sistema Africano de Proteção aos Direitos humanos: uma análise crítica. *Revista Direitos humanos & Sociedade*, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 66-90, 2019.

BARBOSA, Laís Teixeira. SIQUEIRA NETO, José Francisco. An hermeneutical analysis of reasonableness and proportionality: Common Law and Civil Law. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 2, p. 227-244, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Daniela. *Dimensões jurídicas da proteção da vida e o aborto do feto anencéfalo*. Curitiba: Clássica Editora, 2014.

BURNS, Edward McNall. *1897-1972. História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais* - v. 2 39. ed. São Paulo: Globo, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPEZ, F. *Curso de direito penal: parte geral*. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo Caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CEDH. *Sentença na Demanda n. 25579/05: Caso A, B y C vs. Irlanda*. Estrasburgo: Sítio online da CEDH, 2010. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5210/11.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 6, n. 2, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GIBSON, John S. *International Organizations, Constitutional Law and Human Rights*. Nova Iorque: Praeger Publishers, 1991.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. História do Direito Internacional: o caso lótus (1927). *Revista do Mestrado em Direito da UCB*, Campo Grande, v. 03, n. 03, 2009. Disponível: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/2560>. Acesso em: 02 mar. 2023.

KAHN, Paul. K. The question of Sovereignty. *Stan J. Int'L*, v. 40, p. 259-282, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado*. 1. ed. Saraiva : São Paulo, 1938.

MASSON, C. *Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Rafaella da Cruz. *Internacionalização dos direitos e caminhos para construção de um direito comum europeu: análise da margem nacional de apreciação*. 2014. 64 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2014.

MORAIS, Fausto Santos. Descobrendo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 6, n. 1, 2014.

MORAIS, Fausto Santos. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. SILVEIRA, Vladimir Oliveira. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da corte europeia. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 2, p.80-94. 2018.

OLIVEIRA, Vanessa Batista. A regra da proporcionalidade e sua aplicação na hermenêutica constitucional. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 111, p. 45-52, 2010.

PANASIEWICZ, Roberlei. Secularização: o fim da religião? In: ANDRADE, Paulo Fernando de; BINGEMER, Maria Clara (Orgs.). *Secularização: novos desafios*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2012. p. 9-26.

PELLET, Alain. Lotus, quantos despropósitos são proferidos em teu nome! Considerações sobre o conceito de soberania na jurisprudência da Corte Mundial. *Publicum*, v. 3, n. 1, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. – 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Nasponili; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. O direito internacional dos Direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da corte europeia. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 1, 2016, p. 80-92. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/62292/38136>. Acesso em: 16 jun. 2021.

REZEK, José Francisco *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAIAR, Rogério. *Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. 2009. Tese (Doutorado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 8. ed. Saraiva. São Paulo, 2019.

## O PAPEL DAS EMPRESAS PARA A PROMOÇÃO E O RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

### *THE ROLE OF COMPANIES IN THE PROMOTION OF AND RESPECT FOR HUMAN RIGHTS*

Maria Cláudia Gabilan de Carvalho

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera- Uniderp; Assistente de Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini

Professor do Corpo Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Procurador de Justiça.

**Submetido em:** 26/03/2023

**Aprovado em:** 15/04/2023

**Resumo:** Em um contexto globalizado, em que as empresas atuam como atores sociais relevantes, com significativos poderes econômicos e políticos, e que, por vezes, estão envolvidas com atividades que impactam negativamente os direitos individuais, é necessário discutir o papel dessas instituições no implemento de uma cultura de proteção aos direitos humanos. Por meio de pesquisa bibliográfica e qualitativa, o presente estudo propõe uma reflexão sobre a função social da empresa e as responsabilidades daí decorrentes, visando elucidar a compatibilidade da finalidade lucrativa empresarial com a adoção de práticas que contribuem para o desenvolvimento social, com vistas à promoção da dignidade humana e dos interesses particulares. A fim de dirimir a problemática, e sem esgotar o tema, serão analisados dois instrumentos internacionais que dispõem sobre a responsabilidade das empresas em direitos humanos: o Pacto Global da ONU e os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos. Também será examinada a forma com que o tema tem sido desenvolvido no cenário brasileiro.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Empresas; Função social; Responsabilidade social; Panorama brasileiro.

**Abstract:** *In a globalized context, in which companies act as relevant social actors, with significant economic and political powers, and that are sometimes involved in activities that negatively impact individual rights, it is important to discuss the role of these institutions in implementing a culture of human rights protection. Through bibliographical and qualitative research, the present study*

*proposes a reflection on the social role of the company and its responsibilities, aiming to explain the compatibility of business profit with the adoption of practices that contribute to social development, promoting human dignity and private interests. In order to resolve the problem, without exhausting the topic, two international instruments that provide for the responsibility of companies in human rights are analyzed: the UN Global Compact and the Guiding Principles on Business and Human Rights. The way in which the theme has been developed in the Brazilian scenario will also be examined.*

**Keywords:** Human rights; Companies; Social role; Social responsibility; Brazilian panorama.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A função social da empresa. 2. A criação do pacto global da onu e a edição dos princípios ruggie. 3. Responsabilidade social. 4. Direitos humanos e empresas no contexto brasileiro. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação social, o que resultou na criação de parâmetros globais de ação estatal, com o fim de garantir a promoção e proteção dos direitos individuais.

A globalização econômica, por sua vez, implicou no fortalecimento das empresas privadas e na sua consolidação enquanto agente social, com poderes e influência, muitas vezes, superiores a de alguns Estados.

Esse cenário contribuiu para o aparecimento de novas formas de violações de direitos humanos, revelando a necessidade de se pensar em parâmetros globais capazes de resguardar os direitos humanos também no âmbito empresarial.

As empresas, enquanto pilares do modo de produção capitalista, ao mesmo tempo em que são responsáveis pelo desenvolvimento econômico, estão, por vezes, envolvidas com atividades que impactam negativamente os direitos individuais. Nesse contexto, não há como dissociá-las da responsabilidade em relação ao cumprimento e fomento dos direitos humanos.

O presente estudo, por meio de pesquisa bibliográfica e qualitativa, amparada em artigos científicos, obras jurídicas e legislações pertinentes, partindo da premissa de que a internacionalização dos direitos humanos e a globalização criaram uma nova ordem, visa discorrer sobre a função social da empresa e a compatibilidade da sua finalidade lucrativa com a adoção de práticas que contribuem para o desenvolvimento social.

A fim de respaldar o raciocínio desenvolvido, examinam-se dois instrumentos internacionais que dispõem sobre a responsabilidade das empresas em direitos humanos: o Pacto Global da ONU e os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, abordando-se a contribuição desses documentos para a criação de parâmetros capazes de influenciar as ações empresariais.

Com amparo nesses elementos, pretende-se a reflexão a respeito dos efeitos decorrentes da atuação empresarial focada no desenvolvimento sustentável, sob o enfoque dos direitos humanos, analisando-se em que medida o fomento desses direitos contribui tanto para a melhoria da qualidade de vida dos seus empregados e da comunidade em que se inserem quanto para o desenvolvimento da atividade mercantil em si.

Por fim, apresenta-se um panorama a respeito de como a matéria tem sido desenvolvida e implementada em âmbito nacional.

## **1. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Desde a Segunda Guerra Mundial há um esforço global no reconhecimento e promoção dos direitos humanos. O cenário de grandes atrocidades, anteriormente vivido, deu espaço à valorização da pessoa humana e uma preocupação com a prevenção do seu sofrimento, com a expansão de documentos internacionais que protegessem esses direitos em face da atuação estatal.

A evolução dos modos de produção, acompanhada pelo avanço do liberalismo, no entanto, implicou no surgimento de novos atores sociais, com significativos poderes econômico e político (as empresas), o que contribuiu para o aparecimento de outras formas de violações de direitos humanos e a constatação de que o Estado não é o único a violar direitos humanos.

Partindo-se das premissas de que direitos humanos são “direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual” (Bobbio, 1992, p. 5); e de que “refletem, a todo tempo, a história de um combate, mediante processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana” (Piovesan, 2008, p. 887), não há como dissociar as batalhas que norteiam os direitos humanos da ordem econômica e política vigentes. Estas últimas também contribuem, diretamente, para a transformação social.

A empresa, enquanto representação jurídica do capitalista individual, é a parte estrutural e estruturante do modo de produção capitalista, e da juridicidade enquanto tal, já que forma de regulação da vida social no contexto do capitalismo. É, em verdade, um instrumento de riquezas, propulsor de desenvolvimento da comunidade em que se insere, já que, enquanto unidade de produção, compra e vende produtos; recolhe tributos; presta serviços; e emprega pessoas. A empresa é uma instituição social, cuja atividade produz efeitos, diretos ou indiretos, em toda a sociedade.

Os direitos humanos já reconhecidos devem ser entendidos como condições mínimas de afirmação social, que não podem ser flexibilizadas para atender aos fins do capital. Daí emana a reflexão acerca dos instrumentos capazes de equacionar o interesse empresarial voltado para o lucro com o desenvolvimento humano, garantido por meio de mecanismos internos e externos, que integram o “sistema especial de proteção”.

É sob esta ótica que surge o termo função social da empresa.

A função social da propriedade (artigos 5º, XXIII, e 170, III, da Constituição Federal; e 421 do Código Civil) está intrinsecamente ligada aos princípios da dignidade humana e do valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), ambos com força normativa.

O direito de propriedade não é absoluto e deve ser exercido de acordo com suas finalidades econômicas e sociais, em favor de toda a coletividade, e não servir apenas a interesses estritamente particulares. A busca incessante pelo lucro e pela imposição dos interesses imediatos da empresa recebe freios oriundos de construções históricas capitalistas, a exemplo do Direito do Trabalho, conquistado pela luta de classes trabalhadoras e por construções teóricas oriundas de uma comunidade consciente do seu papel de classe.

A ordem constitucional vigente, ao mesmo tempo em que evita a intervenção do Estado no processo econômico, não permite que, sob o manto da liberdade negocial, a força econômica privada seja abusiva e/ou incompatível com o bem-estar social e com valores éticos cultivados pela sociedade.

Cumprir uma função social é atingir uma finalidade útil para a coletividade, e não apenas para as pessoas diretamente envolvidas naquela atividade. Parte-se da premissa de que o interesse individual é legítimo quando realizar o direito social, e não apenas quando não exercido em prejuízo da comunidade.

O princípio da função social não traduz a exigência de que o particular seja apenas meio de satisfação de interesses sociais, mas atribui a ele a prática de comportamentos em benefício da sociedade, tornando-o corresponsável, juntamente com o Estado, pela efetiva realização dos direitos humanos. O crescimento econômico deve estar vinculado ao desenvolvimento social, como uma forma de alcançar o princípio da dignidade humana em sua plenitude.

Aquele que tem poder econômico relevante tem responsabilidade em relação ao cumprimento e promoção dos direitos humanos, não apenas ante os seus empregados, mas também em relação a todos aqueles que estão direta ou indiretamente envolvidos em sua cadeia produtiva.

Essa responsabilidade decorre da teoria do risco-proveito da atividade comercial, por meio da qual todo aquele que fornece produtos/serviços, daí auferindo lucro (proveito), responde por eventuais danos. Referida responsabilidade também emana do risco da atividade, insculpido no art. 2º da CLT, e da função social da empresa e do contrato.

A chamada função social da empresa não pode ficar limitada a gerar empregos, pagar tributos e impostos, e impulsionar a economia, mormente porque o empresário, se puder empregar menos, gastando menos, e pagando menos tributos, assim o fará.

O homem, em um Estado Democrático de Direito, é visto, necessariamente, em integração com a coletividade, de modo que os limites aos interesses individuais em face da sociedade são inerentes à toda atividade econômica. “A autonomia traz em si a necessária compatibilização entre a liberdade e a igualdade a partir de um critério de justiça” (Lopes, 2006, p. 232).

A função social não exclui a liberdade individual de agir de acordo com os próprios interesses, mas impõe deveres perante a sociedade, oriundos de princípios e normas jurídicas, que limitam a autonomia privada em razão do bem comum. O poder econômico, que compreende direitos e obrigações, deve ser exercido com uma correspondente responsabilidade social.

Salienta-se que a prática da atividade empresarial atenta à sua função social não significa o exercício de assistência social. Uma empresa que não busca lucros não sobrevive, o que também gera consequências para a economia e o bem-estar da comunidade.

O empresário continua livre no exercício das suas finalidades, sem que o Estado interfira. A interferência só será legítima na medida em que as suas atividades sejam exercidas de modo socialmente prejudicial.

## **2. A CRIAÇÃO DO PACTO GLOBAL DA ONU E A EDIÇÃO DOS PRINCÍPIOS RUGGIE**

Há diversos instrumentos internacionais que indicam parâmetros para a responsabilidade das empresas em direitos humanos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos; o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e Convenções específicas que proíbem, por exemplo, a discriminação contra as mulheres; grupos étnico-raciais; e pessoas com deficiências.

Sem pretensão de esgotar o tema, este estudo analisará, pormenorizadamente, apenas o Pacto Global da ONU e os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos.

O debate sobre os impactos dos negócios nos direitos individuais ganhou fôlego nos anos 2000, principalmente em razão dos documentos propostos pela Organização das Nações Unidas (ONU) visando influenciar as ações empresariais a partir de princípios universais: o Pacto Global da ONU, lançado em 2000, e, posteriormente, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos.

Como explica Vanessa Celano Tarantini e Beatriz Martins Carneiro (2018, p. 40):

O Pacto Global da ONU é a maior iniciativa de responsabilidade social corporativa do mundo. Lançada pelo então secretário-geral das Nações Unidas, Kofi Annan, o programa conta com mais de 12.000 signatários no mundo, sendo mais de 9.000 empresas de diversos setores, desde pequenas e grandes corporações transnacionais. Como requisito principal para continuar como membro da iniciativa, as empresas signatárias reportam anualmente um relatório de progresso sobre seu compromisso com os Dez Princípios do Pacto Global.

O Pacto Global da ONU traduz uma estratégia por meio da qual as empresas aderem voluntariamente aos valores discutidos no Fórum Econômico Global e se comprometem a alinhar suas operações e estratégias com princípios envolvendo direitos humanos, trabalho, ambiente e anticorrupção. O documento surgiu da necessidade de mobilizar a comunidade empresarial mundial para a adoção de valores fundamentais em suas atividades.

Os seis primeiros princípios do Pacto Global referem-se a direitos humanos e relações de trabalho. Por meio deles, as empresas são orientadas a respeitar e apoiar/promover os direitos humanos; a não serem cúmplices na violação desses direitos; a abolirem o trabalho escravo e infantil; a garantir o direito de associação dos trabalhadores; a reconhecer o direito efetivo à negociação coletiva; e a combater a discriminação no ambiente de trabalho.

Apesar da razoável adesão das grandes empresas ao documento, o Pacto representa um “conjunto de princípios de responsabilidade social empresária de adesão voluntária, em que participantes anunciam periodicamente como estão implementando tais preceitos, sem qualquer sanção em caso de descumprimento” (Cardia; Ferreira, 2018, p. 191), o que, na prática, representa pouca efetividade.

Segundo a Professora Danielle Anne Pamplona (2018, p. 179):

Apesar da boa vontade que pode ser apresentada por alguns gestores de empresas, há muitos fatores que deixam a relação empresa, de um lado, e responsabilização, de outro, bastante complexa. Assim, ainda que a empresa esteja comprometida com o respeito aos direitos humanos

internacionalmente reconhecidos, há limitações de gestão, que dizem respeito à responsabilidade dos administradores perante a sociedade e/ou perante os acionistas, que complicam qualquer tentativa de aplicar uma solução fácil para os casos.

Em 2011, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, elaborados pelo Relator especial John Ruggie, nomeado para realizar pesquisas sobre as possibilidades normativas para a temática de direitos humanos e empresas.

Os denominados “Princípios Ruggie” destacam a obrigação dos Estados de observar, resguardar e implementar os direitos humanos, bem como o dever das empresas, enquanto órgãos especializados da sociedade, de cumprir todas as leis aplicáveis e respeitar os direitos humanos.

Tais princípios estão baseados em três pilares: proteger, respeitar e remediar.

O primeiro (proteger) diz respeito ao papel do Estado na proteção dos seus cidadãos contra violações cometidas por empresas em seu território, por meio de regulamentação e políticas adequadas<sup>1</sup>. O segundo (respeitar), trata do papel das empresas em matéria de direitos humanos. Cabe a elas se abster de infringir os direitos humanos de terceiros e enfrentar os impactos negativos decorrentes de eventuais violações com as quais tenham algum envolvimento. O terceiro (remediar), por fim, corresponde a reparação das vítimas. “Uma vez que o Estado ou a empresa violou, ou contribuiu para violar, algum direito, as vítimas devem ter acesso a meios eficazes de remediação, sejam eles judiciais ou extrajudiciais” (Tarantini; Carneiro, 2018, p. 45).

Os Princípios Orientadores são aplicáveis aos Estados e a todas as empresas, independentemente do porte, setor, localização, proprietários e estrutura, com o fim de melhorar padrões e práticas empresariais no âmbito dos direitos humanos.

Consoante disposto no Princípio 12, do relatório de John Ruggie:

A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos refere-se aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos – que incluem, no mínimo, os direitos enunciados na Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios relativos aos direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho (Conectas, 2012, p. 10).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Enfatiza-se que a obrigação do Estado, prevista neste primeiro pilar, já existiria implicitamente em razão das normas de Direito Internacional de proteção dos direitos humanos.

<sup>2</sup> Disponível em: <https://site-antigo.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/>

Os “Princípios Ruggie” não criam direitos novos, mas sim novas obrigações para Estados e empresas com base em direitos humanos já reconhecidos internacionalmente. O objetivo é impor aos Estados o estabelecimento de políticas e legislações voltadas a prevenir e remediar os impactos causados pelas atividades econômicas e a observância, pelas empresas, de um padrão mínimo de respeito aos direitos individuais.

Segundo o Relator dos princípios, “uma ‘lista’ legítima de direitos internacionalmente reconhecidos já existe e não precisa ser reinventada” (Ruggie, 2014, p. 153). Primeiro, porque as empresas apresentam a potencialidade de violar todo e qualquer direito e não um conjunto específico. Segundo, porque os direitos reconhecidos internacionalmente também devem ser seguidos pelas empresas.

Apesar da natureza também não vinculante, os indigitados princípios visam estimular a promoção de direitos humanos no âmbito empresarial, com o objetivo de que tais organizações, juntamente com os Estados, passem a transmitir e operacionalizar os seus preceitos. Há diversos Estados que, com base neles, lançaram Planos Nacionais com o fim de aplicar, em território nacional, medidas de combate à violação de direitos humanos (Ex. Reino Unido, Itália, Holanda, Dinamarca, etc.).

Os Estados, por si só, não são responsáveis pelas violações dos direitos humanos cometidas por agentes privados. No entanto, podem ser responsabilizados pelo descumprimento das suas obrigações internacionais de direitos humanos quando tais violações possam ser a eles atribuídas ou quando sejam omissos na adoção de medidas adequadas para prevenir, investigar, punir e reparar os abusos cometidos por entes privados.

Como explica Ruggie (2014, p. 140):

O dever do Estado de proteger os direitos humanos é considerado uma norma de conduta, não um resultado. O que significa em relação às atividades empresariais é que os Estados não são, por si, responsáveis quando uma empresa comete uma violação dos direitos humanos. Mas os Estados podem desrespeitar suas obrigações relativas à legislação internacional de direitos humanos se não adotarem medidas apropriadas para evitar tais abusos e para investigar, punir e compensar quando esses problemas acontecerem; ou quando os atos de uma empresa puderem ser diretamente atribuídos ao Estado, por exemplo, porque a empresa é usada como um agente do governo.

Os Princípios Orientadores e os termos do Pacto Global preconizam o respeito aos direitos humanos no contexto de uma globalização que seja socialmente

---

nsa/arquivos/conectas\_principiosorientadoresruggie\_mar20121.pdf. Acesso em: 04 jan. 2022.

sustentável. De tais documentos, extrai-se a lógica de que empresas não podem causar danos e devem tomar providências em relação aos impactos negativos em direitos humanos nos quais estão envolvidas. Trata-se de um padrão global de conduta cujo cumprimento se espera de todas as instituições privadas, não importa onde desenvolvam as suas atividades.

Apesar da relevância do tema, os documentos analisados não possuem a força vinculante de um tratado internacional, o que reforça a pertinência de se intensificar o debate sobre a matéria. Um tratado internacional viabiliza uma estrutura de cobrança e adimplemento, que pode ser acessada pelas vítimas de violações cometidas por empresas, principalmente em locais em que a efetividade de direitos humanos não é plenamente garantida.

O reconhecimento de que os Estados não são os únicos a violar direitos humanos exige a elaboração de mecanismos capazes de efetivamente prevenir, e também socorrer, as vítimas de violações cometidas na esfera particular.

### **3. RESPONSABILIDADE SOCIAL**

O clamor social para que as empresas atuem de acordo com algum tipo de base moral vêm aumentando ao longo dos anos. A exigência de que essas instituições adotem práticas que não tragam impactos sociais e ambientais negativos e, ao mesmo tempo, gerem benefícios para a coletividade, é cada vez mais presente.

Diversos fatores contribuem para essas cobranças: a abertura dos mercados e a expansão das empresas e suas cadeias produtivas para diferentes países; os desastres ambientais protagonizados por empresas - cada vez mais frequentes; e o aumento da capacidade econômica e, conseqüentemente, de influência que certas instituições exercem em algumas localidades.

As empresas são atores importantes na sociedade, na medida em que detêm poder econômico capaz de influenciar políticas públicas. Por meio de suas atividades centrais, investimentos sociais estratégicos e envolvimento em políticas públicas e parcerias, as empresas podem contribuir eficazmente para o fomento de direitos humanos.

Nesse cenário, destaca-se o papel das empresas transnacionais. Com um poder econômico muitas vezes superior ao de muitos Estados, sua influência pode modificar legislações e gerar efeitos nos planos Executivo e Judiciário dos países em que atuam, capazes de extirpar a impunidade.

Como enfatiza John Ruggie (2014, p. 264):

As empresas são fonte primária de investimentos e criação de empregos, e os mercados podem ser meios extremamente eficientes para alocação de recursos escassos. São forças poderosas, capazes de gerar expansão da economia, redução da pobreza e aumento na demanda pelo estado de direito, assim contribuindo para a realização de direitos humanos.

As empresas, ao se relacionarem com empregados, consumidores e fornecedores, exercem um papel relevante no âmbito dos direitos humanos. Ao mesmo tempo que podem contribuir para que uma violação ocorra, têm capacidade de influenciar a comunidade em geral com condutas adequadas, focadas no respeito e promoção de direitos individuais.

Como bem sintetiza Piovesan e Gonzaga (2018, p. 109):

Tal como o Estado, as empresas podem violar, mas também promover direitos. Elas podem ter impacto positivo ou negativo na sociedade e no meio ambiente, a depender de como realizam a gestão de suas atividades e serviços. A necessidade de criar respostas e resultados de produção que respeitem os direitos humanos, os aspectos socioculturais e o meio ambiente demonstram a relevância de se avançar nessa agenda.

É inegável que a atividade econômica, independentemente do setor, é essencial para o desenvolvimento dos Estados, e quando conduzida respeitando os direitos individuais, produz efeitos positivos do ponto de vista econômico, social e cultural. A responsabilidade empresarial em direitos humanos alcança os trabalhadores; a cadeia produtiva; a comunidade afetada pela atividade econômica; o Estado; e as obrigações extraterritoriais (envolvendo os riscos de violações em outros países).

A internacionalização dos direitos humanos e os efeitos decorrentes da globalização criaram uma nova ordem, que exige a adaptação dos ordenamentos internos e internacional, para promover e possibilitar a efetiva proteção dos direitos humanos.

Embora a empresa não seja incriminada por não promover ações de responsabilidade social, ela pode ser punida no caso de omissão. Em contrapartida, quando adota condutas visando o controle de violações aos direitos individuais, ela diminui a possibilidade de que demandas sociais sejam judicializadas e aumenta a chance de alcançar práticas que beneficiem a coletividade e não impactem a sociedade de forma negativa.

Segundo Vanessa Celano Tarantini e Beatriz Martins Carneiro (2018, p. 43):

Respeitar direitos humanos não consiste apenas em fazer a coisa certa, mas também é uma questão de sustentabilidade do negócio. O desres-

peito deste princípio implica em vários riscos e custos para as empresas como danos reputacionais, boicotes de consumidores, greves e queda da produtividade, represália de investidores, multas, entre outros riscos.

A responsabilização direta das empresas por violações de direitos humanos faz com que essas instituições busquem práticas voluntárias de prevenção e auto-regulação, propiciando uma diminuição de ocorrências. A atuação empresarial nessa seara deve ser obrigatória e não na perspectiva de ações sociais e de filantropia. “A compreensão dos direitos humanos pelas empresas deve envolver desde comprometimento com a promoção do tema, até reparação e indenização por danos” (Piovesan; Gonzaga, 2018, p. 99).

Promover direitos humanos implica a adoção de medidas voltadas ao fomento e valorização da igualdade, com a construção de uma cultura de respeito à diversidade, tolerância e paz, “contribuindo para a consolidação da democracia e redução de violações de direitos e violência em geral” (Piovesan; Gonzaga, 2018, p. 106).

A atuação de forma proativa garante às empresas diversos benefícios, como a melhoria da imagem corporativa; maior satisfação dos empregados; e maior aceitação nos locais em que operam. A violação desses direitos, em contrapartida, implica consequências negativas para a identidade e reputação da instituição, além de riscos e custos para o negócio, em âmbito financeiro (custos com litígios, riscos operacionais e regulatórios) ou mesmo penal (levando seus dirigentes à prisão).

A prática tem demonstrado que a diversidade é lucrativa e que promover direitos simboliza, além de um ganho de identidade e reputação empresarial, uma agregação de valor à marca. Como consequência, a empresa ganha competitividade, gerando resultados positivos para o país, com atração de investidores. A imagem positiva enseja, ainda, a fidelização de clientes e beneficiários; permanência de empregados; e a redução de litígios envolvendo violação de direitos humanos.

Atualmente, e visando o cenário retratado, há uma tendência global de engajamento das empresas em questões sociais e ambientais, com foco em valores antes não incorporados por essas instituições – tais como gênero, igualdade salarial, inclusão de imigrantes, condições adequadas para o recebimento de filhos de empregados etc.

Em um contexto em que a vontade do ser humano é ilimitada, os recursos são escassos e o Estado optou por uma intervenção mínima, transferindo para a esfera privada parcela significativa da competência regulatória que lhe pertencia, o avanço da cultura da responsabilidade social se impõe como uma necessidade. Invoca-se “a emergência de um novo paradigma capaz de transitar de uma

agenda empresarial centrada exclusivamente na produtividade econômica para uma agenda ampliada e impactada pelos direitos humanos” (Piovesan; Gonzaga, 2018, p. 110).

Forma-se, paulatinamente, uma nova dinâmica empresarial, focada no desenvolvimento sustentável nas esferas social, econômica e ambiental, sob enfoque dos direitos humanos, em um cenário de responsabilidades compartilhadas, movido tanto pelos imperativos legais como pelas necessidades advindas do meio em que a empresa está inserida, que pode, por exemplo, impor exigências ideológicas (sociais ou ambientais) que exijam uma mudança de valores.

Destaca-se que a atuação responsável das empresas, embora não seja sua fonte de lucro, gera resultados que reforçam a sua função precípua de obtenção de riquezas. O investimento no bem-estar da comunidade, por exemplo, pode representar uma forma de economia fiscal, quando o ente privado transfere seus impostos para a causa social. A divulgação de suas ações sociais, por sua vez, contribui para angariação de novos consumidores. Tudo isso, ao final, gera lucro.

Em verdade, a função social e a responsabilidade empresarial são elementos indissociáveis e o lucro guarda relação direta com o respeito aos direitos humanos. O que se busca é o equilíbrio entre o respeito aos direitos individuais, com vista à satisfação da dignidade humana, e os interesses particulares.

#### **4. DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS NO CONTEXTO BRASILEIRO**

Há uma série de leis brasileiras, como a trabalhista, consumerista e ambiental que, mesmo antes da elaboração do Pacto Global e dos Princípios Orientadores pela ONU, já estabeleciam regras a serem observadas com o fim de proteger direitos humanos. No entanto, nem sempre é clara, nessas legislações, a obrigação das empresas acerca das medidas de prevenção e reparação que precisam ser adotadas a fim de efetivamente prevenir e resguardar esses direitos.

Embora o Brasil tenha se comprometido com a implementação dos Princípios Orientadores da ONU, desde a sua criação não foram adotadas medidas positivas no sentido de propagar o seu conteúdo em âmbito nacional. O País também não elaborou um Plano Nacional sobre o tema.

Ainda que, numa primeira análise, constata-se a ausência de compromisso do Estado brasileiro quanto à proteção dos direitos humanos pelas empresas que atuam em seu território, verifica-se, no âmbito da justiça do trabalho, condenações relevantes de grandes empresas transnacionais por conduzirem práticas de trabalho em condições análogas à escravidão, a exemplo da espanhola Zara e da holandesa C&A.

As pressões para que o Brasil adotasse uma conduta firme frente as atrocidades perpetradas por empresas em seu território, com a adoção de normas e políticas voltadas para esse fim, ganharam relevância no final de 2015, quando ocorreu a tragédia envolvendo o rompimento da barragem de rejeitos de “Fundão”, de propriedade da empresa Samarco, no Município de Mariana, em Minas Gerais, que afetou a vida de milhões de pessoas que viviam na região, gerando óbitos, desaparecimentos e o desabrigoamento de diversas famílias, com consequências ambientais cujo alcance, até hoje, é de difícil mensuração.

O desastre contribuiu para a visita do Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU ao Brasil, em dezembro de 2015, que realizou diversas inspeções em cidades com indícios de graves violações aos direitos humanos decorrentes de atividades empresariais desempenhadas no país.

O relatório final do grupo revelou o total desconhecimento, pelas empresas nacionais, privadas ou estatais, dos “Princípios Ruggie”, concluindo que o Governo brasileiro jamais desenvolveu qualquer medida sobre o tema, desconsiderando esse instrumento de proteção e promoção dos direitos individuais.

Apesar de alguns avanços nas discussões nacionais sobre o tema, ainda não há, até o presente momento, uma política pública efetiva voltada à proteção dos direitos humanos pelas empresas no Brasil.

Em verdade, o caráter não vinculante dos “Princípios Ruggie” contribuiu para a omissão do Governo brasileiro na instituição de políticas públicas que favoreçam o interesse das vítimas de violações de direitos humanos e a sociedade como um todo, mantendo-se uma estrutura jurídica nacional que favorece a impunidade.

Embora não seja possível atribuir ao Estado a responsabilidade pelas violações de direitos humanos perpetradas por empresas privadas, não se pode perder de vista que o Brasil, atualmente, é signatário da maior parte dos tratados internacionais de direitos humanos adotados em âmbito global ou regional, os quais podem ser invocados como instrumento para a proteção dos direitos humanos também em casos de violações cometidas por empresas.

Ainda que os tratados discorram sobre a responsabilidade do Estado para garantir esses direitos, tal responsabilidade não se restringe à garantia da não violação dos direitos humanos pelo órgão estatal. Há, também, o dever de impedir que esses direitos sejam violados por empresas privadas e a obrigação de investigar e punir casos de violações de direitos humanos, independentemente de quem as tenha cometido.

Ressalta-se que o Brasil está sujeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que pode contribuir para relevantes avanços na responsabilização de empresas por violações de direitos individuais, ainda que indiretamente.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha atribuído ao Estado um papel central na promoção do bem-estar social e do desenvolvimento econômico, estabelecendo a responsabilidade penal de empresas apenas para casos de danos ambientais ou de crimes contra a ordem econômica, não há nada no texto constitucional que exclua a obrigação de instituições privadas de respeitar os direitos humanos. Ao contrário. A Constituição prevê diversas obrigações que permitem a criação de legislação destinada a punir violações de direitos fundamentais.

A título de exemplo, cite-se o inciso XLI do art. 5º, da CF, que determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. O inciso XXXV do art. 5º, da CF, por sua vez, torna inafastável a conclusão de que todas as pessoas podem recorrer ao judiciário a fim de remediar qualquer violação de direitos fundamentais, cometida pelo Estado ou instituições privadas.

No direito brasileiro, as empresas podem ser responsabilizadas nos âmbitos civil, penal e administrativo, o que decorre, respectivamente, do cometimento de ato (lícito ou ilícito) que causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral; da prática de ato definido como crime ou contravenção penal; e do descumprimento de normas proferidas na seara administrativa. Tais responsabilizações compreendem, também, o descumprimento de normas ambientais, trabalhistas e consumeristas, com todas as suas especificidades.

Como já exposto, não se pode ignorar que, além dos instrumentos legais, questões de mercado norteiam a atuação empresarial. No âmbito brasileiro, a elaboração e divulgação, por exemplo, de listas que nomeiam empresas violadoras de direitos humanos (tal como a denominada “lista suja” do Ministério do Trabalho e Previdência Social) geram significativos efeitos na imagem dessas instituições perante a sociedade, servindo como barreira para a realização de negócios que eventualmente tragam impactos negativos para comunidade em geral.

## CONCLUSÃO

O presente estudo teve o condão de refletir sobre a importância de se abordar os direitos humanos, que já figuram nos principais tratados e pactos internacionais, também como parâmetros para os negócios.

A crescente globalização econômica impacta os contextos social, cultural e político, impulsionando a atuação de novos atores sociais. Questões ambientais, trabalhistas e de diversidade cultural, por exemplo, se acentuam diante do mundo

globalizado. Nesse cenário, é fundamental a busca pelo fortalecimento dos mecanismos de responsabilização por violações a direitos humanos por parte do setor privado.

Quando se trata de violação de direitos individuais há uma tendência natural de vinculação do tema com a atuação estatal, entendendo-se o Estado como o responsável por garantir o respeito a tais direitos. A história demonstrou, no entanto, que o Estado não é o único ente capaz de promover e proteger direitos humanos. As empresas também devem assumir esse papel.

Admitir a incompatibilidade entre a exploração e o lucro e o respeito aos direitos humanos ensejaria a absurda conclusão de que a empresa pode descumprir esses direitos, o que seria inadmissível.

A constatação de que existem instituições fortalecidas, do ponto de vista econômico e político, cuja atividade, não raras as vezes, resulta em impactos negativos para a comunidade, exige a elaboração de mecanismos capazes de efetivamente prevenir e reparar as vítimas de violações de direitos humanos cometidas na esfera particular.

As iniciativas da Organização das Nações Unidas (ONU), visando influenciar as ações empresariais a partir de princípios universais, tiveram por objetivo estabelecer que o respeito aos direitos humanos é obrigatório e deve estar vinculado aos impactos gerados pelas atividades e operações empresariais. O Pacto Global da ONU e, posteriormente, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, contribuíram, significativamente, para o avanço desse movimento. Outras iniciativas também ajudaram na consolidação de boas práticas em empresas privadas.

Apesar desses movimentos, os documentos disponíveis para nortear o fomento dos direitos humanos no âmbito empresarial não possuem a força vinculante de um tratado internacional, o que exige a intensificação dos debates sobre o tema, em busca de instrumento que viabilizem, efetivamente, uma estrutura de cobrança e adimplemento para as vítimas de violações cometidas por empresas.

O ordenamento jurídico brasileiro possui mecanismos para a responsabilização de empresas por violações de direitos humanos em seu território, o que, infelizmente, não significa que eles sejam efetivos na responsabilização dessas instituições. Há, ainda, muito que se avançar.

É urgente a necessidade de se buscar formas de concretização das demandas sociais por meio dos interesses econômicos, com mecanismos que equacionem essas duas diretrizes, possibilitando melhores condições de vida para todos. O

equilíbrio entre valores humanos e econômicos permitirá o surgimento de um novo modelo capaz de compatibilizar todos os interesses sociais envolvidos.

Para assegurar que os direitos humanos sejam efetivamente implementados é preciso ir além do compromisso programático do Estado, permitindo que outros atores sociais sejam responsáveis pela disseminação do tema. Também premente que o direito nacional seja complementado pelo internacional, por meio de tratados, e por movimentos que instituem valores para toda a sociedade.

Na medida em que a empresa concentra a prestação de serviços, fornece bens, gera empregos e recolhe tributos, ela produz reflexos imediatos na coletividade e, como poder relevante na ordem econômica nacional e global, é fonte inesgotável de parcerias.

Em razão do poder econômico e político que detêm, as empresas são atores sociais relevantes, capazes de transformar significativamente a vida da comunidade em que se inserem. Por meio de suas atividades centrais, investimentos sociais estratégicos e envolvimento em políticas públicas e parcerias, tais instituições podem contribuir eficazmente para o fomento de direitos humanos.

Destaca-se que os direitos sociais são indispensáveis para a manutenção do modo de produção. Direitos trabalhistas, previdenciários e assistenciais, por exemplo, viabilizam o acesso à renda e canalizam a circulação mercantil, condição essencial para a reprodução do modelo capitalista de produção.

É possível uma empresa exercer uma produção responsável, preocupada com os impactos que a sua atividade exerce na comunidade, e, ainda assim, gerar lucro, circular riquezas e crescer no mercado de consumo.

Ao tratar da relação entre direitos humanos e empresas não se pode perder de vista o impacto que estas últimas exercem na vida dos indivíduos, que têm no trabalho a sua fonte de subsistência. É de suma importância reconhecer que Estado, entes privados e sociedade precisam caminhar juntos na busca da concretização dos direitos humanos, explorando, inclusive, o potencial que as empresas possuem de influenciar a vida das pessoas para atingir essa finalidade.

## REFERÊNCIAS

BENACCHIO, M. (Coord.); VAILATTI, D. B.; DOMINQUINI, E. D. (Org.). *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos*. Curitiba: CRV, 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. *Implementando os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU: O dever do Estado de proteger e a obrigação das empresas de respeitar os direitos humanos*. Brasília: MDH, 2017. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/sdh/noticias/2017/novembro/cartilha-empresas-e-direitos-humanos-1/view>. Acesso em: 22 jan. 2022.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy; FERREIRA, Luciano Vaz. “Direitos Humanos e Empresas: Lições para a implementação do tema pelo Estado brasileiro”. In: PIOVESAN, F.; SOARES, I. V. P.; TORELLY, M. (Coord.). *Empresas e Direitos Humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 185-208.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Acesso à Justiça: violação de direitos humanos por empresas*. Um projeto da Comissão Internacional de Juristas. Genebra, 2011. Disponível em: [https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2017/12/2011\\_Acesso\\_Justi%C3%A7a\\_viola%C3%A7oes\\_de\\_Direitos\\_Humanos\\_por\\_Empresas.pdf](https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2017/12/2011_Acesso_Justi%C3%A7a_viola%C3%A7oes_de_Direitos_Humanos_por_Empresas.pdf). Acesso em: 08 jan. 2022.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: Implementação dos Parâmetros da ONU para “Proteger, Respeitar e Reparar”*. Março de 2012. Disponível em: [https://site-antigo.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/conectas\\_principiosorientadoresruggie\\_mar20121.pdf](https://site-antigo.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/conectas_principiosorientadoresruggie_mar20121.pdf). Acesso em: 04 jan. 2022.

FACHIN, Melina Girardi Fachin; BOLZANI, Giulia Fontana. “Eficácia horizontal dos direitos humanos no marco do constitucionalismo global: responsabilidade das empresas na promoção de direitos humanos”. In: PIOVESAN, F.; SOARES, I. V. P.; TORELLY, M. (Coord.). *Empresas e Direitos Humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 209-226.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. “Direitos humanos, exploração do trabalho e a disfunção social da empresa”. In: PIOVESAN, F.; SOARES, I. V. P.; TORELLY, M. (Coord.). *Empresas e Direitos Humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 303-322.

PAMPLONA, Danielle Anne. “Direitos humanos, exploração do trabalho e a disfunção social da empresa”. In: PIOVESAN, F.; SOARES, I. V. P.; TORELLY, M. (Coord.). *Empresas e Direitos Humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 171-184.

PIOVESAN, Flávia. “Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas”. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 887-896, set./dez. 2008.

PIOVESAN; Flávia; GONZAGA, Leonora. “Desafios e Perspectivas à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos”. In: PIOVESAN, F.; SOARES, I. V. P.; TORELLY, M. (Coord.). *Empresas e Direitos Humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 83-110.

RUGGIE, John Gerard. *Quando os negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos*. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TARANTINI, Vanessa Celano; CARNEIRO, Beatriz Martins. “O Pacto Global da ONU e o Respeito e a Promoção de Direitos Humanos pelas Empresas”. In: PIOVESAN, F.; SOARES, I. V. P.; TORELLY, Marcelo (Coord.). *Empresas e Direitos Humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 39-51.

## **A DEMOCRACIA E O DIREITO À PRIVACIDADE: DESAFIOS PARA UM DIÁLOGO SOCIAL NO AMBIENTE DIGITAL**

### ***DEMOCRACY AND THE RIGHT TO PRIVACY: CHALLENGES FOR A SOCIAL DIALOGUE IN THE DIGITAL ENVIRONMENT***

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo.

Júlia Francieli Neves de Oliveira

Doutora no Programa de Pós-Graduação em Direito Público da UNISINOS, com doutorado Sanduíche no Exterior na École de Droit de la Sorbonne Université Paris 1 - Panthéon- Sorbonne (2018). Pós-Doutoranda em Direito da Universidade de Passo Fundo UPF (2019). Mestre no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da URI. Consultora Jurídica LGPD. Servidora da PGE/RS.

Carlos Eduardo do Nascimento

Doutor em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie, Membro da CTAA/INEP/MEC – Comissão Técnica de Acompanhamento de Avaliação, Coordenador do CEMAPI em Minas Gerais – Centro de Estudos Mackenzista em Políticas de Integridade, Consultor em Direito Público e Educacional.

**Submetido em:** 26/04/2023

**Aprovado em:** 23/05/2023

**Resumo:** Este artigo objetiva analisar os novos desafios democráticos para um diálogo social e direito à privacidade sob o viés da realidade social presente nestas interfaces. A democracia possui novos contornos no espaço disponibilizado pela internet, o poder da voz do cidadão ganha realce. Consonante com os ideais de uma democracia contínua que garante a liberdade do indivíduo, como propõe o professor Dominique Rousseau, com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito Social. Contudo, o cidadão está desprotegido diante do Estado que inclusive vende seus dados pessoais. Para este desiderato, realizou-se pesquisa bibliográfica no sentido de analisar a importância do diálogo social e os fundamentos da proteção de dados. Constata-se que a democracia social, assim como a inclusão na constituição de direito à privacidade são essenciais para a vida em

sociedade, que garante a segurança da vida particular e privada de qualquer indivíduo reforçando a consciência política digital, em vários de seus aspectos, a proteção à privacidade, proteção de dados, para que se possa desenvolver a democracia social no ambiente digital.

**Palavras-chave:** Proteção de Dados. Democracia social. Consumidor. Dominique Rousseau.

**Abstract:** *This article aims to analyze the new democratic challenges for social dialogue and the right to privacy from the perspective of the social reality present in these interfaces. Democracy has new contours in the space made available by the internet, the power of the citizen's voice is highlighted. Consonant with the ideals of a continuous democracy that guarantees the freedom of the individual, as proposed by Professor Dominique Rousseau, with the foundations of a Democratic State of Social Law. However, citizens are unprotected by the State, which even sells their personal data. For this purpose, a bibliographical research was carried out in order to analyze the importance of social dialogue and the fundamentals of data protection. It appears that social democracy, as well as the inclusion in the constitution of the right to privacy, are essential for life in society, which guarantees the security of the private and private life of any individual, reinforcing digital political awareness, in several of its aspects, privacy protection, data protection, so that social democracy can develop in the digital environment*

**Keywords:** *Data Protection. Social democracy. Consumer. Dominique Rousseau.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A crise constitucional e a transição da Democracia. 2. Direito à privacidade e dados pessoais. 3. Diálogo social, uma nova fonte de direito. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A democracia ganha novos desafios no espaço disponibilizado pela internet. Nesse cenário, no qual muitos diálogos acontecem, e em que a voz do cidadão ganha poder. O presente artigo objetiva avaliar alguns dos aspectos trazidos pelo cenário digital ao exercício do poder, como a proteção de dados, a liberdade e privacidade do cidadão, assim como a ampliação dos ambientes de debate e do controle do Estado. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com a formulação de hipóteses, que foram testadas por meio de verificação da realidade, de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Como resultado, percebeu-se que, para assegurar a inclusão social, a igualdade, o direito à privacidade, importa não apenas garantir a inclusão digital, mas também o diálogo social, a fim de que os debates ocorram com transparência, realidade social e honestidade, devendo-se observar normas quanto ao diálogo, como as que exigem deliberação e discussão de assuntos postos em pauta para manifestação social.

Além disso, por ser um espaço que viabiliza a manifestação cidadã, o Estado deve criar canais que possibilitem sua participação mais ativa. Participação essa que não necessariamente implicará a diminuição do caráter representativo da democracia, mas possibilitará o aumento de sua legitimidade através das instituições.

Percebe-se que ao longo da história a democracia política nasceu e se desenvolveu com as constituições dos direitos civis e políticos, da liberdade individual, da liberdade de opinião, entre outros. Contudo, o brasileiro está desprotegido diante do Estado que vende seus dados pessoais. Como o que ocorreu com o envio de informações de aposentados do INSS a empresa de crédito consignado. A inclusão em constituições de direito à privacidade é essencial para a vida em sociedade, que garante a segurança da vida particular e privada de qualquer indivíduo, aos direitos sociais, como o direito ao trabalho, a liberdade e privacidade de associação, o direito de participação, daria origem à democracia social ou, como propõe o professor Dominique Rousseau, “a democracia continua”.

## 1. A CRISE CONSTITUCIONAL E A TRANSIÇÃO DA DEMOCRACIA

O movimento constitucional e o movimento democrático historicamente, principalmente desde a Revolução Francesa, nasceram e se desenvolveram ao mesmo tempo a partir de dois princípios convergentes. Primeiro, o princípio de que, para ser democrático, o poder que o povo delegava aos seus representantes tinha de ser definido e organizado por uma constituição escrita formal. Segundo o princípio de que, para ser democrático, o poder político deve ser limitado pela obrigação de respeitar as liberdades dos indivíduos na constituição.

Assim, a democracia política foi gradualmente estabelecida pela escrita de constituições articulando esses dois princípios. Assim ocorreu no Brasil em 1988, Portugal em 1974, Estados da Europa Oriental na década de 1990, Tunísia em 2011, França em 1870, que reescrevem uma constituição que impõe esses dois princípios aos novos governantes. Esses dois movimentos constitucionais e democráticos foram modificados juntos quando o direito de voto foi generalizado e, de acordo com as palavras de Tocqueville, “as massas entraram no jogo político”. Depois surgiram partidos políticos e grupos parlamentares que transformaram o significado da constituição, sua prática e, portanto, a forma democrática.

A hipótese que se pretende discutir são esses novos desafios de um direito constitucional que ultrapassam as fronteiras dos respectivos estados tornaram-se diretamente relevantes para outras ordens jurídicas. Pois, o direito à privacidade está plenamente integrado ao movimento de constitucionalização que afeta todos os ramos do direito privado.

Nos últimos tempos denota-se uma mudança substancial no direito, que foi a passagem da constituição para o centro do sistema jurídico, essa mudança foi muito relevante, pois o direito comum, o ponto de observação geral da vida, vai deixando de ser o direito privado do direito civil e passa a ser a constituição. Portanto a própria dualidade entre Direito público e Direito Privado é relativa-

mente atenuada, por esse novo mundo em que a constituição passa progressivamente para o centro do sistema jurídico, por exemplo, o direito á privacidade tornou-se uma das cláusulas pétreas da constituição.

Justifica-se a presente pesquisa devido a expansão da jurisdição constitucional, no mundo de uma maneira geral, muitos países europeus passaram a adotar Tribunais Constitucionais e a permitir o controle de constitucionalidade das leis. O modelo europeu tradicional era de centralidade da lei e de supremacia do parlamento, pois não havia Tribunal Constitucional. Nesse sentido, na França em 1958, surgiu o Conselho Constitucional alterando o modelo de centralidade da lei e de absolutismo do parlamento para o modelo de centralidade da constituição e de supremacia judicial na interpretação da constituição (Favoreu; Philip, 1992). No Brasil, o controle de constitucionalidade torna-se verdadeiramente importante a partir da Constituição Federal de 1988.

De modo, que nesse universo de expansão do direito constitucional, com a constitucionalização do direito, com a vinda do texto constitucional de muitas normas próprias do direito infraconstitucional, por exemplo: o texto constitucional, é repleto de um conjunto de normas relevantes do direito do trabalho. Portanto, a constituição deve interpretar as categorias e os institutos de todos os outros ramos do direito o que significa que os importantes princípios passam a condicionar o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais, que vale para o direito do trabalho, que tem sido a ocasião de enriquecimento do direito constitucional.

De fato, embora a relação hierárquica entre a Constituição e as normas legais ou infralegais efetivamente induza uma sujeição do direito do trabalho à Constituição. No sistema jurídico há um problema na teoria kelseniana, referente à hierarquia das leis, essa antropologia se desmorona, inclusive quando se analisa primeiro o contrato e depois a lei, não há um problema técnico, nesse caso a lei é um contrato. Portanto as normas não são mais piramidais, mas sim horizontais, seria uma rede de conexão.

Analisando como marco teórico a radicalização da democracia por Dominique Rousseau e a teoria dos sistemas, o Centro e periferia dos sistemas jurídicos, conforme Luhmann (2007), a Centralidade é a Jurisdição que interliga os tribunais e suas decisões finais. As decisões dos tribunais irradiam perante todo o sistema, alimentando e reprocessando a periferia, ao mesmo tempo. Diferente da legislação que é uma membrana que se situa na sua periferia, como borderline entre o sistema jurídico (que decide) e o sistema político (que produz) responde à irritação, positivando a expectativa da expectativa. Com relação aos contratos, estes repousam em fundamentos não contratuais (paradoxo), mas os Tribunais os reconhecem como leis válidas para as partes contratantes. Com isso, o privado

passa a ser conceito jurídico e, portanto, objeto de análise pelos métodos próprios do sistema do Direito. Portanto, os Tribunais só são competentes para decidir se a ordem de acordo e em conformidade com a Constituição.

Entretanto emerge o novo direito constitucional que se desenvolveu na Europa, ao longo da segunda metade do século XX. Um fenômeno global, que tem como marco filosófico o pós-positivismo, ou seja, a superação da filosofia jurídica positivista, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional, inclusive no direito do Trabalho.

Por consequência desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional, com o alcance da interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição.

Nesse sentido, o direito do trabalho está em perfeita harmonia com um movimento geral de constitucionalização dos ramos do direito: a legislação trabalhista é objeto de constitucionalização e fonte de constitucionalização. O objetivo é reconhecer o valor constitucional do diálogo social aumentando consideravelmente a constitucionalização do direito do trabalho, causando uma mudança nas relações sociais, por exemplo, entre a lei, o acordo e o acordo coletivo.

Percebe-se a rearticulação de fontes em torno de uma redefinição do diálogo social é susceptível de ter um impacto sobre a constitucionalização do direito do trabalho. Ao mesmo tempo, o legislador procura aumentar tanto a flexibilidade das relações de trabalho quanto à adaptabilidade da norma jurídica às situações da empresa e do empregado. Essa nova definição de diretrizes do direito do trabalho deve ser confrontada com as contribuições da jurisprudência constitucional.

A hipótese de uma transição de uma forma de democracia para outra forma sob o efeito da constitucionalização dos direitos sociais é, portanto, justificada por uma comparação com o momento em que o sufrágio universal foi introduzido. A generalização do direito de voto provocou uma ruptura nas representações políticas, algumas temendo as paixões do povo, outras vendo o sufrágio universal como meio de integrar o povo no sistema (o voto em vez do rifle).

E com o sufrágio, a democracia política foi estabelecida e mais precisamente a democracia eleitoral. Segundo Rosanvalon, o sufrágio universal era a grande questão desde o século XIX e “é em torno dela que se polarizaram os fantasmas sociais, as perplexidades intelectuais e os sonhos políticos” (Rosanvalon, 1992,

p. 12-13). Atualmente, a forma eleitoral ou representativa está em crise como o sufrágio universal não é mais ligação entre governados e governantes (Canfora, 2003; Garrigou, Alain, 2002; Rosanvallon, 1992; Yves, Sintomer, 2011).

Mas essa crise não é a crise da democracia; mas a forma eleitoral da democracia. Outra forma é possível? Nasceria com direitos sociais e, mais particularmente, com a inclusão deles na constituição, o que produziria uma nova forma de democracia. A constitucionalização dos direitos políticos deu origem à democracia política, a constitucionalização dos direitos sociais levaria a uma democracia contínua.

Portanto essa crise potencializa a importância do debate, na teoria constitucional e na teoria filosófica acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, que passa pela crise de representatividade, perpassando não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional.

## **2. DIREITO A PRIVACIDADES E DADOS PESSOAIS**

Em uma perspectiva diversa, podemos observar um processo de objetivação relacionado aos dados pessoais que os considera como elementos objetivos da abordagem que a matéria vem recebendo, sem, no entanto, corresponder a uma “patrimonialização” da sua natureza. Conforme será examinado, procura-se estabelecer referências objetivas na informação em si e não somente no sujeito ao qual ela é relacionada.

Assim, limites e barreiras que atuam diretamente sobre a informação são estabelecidos em lei, que passa a tratar diretamente da informação. Esta objetivação da informação pessoal, porém, tem caráter instrumental e atende a critérios de funcionalidade das medidas legislativas mais do que associá-la a um sistema de tutela baseado em direitos reais (ainda que mitigado). Torna-se então necessária uma tutela dinâmica, que acompanhe os dados em sua circulação, sem se concentrar no sujeito e nas suas características eminentemente subjetivas (como ocorre geralmente quando se trata do direito à privacidade).

A informação pessoal, em um certo sentido, pode ser desvinculada da pessoa: ela pode circular, submeter-se a um tratamento, ser comunicada etc. Contudo, até o ponto em que continua sendo uma informação “pessoal”, isto é, identificando a pessoa a qual se refere, a informação mantém um vínculo indissolúvel com a pessoa, e sua valoração específica deve partir basicamente dela ser uma repre-

sentação direta da pessoa. Por força do regime privilegiado de vinculação entre a informação pessoal e a pessoa à qual ela se refere – como representação direta de sua personalidade –, tal informação deve ser entendida, portanto, como uma extensão da sua personalidade.” (Doneda, 2020).

Segundo Rocha, em seu livro “Epistemologia Jurídica” (Rocha, 2003), destaca a transição da matriz analítica, de cunho normativista para uma nova matriz teórica, ou seja, a Comunicação como organização: Pragmático-Sistêmico, com ênfase na organização, conforme Bobbio. Por exemplo, ocorreu recentemente com a reforma, a transição, da legitimidade de o negociado prevalecer sobre o legislado. Ou seja, é a superação das matrizes analítica e hermenêutica, na direção de uma matriz pragmático-sistêmica. Que segundo Teubner, o direito é visto, de forma reflexiva, como fenômeno social, histórico e sua formação decorrem da observação e reação às dinâmicas sociais (integrações entre uma pluralidade de discursos específicos globais) (Teubner, 2000).

Contudo, uma vez que os eventos cotidianos das vidas do cidadão são sistematicamente armazenados em um formato legível por uma máquina, esta informação ganha uma vida toda própria. Ela ganha novas utilidades. Ela se torna indispensável em operações comerciais. E ela usualmente é transmitida de um computador a outro, de um negócio a outro, e entre o setor privado e o governo (Doneda, 2020).

Outra técnica que diz respeito a uma modalidade de coleta dos dados pessoais, conhecida como *data mining* (mineração de dados). Ela consiste na busca de correlações, recorrências, formas, tendências e padrões significativos a partir de quantidades muito grandes de dados, com o auxílio de instrumentos estatísticos e matemáticos. Assim, a partir de uma grande quantidade de informação em estado bruto e não classificada, torna-se possível identificar informações de potencial interesse (Doneda, 2020).

Como por exemplo o que ocorreu com o acesso a dados sigilosos em poder do INSS que tem permitido que corretoras de bancos procurem aposentados para oferecer empréstimos consignados antes mesmo que eles recebam a primeira parcela da aposentadoria. O crédito consignado foi uma das causas da inadimplência de 7,5 milhões de pessoas com mais de 60 anos no país no ano passado.

Relatos feitos à Gazeta do Povo por funcionários de corretoras e empresas de software que produzem ou compram mailings (listas) mostram como são produzidas as listas que trazem o nome, CPF, endereço, telefone, número e valor do benefício do segurado. Empresas usam brechas de segurança ou compram informações, num mercado negro de dados, segundo apontam depoimentos gravados pela reportagem durante quatro meses.

Em um nível mais substancial, a definição das diretrizes na área de proteção de dados, como o que ocorreu com as financeiras, que acessavam os dados sigilosos de aposentados para empurrar empréstimos, devem levar em conta a contribuição da constitucionalização do direito à privacidade, bem como do diálogo Social para analisar a realidade social, como uma fonte de direito.

### 3. DIÁLOGO SOCIAL, UMA NOVA FONTE DE DIREITO

O diálogo social é a nova forma de redigir o direito social, em noção de estado de bem-estar, tão perfeitamente destacada por Alain Supiot em seu último livro, refere-se, “uma qualidade constitutiva do Estado contemporâneo”. Uma das dimensões dessa qualidade está na associação dos atores no estágio de criação da norma jurídica. O estado social promove, assim, a coesão, a troca e a busca de consenso entre os parceiros envolvidos na construção da lei. Este é um componente essencial da democracia, o diálogo, que com o meio digital, muitas manifestações tomaram corpo.

A diversidade de situações sociais, ocorre de forma significativa na vida contemporânea no meio digital, as pessoas convivem, opinam, consomem, interagem se comunicam, procuram emprego através do *Linkedin*. É partindo desta breve análise social, que o emérito constitucionalista francês Dominique Rousseau (2022) busca ressaltar o papel da cidadania e fazer do cidadão o coração vivo da democracia ao afirmar, contra o princípio representativo.

Analisando o entrelaçamento entre política, informação e participação no exercício da cidadania, a relação ganha diferentes contornos a cada momento histórico, diante de novos horizontes que se apresentam. O indivíduo e o povo desfrutam do ambiente virtual para a realização pessoal, mas também social, com influência direta no poder. Requerendo a democracia reflexão permanente sobre o acesso ao poder, urge repensar seu exercício nesse cenário tão amalgamado ao cotidiano, como é o que se pode chamar de ciberespaço.

O Direito, entendido como um conjunto de direitos, princípios e liberdades, é a linguagem da sociedade e a internet tornou-se um meio para o exercício da cidadania, com o aumento de acesso à internet parece ter, inclusive, intensificado a participação política, sobretudo por meio da abundância de informações, e da propagação mais rápida de notícias, com a realização de debates em redes sociais e a convocação para movimentos sociais.

Segundo Pierre Lévy destaca em sua obra *Cibercultura* os impactos que as revoluções nas comunicações causaram. Lévy considera a ciberdemocracia como dimensão política de suas reflexões sobre a cibercultura. São temas enfrentados na

reflexão sobre a ciberdemocracia: a governança mundial, o Estado transparente, a cultura da diversidade e a ética da inteligência coletiva. O autor identificou os saltos de desenvolvimento que a sociedade mundial deu ao longo das revoluções nas comunicações, sendo destacado, como momento inicial: da oralidade até o surgimento da escrita (Lévy, 2002, p. 33).

Atualmente analisamos o processo de coleta de informações pessoais, que desenvolveu-se bastante com a sofisticação das estruturas administrativas estatais e privadas, particularmente com o advento do Estado-nação e, ainda mais, com as grandes estruturas burocráticas estatais típicas do *welfare state*. Com o advento do computador e da possibilidade de digitalizar informações, a informação se torna mais útil e também praticamente onipresente. Juntamente com a circulação destas informações entre os centros de processamento, estes seriam os requisitos para a construção da *datasphere* – um conjunto de informações que compreenderia dados sobre nós e nossas ações (Doneda, 2020).

Nesse sentido, foi a internet que provocou uma das mais recentes revoluções, sendo responsável pela mudança estrutural no diálogo social da humanidade. Acrescida às redes sociais, que permitiram a interconexão de pessoas, a partir dessas transformações digitais: cada pessoa passou a ser “jornalista de si mesmo”, isto é, o próprio relações-públicas (Nohara, 2020).

Nesse sentido demonstra-se a importância da democracia contínua que nos lembra que esses direitos, princípios e liberdades de comunicação não vieram do nada, e sim de lutas sociais e políticas que os impuseram ao Estado. Diante disso, para a democracia ser mesmo contínua é fundamental que essa tensão entre o que buscam os cidadãos e o que oferece o Estado não se limite apenas ao que os representantes no congresso reivindicam, mas sim que reflitam um processo contínuo de formação da vontade popular, intensificando a democracia participativa, com a criação de novas instituições, impulsionando uma nova fonte de diálogo que é capaz de reforçar a nossa democracia social e política por meio da abertura de novas perspectivas para produzir uma nova forma complexa ou mista de democracia (Rousseau, 1997).

## CONCLUSÃO

Percebe-se que tal realidade tem como consequência no Brasil, a reformulação do diálogo social no encontro em rede, que permitem superar um empecilho que era físico. Segundo Pierre Lévy, onde não há censura formal do governo, a internet é vista como fator que provoca a queda das ditaduras. A internet potencializa o debate do chamado *e-gov*, sendo tal realidade acrescida de amplo poten-

cial quando há portais de transparência, os quais permitem ao cidadão visualizar e discutir as medidas do governo (Lévy, 2002).

Observa-se a desarticulação do sistema representativo, uma nova forma de sociedade política, que resiste e se defende pelo uso da força (das manifestações de forma mundial), mas também a ideia de um novo regime com instituições representativas que sejam mais democráticas. “Emerge o princípio de legitimidade, o da ação contínua dos cidadãos, fora dos domingos eleitorais, nos assuntos do Estado, de sua Região, de sua profissão, da Europa, do mundo para construir as pessoas comuns e não o isolamento dos povos” Visando “a solidariedade, ajuda mútua, interdependência, cooperação, que são todos valores que rompem com os impostos pelo sistema liberal” (Rousseau, 2018).

Entretanto o constitucionalismo democrático foi a sonhada ideologia “triumfante” no Século XX. É nele que se condensam as grandes promessas, basta analisar as formas de igualdade entre os homens e as mulheres, a liberdade individual, são entre outros, valores constitucionais que a exclusão e as injustiças sociais revelam-se ineficazes (Rousseau, 2015).

Diante dessa insuficiência das promessas constitucionais e a miséria do mundo nasce à possibilidade de uma crítica da positividade social, crítica à autoridade reforçada pelo fato de poder se enraizar não em outro lugar ideológico, mas diretamente nos valores enunciados pela constituição. Assim, os valores constitucionais permitem ao ser humano a capacidade de tomar consciência do estatuto de cidadão, isto é, de sujeito de direito autônomo, capaz de se autodeterminar, de criar sua própria história, de refleti-la, de discuti-la e de pensá-la (Rousseau, 2015).

Na atual forma da sociedade, com a presença permanente do risco, reflexiona-se qual o papel do Estado diante da proteção de dados e acesso a democracia do ambiente digital? Nesse ponto, haverá problematização do delicado papel do Estado em relação à proteção de dados, não se pode permitir que o Estado compartilhe informações privilegiadas dos titulares de dados, ao mesmo tempo o Estado não pode ficar sem o acesso de determinadas informações destes cidadãos, devendo promover medidas regulamentadoras dentro da LGPD (Lei geral de Proteção de Dados), para que a internet, que hoje é tida como o principal local de informação de grande parte dos cidadãos, não se torne um veículo de compartilhamento de dados, o que prejudicaria o direito constitucional de direito à privacidade, a proteção de dados e, por conseguinte, também a qualidade do debate democrático.

Portanto há uma demanda por se encontrar um ponto de equilíbrio entre a necessária proteção de dados e a superação de uma cultura paternalista. E o Constitucionalismo Social pode ser uma base que pode ser verificado não somente

o conteúdo da lei, mas também analisar as discussões sociais com a sociedade, articulada com constitucionalismo político para produzir uma nova forma de democracia. Se a constitucionalização dos direitos civis e políticos produziu a forma política da democracia, entende-se, que a constitucionalização dos direitos sociais poderia sim, produzir a forma social ou “contínua” da democracia.

Essa é uma nova proposta institucional, a consequência lógica do lugar e do papel da sociedade civil e das pessoas inclusivas que a democracia continua a reconhecer na formação da vontade geral. Ao contrário do sistema representativo que faz da sociedade civil um mero receptáculo de vontade fabricado e definido no cenário político, a democracia continua faz da sociedade o lugar onde, partindo do confronto de experiências de vida, se formam interesses comuns. Por conseguinte, é necessário proporcionar à sociedade uma assembleia que lhe permita participar da elaboração da lei (Rousseau, 2015).

Possibilitando a utilização desses mecanismos pela sociedade, tidos como instrumentos com potencial para promover uma maior integração e reflexão das questões sociais. Rocha afirma que a epistemologia jurídica é um espaço em permanente construção, cujos limites, paradoxalmente, quanto mais se determinam e objetivam, mais produzem lacunas e vazios. Portanto analisam-se as mudanças históricas do saber jurídico, em que a epistemologia se aproxima da democracia e inserção social (Rocha, 2003).

## REFERÊNCIAS

- BESSLING, J. Le fait syndical et les transformations des principes fondamentaux du droit. In: LAMBERT, E. *Introduction à l'étude du droit comparé: Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, T. 3, cinquième partie, le droit comparé comme Science sociale. Paris: LGDJ, 1938.
- BURDEAU, G.; HAMON, F.; TROPER, M. *Droit Constitutionnel*, 25. ed. Paris: LGDJ, 1998.
- CANFORA, Luciano. *Sham Democrática*. São Paulo: Flammarion, 2003.
- DONEDA, Danilo. Privacidade e Informação. In: DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Elementos da Formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.
- FAVOREU, L.; PHILIP, L. *Le Conseil Constitutionnel*. Paris: PUF, 1980.
- LEI n° 2016-1088 de 8 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.
- LYON-CAEN, G. Le droit du travail au futur antérieur. In: PÉLISSIER, J. *Analyse juridique et valeurs en droit social: mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*. Paris: Dalloz, 2004. p. 367.

NOHARA, Irene. Desafios da Ciberdemocracia Diante do Fenômeno das Fake News: Regulação Estatal em Face dos Perigos da Desinformação. In: RAIS, Diogo. *Fake News: A Conexão Entre a Desinformação e o Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

PIERRE, Avril; GICQUEL, Jean. *Le Conseil Constitutinnel*, Paris, 1992.

ROSANVALLON, Pierre. L. *Le sacre du citoyen: histoire du suffrage universel en France*. Paris: Gallimard, 1992.

ROSANVALLON, P. *O coração do cidadão, história do sufrágio universal na França*. Paris: Gallimard, 1992.

ROUSSEAU, D. Une réssurrection, la notion de constitution, RDP, 1990. *La démocratie continue, espace public et juge constitutionnel*, le débat, p. 5, oct./nov. 1997.

ROUSSEAU D. *Les Gilets Jaunes: crise politique ou crise de régime?* Disponível: <https://aoc.media/opinion/2018/12/11/gilets-jaunes-crise-politique-crise-de-regime/>. Acesso: 13 dez. 2018.

ROUSSEAU, D. *Radicaliser la démocratie*. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

ROCHA, L. S. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

ROCHA, L. S. *Paradoxos da auto-observação percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2013.

SAVATIER, R. *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*. Paris: Dalloz, 1977, D,chron.

SUPIOT, A. *Grandeur et misère de l'Etat social*. Paris: Collège de France / Fayard, 2013.

TEUBNER, Gunther. Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. In: BOURDIEU, P.; TEUBNER, G. *La fuerza del derecho*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

SINTOMER, Yves. *Curta história de experimentação democrática*. São Paulo: Descoberta / Bolso, 2011.

SUPIOT, A. *La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative*. Paris: Droit social, 2010.

SUPIOT, A. *Grandeur et misère de l'Etat social*. Paris: Collège de France / Fayard, 2013.

## **POR UMA RAZÃO IMUNOLÓGICA DO DIREITO? REPENSANDO O SISTEMA JURÍDICO E A TEMPORALIDADE NA SOCIEDADE PÓS-PANDÊMICA**

### ***FOR AN IMMUNOLOGICAL REASON OF LAW? RETHINKING THE LEGAL SYSTEM AND TEMPORALITY IN THE POST- PANDEMIC SOCIETY***

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros

Doutor em Direito pela USP, com apoio da FAPESP. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV-SP. Bacharel em Filosofia pela USP. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Pós-doutorado na USP, com apoio da CAPES. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado). Coordenador do grupo de pesquisa CNPq Direito e Regulação da Sociedade. Editor executivo da Revista Direito Mackenzie. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Faculdade Israelita de Ciências da Saúde Albert Einstein (no eixo de Humanidades). Visiting researcher no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, Espanha, na Universidade de Durham, Reino Unido. Estágio doutoral “sanduíche” na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, em Los Angeles.

**Submetido em:** 30/01/2024

**Aprovado em:** 10/03/2024

**Resumo:** Este texto examina a partir de aportes da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann as transformações do sistema jurídico no contexto da pandemia do coronavírus. Para tanto o texto reflete a observação do direito como sistema imunológico da sociedade, que possibilitou que intérpretes recorressem às discussões acerca da instrumentalização do direito pela política, pela economia ou pela saúde diante do agravamento da pandemia na sociedade mundial à luz da chave sistêmica. Neste debate importa considerar os limites e as respectivas capacidades de imunizações dos sistemas para discutir o contexto social da pandemia de COVID-19, bem como o sentido do primado da diferenciação funcional numa sociedade pós-pandêmica. Na sequência, o texto elabora uma objeção sistêmica em relação ao argumento do primado da saúde como forma descritiva prevalente da conjuntura pandêmica por meio do destaque da necessidade de refletir sobre as temporalidades dos subsistemas funcionais. A reflexão final possibilita observar e tensionar, por exemplo, como o direito à luz da diversidade regional, que marca sua transformação na sociedade mundial, traduz e reconstrói em suas bases operacionais uma comunicação jurídica sobre a

pandemia. O argumento final é reforçar o sentido imunológico do direito por meio da pluralidade de soluções (e indeterminações) jurídicas periféricas.

**Palavras-chave:** Sistema Imunológico; Direito; Sociedade Pós-Pandêmica.

**Abstract:** *This text examines the transformations of the legal system in the context of the coronavirus pandemic through the contributions of Niklas Luhmann's Systems Theory. It reflects on the role of law as a societal immune system, which enabled interpreters to engage in discussions about the instrumentalization of law by politics, economy, or health in light of the worsening pandemic in the global society from a systemic perspective. In this debate, it is important to consider the limits and respective immunization capacities of the systems to discuss the social context of the COVID-19 pandemic, as well as the meaning of the primacy of functional differentiation in a post-pandemic society. Subsequently, the text develops a systemic objection to the argument of the primacy of health as the prevalent descriptive form of the pandemic situation, highlighting the need to reflect on the temporalities of the functional subsystems. The final reflection allows us to observe and stress, for example, how the law, in light of regional diversity that marks its transformation in global society, translates and reconstructs in its operational bases a legal communication about the pandemic. The final argument aims to reinforce the immunological sense of law through the plurality of peripheral legal solutions (and indeterminacies).*

**Keywords:** *Immune System; Law; Post-Pandemic Society.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Direito como sistema imunológico? Temporalização da validade normativa. 2. Temporalidade da pandemia?. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Observar as transformações sociais da pandemia e seu legado, exige refletir o sentido de uma sociedade pós-pandêmica a partir de mudanças culturais, econômicas e políticas que emergiram ou foram aceleradas pela experiência vivida (Žižek, 2020). Tais observações não apenas englobam as alterações diretas causadas pela pandemia de COVID-19, mas também as reações a longo prazo a essas mudanças em diversos aspectos da vida social. Alguns exemplos que podem ser mencionados são, por exemplo: os impactos do distanciamento social que acarretou no aumento da comunicação digital e alterou as interações sociais; do ponto de vista do mercado de trabalho, a valorização do trabalho remoto, o que levou a uma reavaliação do equilíbrio entre trabalho e vida pessoal.

O sistema jurídico também se alterou a partir da experiência pandêmica. De imediato, é possível resgatar como o curso da pandemia possibilitou debates jurídicos, via tribunais e legislativo, sobre o equilíbrio entre os direitos individuais e o bem-estar coletivo (Torres, 2021). A pandemia conduziu também à criação e implementação de novas leis e regulamentos destinados a assegurar medidas de saúde pública, como o distanciamento social, uso obrigatório de máscaras e limites na aglomeração de pessoas. Observou-se, assim, que o direito buscou soluções para minimizar os estragos sociais provocados com o avanço do coronavírus (Schwartz; Costa; Finco, 2023).

Considerando todas as experiências notadas, como compreender este papel operado pelo sistema jurídico? Do ponto de vista da Sociologia do Direito, é o caso de compreender como o direito pode contribuir para controlar e assegurar a estabilidade social tão necessária para superar crises ambientais. No caso da pandemia, discutiam-se os instrumentos jurídicos eram capazes de controlar repercussões devastadoras no campo da saúde pública, como a escassez de insumos e leitos hospitalares ou da política sanitária. Vale lembrar que o direito também pode ser elemento disruptivo, aprofundando crises caso medidas desconcentradas fossem adotadas. É neste sentido que este texto apresenta uma reflexão sobre o direito sob a ótica sistêmica da obra de Niklas Luhmann, enquanto um sistema imunológico da sociedade diante das demandas jurídicas traduzidas de um ambiente pandêmico e pondera sobre as transformações do sistema jurídico numa sociedade pós-pandêmica.

Por sociedade pós-pandêmica este texto se refere ao momento de intensas transformações sociais, econômicas, culturais e políticas que sucedem uma pandemia global, como a COVID-19. Este conceito não implica apenas no exame da dimensão biológica da pandemia, mas também abrange as mudanças duradouras nas estruturas e comportamentos sociais que emergem em resposta à crise.

Diferentes sociólogos e teóricos fornecem perspectivas valiosas para entender este conceito como na obra *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade* (2011) que Ulrich Beck explora como as sociedades modernas lidam frequentemente com os riscos e incertezas. Nesta leitura uma sociedade pós-pandêmica é aquele em que as relações sociais são marcadas a partir de um risco global que afeta todas as partes da sociedade, levando a uma reavaliação coletiva das vulnerabilidades e resiliência. Outra importante referência é a obra de Anthony Giddens, em *The Consequences of Modernity* (1990), ao abordar como as sociedades modernas estão constantemente se reexaminando e se adaptando. A sociedade pós-pandêmica pode ser vista como um período de reflexividade intensificada, onde as práticas sociais são reavaliadas em resposta à crise.

Todavia, as teorias apontadas representam a discussão de uma sociedade pós-pandêmica a partir de aportes que refletem problemas limitados às ações e agências humanas e, por vezes, mitigam a importância de observar as transformações comunicacionais produzidas por cada sistema funcional (eg. direito, economia ou política) e organizações em específico. A Teoria dos Sistemas oferece uma perspectiva diferente ao tema já que preserva as especificidades de cada sistema funcional, de modo a admitir que uma sociedade pós-pandêmica é aquela que lida com a inúmeros riscos imanentes aos sistemas – observados como operacionalmente fechados (Rodrigues; Costa, 2021).

Embora Luhmann não tenha se debruçado especificamente sobre pandemias, sua teoria oferece aportes para compreender como os sistemas lidam com riscos e perigos ambientais.<sup>1</sup> A gestão da pandemia pode ser vista como um desafio inerente à cada sistema funcional que enfrenta os riscos a partir dos seus próprios códigos e programas, tematizando como um dano repercute no interior do sistema e, por vezes, é também observado como um perigo ambiental para outros sistemas.<sup>2</sup> Desse modo é possível compreender as complexidades e as distintas transformações envolvidas num contexto pandêmico.

No caso do direito, é possível sustentar que todo o conjunto de normas e decisões jurídicas é observado como um sistema imunológico o que implica em constatar a capacidade do sistema combater conflitos sociais apresentados como controvérsias jurídicas, em especial como desdobramentos do paradoxo da transformação da coerção em liberdade e que é assumido diariamente pelas organizações decisórias administrativas, judiciais e extrajudiciais. Simultaneamente, o recorte teórico adotado exige observar a estrutura interna do direito que é dependente da operação dos valores do código lícito e ilícito, via a aplicação de programas condicionados e orientado funcionalmente para a estabilização das expectativas normativas contrafáticas.

A condição imunológica estabelece respeitar a autorreferencialidade do direito, o que significa observar a especificidade da comunicação jurídica em oposição a outras comunicações de sistemas funcionais que não podem ser confundidas e nem hierarquizadas. Este referencial admite o primado da diferenciação funcional como traço distintivo da sociedade moderna, cada vez mais complexa e especializada. No caso particular do tema da pandemia, complexidade e especialização representam, de um lado, o aumento das possibilidades comunicativas sanitárias e científicas sobre o vírus, que, a cada instante, apresenta uma novidade informativa: descoberta de novas cepas; riscos de sequelas no corpo humano ou impacto nas pesquisas de farmacologia e vacinal, com a aceleração de processos e desenvolvimento de tecnologias inéditas nas indústrias como a manipulação do RNA mensageiro. Do outro lado, considerando as novas mídias digitais, em

<sup>1</sup> A ideia de risco é importante nesta discussão. Segundo Luhmann (1993), o risco é observado somente se os possíveis danos resultam de uma decisão tomada pelo sistema afetado (ou atribuída a ele). Por outro lado, o perigo entendido como possíveis danos que não podem ser atribuídos à decisão do sistema, embora se relacionem às decisões arriscadas de outros.

<sup>2</sup> Considerando a Teoria dos Sistemas, os riscos podem ter efeitos colaterais na medida em que são observados como perigos para outros sistemas. Por exemplo, o risco econômico é desdobrado por operações centrais da economia, mas podem também ser observados por organizações ou encaminhados por contratos e negociados pelo direito ou, ainda, por políticas econômicas e sociais ou tributação que dependam da simbolização do dinheiro – situações de acoplamentos que limitam a transformação da comunicação diante da vinculação a seus códigos.

especial as redes sociais e que repercutem como meios de difusão numa sociedade mundial em quarentena, o aumento da improbabilidade da comunicação sobre o vírus é constatado.

A incerteza em relação à compreensão da comunicação sanitária e científica se reflete diante do aumento de demandas judiciais decorrentes da pandemia. Decisões sobre competências e omissões dos poderes públicos em relação à saúde pública; acesso à medicamentos, tratamentos e hospitais; controle de constitucionalidade e de legalidade de atos que limitam às liberdades civis durante a pandemia, em especial relacionada às atividades econômicas ou, ainda, a difícil construção de critérios para a seleção de grupos prioritários de vacinação são alguns exemplos pontuais das distintas irritações jurídicas presente nos tribunais.

Por sua vez, as respostas jurídicas são dilatadas e, muitas vezes, não satisfatórias aos problemas da saúde ou mesmo às questões econômicas. Aliás, este quadro é mais drástico se considerar em alguns contextos regionais a operação planejada de mobilização massiva de notícias falsas (*fake news*) no âmbito da saúde, via a instrumentalização de uma política autoritária - o que certamente repercute no processo comunicativo já dotado de elevada contingência. É o caso, por exemplo, de compreender como o direito lida com as comunicações da comunidade médica e observar as consequências e alternativas para cada cenário, caso contrário a pandemia pode confirmar em alguma medida o fracasso social do direito. Se de um lado, experts no interior do sistema jurídico ou político revelam que as respostas científicas não estão bem equipadas para fornecer soluções para o direito ou para a política, uma vez que possuem uma temporalidade distinta relacionada ao processo de investigação, por vezes muito vagaroso. Do outro, quando o direito não consegue traduzir e articular as operações da ciência e da saúde durante uma pandemia, estragos podem ser dramáticos e, inclusive, permitem questionar a função imunológica jurídica.

Na sequência o texto apresenta o conceito sociológico do direito como sistema imunitário da sociedade vinculada à dimensão temporal. Após o giro autóp-tico no interior da teoria sistêmica, o tema da pretensão regulatória do direito passa a ser central na obra luhmanniana e, inclusive, possibilitou que intérpretes recorressem às discussões acerca da instrumentalização do direito pela política, pela economia ou pela saúde diante do agravamento da pandemia na sociedade mundial à luz da chave sistêmica. Disso decorre que a observação dos limites e das respectivas capacidades de imunizações dos sistemas passa a ser ponto fundamental para discutir o contexto social da pandemia de COVID-19, bem como o sentido do primado da diferenciação funcional.

Diante deste diagnóstico, na última etapa do texto, é apresentado o recente diagnóstico do sociólogo Rudolf Stichweh, ao afirmar que a experiência pandêmica simplifica a sociedade por impor o primado do sistema de saúde sobre os demais sistemas sociais. De forma não exaustiva, o texto apresenta uma objeção sistêmica em relação ao argumento do primado da saúde como forma descritiva prevalente da conjuntura pandêmica por meio do destaque da necessidade de refletir sobre as temporalidades dos subsistemas funcionais. A reflexão final possibilita observar e tensionar, por exemplo, como o direito à luz da diversidade regional, que marca sua transformação na sociedade mundial, traduz e reconstrói em suas bases operacionais uma comunicação jurídica sobre a pandemia. O argumento resgata o sentido imunológico do direito por meio da pluralidade de soluções (e indeterminações) jurídicas periféricas.

## **1. DIREITO COMO SISTEMA IMUNOLÓGICO? TEMPORALIZAÇÃO DA VALIDADE NORMATIVA**

Na perspectiva sistêmica, sociedade, homem e fenômenos biológicos e físicos são marcações ambientais intrassociais e extrassociais do direito. A pandemia não é um acontecimento indiferente para o direito, pois é parte da forma do lado externo que o compõe e possibilita uma abertura cognitiva do sistema, ou seja, importa como reconstrução jurídica interna, considerando a mobilização de seus códigos e programas condicionados (leis, contratos, precedentes, usos e costumes).

Enquanto novidade informativa, comunicações sobre o vírus e a pandemia não são compreendidas plenamente como riscos calculáveis e adaptáveis pelo direito. Em verdade, se referem como experiência resultante do perigo ecológico, não sendo suscetível de aprendizagem pelo direito, diz Luhmann "(...) as normas se encontram providas de suposições reais que podem ser evidenciadas no próprio sistema jurídico como erro ou resultar inadequadas como alteração das condições" (2018, p. 751).

A reconhecida lição é que o direito não reage a puros fatos ambientais como determinações externas e não sabe igualmente lidar com expectativas cognitivas, portanto, qual é a segurança jurídica envolvida nas operações promovidas por juízes e tribunais durante uma pandemia? Na visão sistêmica a resposta repousa no dever de subsistência do direito ante um futuro incerto, reflexo da estabilização pressuposta na operação das expectativas normativas contrafáticas e que também exige aceitar o risco do próprio direito na forma da temporalização da validade normativa.

Não é possível observar que o sistema jurídico se estabilize por meio da cristalização de um único e imutável sentido do que é válido. O direito, em verdade, processa seu próprio risco como uma forma de regular a indeterminação das normas jurídicas, não de forma planejada e precisa, mas, antes como um incremento altamente contingente e incerto, relacionado ao processo de interpretação dos programas, fundamentação das decisões e também diante da improbabilidade da materialização das consequências jurídicas. Trata-se de entender o conceito de temporalização da validade normativa.

As normas e a validade, que em cada caso as sustenta, já não se ancoram nas constantes religiosas ou naturais ou nas de uma estrutura social inquestionada, mas são vivenciadas e tratadas como projeções temporais. Elas têm uma validade “até segunda ordem”. Assim, são experimentadas como algo meramente contingente, convertendo-se também em algo cognitivamente dotado de sensibilidade (Luhmann, 2018, p. 751).

A temporalização do direito é uma projeção da dimensão que representa o tratamento das expectativas normativas e que repercute no processo de simplificação como uma sensibilidade jurídica oferecida via decisões para casos semelhantes futuros e atenta à circulação dos programas a partir do sistema. Esta sensibilidade jurídica é válida “até segunda ordem” por justamente representar um processo de calibração do sistema diante das novidades informativas do ambiente interno do direito – um processo completamente contingente. Assim a referida simplificação representa, simultaneamente, aumento de complexidade interna no sistema jurídico e possibilita a neutralização de perturbações sociais, como forma de facilitar a solução de conflitos tal como na biologia que elabora uma imunologia na forma de uma descrição das células participantes.

É diante deste contexto “biológico” da relação do direito com um futuro aberto à sociedade, que o sociólogo alemão no último capítulo da obra *O Direito da Sociedade* apresenta o sistema jurídico como sistema imunológico. A ideia imunológica não serve apenas como uma metáfora, mas como uma característica adequada de um sistema orientado para a estabilização e com correlação a *autopoiese* no âmbito biológico. Estabilização é compreendida como forma de redução da complexidade ambiental para viabilizar a operação do sistema, via fechamento operativo e acoplamento estrutural - o que representa uma forma do controle do risco jurídico já mencionado. Nesse sentido a operação imunológica não exige plena conformação e determinação do ambiente, mas é registrada como um conflito interno passível de oferecimento de soluções generalizáveis. Trata-se, então, de uma adaptação ambiental?

Luhmann não segue a antiga tradição sistêmica e possui uma atitude cética em relação ao “adptacionismo”, afinal sistemas se transformam às cegas e de modo incontrolável. Aliás, vale lembrar que o sistema social é um sistema operativamente fechado e que a comunicação social não ocorre com o ambiente, mas através de seu ambiente. Toda e qualquer resposta está limitada as próprias operações do sistema e esta limitação assegura o sentido da imunologia na “nova” teoria sistêmica: recusa à adaptação ambiental.

O sistema imunológico não se presta à correção de erros, mas ao enfraquecimento de riscos estruturais. Ele não segue o ideal de uma prática razoável, livre de calamidade. Sua função não é eliminar falsas concepções a respeito do que é lícito, pois nesse caso a tarefa, de pronto, seria executada (sem importar critérios). O sistema imunológico permite ao sistema social fazer frente ao risco estruturalmente determinado de uma continua reprodução de conflitos. A necessidade de um sistema imunológico não é consequência de uma inadequada adaptação com o ambiente, mas de uma consequência da recusa à adaptação (Luhmann, 2018, p. 765).

A vinculação temporal permite compreender a operação imunológica na obra de Luhmann. No caso do direito, importa identificar como o sistema opera com o conflito em cada instante. Faz sentido admitir uma operação incremental, via tentativa e erro, base que permite a construção de uma história interna do sistema jurídico. No caso brasileiro, diante das demandas judiciais do combate à pandemia do COVID-19, é inegável reconhecer que juízes e tribunais se socorreram aos precedentes e julgados passados que em alguma medida foram mobilizados em contextos de crises sanitárias passadas, sem prejuízo das inúmeras comparações com os tratamentos políticos e jurídicos durante a pandemia da gripe espanhola no século XX.

Nesse sentido o sociólogo alemão afirma que “uma imunologia jurídica desenvolvida pressupõe o fechamento e a reprodução autopoietica do sistema imunológico” (Luhmann, 2018, p. 766). Não obstante, o perigo da imunologia decorre do sobrecarregamento da organização autopiética do sistema a ponto de alterar a estrutura interna do direito, o que foi alvo de crítica do Luhmann considerando a experiência do *Welfare State* no século XX.

Em sua crítica ao modelo welfarista, Luhmann lembra que seu esgotamento ocorreu pela sobrecarga do sistema político sobre si mesmo, porque, em muitos casos, este seria extremamente sensível ao ambiente a ponto de deteriorar sua capacidade de receber estímulos e de autocrítica (2007, p. 154). Tal situação é caracterizada pelo sociólogo a partir de uma diferença entre os conceitos expan-

sivo e o restritivo da política, e o primeiro indicaria que “(...) a política seria o destinatário último de todos os problemas, uma vez que seria o ápice de uma estrutura hierarquizada da sociedade e que possui a última palavra” (*ibidem*, p. 156, tradução livre).

Não havia um limite claro entre sistema político e ambiente – diferentemente da concepção mais restritiva, atenta à distinção funcional – e, portanto, problemas econômicos, jurídicos, familiares, científicos entre tantos outros eram reduzidos e encaminhados exclusivamente pela comunicação política, opção desenhada pelo welfarismo. Nesse sentido, Luhmann indicou os riscos e os perigos da politização dos sistemas sociais, a qual, ao pretender planejar e planificar ao máximo as escolhas à luz de certos valores fundamentais, comprometeu a capacidade de imposição política de decisões coletivamente vinculantes.<sup>3</sup>

Diante dessa perspectiva é interessante ponderar como medidas centradas em intervenções estatais ou privatizações podem comprometer a superação da crise sanitária, sem qualquer observação às liberdades civis e à noção de responsabilidade social das empresas, bem como governamental e fiscal das autoridades. Não resta dúvida de que o aumento do gasto público com medidas de combate à pandemia foi a regra, inclusive por meio de um esforço mundial na formação de um consórcio global por vacinas – o que repercute diretamente no tema de acesso e distribuição de fármacos aos países mais necessitados. Todavia, toda a operação econômica envolvida no combate à pandemia revela também a necessidade de observar a reconstrução jurídica à respeito das consequências jurídicas envolvidas. Nesse sentido José Eduardo Faria (2020) lembra bem que “a ideia de uma agenda econômica liberal é algo que só pode ser entendido dentro dos marcos normativos postos pelo Estado e da distinção entre o que é público e privado”.

A visão sistêmica, por exemplo, afasta certo esquematismo em prol da observação da complexidade social envolvida no caso e admite historicamente proble-

---

<sup>3</sup> O interessante é que a crítica luhmanniana abrange dois pressupostos: em primeiro lugar, admite que a sociedade é organizada por sistemas sociais funcionalmente diferenciados e que, ao mesmo tempo, não possui nenhuma referência central ou vértice, o que rechaça qualquer tentativa de descrição que pressuponha a centralidade do sistema político na sociedade – tal como o faz a teoria política ou, ainda, a teoria crítica que admite o diagnóstico da dominação econômica da base em relação à superestrutura. Em segundo lugar, reconhece a diferenciação funcional, pelo que seria impossível pressupor a ideia de sobreposições, de compensações ou de colonizações de sistemas, já que a própria possibilidade de diferenciação estaria comprometida. Esta visão é rechaçada por alguns sociólogos (Minhoto; Gonçalves, 2015). É justamente esta “promessa involuntária de mediação recíproca entre sistema e ambiente” de uma teoria envenenada que concretiza a possibilidade da determinação crítica no interior da descrição sistêmica. Aliás, o potencial crítico no referencial sistêmico está muito bem apontado pelo cientista político Vallespín, para quem “em certo sentido pode-se dizer, portanto, que para a teoria dos sistemas a relação sistema/ambiente é sempre crítica, já que constantemente lida com a redução de complexidade, e isto cria sem cessar novas distinções nas estruturas interna e externa dos sistemas” (2007, p. 24, tradução livre).

mas do modelo liberal e do welfarismo – acarretando num transbordamento de informações: de um lado, a “libertação” do direito do Estado; do outro, a incapacidade de aplicação de direitos pelo Estado diante da sua incompetência de lidar com a economização.

No caso brasileiro, a dificuldade de lidar com a pandemia, sob o contexto de um regime populista e autoritário, revela a fragilidade a pretexto de conduzir uma agenda “liberal” capaz de imunizar dos perigos sociais atrelados à pandemia sem considerar o planejamento responsivo, o respeito às liberdades civis e as opções jurídicas disponíveis, inclusive em termos de responsabilidades governamentais. Tais fragilidades representam sobrecarregamentos que podem comprometer a organização autopoiética do direito na região, em especial considerando a incapacidade do governo agir com foco e urgência.<sup>4</sup>

Em contrapartida o direito também viabiliza o tratamento da urgência, considerando o desenvolvimento de uma memória baseada nas suas organizações e que possibilitam a reconstrução de um sentido específico da pandemia no interior do sistema jurídico, agindo de forma imunológica e muitas vezes no âmbito periférico do sistema. De modo esquemático e exploratório, é possível refletir os seguintes exemplos de marcos jurídicos de emergência que até o presente momento possibilitaram encaminhamentos aos conflitos colocados pela pandemia.

<sup>4</sup> Nesse sentido considerando os sentidos históricos do liberalismo e o distanciamento de uma agenda econômica do governo federal, José Eduardo Faria pontua o problema da vulgata liberal em atenção à conjuntura política e econômica no Brasil em 2020, durante a pandemia, diz “ O que chama de liberalismo é assim uma vulgata de um libertarismo que prevê uma economia desregulamentada onde a regra é a exploração ilimitada da conjuntura, com os agentes procurando maximizar a qualquer preço todas as vantagens possíveis. Uma economia onde esses agentes buscam, egoisticamente, vantagens de curto prazo ao mesmo tempo em que desprezam suas responsabilidades para com os outros e para com a comunidade. É como se o mercado fosse dotado de um poder constituinte absoluto, rejeitando qualquer possibilidade de regulação estranha à economia e aos seus cálculos de oportunidade. A obsessão por reduzir a ação regulatória estatal e privatizar indiscriminadamente serviços públicos revela uma visão distorcida das instituições. Uma visão incapaz de perceber que políticas públicas são implementadas por meios públicos – e estes envolvem não só recursos governamentais, mas as leis e os instrumentos de sua aplicação. Essa visão distorcida enfatiza a ideia de função, em termos de produção de resultados e rentabilidade [nancieira. Mas se esquece de dois pontos importantes: (a) em termos institucionais função implica noção de responsabilidade; e (b) se determinadas funções podem ser privatizadas, determinadas responsabilidades não podem. Nessa visão não há lugar, assim, para ideias como planejamento, metas de longo prazo e tratamento isonômico que deve reger as relações entre capital e trabalho” (Faria, 2020).

**Tabela 1.** Exemplos de marcos jurídicos de emergência

<b>Exemplo</b>	<b>Descrição</b>	<b>Estrutura</b>
Perifização das soluções administrativas e legislativa via a consulta aos experts	Legislativo e Executivo – organizações periféricas do direito, mas centrais no sistema político – buscaram remeter a definição de medidas jurídicas de combate a pandemia à periferia do sistema político, em especial integrando a comunidade médica e científica	Comitês de crise
Cooperação e compartilhamento de bens públicos	Implementação de uma política de licenciamento compulsório e quebra de patentes, com autorização legal, bem como a estruturação de um sistema eficaz de aprovação de requisitos regulamentares dos medicamentos e insumos, ambos mecanismos facilitam a produção e distribuição de bens públicos.	<i>Pool</i> de tecnologia e licenciamentos compulsórios
Autonomia das autoridades sanitárias locais, com responsabilização	Implementação de normas jurídicas que viabilizem a autonomia do sistema de saúde com capacidade de vigilância e de produção científica, o que implica em reconhecer sua capacidade administrativa e financeira, sem prejuízo de responsabilização	Sistemas de saúde pública bem estruturados
Colaboração, apoio e deferência às autoridades internacionais da saúde global	Organização Mundial da Saúde (OMS) é a autoridade internacional responsável por dirigir e coordenar a atuação internacional no campo da saúde, sendo dotada de poder regulamentar e de necessário atendimento para o enfrentamento de uma pandemia.	OMS

Fonte: Autor

## 2. TEMPORALIDADE DA PANDEMIA?

Considerando a operação dos sistemas funcionais sociais, o tempo é uma construção do observador, sustenta Luhmann que é uma distinção entre passado e futuro. A marcação é importante já que o presente é um ponto cego que possibilita estruturar as expectativas dentro do sistema a partir de suas operações. O tempo é interno ao sistema e sua dimensão temporal diz respeito à durabilidade das expectativas. Na visão de Luhmann o processo de diferenciação da sociedade é também marcado por uma policromia.<sup>5</sup> É o caso de distinguir o tempo do direito, tempo da ciência e da saúde, por exemplo, diz Luhmann “o sistema deve instituir

<sup>5</sup> O termo policromia remete à prática de decorar elementos arquitetônicos, esculturas, entre ou-

um tempo adequado ao ritmo das operações e às perspectivas de tempo das possibilidades internas do sistema” (2012, p. 59, tradução livre).

Como já mencionado o direito funciona especialmente com base em expectativas contrafáticas, resistentes à desilusão, enquanto sistemas como economia e a ciência trabalham primacialmente com expectativas cognitivas, que se reciclam e aprendem com os fatos. Nesta distinção o sentido de uma sociedade pós-pandêmica é trabalhado no campo científico e econômico, mas encontra problemas no âmbito jurídico cuja temporalidade é condicionada aos programas e possui uma dimensão atrelada à validade normativa como apontado no item anterior. O direito não consegue calcular e imaginar o futuro da pandemia, o que revela suas limitações temporais frente as demandas que são apresentadas nos tribunais.<sup>6</sup>

Admitindo a temporalidade como uma construção interna do sistema, qual é a temporalidade da pandemia? Esta é uma pergunta central para observar e discutir a razão imunológica da sociedade. Afinal, existiria algum sistema referencial em destaque? Estamos diante de uma simplificação? Recentemente o sociólogo Rudolf Stichweh se posicionou em face dessas relevantes indagações em ensaio publicado no mês de abril de 2020, na famosa *Frankfurter Allgemeine Zeitung*.

Stichweh sustentou a ideia de que o COVID- 19 simplifica a sociedade, porque faz imperar o primado do sistema de saúde sobre os outros sistemas sociais. O principal destaque está no movimento social, considerando que todos os sistemas estão orientados pela fórmula “achatar a curva”, o que, na realidade, significa sobretudo que a dinâmica infecciosa na sociedade, em consequência de todas as atividades sociais, deve ser adaptada à capacidade de processamento do sistema de saúde disponível num dado momento (2020).

---

tros a partir de uma variedade de cores. Ainda, o termo é usado também para descrever a luz que exibe mais de uma cor, o que também significa que contém radiação de mais de um comprimento de onda. O estudo da policromática é particularmente útil na produção de grades de difração. No contexto apresentado, a diversidade e profusão de cores marca pictoricamente a diversidade e desorientação do processo de diferenciação sem um rumo preestabelecido ou controlado.

<sup>6</sup> Do ponto de vista político, isto poder ser utilizado de forma estratégica por meio de algumas autoridades para agravar a situação da saúde pública. Basta observar o conteúdo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6764, formulada pelo presidente da República, com pleito de suspender os decretos da Bahia, do Distrito Federal e do Rio Grande do Sul que estabelecem medidas restritivas no combate à pandemia da Covid-19, como o fechamento de atividades não-essenciais e o toque de recolher noturno. Além da constatação do erro grosseiro segundo o relator Ministro Marco Aurélio, pois caberia a representação judicial pelo advogado-geral da União, o ministro assentou o entendimento que “ante os ares democráticos vivenciados, impróprio, a todos os títulos, é a visão totalitária. Ao presidente da República cabe a liderança maior, a coordenação de esforços visando o bem-estar dos brasileiros” e lembrou que que União, Estados, Distrito Federal e Municípios formam uma espécie de “condomínio” na tarefa de cuidar da saúde e da assistência pública.

Na visão sustentada pelo sociólogo o desdobramento desta fórmula recai de forma contingente em diversos sistemas funcionais, respeitando os respectivos fechamentos operativos, com destaque para alguns:

- Sistema político: a visão do enfrentamento implica em reconhecer a necessária adoção de padrões gerais de comportamento que só podem ser fornecidos por este sistema, inclusive considerando a velocidade da disseminação do vírus. O autor sustenta, por exemplo, que de consultores que fornecem as reservas de conhecimento do sistema de saúde e do sistema científico, sendo que tais conhecimentos são fundamentais já que as autoridades envolvidas não podem recorrer a decisões anteriores comparáveis diante da gravidade e ineditismo da comunicação pandêmica, diz Stichweh “(...) o sistema político, então, não tem tradição própria de decisões nesses casos. Mas os atores do sistema político que recorrem a conselheiros, incluindo virologistas, epidemiologistas, etc., não contam com uma base de conhecimento nacional, mas com a dinâmica de conhecimento das comunidades científicas globais” (2020a, p. 4, tradução livre);
- Sistema científico: sistema se revela central para a orientação das esperanças e expectativas em atenção à pesquisa científica sobre o vírus e a pandemia, a busca por vacinas e medicamentos. Novamente, a política tem um importante papel de viabilizar a atividade científica por meio de contratos de pesquisa e financiamento;
- Sistema econômico: prevalece uma modificação na reprodução incessante da economia por meio de pagamentos, no lugar observa-se uma reprodução da solvência dos envolvidos na economia em especial diante do estrondoso aumento de despesas e gastos de recursos públicos;
- Sistema de ensino: de forma inédita o processo de aprendizagem retoma competência exclusiva das famílias, bem como se observa a migração aos modelos de ensino totalmente digitalizado, inclusive no âmbito universitário;
- Sistema de arte: a dependência de ‘performances’ e da presença no museu compromete significativamente a sua produção;
- Sistema de religião: reputado como o verdadeiro perdedor na crise diante da necessidade da presença física de todos os envolvidos, característica de muitas formas de religiosidade.

Cabe ressaltar que a particularidade do argumento se refere ao primado do sistema da saúde sobre os demais, mas é possível, de forma exploratória, observar inúmeras exceções a partir do caso brasileiro em relação ao ensaio, isto porque nem todas as operações dos sistemas funcionais vão de encontro a fórmula “achatar a curva”. Desde o início da pandemia, governo federal se aproveita dos conflitos e perturbações sociais instalados pela pandemia no âmbito da saúde pública para administrar sob uma forma de exceção autoritária. A exceção vira a regra, quebra de ritos, ausência de prestações de contas e excessivos abusos que remetem a outros momentos históricos do Brasil.

O desrespeito ao contexto democrático no ambiente político parece ser, em verdade, forma de elevar a curva de contaminação e de mortes. Será que estaríamos mesmo num processo de simplificação da diferenciação funcional por questão da saúde? Não estaríamos diante de um problema de manutenção das instituições políticas democráticas? No Brasil, na época o Chefe do Executivo federal, contra todas as recomendações da OMS e contra todas as evidências científicas sobre a disseminação do vírus da COVID-19, insistiu em negar a gravidade do vírus e a implementar um modelo responsivo e urgente de gestão da pandemia, assegurando o funcionamento do sistema público de saúde e a autonomia do sistema científico (Torres, 2021).

A questão revela a complexidade das inúmeras respostas que diferentes sistemas comunicam a respeito do vírus. A princípio, tais respostas já são em grande medida desencontradas diante da alta contingência do processo comunicativo e, ao mesmo tempo, revelam as diferenças das temporalidades imanentes de cada sistema social. Para alguns estudiosos é caso de entender também o que este momento da pandemia representa como suspensão de uma lógica horizontalizada da diferenciação. Resgatando Marcelo Neves, Fabrício Neves (2020) pontua bem a necessidade de diferentes contextos de uma “complexidade desestruturada” e “desestruturante”, por exemplo refletindo o sentido da periferia da pandemia tal como uma hipertrofia do sistema político e as diferentes temporalidade envolvidas.

Muitos problemas de uma “complexidade desestruturada” podem ser observadas, inclusive, constatando que a dimensão temporal da ciência é marcada por um ritmo paciente e limitado, o que restringe em alguma medida o oferecimento de respostas sanitárias em relação à pandemia. Comunicações científicas não conseguem acompanhar o ritmo frenético da dispersão e mutação do vírus. Apenas no Brasil, em março de 2021, a plataforma de dados genômicos da Fundação Oswaldo Cruz indicou a presença de 92 cepas de coronavírus no território desde o início da pandemia.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/04/05/dados-da-fiocruz-indicam-a-circulacao-de-92-cepas-do-coronavirus-no-brasil>. Acesso em: 07 abr. 2021.

Nesse sentido uma corrida para aplicar a fórmula “achatar a curva” pode incentivar e justificar medidas contraditórias à luz da operação dos respectivos sistemas funcionais, baseados em códigos e programas especializados. Outro exemplo que vale mencionar considerando o distanciamento do sistema científico e a pandemia foi a estratégia de acelerar a imunidade de rebanho, defendida inicialmente por governos da Holanda e do Reino Unido em detrimento de uma estratégia alternativa ao isolamento total. Casos mais extremos reforçam também problemas da própria operação interna do sistema da saúde, como situações de prescrições de remédios reconhecidamente ineficazes contra a Covid-19 ou de suplementos vitamínicos para aumentar a imunidade, mas sem qualquer tipo de comprovação da comunidade médica.

Do ponto de vista sistêmico, essas incertezas reforçam a dificuldade de observar o primado da saúde a todo o momento, inclusive constando estratégias de enfrentamento da saúde que não coincidem com as operações científicas. Ainda, é imperioso ponderar o contexto da operação da comunicação de massa no âmbito da sociedade digital. As *fake news* médicas representam uma infecção viral de desinformação no âmbito da opinião pública, com isso distorcendo as informações das melhores práticas de enfrentamento, das orientações do sistema de saúde e até mesmo as comunicações científicas. Na medida em que circula desinformação que desqualifica os necessários procedimentos de saúde pública, todo o mecanismo de enfrentamento da pandemia enfrenta uma insegurança, um perigo, isto é, uma incerteza radical que o sistema de saúde tem dificuldade para quantificar e gerenciar como risco interno ao sistema (Luhmann, 1993). A contingência da comunicação sobre o vírus e a pandemia, por exemplo, torna-se potencializada pelo uso de estratégias autoritárias de gestão e que se baseiam no descrédito generalizado dos meios simbólicos – a verdade, o poder, a validade jurídica –, com a aposta em discursos que, por linguagem ou símbolos, de maneira ora explícita ora subentendida, recorrem a via da mentira, da violência e da ilicitude como atalhos aceitáveis para a conquista e o manejo do Estado.

Esta perspectiva é de alguma forma resgatada por Stichweh em uma recente nota resposta que sustenta de que na maioria das regiões da sociedade mundial, não é possível identificar um sistema imunológico social para defesa contra pandemias que seja comparável em termos de eficácia e capacidade de aprendizagem. Na visão do sociólogo esta é a lição mais importante ensinada pela pandemia do coronavírus e deve determinar os ajustes estratégicos das instituições sociais da sociedade mundial. O interessante deste segundo texto é a constatação do caráter da multifuncionalidade presente nas comunicações sobre o enfrentamento da pandemia. As instituições que participam da construção de um sistema imunológico social para pandemias são diversas e multifuncionais, muitas vezes vincu-

ladas a diversos problemas sociais e que marcam os problemas comunicativos. É nesse sentido que o sociólogo reforça a importância da manutenção do regime democrático para a sustentação das medidas de enfrentamento, o que em alguma medida mitiga seu argumento inicial de simplificação social via o primado da operação do sistema da saúde.

Stichweh aponta que é preciso observar a operação de um Estado democrático, que não se intimide com intervenções, mas que, por sua vez, tenha mecanismos de controle interno abrangentes para garantir os interesses diversos da população capaz de lidar com uma pluralidade de questões: desde problemas da saúde pública, relacionados aos acessos de insumos e vacinas, até a configuração do transporte público ou de situações de trabalho. Vale lembrar que na visão sistêmica a democracia passa a supor a institucionalização do governo e da oposição, qualquer forma de exclusão de participação da oposição representa um comprometimento democrático – e não deve ser confundido com a inerente exclusão da oposição na chefia de governo, pois ela se faz presente no processo de tomada de decisão através da representação parlamentar e presume-se através de uma alternância temporal no governo entre os partidos organizados.

O funcionamento de um sistema de saúde pública deve ficar atento à comunicação científica e admitir nas suas bases organizacionais múltiplos pontos de vista, de governo ou oposição, sobretudo por meio de marcos jurídicos de emergência como comitês de crises, *pool* de tecnologia e licenciamentos compulsórios, deferenças às autoridades sanitárias internacionais entre tantas outras comunicações jurídicas que lidam com as calibrações necessária diante do prolongamento da pandemia.

Reforça-se, novamente, a importância e necessidade de observar a temporalização da validade normativa. A gestão democrática do combate ao coronavírus dependeu de um mecanismo de observação de segunda ordem: quem observa as decisões sobre a gestão da pandemia são pacientes, cientistas e médicos; eles sinalizam os caminhos para quem vai decidir. O processo da gestão da saúde serve como um mecanismo de reflexividade do sistema político e jurídico: o poder dos políticos é subordinado à soberania popular e das autoridades judicantes aos argumentos científicos e médicos. Na medida em que esse procedimento seja distorcido, o que está em jogo é a própria autonomia operacional do sistema político e o agravamento da pandemia.

## CONCLUSÃO

Este texto reforçou a ideia de que a comunicação sobre a pandemia está atrelada a diferentes temporalidades dos sistemas sociais funcionais, o que exige

compreender, de um lado, a especificidade das respectivas comunicações e, ao mesmo tempo, compreender a potencialidade de abertura cognitiva que a pandemia representa como reconstrução de novidade informativa no interior da sociedade. A perspectiva sistêmica não contribui para antecipar ou prever o futuro da pandemia, não é objeto de um planejamento normativo, mas sim de compreender a complexidade da experiência de uma sociedade pós-pandêmica. Nesse sentido vale lembrar que a própria comunicação científica sobre COVID-19 é uma área ainda de disputa e de incertezas, o que remete aos diferentes critérios utilizados para sua definição ao longo da história – e.g., variações das teorias e métodos. Porém, ao referir-se ao conhecimento científico, o direito ou a política não são ciência e a gestão da saúde pública passa a ser alvo de práticas autoritárias e abusivas que visam romper com o regime democrático que supõe a institucionalização de uma dinâmica plural de gestão, sem prejudicar a autonomia da ciência.

A grande questão é saber como traduzir e operacionalizar um conhecimento científico sobre o COVID-19 no sentido de viabilizar uma decisão jurídica temporalmente válida ou responsabilmente política, preocupada com a prestação de contas para as comunidades médicas. De um lado, por assim dizer, a ciência admite e opera com a incerteza. Do outro, o direito busca decidir e produzir certeza a partir do conhecimento disponível. A seleção e a tradução deste conhecimento científico são resultado do trabalho de uma autoridade (e não um cientista). Como é, então, possível falar numa razão imunológica? É preciso se atentar para diferentes temporalidades dos sistemas, caso contrário o próprio sistema imunológico da sociedade pode reagir de forma desordenada, eventualmente desdobrando em patologias autoimunes.

Construir este sistema imunológico social de enfrentamento da pandemia possibilita observar uma reorganização interna do direito e da política, vinculada a dimensão temporal de cada operação, além é claro de constatar uma nova agenda de pesquisa para os cientistas sociais que deverão observar e acompanhar as irritações e os respectivos desdobramentos internos de cada subsistema social funcional. No caso do direito, o interesse recai na compreensão dos marcos jurídicos de emergência, que muitas vezes refletem a comunicação organizacional e periférica do direito.

## REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

FARIA, J. E. Libertarismo e liberalismo em tempos de pandemia. *Jota*, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/libertarismo-e-liberalismo-em-tempos-de-pandemia-01042020>. Acesso em: 12 jan. 2024.

GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Risk – A sociological theory*. London: Taylor & Francis Group, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Teoria política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Universidad, 2008.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Herder, 2012.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

MINHOTO, L.; GONÇALVES, G. Nova ideologia alemã? A teoria social envenenada de Niklas Luhmann. *Tempo Social*, v. 27, p. 21-43, 2015.

NEVES, F.M.. Provincializando o COVID-19: Resposta ao Vírus em Contexto Hipercomplexo. *Nau - A Revista Eletrônica da Residência Social*, v. 11, p. 157-165, 2020.

NEVES. M. *Entre Têmis e Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RODRIGUES, Léo P.; COSTA, Éverton G. da. Impacto da pandemia de Covid-19 ao sistema social e seus subsistemas: reflexões a partir da teoria social de Niklas Luhmann. *Sociologias*, v. 23, n. 56, p. 302-335, 2021.

SCHWARTZ, G.A.; COSTA, Renata Ameida ; FINCO, M. . Os perigos da desdiferenciação e a pandemia de covid-19: o caso da hidroxicloroquina no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, v. 23, p. 1-16, 2023.

STICHWEH, R. Simplificación de lo social durante la pandemia del corona-virus. *Revista Em Tese*, v. 17, n. 20, p. 16-23, 2020.

TORRES, E. Estados protetores e agressores na sociedade mundial: os efeitos sociais da Covid19. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 1842-1868, 2021.

ŽIŽEK, Slavoj. *Pandemic! Covid-19 Shakes the World*. New York: OR Books, 2020.

## **NAS RUÍNAS DO NEOLIBERALISMO: A ASCENSÃO DA POLÍTICA ANTIDEMOCRÁTICA NO OCIDENTE**

### ***IN THE RUINS OF NEOLIBERALISM : THE RISE OF ANTIDEMOCRATIC POLITICS IN THE WEST***

Isadora Golim Campos

Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados.  
Especialista em Direito e Comércio Internacional. Graduada em Direito pelo  
Centro Universitário da Grande Dourados.

Thaiza Maira Rodrigues Held

Doutora em Direito: Área de Concentração em Direitos Humanos pela  
Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito Agroambiental pela  
Universidade Federal de Mato Grosso. Docente na Faculdade de Direito e Relações Internacionais  
(FADIR) da Universidade Federal da Grande Dourados.

**Submetido em:** 15/01/2021

**Aprovado em:** 04/02/2023

O livro “Nas ruínas do Neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente” escrito por Wendy Brown e publicado no Brasil pela Editora Filosófica Politeia em outubro de 2019, tem por objetivo abordar o tema da ascensão da extrema direita, do conservadorismo e nacionalismo por todo o mundo, bem como o surgimento do dito ressentimento masculino e branco. A obra também trata sobre o surgimento do neoliberalismo, alguns conceitos iniciais defendidos por renomados autores, citados no decorrer do livro, e como esse tão sonhado neoliberalismo não atingiu as expectativas de seus idealizadores. O livro surgiu de reflexões provocadas pelas eleições presidenciais de novembro de 2016 nos EUA. Foi concluído em 2018 nas palestras da Biblioteca René Wellek em Irvine, nos Seminários Gauss de Crítica em Princeton e na Palestra Robert S. Stevens na Escola de Direito de Cornell.

Wendy Brown é uma autora norte-americana, nascida em 28 de novembro de 1955. Formada em economia e ciência política na Universidade da Califórnia, em Santa Cruz, é antropóloga, filósofa, feminista, ativista, cientista político e professora universitária de ciência política na Universidade da Califórnia, em Berkeley. A autora possui diversas obras publicadas, contudo poucas foram traduzidas para o português.

O livro se baseia tanto na abordagem neomarxista quanto na *foucautiana* do neoliberalismo, e a autora as usam pois apresentam diferentes dimensões das transformações neoliberais que vem acontecendo por todo o mundo nos últimos anos. Logo na introdução Brown discorre sobre as forças de extrema direita que ascenderam ao poder nas democracias liberais por todo o mundo, dá alguns exemplos de países e seus slogans de campanhas como por exemplo: *Make America Great Again* (Trump); França para os franceses (Le Pen e a Frente Nacional); *Take Back Control* (Brexit); Nossa cultura, nosso lar, nossa Alemanha (Alternativa para a Alemanha); Polônia pura, Polônia branca (Partido Polonês da Lei e da Justiça); Mantenha a Suécia sueca (Democratas Suecos). Argumenta também que com essas vitórias e políticas, aqueles grupos de extrema direita que até pouco tempo não se manifestavam passaram a ser encorajados e o ódio e o racismo cresceram tantos nas ruas quanto na internet.

Ainda na introdução a autora traz dois subtópicos o primeiro é “A ascensão da política antidemocrática” onde argumenta que essa ascensão foi promovida por meio de ataques à sociedade e a legitimidade e à prática da vida política democrática. E o segundo é o “Neoliberalismo? O quê!?”, onde faz um breve apanhado histórico sobre o termo “neoliberalismo” e sua criação, conforme a autora este termo não tem uma definição estabelecida, mas foi cunhado no Colóquio Walter Lippman em 1938, que foi uma reunião de acadêmicos que lançou as bases político-intelectuais daquilo que uma década depois se tornaria a Sociedade *Mont Pelèrin* (p. 28).

O livro apresenta cinco capítulos, e no decorrer de seu desenvolvimento há o estudo de idealizações de outros autores como Hannah Arendt, Milton Friedman e principalmente de Friedrich Hayek, este que foi economista, nascido em Viena e filho de intelectuais, obteve doutorado na Universidade de Viena em Leis e Política Econômica, e ganhou o Nobel de economia em 1974. E para Hayek, o mercado e a moral, juntos, são o fundamento da liberdade, da ordem e do desenvolvimento.

No primeiro capítulo “A sociedade deve ser desmantelada” a autora começa abordando sobre democracia, igualdade e o social, ela trata a igualdade política como a base da democracia, esta que segundo sua etimologia é o poder ou governo do povo, então se não existe a igualdade política o poder será exercido apenas

por uma parte em vez do todo. E continua dizendo que pelo critério da igualdade política, o que conhecemos pelas democracias liberais e capitalistas nunca foram de fato democracias plenas. E para Sheldon Wolin<sup>1</sup> para conseguir garantir a igualdade política em grandes Estados-nação com economias capitalistas demanda ações específicas do Estado, agindo para reduzir as desigualdades de poder entre os cidadãos para que a vida política sirva ao todo e não apenas à elite.

A democracia, Estado-nação e capitalismo é trazido pela autora como gêmeos, e destes a democracia seria o lado mais fraco. Assim, para que esta prevaleça nesse cenário é necessário o apoio estatal para promover os bens públicos como garantir a saúde, educação, redistribuições econômicas, entre outros.

Nesta sequência ela entra no assunto da questão social, sendo a justiça social o antídoto para as desigualdades, pois dela vem a preocupação com aqueles menos favorecidos. Mas são essas desigualdades que servem ao capitalismo e ao privatismo liberal, o neoliberalismo tinha a intenção de acabar com o Estado social, sendo por meio de privatizações ou eliminando o bem-estar social. E é desse entendimento do ataque ao social que a autora se faz entender com o título do capítulo, pois o que os capitalistas e neoliberais querem é que a sociedade seja desmantelada.

Na segunda parte do capítulo Brown cita Friedrich Hayek, que foi o economista que mais criticou a noção de social, sociedade e a social-democracia, sobre o entendimento de Hayek cita “ele considerava a própria noção de social falsa e perigosa, sem sentido e oca, destrutiva e desonesta, uma fraude semântica” (p. 41). Também “A justiça social é uma miragem e a atração por ela é a mais grave ameaça à maioria dos outros valores de uma civilização livre” (p. 41). Mas para Hayek não era o capitalismo de livre mercado a alternativa para a justiça administrada pelo Estado, mas sim a moral e o mercado, que juntos geram a disciplina para “criar e sustentar a ordem ampliada”. Estes, segundo ele, surgem espontaneamente, evoluem e se adaptam organicamente, estabelecendo regras de conduta sem depender da coerção estatal. O mercado e a moral “revelam a verdadeira natureza da justiça”, preocupando-se com a conduta e não com os resultados.

Hayek entende que os “guerreiros da justiça social” tem uma ilusão sobre a sociedade e ao princípio “equivocado” da igualdade, atacando assim o que ele chama de pilares gêmeos da civilização que são a moralidade tradicional e mercados competitivos. Hayek acrescenta “se a crença na direção social e política da sociedade é o que nos leva por esse caminho, então a sociedade deve ser desmantelada”.

---

<sup>1</sup> Sheldon Sanford Wolin, foi um teórico político e escritor, professor de política. Obra utilizada como referência pela autora: *Fugitive Democracy – And Other Essays*.

Como um terceiro subtópico ainda no primeiro capítulo tem “Hayek hoje: a liberdade e o social”, nesta parte a autora fala sobre como as críticas anteriores de Hayek viraram senso comum para um conservadorismo neoliberal robusto nos dias de hoje. Cita exemplos como o do secretário norte-americano Bem Carson que se recusou a aplicar a Lei de Moradia Justa considerando-a como engenharia social.

E os ataques aos guerreiros da justiça social, hoje presentes na direita, servem para reforçar “as alegações nativistas, nacionalistas e supremacistas sobre quem construiu o ocidente e a quem ele pertence”. Pois é na linguagem do social que as desigualdades e as exclusões são demonstradas e combatidas. Segundo a autora, é no social que “nós, como indivíduos ou nação, praticamos ou falhamos em praticar a justiça, a decência, a civilidade e o cuidado, para além dos códigos do instrumentalismo e do familiarismo de mercado” (p. 53).

Por isso é tão significativo para os neoliberais esse ataque ao social e a sociedade, atacando assim a parcela mais vulnerável da sociedade, e quando eles deslegitimam a sociedade, alegando que esta não existe, como o discurso de Margaret Thatcher, ele se torna invisível as normas e as desigualdades sociais advindas de legados como a escravidão, colonialismo e patriarcado. Autoriza-se assim a privação de direitos fundamentais como moradia saúde e educação. Para a autora, enquanto a esquerda luta em prol dos direitos sociais, de tornar visível aquilo que mantém a hegemonia masculina e branca, a direita esmaga essa luta e zomba da engenharia social.

“Hanna Arendt<sup>2</sup> não ajudou” é o quarto subtópico do capítulo, e assim como Hayek, Arendt era crítica ao conceito de sociedade e social, para ela o social destruiu as quintessenciais capacidades humanas de liberdade e ação na esfera pública. Em seu livro “A condição humana”, Hanna discorre que quase tudo que há de errado com a modernidade é causado pela ubiquidade do social. Já em seu livro “sobre a revolução” Hanna faz uma crítica referente às revoluções dos Estados, no qual diz que a única revolução que alcançou a promessa emancipatória foi a dos Estados Unidos, pois ela evitou caracterizar a “questão social, na forma das condições alarmantes de miséria das massas”, comparando com a Revolução Francesa, dizendo que esta foi destruída quando o grito por liberdade foi substituído pelas demandas dos pobres por pão.

Mesmo que Hayek e Arendt tenham visão diferentes quanto à sociedade, para ambos é o social que traz a destruição da liberdade.

---

<sup>2</sup> Hanna Arendt, foi uma filósofa política alemã de origem judaica. Obras utilizadas como referência pela autora: *The Human Condition e On Revolution*.

“Perdendo o imaginário político do social” é o último subtópico deste capítulo. Após todas as explanações quanto aos conceitos de democracia e sociedade, a autora conclui sobre a importância do social para proteger um imaginário democrático. Segundo a autora, se o social desaparece de nossas ideias, ele também desaparece de nossas visões do futuro, e sem ele pode-se imaginar futuros nacionalista autoritários, futuros tecnocráticos, anarquistas ou fascistas.

No capítulo dois “A política deve ser desmantelada”, Brown discorre que é apenas o político que resguarda a possibilidade de democracia, entendida como o governo pelo povo. E o pensamento neoliberal via o político com desconfiança, deste modo, buscam limitar o seu poder, eliminando sua forma democrática. Uma das formas que eles encontraram para suprimir a ação do político foi promovendo Estados e instituições supranacionais despolitizados, leis que “revestiriam e protegeriam o espaço da economia mundial”, ou seja atenderiam aos princípios trazidos por Hayek, seriam orientados pelo interesse e disciplinados pelo mercado e pela moral.

Com esses ataques o político foi depreciado, mas não extinto, e nisso a democracia foi sendo desvalorizada, ideias antidemocráticas foram surgindo, e assim, os efeitos neoliberais surgiram, as desigualdades e inseguranças crescentes geraram “populismos de direita enraivecidos e políticos demagogos no poder que não condizem com os sonhos neoliberais de cidadãos pacíficos e ordeiros, economias desnacionalizadas, Estados enxutos e fortes e instituições internacionais focadas em viabilizar a acumulação de capital e estabilizar a concorrência” (p. 71).

“A antipolítica neoliberal”, neste subtópico a autora discorre de como os neoliberais se uniram contra a democracia, e para eles esta se assemelhava ao totalitarismo, fascismo ou o governo da plebe. Hayek contestava a própria noção de soberania, para ele a soberania popular era incoerente e a soberania política era imprópria para as sociedades livres.

A autora traz outro exemplo sobre a oposição ao social, James Buchanan da *Public Choice School* do neoliberalismo da Virgínia deplorava os bens públicos e especialmente o ensino público superior, para ele, disponibilizar este direito gerava democracia demais.

Para os neoliberais as políticas democráticas traziam o despotismo ou o totalitarismo de um Estado, ameaçando a liberdade, a ordem espontânea e o desenvolvimento. Então o sufocamento da democracia foi fundamental para os neoliberais. As críticas feitas quanto à democracia e ao político vêm disfarçadas de uma defesa a favor da liberdade individual, esses pensamentos são postos principalmente por Friedman e Hayek.

“Milton Friedman<sup>3</sup>”, somente ele dentre os pensadores neoliberais fundadores, promove a causa da economia neoliberal por meio da democracia, vagamente definida por liberdade política ou liberdade individual. E segundo ele essas duas liberdades são quase sempre articuladas entre si, e que a liberdade política nasceu apenas com o capitalismo. Em seu entendimento, uma sociedade que é também socialista não pode ser democrática.

Friedman acredita que os mercados livres exigem um governo limitado e com separação entre o poder político e o econômico. A autora deixa claro que esse pensamento sobre a separação dos dois poderes é um ideal compartilhado entre os intelectuais neoliberais, mesmo Friedman afirmando também sobre a importância que o Estado tem em viabilizar as condições para os mercados.

“Friedrich Hayek”, este privilegia o que chama de “tradição britânica empírica e assistemática” do pensamento político moderno e deplora a “tradição continental”, segundo ele, nesta existe o doutrinário, racionalismo e a imposição deliberada de um plano e propósito coletivo que sufocam o que ele chama de organicismo, o que ele acredita ser um crescimento espontâneo, a tradição e a liberdade. A tradição continental traz a soberania popular que é rechaçada por Hayek por gerar um governo ilimitado e dar supremacia ao poder político.

Hayek em sua fala argumenta que o liberalismo e a democracia são muito diferentes, para ele o oposto da democracia é o autoritarismo, e o oposto do liberalismo é o totalitarismo, ou seja, isso faz com que o autoritarismo seja compatível com o liberalismo e o totalitarismo com a democracia. Sendo então o liberalismo autoritário uma possibilidade, para Hayek e demais apoiadores neoliberais existe um aceite ao autoritarismo.

Os pensadores neoliberais acreditam que o Estado social e a democracia em demasia tomaram o lugar das funções sociais que antes eram impostas às famílias, como por exemplo dar o acesso à educação.

Wendy Brown também fala sobre o pensamento dos ordoliberais quanto às noções de Estado, democracia e sociedade. Eles compartilham dos pensamentos neoliberais de Hayek quanto ao político, mas não rejeitam a soberania estatal. Para os ordoliberais o Estado deveria ser forte e tecnocrático, dirigido por autoridades competentes com *expertise* técnica, mas em prol de uma economia competitiva e liberalizada. Idealizam um Estado autônomo em relação a economia, mas dedicado a ela. Trazem como solução isolar o Estado tanto da economia quanto da democracia. Neste cenário, os ordoliberais não aceitam a participação cidadã ou

---

<sup>3</sup> Milton Friedman foi um economista, estatístico e escritor norte-americano, foi um dos intelectuais neoliberais fundadores. Obra utilizada como referência pela autora: *Capitalism and Freedom*.

o compartilhamento do poder, o poder para eles tem que ser centrado apenas na expertise técnica.

Por fim neste capítulo, a autora questiona: “O que deu errado?”, ela explana que o objetivo dos neoliberais de dismantlar a sociedade, o político e mitigar a democracia era, segundo eles, para neutralizar forças corruptoras, os engenheiros sociais e as massas ignorantes, contudo, não foi o que aconteceu no neoliberalismo realmente existente. Em suas palavras “O neoliberalismo realmente existente consiste em Estados dominados por todos os grandes interesses econômicos e compelidos a lidar com um populacho fervendo de rancor, raiva e ressentimento” (p. 104). Esse pensamento neoliberal resultou em uma cultura política antidemocrática.

No capítulo três “A esfera pessoal protegida tem que ser expandida”, começa com o subtópico “Teorizando o tradicionalismo moral como elemento do neoliberalismo”. Neste ponto a autora fala sobre a relação dos mercados com a noção de família, moral e religião. Cita que o entusiasmo com o mercado vem da promessa de inovação, liberdade e riqueza, enquanto a política centrada na família é autorizada pela tradição, autoridade e moderação.

Nessa ligação entre o mercado, família e moral, a autora traz as abordagens relacionadas com os compromissos da política neoliberal e demais valores nos seguintes casos: A primeira abordagem é a do complemento, Irving Krisrol<sup>4</sup> tratou os valores morais como complemento aos mercados livres; a segunda é o hibridismo, esta abordagem trata o neoliberalismo e o neoconservadorismo como duas racionalidades políticas distintas, contudo, embora tenham propósitos diferentes, elas se misturam para produzir forças de desdemocratização; a terceira é a ressonância, William Connolly<sup>5</sup> teoriza essa abordagem entre o cristianismo evangélico contemporâneo e a cultura capitalista, e consiste no envolvimento mútuo de elementos antes desconectados, mas que se unem e se mesclam de forma incompleta um no outro, forjando uma união qualitativa resistente aos modos clássicos de implicação; a quarta abordagem é a convergência, Melinda Cooper<sup>6</sup> demonstra essa abordagem entre o neoliberalismo e o conservadorismo social na família tradicional, ambos acordam que os laços familiares precisam ser encorajados e,

<sup>4</sup> Irving Krisrol foi um escritor e jornalista, chamado de padrinho do neoconservadorismo. Obras utilizadas como referência pela autora: *Two Cheers for Capitalism* e *The Neoconservative Persuasion*.

<sup>5</sup> William E. Connolly é um teórico político, professor de Ciência Política Krieger-Eisenhower na Universidade Johns Hopkins. Obra utilizada como referência pela autora *Capitalism and Christianity, American Style*.

<sup>6</sup> Melinda Cooper é uma estudiosa nas áreas dos estudos sociais das finanças, do neoliberalismo e dos novos conservadorismos sociais. Obra utilizada como referência pela autora: *All in the Family Debt: How Neoliberals and Conservatives Came Together to Undo the Welfare State*.

no limite, impostos; a última abordagem é a da exploração mútua, colocada entre fanáticos religiosos e políticos ambiciosos sem religião, neste caso a autora exemplifica com o caso do apoio evangélico que Donald Trump teve em sua eleição.

“A tradição segundo Friedrich Hayek”, Hayek entende que para que haja liberdade, não se pode existir a coerção explícita por outros humanos, mesmo que esta coerção seja exercida por instituições políticas. Em seu entendimento, o social e a justiça impostos destroem a liberdade. O mesmo vale para a liberdade pessoal “as tradições que fracassam em realçá-la de modo proeminente estão condenadas” (p. 121).

Mas ele não entende a tradição no passado como possuidor de uma autoridade ou sabedoria intrínsecas, as tradições que desenvolvem uma melhor maneira de se viver em conjunto emergem da experimentação e da evolução que a liberdade permite. Reconhece ainda que quase sempre é a religião que codifica e transmite essas tradições.

Aqui Hayek mais uma vez tece críticas ao Estado, pois para ele, a moralidade não pode ser ditada pelo Estado, sejam máximas religiosas ou princípios da justiça social, caso isso aconteça seria formas de totalitarismo. “O Estado só pode assegurar os pré-requisitos da vida moral – Liberdade, propriedade, regras universais de justiça e deferência política à tradição. Ele não pode legislar sobre a conduta ou crença moral” (p. 127).

De modo geral, uma das grandes contribuições do pensamento de Hayek ao neoliberalismo é exatamente ao que nos leva ao título deste capítulo, a expansão da esfera pessoal protegida.

Mais uma vez a autora aborda sobre o neoliberalismo nos dias atuais, com o subtópico “O neoliberalismo realmente existente”. O sonho hayekiano era substituir a sociedade e a democracia pelo mercado e pela moralidade. Mas o neoliberalismo mais uma vez tomou um rumo diferente do idealizado por Hayek, e a parte da moral foi sendo ignorada por alguns defensores da desregulação e globalização de mercados. Podendo ser essa a causa de as privatizações serem a cara do neoliberalismo. Acontece que tamanhas privatizações causaram o desmonte da provisão pública, a esfera privada vem para deslegitimar o conceito das provisões de bem-estar social e o projeto de democratização dos poderes sociais de classe, raça, gênero e sexualidade. E conforme a vida cotidiana é mercantilizada e “familiarizada” pela racionalidade neoliberal, são contestados alguns princípios importantes, como o da igualdade, pluralismo e inclusão.

A autora também cita que a direita religiosa vem usando essas reivindicações de liberdade para recristianizar a esfera pública desde os anos de 1990,

sendo intensificado nos últimos anos. Neste contexto, existe nos Estados Unidos da América a Aliança em Defesa da Liberdade, a qual é uma aliança cristã evangélica com forte atuação no país, cujos objetivos é contestar tudo que é contrário ao pensamento cristão, como por exemplo a Lei antidiscriminação, a proibição de exposição de crucifixos ou a educação sexual nas escolas.

Esta aliança ainda possui um programa de bolsas jurídicas para desenvolver novos quadros de advogados que buscam defender seus pontos, também descrevendo um processo de “inculcar em seus membros uma jurisprudência que visa a cristianização da cultura, e não simplesmente a proteção dos direitos de indivíduos” (p. 138).

Desta forma, a autora pontua que os direitos começam a se tornar um veículo para a expansão da moralidade cristã conservadora na esfera pública, mas essa moralidade não é àquela entendida por Hayek, ela se desvincula da organicidade e espontaneidade que o teórico defendia.

“Reconfigurando a nação como família e empresa privada”. Ao falar sobre as privatizações, familiarizações e cristianização, pode-se dizer que eles subvertem a democracia por meio de valores morais antidemocráticos ao invés de valores capitais antidemocráticos.

No capítulo posterior a autora trará casos concretos que demonstram como a religião entrou na esfera pública, e é utilizada para mitigar direitos já garantidos, principalmente por minorias. E ao ganhar legitimidade como valores públicos, eles moldam a cultura pública conforme se juntam ao mercado para deslocar a democracia.

Então, como a autora coloca, esses valores morais e tradicionais, na realidade não serviram ao propósito que Hayek esperava, ao contrário, eles serviram como um grito de guerra contra as elites laicas, igualitários, secularistas e também mulçumanos. Esses valores ao invés de integrar a vida social e ordenar a conduta de modo espontâneo, são politizados, transformados em tática e comercializados.

No capítulo quatro “Bolos que fala; centros de gravidez que oram” a autora traz a análise de dois casos concretos que aconteceram nos EUA, mas antes ela coloca um subtópico explicando sobre a “Liberdade religiosa e liberdade de expressão na jurisprudência neoliberal”, começando por falar sobre a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, cujo texto foi adotado no país em 1971, e era considerada um escudo contra a repressão estatal, social e corporativa, contra a censura, e protegendo a liberdade de expressão das minorias e dissidentes políticos.

Mas então veio a revolução neoliberal e junto dela a jurisprudência neoliberal, sendo esta reconhecida pela autora como uma “moldura para interpretar a Primeira Emenda a favor da ampla desregulamentação, especialmente para os interesses corporativos e religiosos” (p. 152). Então, esta ferramenta de proteção, está sendo usada de modo a intensificar os poderes econômicos, sociais e políticos do capital, da propriedade, da cristandade e da moralidade tradicional. As liberdades constantes no texto da Primeira Emenda estão sendo distorcidas e expandidas para além do seu significado civil clássico. Está sendo usada para rechaçar o Estado regulatório e social.

“Bolos que falam: *Masterpiece cakeshop* contra a comissão de direitos civis do Colorado”, este é o primeiro caso concreto apresentado no livro, este caso aconteceu quando um casal homossexual protocolou uma queixa na Comissão de Direitos Civis do Colorado (CDCC), acusando o proprietário da *Masterpiece Cakeshop* de violar o Ato antidiscriminação do Colorado ao se recusar de fazer um bolo para celebrar o casamento do casal. Na época, o casamento entre homossexuais ainda não era regulamentado no Colorado, mas eles se casaram em Massachussets e foram comemorar em seu estado com parentes e amigos.

Phillips, o proprietário, alegou em sua defesa o seu direito à liberdade religiosa e à livre expressão. Mas após realizar toda a investigação a CDCC concluiu que de fato os direitos civis do casal haviam sido violados. Phillips recorreu, mas a corte de recursos do Colorado manteve a decisão do CDCC, a Suprema Corte do Colorado recusou o caso, até chegar à Suprema Corte dos EUA que acolheu o caso no ano de 2017.

Contudo, a Suprema Corte não legislou quanto ao caso inicial, ela concluiu que a CDCC havia violado o livre exercício de Phillips porque uma transcrição revelou que a comissão não havia sido parcial em sua decisão do ponto de vista religioso. A comissão entendera que não se podia utilizar a desculpa da liberdade religiosa para justificar discriminações, o que foi muito recorrente em todos esses anos, citando casos como o holocausto e a escravidão.

Dito isso, a autora traz alguns questionamentos para analisar melhor o caso, e inicia com a seguinte questão “proprietário ou artista?”. A suprema corte descreve Phillips como um confeitiro especialista, dono de negócio e artista, um cristão devoto que busca honrar a Deus por meio de seu trabalho. Então em sua defesa, eles assentam a violação de livre expressão de Phillips em seu estatuto de artista e não na sua propriedade, porque se fosse o caso enfraqueceria as alegações de liberdade de expressão.

Na sequência, questiona “artista ou fornecedor?”. Neste caso há a discussão entre a habilidade artística de Phillips quanto confeitiro e o fornecimento por

ele de produtos confeitados para eventos. O foco da defesa neste ponto é que o casamento homossexual é um evento, e ele se recusou a entregar para o evento em si e não para as pessoas específicas, tentando assim desconfigurar a discriminação contra uma classe protegida. Segundo a autora “a distinção entre ato e pessoa é o que permite à objeção religiosa não parecer discriminatória enquanto perpetua a desigualdade” (p. 165).

A última pergunta é “expressão artística ou semiótica do bolo?” O juiz Thomas em seu voto diz que “o caso não se assenta na expressão de Phillips, mas no significado, logo na expressão, de um bolo de casamento” (p. 166). Ou seja, neste caso é o bolo que fala, e se Phillips fizer bolos para casamentos homossexuais ele estaria reconhecendo o a união homossexual como legítima.

“Liberdade de exercício como liberdade de expressão”. Segundo a autora, a liberdade religiosa não deveria afetar outras pessoas senão aquelas que possuem determinada fé. E a liberdade de expressão é o direito de dizer em público o que se quer dizer. O que acontece é que a política de direita usou como estratégia unir a liberdade de expressão com o livre exercício religioso, e este é puxado para o mundo público e comercial e reforçado de modo singular.

“Centros de gravidez que oram” fala sobre o segundo caso colocado em análise, que é o caso *National Institute of Family and Life Advocates, DBA, NIFLA et al. Versus Becerra*, ocorreu que o procurador-geral da Califórnia pôs a prova a Constitucionalidade da Lei de Privacidade Reprodutiva no ano de 2015.

Nos Estados Unidos existem os *Crisis Pregnancy Centers* (CPC), que são centros, em tese, que oferecem ajuda e apoio para mulheres com gravidez indesejadas, há mais de 4.000 deles e a maioria obtém apoio organizacional, financeiro e legal de organizações guarda-chuva. O ato supracitado obrigava esses centros que não tinham licença a publicar uma declaração afirmando que eles não são instalações médicas, também a publicar uma declaração que identifica a disponibilidade de tratamentos abrangentes de saúde reprodutivas gratuitos ou de baixo custo oferecidos pelo estado da Califórnia.

A alegação da defesa dos CPCs era de que publicar esses avisos limitariam a sua liberdade de expressão, e o voto majoritário acatou essa alegação. O que acontece é que esses centros têm como objetivo convencer as mulheres com gravidez indesejada a não abortar, contudo, as suas formas de publicidade demonstram outra intenção, eles oferecem aconselhamento relativo ao aborto, e quando clientes ligam para perguntar se eles fazem o aborto os funcionários são treinados a se esquivarem da pergunta para que ela vá pessoalmente ao centro para que lá eles possam convencer a mulher a não praticar o aborto. Eles possuem várias técnicas para esse convencimento, mostram imagens de fetos mutilados e mulheres mor-

tas, chamam o feto de bebê e a mulher de mãe, rezam juntos pelo bebê, e ainda oferecem informações falsas sobre os riscos da contracepção.

E em sua apresentação, para atrair mulheres que estão em um estado de vulnerabilidade, eles replicam o visual e a sensação de um consultório médico de verdade, muitas vezes os centros se localizam perto de clínicas pró-escolha, algumas vezes no mesmo edifício, usam iniciais, assumem o nome de clínicas de saúde reprodutiva com apenas uma palavra alterada, aparecem nas buscas na internet com as palavras-chave como “aborto” e “pílula do dia seguinte”. Muitos CPCs estão localizados perto de escolas ou faculdades para atrair jovens amedrontadas. Outros se localizam também em bairros em que o alvo são mulheres pobres e não brancas que podem não ter atendimento médico regular.

Desta forma, demonstrado que os CPCs forneciam informações enganosas para explorar as necessidades e os medos de mulheres que enfrentavam uma gravidez indesejada, essa foi a razão pela qual o *Ato Fact* da Califórnia exigiu as duas obrigações de publicação, buscando combater o que eles consideraram uma fraude.

Neste caso mais uma vez o entendimento da Corte pairou sobre a liberdade religiosa, argumentaram em seu voto que os CPCs eram “centros pró-vida. Eles protegeram a “missão” dos centros, sem em momento algum colocar em discussão a tática usada para atrair as mulheres. A autora argumenta que “A Corte, tal como os CPC, está mais preocupada em proteger essa posição política, incluindo protegê-la da acusação de oferecer um cuidado baseado na fé, do que em proteger a publicidade comprometida com a verdade” (p. 154).

Ocorre que com essas decisões a Corte autorizou grupos religiosos a operarem livremente na vida cívica, comercial e pública. A Corte entendeu que as exigências do *Ato Fact* era uma “expressão propagandeando o aborto e promovendo o ponto de vista do Estado em uma controvérsia ética e política” (p. 192). Em segundo lugar, alegaram que as divulgações exigidas violariam a expressão do quadro de funcionários. A Corte converte a regulação de interesse público em posicionamento partidário, as “crenças profundas” protegidas como expressão, tornam-se a base para a rejeição da regulação. Finalmente, a “controvérsia” é mobilizada como uma designação para limitar a regulação estatal e as demandas por responsabilidade factual em particular.

No quinto e último capítulo “Nenhum futuro para homens brancos: niilismo, fatalismo e ressentimento”, a autora começa falando sobre niilismo e sublimação, traz o conceito de niilismo segundo Nietzsche: “o niilismo começa com a ascensão da razão e da ciência como desafios a Deus e a outras formas de autoridade,

desafios que revelam como todo significado é construído e como todos os fatos são despidos de significado inerente” (p. 197).

Wendy Brown argumenta que o lado economicizante do neoliberalismo acelerou o niilismo, porque ele afeta a tudo com a monetização, e a financeirização, pois submetem todos os aspectos da existência humana a cálculos de investimento. As pessoas foram se tornando capital humano, o neoliberalismo tornou a venda da alma como algo cotidiano.

Conforme o niilismo desvaloriza os valores e alivia a consciência, ele nos liberta da culpa que a consciência impõe, e a dessublimação lança de volta para fora a vontade de potência libertando o sujeito da coação da consciência. A autora conceitua a dessublimação, explicando que a dessublimação repressiva ocorre dentro de uma ordem de dominação e exploração capitalista, fala sobre como o prazer é utilizado como ferramenta do capital, principalmente com a tecnologia, as pessoas têm uma noção de necessidades falsas, onde elas são repassadas por uma cultura da mercadoria fruída de uma classe média crescente. Em suas palavras: “A dessublimação repressiva parece liberdade, mas apoia a dominação do status quo” (p. 205).

Além da crítica ao consumismo desenfreado resultante desse niilismo citado, Brown também fala sobre os discursos de ódio crescentes com o advento da tecnologia, agressões que emanam dos telejornais, redes sociais, inclusive os tweets de direita, entre outros. Essas agressões são alimentadas pelo discurso neoliberal, pelo que a autora chama de liberdade libertária, pela masculinidade branca ferida e raivosa, este último é explicado com mais detalhes no subtópico seguinte ao falar sobre o niilismo e o ressentimento.

Quando Brown argumenta que o niilismo deprime o significado da conduta, da consciência e da verdade, ela cita o exemplo de Donald Trump, este que foi protagonista de diversos escândalos, que se praticados por outra pessoa seriam julgados e considerados imorais, mas ainda foi defendido e eleito com o apoio de votos conservadores e cristãos, isso porque “não é mais necessário que o indivíduo seja moral, apenas que grite sobre isso” (p. 212).

Sobre “niilismo e ressentimento”, o livro aborda os conceitos de Nietzsche novamente, ele discorre sobre como o sofrimento e a raiva postularam sistemas morais, tendo o ressentimento como a base de sua formulação e desdobramento. Ele exemplifica a moralidade judaico-cristã, que nasceu como “vingança dos fracos”, destes que sofriam em um sistema moral já existente. Mas atualmente esse ressentimento surge de grupos que detinham do poder, como citado anteriormente, a masculinidade branca.

O homem branco historicamente detinha da supremacia, e quando eles sentiram que essa dominação estava em declínio surgiu esse rancor, sentimento de humilhação e o ressentimento, que desencadeou o populismo, e uma política de vingança focada em atacar aqueles “culpados” de destroná-los, como por exemplo as feministas, os multiculturalistas e os globalistas. Mais uma vez Trump é citado, pois ele deixa bem claro essa política da vingança como sua filosofia, como exemplo, quando Trump foi eleito várias de suas ações como presidente tinham como objetivo revogar as conquistas alcançadas pelo seu antecessor Obama.

Esses novos ressentidos lutam contra a democracia e o social, porque eles os responsabilizam por suas feridas. Wendy Brown fez uma colocação interessante a esse respeito: “Se os homens brancos não podem ser dono da democracia, então não haverá democracia nenhuma. Se os homens brancos não podem ser donos do planeta, então não haverá planeta” (p. 220).

O último subtópico do livro retrata sobre o “espaço”, nesta parte a autora fala sobre os três possíveis deslocamentos na organização e deslocamento do espaço que o neoliberalismo sendo reduzido a uma política ou racionalidade econômica pode formar, são os seguintes:

O primeiro deslocamento é o horizonte perdido do Estado-nação em consequência da globalização, neste caso as fronteiras são enfraquecidas, com a ascensão do digital, fluxo de capital e de imigrantes, este último sofrendo com o rancor e o preconceito. O segundo é o que envolve a destruição do social pelo neoliberal, afetando diretamente a democracia. E o terceiro deslocamento é aquele pertinente à ascensão do capital financeiro e da modalidade de valor que ele introduz no mundo.

A partir da análise desses três deslocamentos a autora depreende dois grupos de pessoas, aqueles que se pode chamar de “os de algum lugar” e os “de qualquer lugar”, os primeiros são pessoas enraizadas em um determinado local, em sua maioria rurais ou suburbanos, com um entendimento de mundo mais limitado e por vezes mantêm pensamentos mais conservadores. Já o segundo grupo são os cosmopolitas e globalistas, ou quais tendem a ser mais educados e ter um pensamento mais progressista e aberto ao futuro.

Em conclusão, esta leitura é excelente para uma maior compreensão sobre os efeitos do neoliberalismo ao redor do mundo, como os ataques ao social, à democracia e à vida política contribuíram para o surgimento de nações com líderes antidemocráticos, apoiados por uma grande parcela conservadora e cristã da população. Demonstra a fragilidade dos direitos das minorias e como eles podem ser facilmente relativizados, principalmente quando aqueles que julgam são imparciais, trazendo suas crenças e religiosidades para a esfera pública. Por

fim, este é um livro com um embasamento teórico muito rico, e mesmo que sua inspiração principal seja o cenário político dos Estados Unidos, pode-se fazer uma analogia e refletir muito com o que acontece na realidade brasileira. A leitura dessa obra é recomendada principalmente para alunos da graduação e pós-graduação dos cursos de ciências sociais e humanas, bem como para aqueles que tenham interesse em leituras críticas sobre economia política e seus reflexos na sociedade.

## REFERÊNCIA

- ARENDDT, Hannah. *On Revolution*. New York: Viking, 1963.
- ARENDDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- ARENDDT, Hannah. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1958.
- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente*. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.
- CONNOLLY, William. *Capitalism and Christianity, American Style*. Durham: Duke University Press, 2008.
- COOPER, Melinda. All in the Family Debt: How Neoliberals and Conservatives Came Together to Undo the Welfare State. *Boston Review*, Cambridge, 31 mai 2017.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Nova Cultural, 1985.
- KRISTOL, Irving. The Neoconservative Persuasion. *Weekly Standard*, Washington, 11 ago. 2003. Disponível em: [weeklystandard.com/irving-kristol/the--neoconservative-persuasion](http://weeklystandard.com/irving-kristol/the--neoconservative-persuasion).
- KRISTOL, Irving. *Two Cheers for Capitalism*. New York: Basic Books, 1978.
- LAQUEUR, Walter. *After the Fall: The End of the European Dream and the Decline of a Continent*. New York: Thomas Dunne Books, 2011.
- WOLIN, Sheldon. *Fugitive Democracy and Other Essays*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

## LINHA EDITORIAL

### FOCO E ESCOPO

Destinada à difusão do conhecimento científico e ao fortalecimento e aprofundamento dos vínculos entre acadêmicos, docentes e pesquisadores, a *Revista Direito UFMS* estará permanentemente aberta ao recebimento de trabalhos científicos com as mais diversas abordagens teóricas, práticas e metodológicas, inclusive interdisciplinares, que se enquadram no eixo temático *Direitos Humanos e Fundamentais*. Nesse sentido, o periódico científico aceitará contribuições que identificam tais direitos e a maneira pela qual se materializam, que enfrentam as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, democracia e justiça social, bem como tecem análises sobre os mais diversos mecanismos jurídicos, sociais e políticos de garantia desses direitos nos planos interno e internacional.

### SUBMISSÃO

Os trabalhos serão recebidos em fluxo contínuo e deverão ser encaminhados pelo endereço eletrônico <http://seer.ufms.br/index.php/revdir>.

### FORMATÇÃO

Os **artigos científicos**, sem a identificação do (s) autor (es), obedecerão às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e deverão possuir os seguintes requisitos: a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula (caixa alta), negrito; b) Resumo de até 500 palavras em português e inglês: espaço simples, fonte 12, justificado; c) 03 (três) a 05 (cinco) palavras-chave em português e inglês, separadas por ponto e vírgula; d) Sumário (Introdução, desenvolvimento, conclusão e referências), com elementos numerados em algarismos arábicos, com exceção da introdução, conclusão e referências,

que não devem vir numeradas; e) Número de laudas: 15 a 25 páginas; f) Os artigos devem ser digitados em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte tamanho 10. h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas; i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT. As **resenhas críticas**, sem identificação do (s) autor (es) devem conter: a) Entre 02 a 10 laudas; b) Título e subtítulo (= artigo); c) As resenhas devem ser digitadas em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; d) A referência bibliográfica do material resenhado deverá ser apresentada antes do texto da resenha; e) O corpo do texto deverá ser iniciado três linhas abaixo da referência bibliográfica do material resenhado; f) Os demais textos citados na resenha deverão aparecer em referência completa ao final da mesma e devem atender aos padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

### AVALIAÇÃO

Todos os trabalhos submetidos serão avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examinará a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, o texto será enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade do (s) autor (es) e avaliadores, para que sejam analisados a sua forma e conteúdo, de acordo com os critérios previamente estabelecidos pelo Conselho Científico, e emitido o parecer a ser disponibilizado ao (s) autor (es) do trabalho. Importa destacar que os avaliadores da *Revista Direito UFMS* são douto-

res e docentes de diversas instituições e regiões do Brasil e exterior. Nesse sentido, no processo de avaliação, os comentários e sugestões serão enviados aos autores com vistas ao aprimoramento contínuo dos trabalhos acadêmicos e à adequação aos padrões exigidos pela revista.

### DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos submetidos à publicação na *Revista Direito UFMS* devem ser inéditos e não devem estar sendo considerados em outro periódico. Os direitos autorais dos artigos e resenhas aceitas são cedidos à revista, que se reserva o direito de efetuar alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão e estilo da revista.