

40.1

ISSN 2447-8709  
VOLUME 40.1, NÚMERO 1  
JANEIRO/JUNHO 2024

**REVISTA  
DA FACULDADE DE  
DIREITO  
DO SUL DE MINAS**

FUNDADA EM 1984



**EXPEDIENTE DA FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – V. 40, N. 1**

**ISSN (impresso) n. 1516-4551**

**ISSN (eletrônico) n. 2447-8709**

**Editor-chefe:** Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

**Secretária:** Natália Carvalho Campos Azevedo.

**Bibliotecária responsável:** Jaqueline de Faria Monteiro Martins.

**Editores associados:** Adrielle Marques Braidotti, Afonso Marques Padilha Junior, Bruno Grillo Faria Dias, Júlia Klehm Fermino, Kaique Ruan Rezende Santos, Lidiane Cintra de Oliveira Dias, Livia Maria Ribeiro Gonçalves, Maíra Ribeiro de Rezende, Marcela Modesto Fermino, Maria Fernanda Pereira Rosa, Mariana Telles Cavalcanti e Yasmin Caroline de Oliveira Andrade.

**Conselho Editorial:**

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP;  
Prof. Dr. Andrea Panzarola – Libera Università Mediterranea "Jean Monnet" Bari – Itália;  
Profª. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola – UNISINOS;  
Profª. Dra. Cidália Maria da Mota Lopes – Coimbra Business School – ISCAC;  
Prof. Dr. Diego Germán Mejía-Lemos – National University of Singapore – Singapura;  
Prof. Dr. Freddie Didier Júnior – Universidade Federal da Bahia – UFBA;  
Profª. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha – UNISINOS;  
Prof. Dr. João Carlos Relvão Caetano – Universidade Aberta – Portugal.  
Prof. Dr. José Ignacio Martinez Estay – Universidad de los Andes – Chile;  
Prof. Dr. José Lebre de Freitas – Universidade Nova de Lisboa – Portugal;  
Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal;  
Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha – Universidade de Direito de Recife – UFPE;  
Dr. Luiz Inácio Lucena Adams – Advocacia Geral da União;  
Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho - UFPB;  
Profª. Dra. Paula Costa e Silva – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal;  
Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB;  
Prof. Dr. Rodrigo Andrés Perez Lisicic – Universidade do Atacama – Chile;  
Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal;  
Profª. Dra. Samyra Haydê e Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE;

**Pareceristas atuantes:**

Almir Megali Neto  
Anna Paula Bagetti Zeifert  
Caio Gracco Pinheiro Dias  
Carlos Renato Cunha  
Carinna Gonçalves Simplício  
Cícero Krupp da Luz  
Cildo Giolo Júnior  
Claudio José Franzolin  
Cyro José Jacometti Silva  
Daize Fernanda Wagner  
Denise Tatiane Girardon Santos  
Doglas Cesar Lucas  
Edson Vieira da Silva Filho  
Eduardo Baldissera Carvalho Salles  
Eduardo de Carvalho Rêgo  
Felipe Rodolfo de Carvalho  
Francieli Puntel Raminelli  
Gabriela Borba Evangelista  
Harrison Ferreira Leite  
José Eduardo Lourenço dos Santos  
Lucas André Viegas Carvalho de Siqueira  
Luís Renato Vedovato  
Marcelo Negri Soares  
Maurício da Cunha Savino Filó  
Pablo Martins Bernardi Coelho  
Rafael Lazzarotto Simioni  
Raimundo Wilson Gama Raiol  
Renata Lima  
Samuel Mendonça  
Sthefano Bruno Santos Divino  
Vinicius Pacheco Fluminhan  
Vivianne Rigoldi  
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer  
Zionel Santana

**Periodicidade:** O volume anual é composto de um número, com periodicidade semestral.

**Linha editorial:** Constitucionalismo e Democracia.

**Missão:** A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é um veículo de consolidação das linhas de pesquisas institucionais e tem por finalidade publicar trabalhos inéditos na área do Direito.

**Política de responsabilidade:** O corpo editorial da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos, sendo estes de responsabilidade de seus autores.

**Política de livre acesso:** Todo o material publicado na Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é de acesso online e gratuito. A cessão de artigos à revista é igualmente gratuita, não sendo cobradas, tampouco, taxas para a análise e publicação. A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas obedece aos termos da licença *Creative Commons 3.0* (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/br/deed.pt>), atribuição não comercial e sem derivações, em consonância com a legislação autoral brasileira, Lei 9.610/98.

**Indexação:** Assembleia de Minas; Blook Beta; Diadorim; Latindex; Portal de Periódicos CAPES; Sumários.org; Periódicos de Minas; LivRe; Google Scholar; Miguilim.

**Correspondência:** Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, comentários aos editores, solicitação de cópias, sugestões,

avisos e outras informações, deve ser feita através do site: <https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/index>, ou através do e-mail: revista@fdsm.edu.br, ou, ainda, através do endereço postal: Av. Dr. João Beraldo, 1075 - Centro - Pouso Alegre MG - CEP 37550-000.

**Normas para a submissão:** Disponíveis em:

<https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/about/submissions>.

**Faculdade de Direito do Sul de Minas:**

Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende

Fundador: Evaristo Toledo

Coordenador Financeiro: Luiz Otávio de Oliveira Rezende

Coordenador de Graduação: Elias Kallás Filho

Coordenador Científico e de Pós-Graduação: Rafael Lazzarotto Simioni

ISSN 1516-4551  
e-ISSN 2447-8709

**REVISTA  
da Faculdade de  
DIREITO  
do Sul de Minas**

## **FICHA CATALOGRÁFICA**

Elaborada pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito  
do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito –  
Pouso Alegre, MG, v. 40, n. 1 (jan./jun. 2024)

Semestral 2008  
ISSN 1516-4551

Anual 1984-2007 – Resumo em Português e Inglês.

1. Direito – Periódicos. I Faculdade de Direito do Sul de Minas.  
Programa de Pós-Graduação e Mestrado em Direito.

CDD 340.05

## EDITORIAL

### CONHECIMENTO CIENTÍFICO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

A presente edição de número 40 (1) traz 17 contribuições importantes, de pesquisadores que se inserem nas mais variadas áreas do conhecimento jurídico, cujos textos estabelecem conexões com a democracia e com o constitucionalismo de forma crítica e que oportunizam uma construção do conhecimento científico no âmbito do direito.

Após o difícil momento que passamos durante a crise sanitária da COVID-19, o maior aprendizado que podemos tirar é que o conhecimento científico deve ser compartilhado. A ciência salva vidas e permite uma mudança de perspectiva necessária nos dias atuais.

Em diversas obras literárias, até mesmo naquelas distópicas, o grande inimigo da arbitrariedade e do abuso é o conhecimento. Neste aspecto, Aldous Huxley em sua emblemática obra *Admirável Mundo Novo*, escreveu: “Conhecimento não é aquilo que você sabe, mas o que você faz com aquilo que você sabe”. Assim, ponderamos que além da importância das pesquisas científicas *per si*, igualmente relevante é o trabalho de divulgação do conhecimento produzido dentro da academia para a sociedade.

A academia não pode ser um local isolado, em que não conversa com os problemas sociais e discute possibilidade de mudança, mas deve ser um local de construção crítica e comprometida do conhecimento. Nesse sentido, é que a Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas publica mais um número, com o objetivo de publicizar importantes trabalhos no âmbito do direito, que perpassam desde discussões sobre hermenêutica constitucional a questões concernentes ao âmbito do direito tributário e do direito do trabalho.

No primeiro texto da edição, os autores de **A crítica hermenêutica ao positivismo: uma análise do caso Francischini** problematizam o atual paradigma jurídico da discricionariedade judicial no Brasil, a partir de uma análise da decisão monocrática do STF (TPA nº 39/22- DF), trazendo reflexões acerca do positivismo no Brasil com embasamento na Crítica Hermenêutica do Direito, relacionando-se intrinsecamente com as questões do constitucionalismo contemporâneo.

No artigo **A mudança de paradigma do direito tributário frente à influência da OCDE: impactos da era digital**, os autores trouxeram uma problematização sobre o como o Sistema Tributário brasileiro sofre uma mudança de paradigma devido à influência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e às mudanças tecnológicas.

Para uma nova perspectiva sobre o que entendemos a respeito da democracia, o artigo **Democracia, subjetividade política e eleições na reflexão filosófica de Slavoj**

Žižek remonta as ideias do pensador esloveno, objetivando a elucidação da fase inicial do pensamento do filósofo.

O artigo **Hermenêutica constitucional e omissões normativas** investiga tanto a mudança de postura interpretativa, como o potencial do Judiciário em contribuir com a efetividade das normas constitucionais no contexto de expansão que vem passando no século XXI.

Sabe-se que o Constitucionalismo aborda temáticas muito abrangentes, como é o caso do Direito do Trabalho que possui ampla fundamentação constitucional quando falamos em direitos sociais, nesse sentido, o artigo **(In)aplicabilidade do princípio da função social ao contrato de trabalho: uma perspectiva a partir da doutrina e da jurisprudência** que visa correlacionar o contrato de trabalho e o princípio da função social.

No artigo **Intervenção do Estado no domínio econômico: relato histórico sobre o preço mínimo do café no Brasil** os autores objetivam destacar a intervenção estatal por meio do preço mínimo (espécie) do café no Brasil a partir de um resgate histórico.

Muito se aborda no âmbito jurídico a problemática da função social das empresas, e o artigo **Justiça restaurativa e o papel do Estado** apresenta uma perspectiva que busca debater o que seria a Justiça Restaurativa e sua relação com o papel do Estado.

O artigo **Legal pragmatism as a guide to new perspectives on the application of law** realizou uma análise do pragmatismo jurídico à luz da filosofia do direito, refletindo sobre a aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em relação as alterações na LINDB (Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro).

O artigo **Legislation's permissiveness and the creation of brazilian political parties (1979-2018)** avalia a alta fragmentação do sistema partidário brasileiro e para, isso, utiliza duas abordagens a fim de analisar a permissividade da legislação, primeiramente a partir da legislação eleitoral e após a partir da legislação partidária específica.

Em uma análise voltada à Teoria Feminista do Direito, o artigo **Machismo estrutural no judiciário brasileiro: uma análise crítica sobre a violação de direitos de mulheres perante demandas judiciais em que são vítimas de crimes** traça considerações sobre práticas e posturas que configuram tratamento desumano e degradante conferido às mulheres perante demandas judiciais em que são vítimas de crimes e sua possível inter-relação com o machismo estrutural.

Durante a pandemia da COVID-19, diversas foram as discussões a respeito dos direitos fundamentais, neste aspecto o artigo **Moradia vs. propriedade: a ADPF 828/DF e a proteção contramajoritária em tempos de pandemia à luz da proporcionalidade** realizou um estudo acerca da colisão de direitos fundamentais ocorrida entre os direitos fundamentais à moradia e de propriedade no cenário da crise sanitária da COVID-19 e dos efeitos do lockdown.

O artigo “**Nosso Norte é o nosso Sul**”: o constitucionalismo latino-americano a partir do pensamento decolonial, analisa como o pensamento decolonial representa uma possibilidade de ressignificação do constitucionalismo na América Latina a partir do novo constitucionalismo latino-americano.

Em sequência, no artigo **O fundamento do sistema jurídico a partir da retórica da imanência**, os autores abordam a dicotomia entre a ideia de transcendência, que, por muito tempo, esteve associada à bandeira do jusnaturalismo, e a ideia de imanência, associada ao juspositivismo e a outras áreas do saber científico, como a biologia e a sociologia.

O artigo **O liberalismo político e o direito das famílias** analisa o liberalismo político aplicado ao Direito das Famílias, ressaltando a importância que a família detém no cenário social, por se tratar do ambiente no qual o indivíduo exerce a sua personalidade e os seus ideais, através da autonomia da vontade, partindo dos estudos filosóficos sobre liberdade, como Kant, Dworkin e Rawls.

Em uma pesquisa regionalizada, o artigo **Planejamento urbano e áreas de risco: conceitos e abordagens legais em Minas Gerais** objetiva discutir a interação entre planejamento urbano e riscos de desastres naturais, via ações da Defesa Civil, tomando como base a Lei Federal 12.608/2012, a Lei Estadual 20.009/12 e suas regulamentações.

Por fim, o artigo **Saúde pública no Brasil: inconformidade do SUS constitucional com a biopolítica do corpo social** busca estabelecer uma relação entre a utopia constitucional da proposta do Sistema Único de Saúde, frente à realidade contemporânea da saúde sob uma ótica biopolítica de controle de corpos por parte do Estado, em especial pelo Estado neoliberal.

A edição 40(1) também conta com uma resenha da obra **A infocracia e a degeneração da democracia** de Byung-Chul Han publicada em 2022.

Boa leitura!

*Júlia Klehm Fermino*  
Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)

*Rafael Lazzarotto Simioni*  
Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)

## SUMÁRIO / CONTENTS

<b>Editorial .....</b>	<b>III</b>
<b>A crítica hermenêutica ao positivismo: uma análise do caso Francischini.....</b>	<b>1</b>
<i>The hermeneutic criticism of positivism: an analysis of the Francischini case.</i> Têmis Limberger • Juliana Paganini	
<b>A mudança de paradigma do direito tributário frente à influência da OCDE: impactos da era digital.....</b>	<b>23</b>
<i>The paradigm shift of brazilian tax law in light of the influence of the OECD: impacts of the digital era .</i> Carlos Renato Cunha • Guilherme Martelli Moreira	
<b>Democracia, subjetividade política e eleições na reflexão filosófica de Slavoj Žižek.....</b>	<b>41</b>
<i>Democracy, political subjectivity and elections in the philosophical reflection of Slavoj Žižek.</i> Marcus Vinicius Quessada Apolinário Filho • Gérson Pereira Filho	
<b>Hermenêutica constitucional e omissões normativas .....</b>	<b>57</b>
<i>Constitucional hermeneutics and normative omissions</i> Gabriel Bezerra Feitosa • Martônio Mont'Alverne Barreto Lima	
<b>(In)aplicabilidade do princípio da função social ao contrato de Trabalho: uma perspectiva a partir da doutrina e da jurisprudência.....</b>	<b>73</b>
<i>(In)applicability of the principle of social function to the Employment contract: a perspective based on doctrine and Jurisprudence</i> Victor Hugo de Almeida • Kaique Souza Pedaes • Laura Emelianne Noronha Pin	
<b>Intervenção do Estado no domínio econômico: relato histórico sobre o preço mínimo do café no Brasil.....</b>	<b>93</b>
<i>State intervention in the economic domain: historical account of the minimum price of coffee in Brazil.</i> Janaina de Alvarenga Silva Carvalho • Giovani Clark	
<b>Justiça restaurativa e o papel do Estado.....</b>	<b>112</b>
<i>Restorative justice and the role of the state</i> Monica P Dias • Raimundo Pontes Filho • Fabiola de Carvalho	
<b>Legal pragmatism as a guide to new perspectives on the application of law.....</b>	<b>129</b>
<i>El pragmatismo jurídico como guía para nuevas perspectivas de aplicación del derecho</i> Alvaro de Azevedo Gonzaga • Felipe Labruna • Cassiano Mazon	
<b>Legislation's permissiveness and the creation of brazilian political parties (1979-2018) .....</b>	<b>145</b>
<i>Legislação permissiva e a criação de partidos políticos no Brasil (1979-2018)</i> Cristiana Maglia	

<b>Machismo estrutural no judiciário brasileiro: uma análise crítica sobre a violação de direitos de mulheres perante demandas judiciais em que são vítimas de crimes.....</b>	<b>167</b>
<i>Structural machismo in the brazilian judiciary: a critical analysis of the violation of women's rights in the face of judicial demands in which they are victims of crimes</i>	
Tássia Aparecida Gervasoni • Júlia Perin Fontanella	
<b>Moradia vs. Propriedade: a ADPF 828/DF e a proteção contramajoritária em tempos de pandemia à luz da proporcionalidade.....</b>	<b>193</b>
<i>Dwelling vs. Property: ADPF 828/DF and the countermajoritarian protection in the pandemic based on proportionality</i>	
Mônica Clarissa Hennig Leal • Lucas Moreschi Paulo	
<b>“Nosso Norte é o nosso Sul”: o constitucionalismo latino-americano a partir do pensamento decolonial.....</b>	<b>213</b>
<i>“Our north is our south”: latin american constitutionalism based on decolonial thinking</i>	
Paula Regina Benassuly Arruda • Ian Pimentel Gameiro • Arthur de Oliveira Souza	
<b>O fundamento do sistema jurídico a partir da retórica da imanência.....</b>	<b>235</b>
<i>The foundation of the legal system from the rhetoric of immanence</i>	
Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo • João Maurício Adeodato	
<b>O liberalismo político e o direito das famílias.....</b>	<b>251</b>
<i>Political liberalism and family law</i>	
Luã Nogueira Jung • Ana Beatriz Lopes Barbosa	
<b>Planejamento urbano e áreas de risco: conceitos e abordagens legais em Minas Gerais.....</b>	<b>268</b>
<i>Urban planning and risk areas: legal concepts and approaches in Minas Gerais</i>	
Aline Pereira Leite Nunes • Antônio Maria Claret Gouveia • Paulo Henrique Camargos Firme • Kerley dos Santos Alves	
<b>Saúde pública no Brasil: inconformidade do SUS constitucional com a biopolítica do corpo social.....</b>	<b>285</b>
<i>Public health in Brazil: inconformity of the constitutional SUS with the biopolity of the social corporation</i>	
Janaína Machado Sturza • Laís Betinelli Pasqualoto	
<b>A infocracia e a degeneração da democracia Byung-Chul Han.....</b>	<b>300</b>
<i>Infocracy and the degeneration of democracy</i>	
Guilherme Howes Neto • João Gabriel Dornelles Howes	

## A CRÍTICA HERMENÊUTICA AO POSITIVISMO: UMA ANÁLISE DO CASO FRANCISCHINI.

### THE HERMENEUTIC CRITICISM OF POSITIVISM: AN ANALYSIS OF THE FRANCISCHINI CASE.

Têmis Limberger\*  
Juliana Paganini\*\*

#### RESUMO

O positivismo jurídico é um fenômeno complexo, que varia com o tempo. Mas, há um ponto comum que todo positivismo carrega: o desejo de metodologicamente assumir caráter descritivo. Porém, no Brasil existe uma confusão sobre seu significado, abrindo espaço para a discricionariedade. Por isso, a pesquisa possui como problema: o atual paradigma jurídico da discricionariedade judicial coaduna-se com a democracia contemplada na CRFB? A hipótese inicial afirma que coaduna, respeitando a Crítica Hermenêutica do Direito. Para tanto, realizou-se pesquisa de natureza pura, com abordagem qualitativa e fins descritivos. O método de abordagem foi o dedutivo, de procedimento monográfico. O estudo de caso utilizou técnica bibliográfica e documental. Os resultados indicaram que embora a democracia seja reconhecida constitucionalmente, a decisão do caso Francischini, proferida monocraticamente pelo STF restou resumida a opinião do juiz, que sob argumento da discricionariedade, não realizou a interpretação conforme a Constituição, desrespeitando a Crítica Hermenêutica do Direito.

**Palavras-chave:** Crítica Hermenêutica do Direito; Democracia Constitucional; Discricionariedade; Positivismo Jurídico.

#### ABSTRACT

Legal positivism is a complex phenomenon, which varies over time. However, there is a common point that all positivism carries: the desire to methodologically assume a descriptive character. However, in Brazil there is confusion about its meaning, leaving room for discretion. Therefore, the research has the following problem: is the current legal paradigm of judicial discretion in line with the democracy contemplated in the CRFB? The initial hypothesis states that it is consistent, respecting the Hermeneutic Criticism of Law. To this end, pure research was carried out, with a qualitative approach and descriptive purposes. The approach method was deductive, with a monographic procedure. The case study used bibliographic and documentary techniques. The results indicated that although democracy is constitutionally recognized, the decision in the Francischini case, handed down monocratically by the STF, summarized the opinion of the judge, who, under the argument of discretion, did not carry out the interpretation in accordance with the Constitution, disrespecting the Hermeneutic Criticism of Law.

\* Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra - UPF de Barcelona. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha. Professora do Programa de Pós-graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4818791232370274>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0670-583X>, e-mail: temisl@unisinos.br

\*\* Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Bolsista PROEX/CAPES. Professora da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6840816576201091>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9883-2339>, email: julianaapaganini@hotmail.com

Key-words: Hermeneutic Critique of Law; Constitutional Democracy; Discretion; Legal Positivism.

## INTRODUÇÃO

No Brasil, o positivismo jurídico foi rotulado de diversas formas incompatíveis com seu caráter complexo, gerando muitas confusões quanto a sua concepção, estando dentre elas a tese de que toda lei é clara e precisa, tendo o juiz o papel de mera aplicação desta. No entanto, é preciso lembrar que quando alguém afirma ser um positivista jurídico, na maioria das vezes não faz ideia dos diversos positivismos que foram se forjando com o passar dos séculos, sendo que contemporaneamente os positivistas se dividiram em duas grandes vertentes: a inclusiva e exclusiva.

Embora o positivismo inclusivo e exclusivo se diferencie em algumas peculiaridades, ambos possuem como ponto em comum o estudo dos fatos sociais e a defesa da não vinculação necessária entre direito e moral, tendo o primeiro como seu principal teórico Herbert Lionel Adolphus Hart e o segundo, Joseph Raz.

*Levando em consideração as diversas faces que o positivismo jurídico possui, simplificá-lo se configura em um erro muito sério, uma vez que isto irá refletir diretamente nas decisões dos juízes, restando um espaço aberto para a discricionariedade, solipsismo judicial, julgamento conforme a sua consciência.*

Presencia-se cotidianamente decisões baseadas na vontade do intérprete/juiz, sem qualquer método, como foi o caso Francischini, em que o relator e ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) N.M<sup>1</sup>, decidiu monocraticamente na Tutela Provisória Antecedente nº 39/22- DF, dentre outras questões, que a internet não se equipara aos demais meios de comunicação, deferindo o pedido formulado pelo deputado estadual FDF<sup>2</sup>, quanto a revisão da decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no que diz respeito a cassação de seu mandato por uso indevido dos meios de comunicação social e abuso de autoridade (Lei Complementar n. 64/1990 - Lei de Inelegibilidades -, art. 22).

Sendo assim, a partir do momento que inexistem critérios para julgamento e o juiz decide baseado na discricionariedade, o direito se esvazia, a separação dos poderes é violada, o povo é desrespeitado, vez que elegeu seus representantes que são responsáveis pela elaboração das leis, ou seja, dentro desta lógica solipsista a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) deixa de ser aplicada, em prol da arbitrariedade.

Por isso, a pesquisa tem como problema a seguinte pergunta: o atual paradigma jurídico da discricionariedade judicial coaduna-se com a democracia contemplada na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)?

Como hipótese inicial verifica-se que, controlar as decisões judiciais é uma questão de democracia, por isso, a possível solução estaria na interpretação conforme a Constituição, que se encontra no âmbito da Crítica Hermenêutica do Direito.

<sup>1</sup> Ministro Nunes Marques.

<sup>2</sup> Deputado estadual Fernando Destito Francischini.

Nesse sentido, o problema da discricionariedade reside na transformação de juízes em legisladores, os tornando protagonistas do próprio direito, ignorando a produção democrática da lei e consequentemente abrindo espaço para o abuso de poder.

Então, a pesquisa tem como objetivo geral analisar se o atual paradigma jurídico da discricionariedade judicial coaduna-se com a democracia contemplada na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Como objetivos específicos a pesquisa pretende 1) estudar a discricionariedade judicial no positivismo exclusivo e inclusivo, 2) compreender a Crítica Hermenêutica do Direito e 3) analisar o julgamento do caso Francischini pelo ministro N.M do Supremo Tribunal Federal (STF) na Tutela Provisória Antecedente nº 39/22- DF, à luz da Democracia Constitucional.

No que tange à metodologia, quanto a natureza, trata-se de pesquisa pura, pois visa contribuir para o conhecimento já existente acerca da discricionariedade, de modo a compreender se no âmbito judicial ela coaduna com a democracia contemplada na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Quanto a abordagem do problema, trata-se de estudo qualitativo, amparado na análise da decisão monocrática do STF do caso Francischini. O método de abordagem foi o dedutivo, uma vez que a análise particular da decisão monocrática pode impactar significativamente na conduta do STF ao abrir precedente. Quanto aos fins, a pesquisa foi descritiva, com procedimento monográfico, uma vez que analisa um caso específico, para alertar como o Poder Judiciário, sobretudo o STF, encarou a discricionariedade na decisão monocrática (TPA nº 39/22- DF). Por fim, a técnica de pesquisa foi bibliográfica e documental.

Quanto ao procedimento de levantamento de dados, realizou-se uma pesquisa junto ao STF, na qual se encontrou a decisão monocrática (TPA nº 39/22- DF), acerca do julgamento de um recurso apresentado pelo Ministério Públíco Eleitoral (MPE), que solicitava a cassação do diploma e a declaração de inelegibilidade do deputado estadual eleito pelo Paraná em 2018. A relevância desse precedente se situa no fato da decisão ter sido baseada na discricionariedade associada a mero ato de opinião do juiz, desrespeitando com isso, os parâmetros constitucionais.

Por fim, o procedimento de análise de dados se deu através do estudo de caso, representado pela decisão monocrática do STF (TPA nº 39/22- DF), se utilizando como marco teórico os estudos sobre a Crítica Hermenêutica do Direito, a partir de concepções produzidas por vários autores que lutam por um Poder Judiciário cuja decisão não seja pautada na discricionariedade como sinônimo da vontade do juiz, mas na interpretação conforme a Constituição.

### **A discricionariedade judicial no positivismo inclusivo e exclusivo**

O positivismo jurídico encarou diversas transformações com o passar do tempo, sendo confundido ainda hoje entre os juristas, como sinônimo de “juiz boca da lei”, cuja função seria tão somente àquela relacionada a dizer o direito ao caso concreto<sup>3 4</sup>.

Percebe-se que o positivismo além de ser compreendido de maneira única, onde as pessoas relacionam seu conceito com a Escola da Exegese na França<sup>5</sup>, ele ainda é utilizado como ofensa àqueles que defendem a lei produzida democraticamente pelo Poder Legislativo.

De todo o modo, as academias estão construindo este tipo de conhecimento, denominado por Warat<sup>6</sup> como “senso comum teórico dos juristas”, onde vendem a ideia de que para criticar o positivismo jurídico, se deve defender a liberdade do juiz, cujas decisões precisariam se pautar na discricionariedade.

Mas essa alegação não é nova. Antes da formação do Estado Moderno, o juiz ao resolver as controvérsias não tinha a obrigação de escolher pelas leis emanadas pelo órgão legislativo do Estado, mas tinha liberdade para definir qual aplicar, ou até mesmo poderia deixá-la de lado e priorizar critérios equitativos, extraíndo a regra do próprio caso, segundo princípios da razão natural<sup>7</sup>.

Significa dizer que a decisão judicial sofreu forte influência histórica, sendo que ignorar isto, e alegar tão somente que o juiz deve ter liberdade para julgar de acordo com suas convicções, é de uma irresponsabilidade sem tamanho, tendo em vista toda a produção normativa.

Emerge a reflexão de que ao se proteger a discricionariedade judicial ao invés da aplicação das leis, se está inserindo o processo democrático num espaço simbólico, desrespeitando a eleição dos representantes parlamentares e a própria elaboração das normas, independentemente do seu grau de hierarquia.

Portanto, segundo Warat e Cittadino<sup>8</sup>, o ser humano se expressa de diversas formas, inclusive pela linguagem, porém esta tanto pode ser instrumento de conhecimento, como também pode se constituir em meio de dominação, esvaziando por si só a ciência. Tanto é assim, que Kelsen buscou dentro da ciência uma teoria neutra, entendendo que no campo científico a objetividade poderia ser alcançada<sup>9</sup>, razão pela qual o autor elaborou a norma fundamental<sup>10</sup>.

Dessa forma, Kelsen não separou direito da moral, mas elaborou uma teoria pura do direito, na qual dentro dela haveria a pureza, mas no direito não, assim sendo, ele

---

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, Baron. *O espírito das leis*. 9. São Paulo Saraiva 2007.

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. *Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico*. Revista UNIFESO- Humanas e sociais, v.1, n.1, 2014.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

<sup>6</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. v.2. Porto Alegre: SAFE, 1995.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

<sup>8</sup> WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo; CITTADINO, Gisele Guimarães. *O direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p.37.

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 6.ed. rev. trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 6.ed. rev. trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.125.

propõe a separação entre direito e ciência do direito, mesmo que isso não seja tão compreendido até os dias de hoje<sup>11</sup>.

Nesse sentido, o positivismo jurídico surge para transformar o estudo do direito em uma ciência, pois no campo desta encontram-se presentes os juízos de fato, mas não os de valor, sendo que enquanto o primeiro é pautado no ser, o segundo envolve questões do dever ser do direito<sup>12</sup>.

Por outro lado, Dworkin<sup>13</sup> levantou a ideia de fusão entre direito e moral, afirmamando que ambas pertenciam ao mesmo campo, uma vez que “há, inevitavelmente, uma dimensão moral associada a um processo judicial legal e, portanto, um risco permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública”<sup>14</sup>.

Na concepção do autor<sup>15</sup>, o Poder Judiciário deveria estar atrelado ao direito, recorrendo aos princípios para desenvolvê-lo no caso concreto, tendo assim um “poder discricionário fraco”, que embora pudesse se utilizar de técnicas para decidir, não teria arbitrariedade em suas decisões.

Entretanto, contemporaneamente, em resposta a algumas críticas de Dworkin, os positivistas se dividiram em duas grandes vertentes: a inclusiva e exclusiva, sendo que ambas mantêm a tese das fontes sociais e da não vinculação necessária entre direito e moral, se diferenciando, porém, em algumas questões pontuais<sup>16</sup>.

O positivismo jurídico inclusivo é representado, dentre outros autores, por Herbert Lionel Adolphus Hart<sup>17</sup>, na qual defende que não existe uma negação de que conceitos e normas jurídicas possam invocar a moral, pelo contrário, isso acontece quando o sistema jurídico acaba autorizando e exigindo o uso dessa moral.

Nesse sentido, existem questões que não se consegue resolver nos sistemas jurídicos, onde, estando o juiz diante de lacunas, este estaria autorizado a exercer o poder discricionário, se valendo de suas crenças e valores<sup>18</sup>.

Assim, o direito sofre influência da moral, sendo esta exercida de forma abrupta e confessada, através de legislação, ou de forma silenciosa e paulatina, através do processo judicial<sup>19</sup>, ou seja, independente do contexto, a moral estará presente no direito.

Para Streck<sup>20</sup>, Hart colocou a validade do direito num mundo concreto e social, ou seja, o direito só teria validade devido ao reconhecimento da comunidade política (regra de reconhecimento). Então, para o positivismo jurídico inclusivo é possível que

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é positivismo afinal? E qual positivismo?* Revista Novos Estudos Jurídicos-eletrônica, v. 24, n. 3, 2018.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p.135.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald Myles. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald Myles. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.03-04.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald Myles. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

<sup>17</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

<sup>18</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

<sup>19</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

argumentos morais integrem o direito de forma contingencial, pois enquanto linguagem ele possui ambiguidades, havendo a chamada “textura aberta”.

Portanto, a textura aberta significa que

há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Este fato saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por precedente) a um caso concreto”<sup>21</sup>.

Assim, o papel de juiz e legislador não se confundem, uma vez que o juiz somente irá manifestar a criação do direito quando a legislação for omissa, no entanto, nada impede que ele possa se utilizar de critérios morais.

Segundo o positivismo jurídico inclusivo a validade jurídica por vezes é uma questão de conteúdo moral das normas, sendo o direito identificado por convenções que podem, mas não precisam, conter referência ao conteúdo moral como condição de legalidade<sup>22 23</sup>.

A partir disso, é possível afirmar que a teoria de Dworkin compartilha alguns aspectos com a versão inclusiva do positivismo jurídico, como dentre outras coisas, que a moralidade e a validade jurídica estão relacionadas, ainda que acabem divergindo quanto o fundamento desta relação.

Isso porque o autor considera o fato da validade jurídica depender de considerações morais, sendo uma característica essencial da lei que deriva da sua natureza interpretativa, enquanto que o positivismo jurídico inclusivo defende que esta dependência da validade jurídica em relação às considerações morais é contingente<sup>24</sup>.

Por outro lado, o positivismo jurídico exclusivo, possui Joseph Raz como um dos seus principais autores, na qual defende que o direito é identificado pelas fontes sociais num sentido mais forte, envolvendo questões de neutralidade de validade do direito.

No entendimento de Raz<sup>25</sup>, o direito reivindica autoridade para si, de modo que impõe a observância de suas regras, ou seja, ele estabelece que tal conduta é obrigatória, ainda que as pessoas individualmente considerem o contrário. Então, por exemplo, se Maria não mata outrem devido ao receio de ser responsabilizada pelas normas jurídicas, o direito alcançou sua autoridade. No entanto, se por outro lado, ela não o faz por acreditar que isso não é correto, ou ainda, que será punida pelas leis divinas, o direito aqui não obteve tal autoridade.

<sup>21</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p.148.

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

<sup>23</sup> MARMOR, Andrei; SARCH, Alexander. *The Nature of Law*. Stanford encyclopedia of philosophy, 2019.

<sup>24</sup> MARMOR, Andrei; SARCH, Alexander. *The Nature of Law*. Stanford encyclopedia of philosophy, 2019.

<sup>25</sup> RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. Columbia Law School, Scholarship Archive, 1972.

Portanto, Raz<sup>26</sup> trata acerca das razões de primeira ordem e segunda ordem, onde as razões que até então a pessoa tinha, acabam se tornando irrelevantes, dando lugar àquela que está sendo reivindicada pelo direito. Assim, o direito cancela e substitui as razões que fazem com que a pessoa aja de determinada forma, dando lugar as razões que o direito determina para agir (preempção).

O positivismo jurídico exclusivo defende a tese da diferença prática, isto é, para que o direito faça uma diferença prática na conduta de alguma pessoa, é necessário que ele recomende fazer algo a partir de razões que ela já não teria para agir daquela maneira<sup>27</sup> <sup>28</sup>. Por este motivo, o direito não pode ter critérios morais, uma vez que a pessoa já teria critérios para agir, independentemente do direito, não fazendo diferença a existência dele.

No entanto, existe um paradoxo na tese de Raz no que tange ao positivismo jurídico exclusivo, pois o direito reivindica autoridade, mas “o juiz por ter responsabilidade enquanto funcionário público, em determinados casos, poderá vir a deixar de apresentar razões com respaldo de autoridade”<sup>29</sup>.

Nesse sentido, o juiz poderia decidir fora do direito, sustentando que a lei é moralmente inaceitável, aplicando em seus argumentos inclusive razões não jurídicas, que posteriormente podem vir a incorporar o próprio direito.

Esta é a parte em que o positivismo jurídico exclusivo é autodestrutível, pois ele

admite que se o juiz fundamentar suas decisões utilizando razões extrajurídicas, esta decisão terá força jurídica assim como todas as outras, caso não reformada por uma instância jurisdicional superior. Assim, aquilo que em um primeiro momento não era direito, passou a ser. O juiz criou a norma jurídica (dever ser) no caso concreto utilizando argumentos extrajurídicos, em um segundo momento, o positivista exclusivo simplesmente descreverá (ser) essa operação realizada pelo juiz desde uma perspectiva externa (sem interferência da moral). Afinal, se a decisão é direito, este deve ser descrito, em um segundo momento<sup>30</sup>.

Percebe-se então que no positivismo jurídico exclusivo, as razões morais podem ser levadas em consideração diante de um juízo discricionário, fazendo com que posteriormente estas integrem o sistema jurídico.

Ora, “de que modo o direito estaria conceitualmente separado da moralidade se a reivindicação de autoridade que necessariamente o constitui é moral”?<sup>31</sup>

Esta contradição acaba desembocando na discussão acerca da discricionariedade judicial, presente tanto no positivismo jurídico inclusivo, quanto no exclusivo, de modo

<sup>26</sup> RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. Columbia Law School, Scholarship Archive, 1972.

<sup>27</sup> COELHO, André Luiz Souza. *O Positivismo e a separação entre o direito e a moral*. Disponível em: [https://www.academia.edu/4683168/o\\_positivismo\\_e\\_a\\_separa%c3%a7%c3%a3o\\_entre\\_o\\_direito\\_e\\_a\\_moral\\_-\\_vers%C3%A3o\\_para\\_distribui%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/4683168/o_positivismo_e_a_separa%c3%a7%c3%a3o_entre_o_direito_e_a_moral_-_vers%C3%A3o_para_distribui%C3%A7%C3%A3o). Acesso em 24 março 2023.

<sup>28</sup> GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. *Legal positivism*. Stanford encyclopedia of philosophy, 2019.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p.183.

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p.184.

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p.185.

que independentemente das vertentes, quando se defende a separação do direito e da moral, já se está realizando um juízo moral.

Portanto, os positivismos inclusivo e exclusivo propugnam a não vinculação obrigatória entre direito e moral, mas na prática, ambas admitem que em algum momento o juiz haja com discricionariedade, seguindo suas crenças e seus padrões valorativos.

### A crítica Hermenêutica do Direito

Tratar sobre a Crítica Hermenêutica do Direito é de uma responsabilidade sem tamanho, no entanto, se encara este desafio tendo em vista a sua relevância para o rompimento do paradigma solipsista, do livre convencimento, da teoria da consciência, bem como da discricionariedade judicial.

Por isso, este fenômeno não deve ser compreendido como continuidade do positivismo jurídico, mas pelo contrário, deve ser encarado enquanto ruptura de um modelo arbitrário e antidemocrático que permeia ainda hoje o Poder Judiciário.

Esta matriz teórica foi desenvolvida em 2002, quando o professor Doutor Streck<sup>32</sup> na primeira edição de sua obra “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica” trouxe sustentações para a abordagem do tema, cuja teoria tinha outra nomenclatura, sendo posteriormente reconhecida com a denominação de Crítica Hermenêutica do Direito.

No entanto, cabe lembrar que Streck sofreu algumas influências que possibilitaram o desenvolvimento de seu estudo, sendo eles o giro ontológico-linguístico, e alguns autores tais como Luis Alberto Warat, Ernildo Stein, Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Ludwig Wittgenstein e Ronald Dworkin<sup>33</sup>.

Embora este artigo não tenha a pretensão de abordar as relevantes investigações de cada autor, vez que não é objeto do trabalho, se considera oportuno elencar o contexto que inspirou Streck a elaborar uma teoria, que além de limitar a livre atuação do juiz, propõe uma abordagem de compreensão do direito.

Dessa forma, a hermenêutica se constitui enquanto tradução de algo que não se consegue compreender, por isso a linguagem tem tanto poder, uma vez que através dela se consegue dar significado as coisas. Portanto, essa virada paradigmática denominada Crítica Hermenêutica do Direito, a utiliza como instrumento de criação do sujeito, onde Streck denominou de giro-linguístico<sup>34</sup>, ou seja, a pessoa não é mais fundamento do conhecimento.

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 1. ed. Revista e ampliada. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>33</sup> BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinícius. *O que é isto- a crítica hermenêutica do direito?* Revista Consultor Jurídico, 2021.

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.15.

Assim, o giro ontológico- linguístico além de inserir os problemas filosóficos na linguagem, ele ainda se configura enquanto “descoberta de que, para além do elemento lógico-analítico, pressupõe-se sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático”<sup>35</sup>.

Por isso, é através da linguagem que o sujeito age, vez que ele surge por meio dela, então, pode-se dizer que neste contexto há a morte da subjetividade, mas não do sujeito, ou seja, ele realiza a interpretação, não de acordo com suas concepções pessoais, mas observando a própria linguagem<sup>36</sup>.

Porém, no âmbito da interpretação e aplicação do direito, ainda se tem a ilusão de que o juiz primeiro comprehende, depois interpreta, para daí sim, aplicar, sendo que para Streck<sup>37</sup> não é possível o intérprete primeiro ter acesso a uma realidade e depois colocar um sentido sobre ela.

Essa concepção teve influência nos pensamentos de Gadamer<sup>38</sup>, nas quais para o autor, existe no mundo uma pré-compreensão na qual o intérprete se baseia para chegar até sua compreensão, atribuindo sentido a determinada coisa, no entanto, isso não se dá de modo repartido, mas num só processo.

Para Gadamer, por exemplo<sup>39</sup>,

O problema hermenêutico não é, pois, um problema de correto domínio da língua, mas o correto acordo sobre um assunto, que ocorre no médium da linguagem. Podemos aprender qualquer língua, de maneira que seu uso pleno implique já não termos de traduzir a partir da nossa própria língua ou à nossa própria língua, mas que se possa pensar na língua estrangeira. Para que possa haver acordo numa conversação, este gênero de domínio da língua é, na realidade, uma condição prévia. Toda conversação implica. Para que possa haver acordo numa conversação, este gênero de domínio da língua é, na realidade, uma condição prévia. Toda conversação implica o pressuposto evidente de que seus membros falem a mesma língua.

Percebe-se que, o predomínio da linguagem rompe com a ideia de que o juiz deve atribuir sentido ao que está lendo, de acordo com sua consciência individual, construindo assim o objeto do seu conhecimento, sem se importar com a lei.

Portanto, a Crítica Hermenêutica do Direito é uma nova teoria, segundo a qual une os horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana, e, por isso, levanta a tese de que há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como àquela adequada à Constituição<sup>40</sup>.

Quando se trata da observância à Constituição, não se está defendendo a proibição quanto a interpretação, mas o respeito ao contexto constitucional, onde as regras e

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.14.

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>38</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

<sup>39</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p.561.

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

princípios estão inseridos, de modo que o juiz não ignore esta realidade, para embasar a decisão em sua consciência.

No entendimento de Warat<sup>41</sup>, os significados de modo geral, possuem sentidos incompletos, são expressões em aberto, que se tornam plenos em um contexto determinado, por esse motivo, é impossível analisar o significado de um termo sem considerar o contexto no qual se insere.

Então, decidir conforme à Constituição e não de acordo com a consciência, é observar o significado contextual do direito, é se questionar sobre o que se está reproduzindo dentro das Universidades, é resistir ao falso discurso de que o juiz pode ignorar o texto da lei, para aplicar suas crenças pessoais, lei esta construída democraticamente.

Desse modo, expressões como ponderação de valores, proporcionalidade, ou decidir conforme minha consciência, quando utilizadas carregam consigo uma violência simbólica, que “produz o sentido próprio e o próprio sentido”<sup>42</sup>.

O que se busca com a Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria da decisão que respeite a coerência e integridade do direito, pois segundo Dworkin<sup>43</sup>,

A prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura.

Portanto, nota-se que para o autor, a interpretação é um processo construtivo, ou seja, interpretar é fazer com que algo alcance sua melhor forma, chegando próximo ao propósito ao qual se imaginava previamente que ele teria.

Dworkin<sup>44</sup> utiliza a relação do processo interpretativo com um romance, que é escrito por vários autores, sendo cada um responsável por uma parte, onde ao final forma o todo. Assim, cada romancista, “a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes, para estabelecer no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então”<sup>45</sup>.

Trazendo para o direito, os autores do romance são os juízes, sendo que essa busca pela continuidade demonstra o tratamento com o caráter de integridade, onde a decisão deve sempre observar a história já escrita, conferindo com isso uma harmonia no sistema jurídico.

Dessa maneira, cada interpretação individual acaba influenciando diretamente a “pré-compreensão intersubjetiva acerca daquilo que constitui uma boa interpretação em

<sup>41</sup> WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo; CITTADINO, Gisele Guimarães. *O direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

<sup>42</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. São Paulo: Saraiva, 2017, p.55.

<sup>43</sup> DWORAKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.217.

<sup>44</sup> DWORAKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>45</sup> DWORAKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.236.

determinada área, assim como é influenciada por essa mesma pré-compreensão intersubjetiva”<sup>46</sup>, ou seja, independente se no direito ou na arte, os standards normativos que elegem os critérios de sucesso interpretativo para cada prática, transformam-se a partir do processo dialético que se dá entre o todo e a parte.

Por isso, quando se defende dentro da Crítica Hermenêutica do Direito uma resposta constitucionalmente adequada, pressupõe uma sustentação argumentativa, onde

o intérprete deve colocar em discussão os seus pré-juizos, isto é, os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de com ela se confrontar. Os pré-juizos não percebidos como tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. Não perceber os pré-juizos “como” pré-juizos alienam o intérprete, fazendo-o refém da tradição ilegítima. A compreensão tem ínscia a permanente tensão entre coisa e intérprete. Por conseguinte, compreender não é um ato reprodutivo (Auslegung), e, sim, um ato produtivo, de dar sentido à coisa (Sinngebung). Interpretar será, assim, explicitar uma possibilidade verdadeira do texto compreendido<sup>47</sup>.

Todavia, nota-se que tal interpretação muitas vezes é confundida pelos juristas com a liberdade de agir sem qualquer parâmetro, pois ainda que o direito seja feito para resolver casos particulares, em nenhum momento houve a permissão de que o juiz pudesse julgar de acordo com suas convicções pessoais.

Portanto, para Streck<sup>48</sup>, sempre existirá uma resposta conformada à Constituição, de modo que negar este fato, induz a admissão da discricionariedade interpretativa, vez que o paradigma do novo constitucionalismo principlógico introduzido pelo Estado Democrático de Direito é incompatível com a existência de múltiplas respostas.

Assim, a Crítica Hermenêutica do Direito não esconde o que propõe, mas assume seu lugar de fala<sup>49</sup>, afirmando que uma interpretação só deve ser considerada correta caso não haja perguntas sobre as razões que fizeram com que o intérprete agisse de tal forma e não de outra. Isso porque para esta teoria, as coisas simplesmente devem se manifestar da mesma forma como as pessoas se movem no mundo<sup>50</sup>.

Por esta razão, o argumento de separação entre a interpretação acerca dos casos simples e casos difíceis se torna vazia, vez que o desafio da Crítica Hermenêutica do Direito é levar os fenômenos à representação, que se dá pela linguagem, onde os casos simples e difíceis estão diferenciados pelo nível de possibilidade de objetivação, tarefa máxima de qualquer ser humano<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> JUNG, Luã. *Hermenêutica filosófica e Direito: o diálogo entre Gadamer e Dworkin*. Revista Consultor Jurídico, 2021, p.03.

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto*. Revista Seqüência, n. 54, p. 29-46, jul. 2007, p.42.

<sup>48</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto*. Revista Seqüência, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

<sup>49</sup> BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinícius. *O que é isto- a crítica hermenêutica do direito?* Revista Consultor Jurídico, 2021.

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto*. Revista Seqüência, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

<sup>51</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto*. Revista Seqüência, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

Não haverá casos difíceis se ao interpretar o juiz levar em consideração o que está na Constituição, sem priorizar sua concepção ou juízo de valor diante do direito, vez que por um lado não se teria como mensurar o limite desse agir conforme a consciência, e por outro, não faria sentido uma só pessoa ou um grupo pequeno de pessoas escolherem “a melhor solução” de maneira livre, ignorando a própria democracia.

Na busca pela resposta adequada à Constituição, o juiz deve observar ainda os cinco princípios fundantes da decisão jurídica, sendo eles

a preservação da autonomia do direito; o controle hermenêutico da interpretação constitucional (superação da discricionariedade); o respeito à integridade e à coerência do direito; o dever fundamental de justificar as decisões; o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada<sup>52</sup>.

Nota-se que tais princípios foram desenvolvidos como ferramentas de defesa da Constituição, do Estado Democrático de Direito e contra o positivismo jurídico que propaga a neutralidade, sem visualizar que é impossível representar um mundo independentemente de valorações.

Além disso, o juiz pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses:

quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; quando estiver em face dos critérios de antinomias; quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido este como um padrão<sup>53</sup>.

Por carregarem consigo a característica de não serem cambiáveis, o juiz deve observar tais hipóteses que não permitem a aplicação da lei, no entanto, fora essas situações, existe uma obrigação, uma espécie de dever fundamental quanto a sua aplicação.

Para além dessas contribuições trazidas pela Crítica Hermenêutica do Direito, tem-se também: as três perguntas fundamentais para se identificar ativismo judicial e judicialização, o conceito de constrangimento epistemológico, bem como o “método” hermenêutico, que, embora não se objetive tratar neste trabalho, torna-se relevante elenca-los para fins de informação<sup>54</sup>.

Portanto, a preocupação da Crítica Hermenêutica do Direito é, dentre outras coisas, romper com a discricionariedade, onde o juiz decide conforme sua consciência, sem utilizar parâmetros legais, gerando com isso arbitrariedades e abusos de poder. Isso porque esta teoria se pauta na concepção de que a decisão judicial não é um ato individual, mas fruto de um debate público, que exige o respeito à democracia. Mas será que as

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p.585.

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017, p.258.

<sup>54</sup> BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinícius. *O que é isto- a crítica hermenêutica do direito?* Revista Consultor Jurídico, 2021.

decisões judiciais respeitam estes fundamentos, ou pelo contrário, estaria a democracia constitucional condicionada a discricionariedade dos juízes”?

### **O julgamento do caso Francischini: uma análise da decisão proferida no STF na Tutela Provisória Antecedente nº 39/22- DF, à luz da democracia constitucional**

Tratar sobre democracia dentro do Poder Judiciário exige esforço e paciência, já que muitos juízes confundem o direito com liberdade de consciência, decidindo de acordo com sua concepção pessoal, que inclusive pode ser de maneira arbitrária, mas a grande maioria alega estar agindo “em nome da democracia”.

Para abordar sobre este paradoxo, se escolheu uma decisão monocrática de N.M, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) que, em junho de 2022 suspendeu o acórdão proferido em outubro de 2021 pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na Tutela Provisória Antecedente nº 39/DF, acerca do julgamento de um recurso apresentado pelo Ministério Público Eleitoral (MPE), que solicitava a cassação do diploma e a declaração de inelegibilidade do deputado estadual eleito pelo Paraná em 2018, FDF<sup>55</sup>.

O fato imputado a Francischini consistiu na realização de *live* (transmissão ao vivo), por meio da rede social Facebook, durante o primeiro turno das eleições de 2018, na qual ele teria divulgado notícias falsas acerca do sistema eletrônico de votação e promovido propaganda pessoal e partidária, conduta vedada pelo artigo 39, §5º, III da lei nº 9.504/1997<sup>56</sup> 57.

No entanto, ainda que tal lei proibisse a conduta praticada por Francischini, muitos debates foram levantados em torno do tema, em especial acerca dos argumentos postulados pelo ministro N.M na Tutela Provisória Antecedente nº 39/22- DF, quanto a restauração do mandato deste parlamentar.

Dentre outras questões, o ministro N.M salientou que houve modificação na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em dezembro de 2021, não podendo esta ser aplicada de forma retroativa às eleições de 2018, uma vez que é proibido pela lei eleitoral.

---

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito *Francischini*, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito *Francischini*, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B.

<sup>57</sup> BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm). Acesso em 10 março 2023.

Compreendo a preocupação do TSE, e compartilho também dessas preocupações, a respeito da anomia em torno do uso da internet e tecnologia associadas no âmbito do processo eleitoral. Mas me parece que não há como criar-se uma proibição posterior aos fatos e aplicá-la retroativamente. Aqui não dependemos de maior compreensão sobre o funcionamento da internet. É questão de segurança jurídica mesmo<sup>58</sup>.

Percebe-se a preocupação do ministro N.M com a segurança jurídica. Porém, poderia num Estado Democrático de Direito, em nome da segurança jurídica, violar a própria democracia?

Vital<sup>59</sup>, questiona se ao abrir a *live* para disferir discurso de ódio em torno da democracia e das urnas eletrônicas, Francischini não percebeu que ele poderia incorrer na prática de abuso dos meios de comunicação. E o autor vai além, será que torná-lo o primeiro exemplo disso, ensejaria ofensa à segurança jurídica?

Ao debater com alguns estudiosos da área, Vital<sup>60</sup> constatou que Streck, Neisser e Araújo consideraram que não estaria ofendendo a segurança jurídica, vez que a anualidade se aplica a legislação eleitoral quando há a alteração do processo legislativo, o que não houve, ou seja, ocorreu mera atualização da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), não existindo por isso, a violação do artigo 16 da Constituição Federal de 1988<sup>61</sup>. Portanto, este Tribunal não legislou, mas aplicou o direito em seu caráter sancionador.

Nesse sentido, cabe destacar ainda o artigo 22 da Lei Complementar 64/1990 que já previa a proibição da utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, sendo o inciso XVI incluído pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), caracterizando a ausência de alteração no processo eleitoral<sup>62 63</sup>.

Ademais, o ministro N.M alegou em sua decisão que não seria possível considerar, automaticamente, as redes sociais como meios de comunicação na esfera eleitoral, já que nas eleições de 2018, os meios de comunicação envolviam os veículos tradicionais, sendo eles a televisão, rádio, jornais e revistas.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito Francischini, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B, p.25.

<sup>59</sup> VITAL, Danilo. *Caso Francischini opõe limite sancionador do TSE e segurança jurídica nas eleições*. Revista Consultor Jurídico, 6 de junho de 2022.

<sup>60</sup> VITAL, Danilo. *Caso Francischini opõe limite sancionador do TSE e segurança jurídica nas eleições*. Revista Consultor Jurídico, 6 de junho de 2022.

<sup>61</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituição/constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituição.htm)>. Acesso em 15 março 2023.

<sup>62</sup> BRASIL. *Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm). Acesso em 20 março 2023.

<sup>63</sup> BRASIL. *Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm). Acesso em 20 março 2023.

É claramente desproporcional e inadequado, com a devida vênia, por uma simples analogia judicial — aliás com eficácia retroativa —, equiparar a internet aos demais meios de comunicação. [...] Ninguém poderia prever, naquela eleição, quais seriam as condutas que seriam vedadas na internet, porque não havia qualquer norma ou julgado a respeito<sup>64</sup>.

Ao que parece, houve uma “interpretação” discricionária do ministro N.M, vez que o foco da discussão não é sobre a inserção ou não das redes sociais enquanto meios de comunicação, por óbvio que elas o são. Mas o cerne da questão é sobre a utilização da liberdade de expressão como ferramenta de ataque à democracia, e qual o papel do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, denominado guardião da Constituição, neste cenário.

Juntamente com o relator do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), os ministros “M.C, S.B, E.F, A.M e L.RB”<sup>65</sup>, (contrários aos argumentos de Carlos Horbach), entenderam que a democracia brasileira precisa restabelecer o mínimo de veracidade e compromisso com o que se fala, pois, as palavras têm poder. As pessoas têm liberdade de expressão, mas elas precisam ter responsabilidade pelo que falam<sup>66</sup>.

Sendo assim, a linguagem não pode mais ser analisada de maneira isolada, mas dentro de um contexto social e cultural na qual ela é usada, pois o que se considera enquanto realidade, nada mais é que aquilo constituído através da própria linguagem<sup>67</sup>, logo, são muitos os reflexos que uma fala pode proporcionar num cenário jurídico.

Estando diante de uma situação como esta, não resta espaço para decisões vinculadas à consciência, ao solipsismo, liberdade de escolha ou até mesmo a discricionariedade judicial, mas a preocupação se direciona para o combate a violação dos princípios constitucionais.

Para Streck e Oliveira<sup>68</sup>,

No andar da carruagem, se não se fizer a diferença entre liberdade de expressão e discurso de ódio, entre liberdade de expressão e disseminar mentiras, entre liberdade de expressão e racismo, mas também entre liberdade acadêmica e negacionismo, etc, daqui a pouco será possível dizer que injúria, calúnia, difamação, além de incitação ao crime ou falsidade ideológica, etc, *não seriam mais crimes, mas mera liberdade de expressão?* Como se alguém tivesse o direito de mentir, de agredir, de injuriar, de infligir dor e sofrimento às/-aos outros/as, ainda que com palavras.

Por isso, se deve tomar cuidado com certos discursos, em especial dentro do Poder Judiciário, uma vez que cabe ao juiz decidir conforme a Constituição, compreendendo que

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente* n. 39. Requerente: Fernando Destito *Francischini*, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B, p.18.

<sup>65</sup> Mauro Campbell, Sérgio Banhos, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso.

<sup>66</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário Eleitoral* n. 0603975-98. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Fernando Destito *Francischini*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Curitiba-Paraná, 10 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em 20 março 2023.

<sup>67</sup> AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Porto Alegre: Artmed, 1990.

<sup>68</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção?* Revista Consultor Jurídico, 22 de junho de 2020, n.p.

liberdade de expressão envolve o direito de falar e ser ouvido, mas não abrange humilhar as pessoas, ofender a democracia nem a República Federativa.

Dessa forma, “a liberdade de expressão é direito e discurso de ódio é ilícito. Isso porque a liberdade de expressão deve pressupor, como todo direito, o reconhecimento mútuo da igualdade entre cidadãs e cidadãos que participam do debate público, numa democracia”<sup>69</sup>, ou seja, o grande desafio hoje, é lutar por condições que fortaleçam um espaço democrático sustentado no texto constitucional e não em decisões conforme à consciência, estando a democracia a mercê do “almoço dos juízes”.

O ministro N.M também discordou da gravidade da conduta praticada por Francischini, pois segundo ele, os índices mostraram que a transmissão ao vivo do candidato alcançou 70 mil internautas, recebendo 105 mil comentários, 400 mil compartilhamentos e 6 milhões de visualizações, no entanto, estes números foram obtidos um mês após a transmissão<sup>70</sup>.

Para o ministro,

faltam elementos mínimos aptos a comprovarem o comprometimento da disputa eleitoral em decorrência do que veiculado na transmissão. Ora, em que medida a *live*, realizada nos vinte minutos restantes destinados à votação, teve o condão de produzir resultado concreto em benefício do candidato, de modo que se permitisse aquilar a gravidade dos fatos?<sup>71</sup>.

Se está diante de uma visão particular do ministro, vez que ele reproduz o que acredita ser o correto de acordo com suas concepções pessoais, pois juridicamente falando, não há fundamentação que respalde seus argumentos, ou seja, dentro de uma democracia, qual o cabimento para delegar ao juiz este poder discricionário?

Para Streck<sup>72</sup>, o direito não é aquilo que o intérprete diz ser, cabendo a doutrina um papel fundamental de doutrinar, pois se não fosse assim, não teria sentido a existência das faculdades de direito ou dos milhares de livros produzidos anualmente. “E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E afinal, o que fazer com a Constituição, “lei das leis”?”.

Quando se traz a reflexão acerca da democracia, se está alertando que a decisão solipsista e discricionária do juiz não possui espaço, vez que este deve ser preenchido pelo respeito à Constituição e todas as espécies normativas produzidas dentro do país.

<sup>69</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção?* Revista Consultor Jurídico, 22 de junho de 2020.

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente* n. 39. Requerente: Fernando Destito *Francischini*, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente* n. 39. Requerente: Fernando Destito *Francischini*, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B, p.28.

<sup>72</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.25.

Assim,

Acreditar que a decisão judicial é produto de um ato de vontade (de poder) nos conduz inexoravelmente a um fatalismo. Ou seja, tudo depende(ria) da vontade pessoal (se o juiz quer fazer, faz; se não quer, não faz....!). Logo, a própria democracia não depende(ria) de nada para além do que alguém quer...! Fuijamos disso! Aliás, a hermenêutica surgiu exatamente para superar o assujeitamento que o sujeito faz do objeto<sup>73</sup>.

Dessa forma, haveria (ou há?) dentro do Poder Judiciário conflitos ideológicos constantes, pois não observando a Constituição e cada juiz sentenciando de acordo com sua consciência (ou seu almoço), cada decisão sairia de uma forma diferente, tornando a vida das pessoas um caos.

E, por fim, o que ensejou a decisão de N.M foi o fato de que o julgamento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) trouxe prejuízo para terceiros, pois outros parlamentares perderam o mandato também, uma vez que como o sistema eleitoral é proporcional, os votos depositados no então deputado, seriam perdidos pela legenda<sup>74</sup>, ferindo por isso o regime democrático.

Ora, para Bobbio<sup>75</sup>, “por regime democrático, entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimentos para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”, ou seja, o juiz não possui a permissão para deixar de lado a coerência e integralidade do direito e julgar de acordo com sua vontade.

Nesse sentido, quando a Crítica Hermenêutica do Direito defende a decisão conforme a Constituição, ela está respeitando dentre outras coisas, a democracia representativa, nas quais as deliberações que dizem respeito à coletividade, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade<sup>76</sup>.

Dworkin<sup>77</sup> estuda em sua obra “Uma questão de princípio”, o papel que as convicções políticas devem desempenhar nas decisões sobre o que é direito e quando este direito deve ser imposto e obedecido. O autor<sup>78</sup> rejeita a visão

de que Direito e política são exatamente a mesma coisa, que os juízes que decidem casos constitucionais difíceis estão simplesmente votando suas convicções políticas pessoais como se fossem legisladores ou delegados de uma nova assembleia constituinte.

Isto porque a prática política reconhece dois tipos diferentes de argumentos que buscam justificar uma decisão política: os argumentos de política e os argumentos de

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.40.

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito Francischini, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B.

<sup>75</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p.22.

<sup>76</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

<sup>77</sup> DWORAKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>78</sup> DWORAKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.08.

princípios, sendo que enquanto os primeiros tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido, os segundos afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique<sup>79</sup>.

Por isso, Dworkin defende, a tese de que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios, e não por políticas. Logo, ao Poder Judiciário cabe tomar decisões de princípio, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional, e não decisões sobre como se promove o bem-estar geral, porque tanto a democracia quanto o Estado de Direito estariam enraizados num ideal fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais<sup>80</sup>.

Nesse sentido, talvez levando em consideração a Crítica Hermenêutica do Direito, (talvez não) no dia 03 de junho de 2022 a ministra C.L<sup>81</sup> solicitou ao ministro L.F<sup>82</sup>, presidente do Supremo Tribunal Federal, (que acatou) uma convocação extraordinária do Plenário Virtual, devido a impetração de um mandado de segurança com requerimento de medida liminar e indicação de urgência, apontando como ato coator a decisão judicial proferida pelo ministro N.M<sup>83</sup> <sup>84</sup>.

Posteriormente, em 07 de junho de 2022, a 2<sup>a</sup> turma do Supremo Tribunal Federal (STF) derrubou a decisão monocrática do ministro N.M, mantendo os argumentos do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) quanto a cassação do diploma e a declaração de inelegibilidade do até então deputado estadual eleito pelo Paraná em 2018, F.D.F<sup>85</sup> <sup>86</sup>.

Portanto, para que não haja mais casos como este, que a Crítica Hermenêutica do Direito luta por um Poder Judiciário que decida conforme a Constituição, respeitando a democracia, as leis, a autonomia do direito e sua integridade, de modo a evitar o solipsismo, o livre convencimento, o senso comum teórico dos juristas, a discricionariedade, e consequentemente as decisões conforme a consciência do juiz”.

## Considerações finais

<sup>79</sup> DWORKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>80</sup> STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?* Revista Pensar, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-12, out./dez. 2020.

<sup>81</sup> Ministra do STF Cármem Lúcia.

<sup>82</sup> Ministro do STF Luiz Fux.

<sup>83</sup> SANTOS, Rafa. *STF marca sessão extraordinária para analisar recurso contra Francischini*. Revista Consultor Jurídico, 4 de junho de 2022.

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 38.599*. Impetrante: Pedro Paulo Bazana. Impetrado: relator da TPA nº 39 e do ARE nº 1.373.504 do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Cármem Lúcia. Brasília, 04 de junho de 2022-A.

<sup>85</sup> COUTO, Karen. *2<sup>a</sup> turma do STF decide manter cassação de deputado bolsonarista paranaense*. Revista Consultor Jurídico, 7 de junho de 2022.

<sup>86</sup> RIBEIRO, Victor. *STF mantém cassação do deputado estadual do PR Fernando Francischini*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/justica/audio/2022-06/stf-mantem-cassacao-do-deputado-estadual-do-pr-fernando-francischini>. Acesso em 20 março 2023.

O positivismo jurídico tem sido considerado pelos juristas e propagado nas academias, como sendo àquele em que o juiz reproduz de forma mecânica o que o texto da lei propõe, sem se utilizar de critérios interpretativos. Ocorre que muitos positivismos foram se forjando com o passar do tempo, sendo negligente reduzir um fenômeno tão complexo a uma só concepção.

Dentre as correntes elaboradas, contemporaneamente o positivismo inclusivo e exclusivo assume importante espaço, vez que ambos defendem a tese das fontes sociais e da não vinculação necessária entre direito e moral, ainda que acabem divergindo em outros pontos específicos. Dessa forma, para o positivismo inclusivo existiam questões que os sistemas jurídicos muitas vezes não conseguiam resolver, abrindo um espaço não preenchido pela norma para que o juiz exercesse o poder discricionário, se utilizando de crenças e valores,

Por outro lado, para o positivismo exclusivo, o direito não deveria incorporar questões morais, ou seja, uma norma poderia ser juridicamente válida e injusta, por exemplo, porém, em alguns casos o juiz também teria autorização para julgar de acordo com sua consciência.

Por isso, visando combater a liberdade de escolha judicial, a discricionariedade, bem como o ativismo judicial, que a Crítica Hermenêutica do Direito foi desenvolvida em 2002 pelo professor Dr. Streck. Ela objetiva romper com o paradigma do positivismo jurídico e tem como uma de suas influências o giro ontológico-linguístico.

A discussão gira em torno da problemática da pesquisa, qual seja, o atual paradigma jurídico da discricionariedade judicial coaduna-se com a democracia contemplada na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)?

Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) foi elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte e as leis foram e são produzidas via de regra, pelo Poder Legislativo, cujos parlamentares são eleitos pelo povo para tal função, desempenhando assim, a chamada democracia representativa.

Entretanto, quando um juiz decide de acordo com sua consciência, ignorando a produção normativa do país, incorrendo muitas vezes em posturas arbitrárias, a principal lesionada é a democracia, ou seja, os desejos pessoais e individuais são colocados acima da coletividade.

Portanto, se está diante do seguinte paradoxo: juízes que dizem estar lutando contra o positivismo jurídico, onde em nome da democracia decidem de forma discricionária, de acordo com suas crenças e valores, desrespeitando por isso, o sistema democrático.

Para tratar sobre este antagonismo se abordou a decisão monocrática de N.M, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) na Tutela Provisória Antecedente nº 39/22-DF que, suspendeu o acórdão proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), devolvendo o diploma e anulando a declaração de inelegibilidade do deputado estadual eleito pelo Paraná em 2018, F.D.F.

Nesta decisão, onde o então parlamentar havia realizado uma *live*, por meio da rede social Facebook, durante o primeiro turno das eleições de 2018, divulgando notícias falsas acerca do sistema eletrônico de votação, além de promover propaganda pessoal e

partidária, o ministro N.M, dentre outras questões, chegou a afirmar, de acordo com sua interpretação pessoal, que redes sociais não se configuravam à época como meio de comunicação.

Por esta razão, não se pode mais admitir que a democracia constitucional fique à mercê da opinião do juiz. Isso não pode ser banalizado e nem reproduzido como algo cotidiano e normal do dia-a-dia do Poder Judiciário. Este assunto é sério e preocupante, devendo ser refletido e questionado não só pelos acadêmicos de direito e juristas, mas também pela sociedade.

Portanto, a Crítica Hermenêutica do Direito não proíbe o juiz de interpretar, mas que esta interpretação ocorra de acordo com a Constituição, pois assim sendo, ela também respeitará os princípios constitucionais e a democracia, ambos frutos de grandes lutas sociais.

## REFERÊNCIAS

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Porto Alegre: Artmed, 1990.

BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinícius. *O que é isto- a crítica hermenêutica do direito?* Revista Consultor Jurídico, 2021.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 15 março 2023.

BRASIL. *Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm). Acesso em 20 março 2023.

BRASIL. *Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm). Acesso em 20 março 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm). Acesso em 10 março 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 38.599*. Impetrante: Pedro Paulo Bazana. Impetrado: relator da TPA nº 39 e do ARE nº 1.373.504 do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Cármem Lúcia. Brasília, 04 março 2023-A.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito *Francischini*, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário Eleitoral n. 0603975-98*. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Fernando Destito *Francischini*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Curitiba- Paraná, 10 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em 20 março 2023.

COELHO, André Luiz Souza. *O Positivismo e a separação entre o direito e a moral*. Disponível em: [https://www.academia.edu/4683168/o\\_positivismo\\_e\\_a\\_separa%c3%a7%c3%a3o\\_entre\\_o\\_direito\\_e\\_a\\_moral - vers%C3%A3o\\_para\\_distribui%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/4683168/o_positivismo_e_a_separa%c3%a7%c3%a3o_entre_o_direito_e_a_moral - vers%C3%A3o_para_distribui%C3%A7%C3%A3o). Acesso em 24 março 2023.

COUTO, Karen. *2ª turma do STF decide manter cassação de deputado bolsonarista paranaense*. Revista Consultor Jurídico, 7 de junho de 2022.

DWORKIN, Ronald Myles. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald Myles. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. *Legal positivism*. Stanford encyclopedia of philosophy, 2019.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

JUNG, Luã. *Hermenêutica filosófica e Direito: o diálogo entre Gadamer e Dworkin*. Revista Consultor Jurídico, 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 6.ed. rev. trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARMOR, Andrei; SARCH, Alexander. *The Nature of Law*. Stanford encyclopedia of philosophy, 2019.

RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. Columbia Law School, Scholarship Archive, 1972.

RIBEIRO, Victor. *STF mantém cassação do deputado estadual do PR Fernando Francischini*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/justica/audio/2022-06/stf-mantem-cassacao-do-deputado-estadual-do-pr-fernando-francischini>. Acesso em 20 março 2023.

SANTOS, Rafa. *STF marca sessão extraordinária para analisar recurso contra Francischini*. Revista Consultor Jurídico, 4 de junho de 2022.

STRECK, Lenio Luiz. *Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto*. *Revista Seqüência*, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 1. ed. Revista e ampliada. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. *Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico*. *Revista UNIFESO- Humanas e sociais*, v.1, n.1, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?* *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-12, out./dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção?* *Revista Consultor Jurídico*, 22 de junho de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é positivismo afinal? E qual positivismo?* *Revista Novos Estudos Jurídicos- eletrônica*, v. 24, n. 3, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. São Paulo: Saraiva, 2017.

VITAL, Danilo. *Caso Francischini opõe limite sancionador do TSE e segurança jurídica nas eleições*. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de junho de 2022.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. v.2. Porto Alegre: SAFE, 1995.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo; CITTADINO, Gisele Guimarães. *O direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

Data de Recebimento: 31/05/2023.

Data de Aprovação: 21/11/2023.

## A MUDANÇA DE PARADIGMA DO DIREITO TRIBUTÁRIO FRENTE À INFLUÊNCIA DA OCDE: IMPACTOS DA ERA DIGITAL

## THE PARADIGM SHIFT OF BRAZILIAN TAX LAW IN LIGHT OF THE INFLUENCE OF THE OECD: IMPACTS OF THE DIGITAL ERA

Carlos Renato Cunha\*  
Guilherme Martelli Moreira\*\*

### RESUMO

O Sistema Tributário brasileiro sofre uma mudança de paradigma devido à influência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e às mudanças tecnológicas. Este estudo analisa de que maneira tais fenômenos influenciam o Direito Tributário. Utiliza-se do método hipotético dedutivo, a partir da revisão bibliográfica. Inicialmente, relaciona-se as matrizes econômicas e a insuficiência do Direito Tributário frente à Era Digital para avaliar os seus reflexos, sobretudo da OCDE. Dentre os achados, tem-se que a imposição da tributação acompanha a matriz econômica de cada época, de sorte que, num contexto de digitalização da economia, o atual sistema não está preparado para captar as capacidades contributivas e os novos fenômenos. Anota-se que os organismos internacionais são um novo fator de influência nas alterações do sistema. Conclui-se pela necessidade de captar e apreender tais remodelações internacionais, a fim de atender adequar o fenômeno da tributação ao modelo econômico preponderante internacionalmente.

Palavras-chave: OCDE; economia digital; mudança de paradigma; direito tributário; direito e tecnologia.

### ABSTRACT

The Brazilian Tax System is undergoing a paradigm shift due to the influence of the Organization for Economic Cooperation and Development and technological changes. This study examines how these phenomena influence Brazilian Tax Law. The hypothetical-deductive method was employed, based on a bibliographic review. Initially, it relates economic matrices and the inadequacy of Brazilian Tax Law in the face of the Digital Era to evaluate its impacts, particularly from the OECD. Among the findings, it is noted that taxation imposition aligns with the economic matrix of each era, so that in a context of economic digitalization, the current system is not prepared to capture contributory capacities and new phenomena. It is noted that international organizations are a new influencing factor in system changes. The conclusion points to the necessity of comprehending and embracing such international

\* Doutor em Direito pela UFPR (2019). Mestre em Direito pela UFPR (2010). Especialista em Planejamento Tributário e Operações Societárias pela FBT (2015). Especialista em Direito Tributário pelo IBET (2005). Bacharel em Direito, pela Universidade Estadual de Londrina (2002). Professor do Mestrado da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Professor da Graduação em Direito na PUC-PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6223351645964600>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5587-2004>. E-mail: [carlosrenato80@gmail.com](mailto:carlosrenato80@gmail.com).

\*\* Doutorando em Direito Econômico e Desenvolvimento na PUC-PR, instituição em que é Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná -UFPR. Advogado. Professor no Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1820888758307120>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9286-7706>. E-mail: [guilherme.moreira@unidep.edu.br](mailto:guilherme.moreira@unidep.edu.br).

---

remodelings, in order to adequately align the taxation phenomenon with the prevailing international economic model.

Key-words: OECD; Digital Economy; paradigm shift; Tax Law; Law and Technology.

## INTRODUÇÃO

Há uma mudança de paradigma no Sistema Tributário brasileiro, não apenas devido à influência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), como também devido às mudanças tecnológicas. Partindo desta premissa, o artigo analisa de que forma o Direito Tributário brasileiro se posiciona frente às influências de organismos internacionais e às mudanças tecnológicas a partir do método hipotético dedutivo, numa pesquisa teórica, a partir da revisão bibliográfica.

De um lado, importa avaliar o modo pelo qual a Economia influencia e/ou se relaciona com o Sistema Tributário; por outro, refletir e equacionar o modo pelo qual a OCDE exerce influência no ambiente doméstico, mediante a incorporação de *soft law* por ela emanada, assim como atos executivos e normativos em um ambiente internacional altamente capilarizado e com notável comunicação entre os entre os vários sistemas tributários nacionais.

A relação entre Direito Tributário brasileiro e a Economia, assim como a influência dos Organismos Internacionais constitui tema de especial relevância e complexidade para a cultura jurídica tributária contemporânea, refletindo a emergência de um novo paradigma. Com efeito, nota-se que o atual sistema de tributação não estaria preparado para abarcar as incertezas geradas pela aplicação de regras de tributação, enunciadas desde, pelo menos, 1966, com a edição do Código Tributário Nacional.

A partir do método hipotético dedutivo e da revisão bibliográfica, o artigo se estrutura para, inicialmente, discorrer sobre a relação entre a Era Digital e o Direito Tributário, analisando tanto a relação entre a matriz econômica brasileira e o fenômeno tributário brasileiro para, então, avaliar a insuficiência da atual legislação tributária para abarcar os novos fenômenos econômicos. No segundo capítulo, passa o estudo à análise da influência da OCDE no Direito Tributário brasileiro frente a estes novos desafios oriundos do avanço da tecnologia. Num terceiro movimento, conclui-se pela apreensão e compreensão das remodelações operadas internacionalmente a fim de possibilitar um reposicionamento do Direito Tributário brasileiro para reposicioná-lo conforme as necessidades e exigências contemporâneas.

### **A era digital e o direito tributário: breves notas sobre as matrizes econômicas e tributária brasileira**

A intensificação da globalização e dos avanços tecnológicos, tais como a conversão da informação e de processos para o digital, assim como avanços na automação, geraram

integração a nível global, além de benefícios ao bem-estar da população.<sup>1</sup> De igual forma, este fenômeno aliado à maior mobilidade do capital e de pessoas, apesar de trazer novas oportunidades ao mercado, também trouxe pressões nos diversos sistemas tributários nacionais.<sup>2</sup> A partir destas constatações realizadas pela OCDE, o capítulo inicialmente analisará o sistema tributário brasileiro em um breve cotejo com as matrizes econômicas para, então, verificar a sua insuficiência para com os fenômenos tecnológicos.

As inovações tecnológicas influenciam sobremaneira a Economia brasileira. Basta analisar a correlação entre o estágio do desenvolvimento econômico e a estrutura tributária numa perspectiva histórica.

A Constituição de 1891, por exemplo, buscou abarcar um contexto socioeconômico permeado pela ruptura com o período imperial e a inauguração do regime republicano. Inexistia preocupações verticalizadas com os efeitos que os tributos poderiam exercer sobre a sociedade, tampouco com novas bases de tributação. É que o Brasil assistia ao avanço da “produção cafeeira, o fim da escravatura, a entrada maciça de imigrantes, (...) ampliação do trabalho assalariado e o progressivo aumento de sua participação nos fluxos comerciais e financeiros da economia internacional”.<sup>3</sup> Em síntese, a carga tributária brasileira estava centrada nas arrecadações dos tributos sobre as importações entre 1901 até 1945, último ano do Estado Novo.<sup>4</sup>

Ocorre que a partir de 1942, a arrecadação tributária sobre a produção industrial e o consumo de bens cresceu, sobretudo por uma política de fomento da industrialização. Registra-se que o recolhimento sobre a atividade industrial em 1946 praticamente dobrou em relação a 1945. Nota-se, também, um aumento na expressividade da arrecadação do imposto sobre a renda.<sup>5</sup>

A Emenda Constitucional nº 18, de 1965, e a aprovação do Código Tributário de 1966 buscou retirar do sistema tributário impostos inadequados para o estágio de desenvolvimento do país, recompor a capacidade de financiamento do Estado, transformar o sistema tributário em um instrumento de acumulação de capital, gerar um sistema de incentivos fiscais para estimular determinados setores da Economia e organizar um modelo de federalismo fiscal. Esta Reforma Tributária teve o mérito de buscar modernizar o Sistema Tributário, criando-se uma ferramenta de crescimento a ser traçada pelo Estado. Deu-se uma maior racionalidade ao Direito Tributário, às políticas econômicas e como viabilizá-las.<sup>6</sup>

Em 1988, a redemocratização operada pela atual Constituição trouxe consigo um Estado de Bem-Estar Social, em um contexto de ampliação dos direitos sociais, ajustes fiscais e descentralização de receitas e repartição de competências tributárias.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD. *Tax Policies for Inclusive Growth in a Changing World*. OECD, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/g20/Tax-policies-for-inclusive-growth-in-a-changing-world-OECD.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2023. p. 6.

<sup>2</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD, op. cit., p. 6.

<sup>3</sup> DE OLIVEIRA, Fabrício A. *Uma pequena história da tributação e do federalismo fiscal no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 23-24.

<sup>4</sup> NUNES, Cleucio S. *Justiça Tributária*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2019, p. 121.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 121-122.

<sup>6</sup> DE OLIVEIRA, Fabrício A. op. cit., 70-72.

<sup>7</sup> DE OLIVEIRA, Fabrício A. op. cit., p. 85-86.

Contemporaneamente, observa-se que a matriz tributária brasileira dá grande ênfase à tributação sobre o consumo, isto é, há uma gama de impostos que incidem sobre o comércio de bens e serviços, tais como o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), Imposto sobre produtos industrializados (IPI), Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), Imposto de Importação (II), Imposto de Exportação (IE), Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Programa de Integração Social (PIS), além de Contribuições Sociais e Especiais. Nestes casos, a indústria, o vendedor ou o prestador de serviços embute no custo da mercadoria os tributos da operação. Dados apontam que cerca de 40% do PIB brasileiro recai sobre tal tipo de tributação.<sup>8</sup>

Todavia, este arcabouço tributário, criado em 1966 torna-se custoso e burocrático na mesma medida em que a Era Digital impõe dificuldades na tributação das novas tecnologias, tais como softwares, programas, plataformas de streaming, armazenagem em nuvem, metaverso e demais ideias constantemente desenvolvidas e aprimoradas.

A par disso, Campos e Cunha sublinham que o avanço tecnológico gerou incertezas na aplicação das regras tributárias, as quais são enunciadas desde 1966, no caso do Código Tributário Nacional (CTN), ou desde 1988, com a Constituição Federal. Vale dizer, o ordenamento foi arquitetado em um contexto “onde imperava o modelo econômico de estabelecimentos físicos, com bens tangíveis e que eram postos em circulação fisicamente, diferentemente do que se opera no ambiente virtual”. Nessa esteira, defendem os autores a existência de um “rompimento com o modelo anterior que reclama atenção, posto que bens e serviços são, atualmente, fornecidos também em ambiente virtual, suscitando dúvidas sobre a subsunção desses eventos às materialidades eleitas pelo poder constituinte para a partilha da competência tributária”.<sup>9</sup>

### **A insuficiência do direito tributário na era digital**

Afirmar que a digitalização mundial altera intensivamente a organização e o funcionamento da economia, assim como os relacionamentos interpessoais não é novidade. Ocorre que a chamada Quarta Revolução Industrial trouxe à tona tecnologias disruptivas, tais como a Internet das Coisas, impressão 3D, infraestrutura digital para prestação de serviços.<sup>10</sup> Vale dizer, as tecnologias alteram sobremaneira as formas que as sociedades e seus integrantes se comunicam, trabalham, geram riquezas, consomem e se relacionam.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> NUNES, Cleucio S. op. cit., p. 145-150.

<sup>9</sup> CAMPOS, Paula Consalter; CUNHA, Carlos Renato. A Complexidade da Tributação dos Negócios Jurídicos Realizados em Ambiente Virtual no Sistema Tributário Brasileiro Fiscais no Tratamento do Orçamento Público Brasileiro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 30, p. 251-274, 2022. p. 262

<sup>10</sup> FOSSATI, Gustavo; PAULA, Daniel Giotti de. *Tributação da Economia Digital na Esfera Internacional*. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. p. 8.

<sup>11</sup> SCHAWB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo, Edipro, 2016.

Para Schawb, estamos diante da Quarta Revolução Industrial, dada a digitalização da sociedade que altera e alterará a maneira pelas quais as relações interpessoais se desenvolvem. Basta analisar, por exemplo, a inteligência artificial, as criptomoedas, a robótica, as impressoras 3D, a internet das coisas e a nanotecnologia. Tais inovações ressaltam as características defendidas por Schawb de que haveria uma revolução em curso, quais sejam, (a) a velocidade, que "avança em um ritmo exponencial e não linear, em um mundo profundamente interconectado em que as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas"; (b) a amplitude e profundidade, na medida em que correlaciona as inovações dos diversos campos do saber, de maneira a alterar a nossa compreensão sobre o mundo; e (c) o impacto sistêmico, uma vez que envolve a alterações de sistemas econômicos, políticos, jurídicos.<sup>12</sup>

Um dos vértices dessa revolução no campo jurídico-econômico seria a definição de "economia digital" pela OCDE. Seriam quatro as suas características, quais sejam,

(1) a acentuada dependência de intangíveis; (2) o uso maciço de dados, especialmente os de caráter pessoal dos usuários e consumidores; (3) a frequente adoção de modelos de negócios multilaterais; e (4) a dificuldade de determinar a jurisdição na qual a criação de valor ocorre, notadamente em razão da marcante mobilidade dos ativos e "estabelecimentos".<sup>13</sup>

Esta revolução não apenas cria novos valores, como também novas formas de empreender e de se relacionar com o Estado e com outros indivíduos da sociedade, ao mesmo tempo em que modifica as antigas relações. Neste sentido, enquanto temas relacionados ao Direito Digital dominam transversalmente as discussões doutrinárias da área jurídica, com temas como inteligência artificial, *smart contracts*, internet das coisas, *startups*, *smart cities* e *blockchains*, nota-se que o Direito Tributário resta fixo à discussão da regra matriz e a incidência de determinado tributo ou outro.

Verifica-se, pois, que os avanços tecnológicos, ao causar queda no custo do processamento de dados, acaba por aumentar drasticamente o uso de informações digitais. A mudança, desta forma, facilita não apenas a adoção, como também a integração de produtos e transações digitais, induzindo uma transformação estrutural contínua na economia.<sup>14</sup>

É que se relata diversas implicações tributárias devido a esse intenso ambiente de coleta, armazenamento e troca de dados por diversos entes.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> EFING, A. C.; TAMIOZZO, H. C. Resenha: "A quarta revolução industrial", de Klaus Schwab. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 308-312, 2020. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v11i1.27751. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/27751>. Acesso em: 18 abr. 2022. p. 309-310.

<sup>13</sup> CORREIA NETO, Celso de Barros; AFONSO, José Roberto Rodrigues; FUCK, Luciano Felício. A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil. Revista Brasileira de Direito, [S.L.], v. 15, n. 1, p. 145, 12 set. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i1.3356>. Acesso em 18 jul. 2023. p. 148

<sup>14</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Tax challenges arising from digitalization: interim report 2018: inclusive framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>>. Acesso em: 09 ago. 2019. p.14

<sup>15</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Internet das Coisas à luz do ICMS e do ISS: entre mercadoria, prestação de serviço de comunicação e serviço de valor adicionado. In: FARIA, Renato Vilela et

Se, por um lado, a doutrina administrativa, exemplificativamente, discute como a tecnologia da *blockchain* guardaria potencial para causar uma disruptão na gestão pública, a fim de possibilitar novos caminhos ao gestor público, por outro, ainda que a doutrina tributária busque avançar em tempos tecnológicos, tratando de temas como a incapacidade dos tributos frente às rápidas mudanças tecnológicas, reformas tributárias que abarque a novel situação econômica, gestão de impostos e limites da arrecadação e fiscalização. Ao mesmo tempo, são recentes as decisões do Judiciário, em que se discute a tributação de softwares em função de suas diversas qualidades e modalidades.<sup>16</sup>

É que a crítica se desenvolve a partir das dificuldades ou complicações em “delimitar materialmente a natureza de determinadas tecnologias, que resulta em disputas de arrecadação entre entes federativos, principalmente entre Estados e Municípios para a definição de quais tecnologias há a incidência de ICMS e quais há a incidência do ISS”.<sup>17</sup> Nesse sentido, surge o exemplo de determinada empresa que cede, num aplicativo, ao consumidor uma licença para utilizar roupas inteligentes. Neste caso, a roupa seria tanto uma mercadoria quanto uma licença de uso de software.<sup>18</sup>

Vale dizer, nesta mudança de paradigma, evidencia-se uma limitação inerente do próprio sistema tributário, na medida em que as novas tecnologias tornam, em certa medida, obsoletos conceitos tributários doutrinários já consolidados, como a regra matriz. Eles, num contexto do direito tributário internacional, logo perdem “o sentido, obsoletos no mundo globalmente conectado”.<sup>19</sup>

Sobre o tema, Mariana Bittencourt Costa de Andrade defende que o avanço das transações comerciais em âmbito mundial e “o aumento de sua desmaterialização” geraram uma lacuna entre os princípios convencionais e as interações digitais. Isso se deve à incapacidade desses princípios em lidar com os novos desafios que surgiram entre o final do século XX e o início do século XXI.<sup>20</sup>

A revisão dos conceitos tradicionais seria necessário, diante da nova dinâmica do mercado global, portanto. Em harmonia, Gisele Bossa ressalta que o atual modelo de “repartição de competência tributária entre Estado da Fonte e Estado da residência, baseado na presença física como indício de pertença econômica, não se mostra mais eficaz para garantir a justa alocação de receitas tributáveis na economia digital”.<sup>21</sup>

---

al (org.). Tributação da Economia Digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 245-268.

<sup>16</sup> MENEGOLA, Everton. Blockchain na Administração Pública Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2022.

<sup>17</sup> MEDEIROS Junior, Antonio Carlos Freitas de.; CUNHA, Carlos Renato. Reforma Tributária: Análise dos Projetos de Emenda Constitucional 45/19 e 110/19 e a Tributação da Tecnologia. Revista de Direito Tributário e Financeiro, [S.I.], v. 8 v. 8, n. 1, p. 01-16, jan./jul. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitotributario/article/view/8615>. Acesso em: 06 abr. 2023.

<sup>18</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. op. cit, p. 245-268.

<sup>19</sup> ZILVETI, F. A. As Repercussões da Inteligência Artificial na Teoria da Tributação. Revista Direito Tributário Atual, [S. l.], n. 43, p. 483-498, 2019. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1457>. Acesso em: 4 abr. 2023.

<sup>20</sup> ANDRADE, Mariana Bittencourt Costa de. Tributação direta do mercado de dados: evoluções e propostas internacionais para a tributação da economia digital. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Fiscal) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021. p. 54

<sup>21</sup> BOSSA, Gisele Barra. Novos Rumos da Tributação na Economia Digital e a Importância do Mercado Consumidor na Caracterização do Estabelecimento Permanente Virtual. In: SAUNDERS, Ana Paula; Pepe,

Em virtude destas inovações e modificações, relata-se que a doutrina internacional não discute mais a necessidade de uma reforma tributária em seus ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, países como França, Áustria, Itália, Espanha, Reino Unido, República Tcheca, Ucrânia, Índia e Quênia “já implementaram arquétipos para enfrentar os desafios específicos da economia digital, os quais variam entre impostos específicos (excise taxes) sobre serviços digitais (...) e medidas mais amplas que afetam a economia digital como parte do conjunto maior de empresas multinacionais. mudança de paradigma”.<sup>22</sup>

A OCDE igualmente alerta que à medida que há uma digitalização contínua da economia, há uma tendência de elementos como a forte dependência de ativos intangíveis. Assim, anota-se para fatos como a possibilidade das empresas localizassem diferentes etapas de seus processos de produção em diferentes países e, ao mesmo tempo, tivessem acesso a um maior número de clientes ao redor do mundo, fator este que acaba repercutindo em diversos tributos relacionados à sua vida econômica; o aumento dos investimentos das empresas em intangíveis, especialmente na propriedade intelectual, as quais são ou controladas ou cedidas de terceiros.<sup>23</sup>

Neste sentido, exemplifica-se o caso de um servidor localizado em um paraíso fiscal “pode ser utilizado como fonte de rendimento de obscuros beneficiários econômicos da renda produzida na web, em complexas transações com entidades registradas offshore”.<sup>24</sup> E, mais, tecnologias como as criptomoedas, blockchain complexificam a transação, na medida em que criam um ambiente não regulado juridicamente.

Justifica-se, assim, a preocupação da OCDE para com a implementação de medidas cujo objetivo é evitar a erosão da base e transferência de lucros, acrônimo para BEPS, em inglês. Desta forma, foca-se em nas medidas relevantes para a digitalização e seu impacto no comportamento de empresas altamente digitalizadas. É o caso, por exemplo, da Ação 7 deste programa, desenhado para prevenir a evasão artificial do status de estabelecimento permanente, ou, ainda, as Ações 8-10, destinadas a assegurar que os resultados da especificação de transferência estejam alinhados com a criação de valor, a Ação 3, tendente à reforçar as regras de Empresa Controlada no Exterior, a Ação 5, arquitetada para abordar práticas fiscais prejudiciais e/ou a Ação 6, que previne o abuso de tratados.<sup>25</sup>

Tais relatórios demonstram a existência de complexidades técnicas relacionadas às questões tributárias provocadas pela digitalização. A digitalização da economia suscita pontos que não encontram lastro em teorias clássicas do Direito Tributário – ainda que tenham e sejam de grande valia para a doutrina. Todavia, a mudança percebida no seio da sociedade acabam por demandar modificações nas normas fiscais domésticas, diante das características de modelos de negócios altamente digitalizados e da ampla digitalização em si.

---

Flávia Cavalcanti; Utumi, Ana Cláudia Akie (Coords.). *Estudos de Tributação Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 336

<sup>22</sup> FOSSATI, Gustavo; PAULA, Daniel Giotti de. SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. op. cit., p. 10.

<sup>23</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 2018, op. cit., p. 24-25.

<sup>24</sup> ZILVETI, Fernando. A. op. cit.

<sup>25</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 2018, op. cit.

## Reflexos da influência da OCDE no direito tributário pátrio

Em um contexto macroeconômico, o Direito Tributário refleteria a ideia de que Estado exerce sua autoridade para impor tributos - ou seja, sua soberania fiscal - com certa independência em relação ao contexto internacional. Todavia, nota-se o surgimento de um direito transnacional e decorrente de sua pluralidade de fontes normativas, caracterizado pela influência de “organizações e organismos privados que ditam regras a serem observadas entre os particulares, principalmente na seara do comércio internacional”<sup>26</sup> (GOMES; WINTER, 2019, p. 246).

Durante as décadas de 1970 e 1980, o Direito Tributário nacional poderia ser descrito como um ambiente confuso, “com muito papel colorido” e “até divertido”,<sup>27</sup> não apenas pela constante edição de leis e normas, como também pelas atuações dos Ministérios do Planejamento e da Fazenda que tornava ininteligível e impraticável todo o Sistema Tributário.<sup>28</sup>

A obra de Becker, comparada como “a tomada de Constantinopla, ou a Revolução Francesa, ou ainda a Queda do Muro de Berlim do direito tributário dogmático no Brasil”,<sup>29</sup> buscava apontar a existência de um “direito tributário invertebrado, à babel doutrinária, à ausência de disciplinas universitárias específicas, e ao direito positivo caótico”.<sup>30</sup>

Produto de seu tempo, tratava-se de um período permeado pela: (a) inexistência de cursos, congressos e simpósios dedicados ao Direito Tributário; e pelo (b) pelo desarranjo legislativo e pela ausência de uma legislação nacional,<sup>31</sup> ironicamente identificado como “maçaroca”, “arranhô de leis”, “patologia tributária” e “manicômio jurídico-tributário”.<sup>32</sup>

A edição do CTN buscou alterar este quadro fático, ao reorganizar o direito tributário sob o prisma da positivação e ao desenvolver conceitos e institutos tributários, como fato gerador, base de cálculo, lançamento, crédito tributário e demais itens que permeiam a disciplina.

Também nesta busca pela ossificação do Direito Tributário, operou-se o reducionismo metodológico ao identificar uma unidade irredutível e universal, calcado em teorias propagadas por Francis Bacon, Renê Descartes, Hans Kelsen e Lourival Vilanova. A intenção seria fundar um ambiente seguro, com reduzidas complexidades e

<sup>26</sup> GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luis Alexandre Carta. Descolonialismo e o direito internacional privado na América latina: desvendando novos paradigmas. *Revista de Direito Internacional*, [S.L.], v. 16, n. 1, p. 241-251, 20 jun. 2019. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v16i1.5907>. p. 246

<sup>27</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval Tributário*. Lejus: São Paulo, 2<sup>a</sup> edição, p. 14.

<sup>28</sup> Ibidem., p. 16-18.

<sup>29</sup> FOLLONI, André. *Ciência do Direito Tributário no Brasil: Críticas e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39.

<sup>30</sup> Ibidem., p. 40

<sup>31</sup> Ibidem., p. 48

<sup>32</sup> BECKER, op. cit., p. 3 e 29.

baseada na unidade irreduzível e universal do fato gerador.<sup>33</sup> Ávila, quanto à função da Ciência do Direito, debate se a Ciência do Direito Tributário “é a de - exclusiva ou fundamentalmente - *descrever*, de modo neutro e avalorativo, o conteúdo das normas jurídicas, sem nele *interferir* ou, em vez disso, se a sua função é a de *descrever, adscriver* e *criar* significados normativos”.<sup>34</sup>

O Supremo Tribunal Federal (STF), neste contexto histórico, não estava alheio à transformação do Direito Tributário. Seis anos após a edição do CTN, a Corte foi convocada para se manifestar sobre a instituição da Taxa de Construção e Pavimentação, instituída pela Lei Municipal de Curitiba, Paraná, nº 2.337, de 05 de dezembro de 1963, referente ao asfaltamento de uma avenida daquela capital.

Ministro Bilac Pinto argumentou pela estrita aderência ao conceito de fato gerador e legalidade. Ancorando-se naquele conceito, pugnou pela inconstitucionalidade da taxa, haja vista que o legislador não observou os conceitos e as características próprios desta espécie tributária, mas da “contribuição de melhoria”. A arguição perpassa pela análise do fato gerador para a definição da espécie tributária correta,<sup>35</sup> e pela crítica da inexactidão terminológica do legislador.<sup>36</sup> Por fim, o Ministro reconhece a importância do CTN, que “aperfeiçoou o sistema legal de conceituação de taxa e da contribuição de melhoria”.<sup>37</sup>

Ainda que o voto tenha sido pela anulação do lançamento tributário enquanto taxa, os argumentos suscitados não estavam alheios à busca pelo enrijecimento dos conceitos tributários propostos pelo CTN, em 1966, e pela doutrina.

Com a Constituição de 1988 e suas disposições normativas, o Sistema Tributário Nacional receberia um extenso tratamento constitucional. Teodorovicz conclui pela presença do dogmatismo jurídico kelseniano, caracterizado pela ideia de que sistema jurídico “seria organizado por normas dispostas em relação de coordenação e hierarquia, apreensíveis por processos de dedução”.<sup>38</sup>

Apesar do escólio de autores como Ricardo Lobo Torres, defensor do pluralismo de sistemas, reconhece-se que prevaleceu na doutrina tributária, a partir da década de setenta a concepção de “sistemas fechados, pautados na premissa da unidade e na superrigidez do ordenamento”. Nos anos oitenta e noventa, a ideia continuou hígida, configuração reforçada pela Constituição de 1988, ainda que ela tenha, ao mesmo tempo, promovido a “defesa da abertura sistêmica, notadamente graças à maior vinculação aos direitos e garantias fundamentais”.<sup>39</sup>

---

<sup>33</sup> FOLLONI, op. cit. p. 129.

<sup>34</sup> ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. Revista Direito Tributário Atual, [S. l.], n. 29, p. 181-204, 2013. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1775>. Acesso em: 6 jun. 2023. p. 182.

<sup>35</sup> STF, Tribunal Pleno, RE 71.010/PR, rel. Min. Thompson Flores, j. 09.03.1972, p. 185.

<sup>36</sup> Ibidem., p.185.

<sup>37</sup> Ibidem., p.186

<sup>38</sup> TEODOROVICZ, Jeferson. Análise do Sistema Tributário Nacional e sua relação com a distribuição de renda no Brasil. 2017. 278 f. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-09082017-141528/publico/Corrigida\\_integral\\_JefersonTeodorovicz.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-09082017-141528/publico/Corrigida_integral_JefersonTeodorovicz.pdf). Acesso em: 02 mai. 2023. p.190.

<sup>39</sup> TEODOROVICZ, Jeferson. op. cit. p.191.

A busca pelo formalismo foi, igualmente, uma “tentativa de reação direta aos abusos frente à segurança jurídica”<sup>40</sup> haja vista a constante edição de Medidas Provisórias, o surgimento de contribuições sociais como forma de aumento da arrecadação, a “massificação” das lides tributárias, as ineficiências do Poder Legislativo em matéria tributária.

Em termos macroeconômicos, o Direito Tributário repercutia a linha mestra de um Estado-Nação típico, qual seja, cada “Estado exerce o seu poder de tributar – i.e., a sua soberania fiscal – com relativa liberdade frente ao referencial externo”.<sup>41</sup> Haveria, pois, a prevalência da tributação sobre bens de consumo individual, principalmente no momento da importação, ou, ainda, o fato do imposto de renda sofrer da “pouca influência de referenciais externos haja vista que o capital e a renda, em seus primórdios, apresentavam pouca mobilidade”.<sup>42</sup>

No que pese as notórias contribuições para o Direito Tributário brasileiro, numa realidade jurídica social e complexa, a disciplina deve ser estudada dentro de várias faces, como a nacional, a internacional, a supranacional, a comparativa, vislumbrando a pluralidade de fontes normativas.

É que o “Estado deixa de ser dono de algumas das suas políticas, que, historicamente, eram suas, perde a jurisdição sobre certas matérias, é obrigado a harmonizar a sua legislação com a dos restantes Estados, partes no fenômeno de integração, e, isto é o mais importante, muitas vezes, sem o seu consentimento”.<sup>43</sup>

Com efeito, assistiu-se ao aumento de circulação de pessoas e bens e a constante aprimoração das tecnologias que reconfiguraram não apenas o funcionamento do Estado-Nação, como também o exercício de sua soberania. Na esfera tributária, igualmente houve um novo fator, qual seja, o “global”, que transformou a tributação para “inclusiva” de “exclusiva”, haja vista a “elevada mobilidade que as inovações tecnológicas e organizacionais trouxeram ao capital”.<sup>44</sup>

Andréia Scapin e Gisele Bossa ressaltam, neste contexto, que países em vias de desenvolvimento, os sistemas tributários funcionam de maneira oposta ao esperado em Estados Democráticos de Direito contemporâneos. Ao invés de promover o desenvolvimento socioeconômico, eles acabam por atuar como obstáculo devido à complexidade das normas fiscais, as quais tornam difícil e por vezes impossível a interpretação e aplicação por parte dos contribuintes e profissionais do Direito.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> Ibid., p. 343.

<sup>41</sup> PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Soberania Fiscal no Direito Internacional: A emergência de um novo dever internacional de cooperação em matéria fiscal a partir das fontes não escritas de Direito Internacional Público. 2020. 454p. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 60

<sup>42</sup> Ibid., p. p. 60

<sup>43</sup> WINTER, Luis Alexandre Carta; WACHOWICZ, Marcos. Estado: Construção de uma identidade. In: XVI Congresso Nacional do Conpedi, 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 873-897. p. 875

<sup>44</sup> PEREIRA, Roberto Codorniz Leite, Op. cit.

<sup>45</sup> BOSSA, Gisele Barra; SCAPIN, Andréia. Transparência e Democracia: para um governo com poderes visíveis. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4<sup>a</sup> Região, v. 1, p. 185-210, 2016. p. 186.

Essa dinâmica, pois, traria consequências, como a obstrução da realização clara das atividades governamentais transparentes, a geração de incerteza jurídica, o enfraquecimento das instituições estatais, a falta de garantia da observância dos direitos difusos e coletivos, além do desestímulo aos investimentos em pesquisa e desenvolvimento, na expansão internacional de empresas, na geração de empregos e na melhoria da infraestrutura logística. Isso, por conseguinte, prejudicaria a produtividade e a capacidade de manutenção dos participantes no mercado competitivo global.<sup>46</sup>

Neste processo, a composição do Direito Internacional Público sofreu alterações ao longo do Século XX, não apenas pela emergência da Organização das Nações Unidas (ONU) e seu objetivo de cooperar para soluções diversas questões legais, como, também pela multiplicação de organizações internacionais que desempenham papéis relevantes internacionalmente. Nota-se um remodelamento do Direito, enfático pela busca da cooperação, tal qual imaginado não apenas os Estados, mas também por grupos de países, tal qual o G7, o G20 e a OCDE, além da ONU.<sup>47</sup>

Trata-se de uma ordem plural e verticalizada, além de fragmentada para a tutela dos mais variados temas, como, por exemplo, direitos humanos, comércio internacional, direito tributário. Neste contexto de “ausência de autoridade central, capaz de impor aos governos nacionais o cumprimento coercitivo de suas obrigações no Direito Internacional, faz com que sejam feitas referências à existência de uma “anarquia internacional”.<sup>48</sup>

## A OCDE e o direito tributário brasileiro

A fragmentação do Direito Internacional Público seria tanto substantiva, dada à “coexistência de diversos regimes jurídicos que reivindicam igual autonomia e aptidão para oferecer soluções” quanto a institucional, caracterizada pela “multiplicação de organizações internacionais e órgãos jurisdicionais na esfera internacional”.<sup>49</sup>

Ainda que não seja possível identificar uma única organização internacional dotada de hegemonia para a formulação de política tributárias internacionais, qualifica-se na figura da OCDE, da ONU, do G20, da União Europeia e dos Estados Unidos da América o papel de exercer a governança fiscal internacional. Enquanto as duas primeiras “fornecem a capacidade técnica para formulação de políticas tributárias”; o G20 detém o capital político para a sua generalização e implementação; e, finalmente, os dois últimos

<sup>46</sup> Ibid..

<sup>47</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; SANTOS, Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos. Pillar 2 and Global Tax Governance between Liberal International Order and Westphalian Order. In: IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL, 2022, São Paulo. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional IBDT/DEF-USP. São Paulo: Ibdt, 2022. p. 250-270.

<sup>48</sup> NETO, Luís Flávio. Os “Contextos” na Interpretação e aplicação de acordos de bitributação. 2015. 219 f. Tese (Doutorado em Direito Tributário) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 37.

<sup>49</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Governança Fiscal Internacional: Entre Fragmentação e o Déficit de Legitimidade. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário, [S.I.], v. 15, n. 2, p. 432-489, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/12207>. Acesso em: 1 maio 2023. p. 473

lideram a formulação de políticas fiscais e asseguram a força política para a implementação de maneira generalizada de políticas globais.<sup>50</sup>

Como esta pesquisa almeja analisar a importância da atuação da OCDE, importa destacar que ela representa os interesses de 38 Países-membros concentrados numa plataforma para debates e desenvolvimento de políticas econômicas. A organização tem sido “bem-sucedida em criar parâmetros para o discurso no Direito Internacional, que é ratificado pelo fato de que a grande maioria dos acordos bilaterais existentes hoje segue o seu modelo”.<sup>51</sup>

A entidade almeja instaurar políticas internacionais fomentadoras da prosperidade, igualdade, oportunidade e bem-estar ao encontrar soluções para questões socioeconômicas e ambientais.<sup>52</sup> Neste sentido, propõe que o Sistema Tributário estaria no centro de uma sociedade inclusiva, de maneira a reunir experts em tributos para reformular a arquitetura tributária internacional e aumentar a transparência fiscal global.

Foram desenvolvidos quatro pilares, quais sejam: combate à evasão fiscal, aumento da transparência e troca de informações, promoção de políticas tributárias para um crescimento sustentável e inclusivo e apoio da ideia do tributo como ferramenta para o desenvolvimento.<sup>53</sup>

Um fórum de discussão, de consulta e de troca de informações entre os Estados-membros no campo econômico em seus diversos comitês e grupos de trabalho,<sup>54</sup> a OCDE logo “assumiu (...) a liderança na formulação de políticas tributárias internacionais, sendo, atualmente, a organização internacional com maior *expertise* em tributação internacional”.<sup>55</sup>

A OCDE ganha relevância e importância global ao propor políticas tributárias globais, de tal maneira que se torna “provedora de *soft law*, ou seja, de parâmetros internacionais que não têm força de lei, mas ainda assim compõem aderência de forma parecida à lei para os Países-membros e não membros”.<sup>56</sup> Ou seja, as deliberações da OCDE acabam por informar, coordenar e promover ao invés de legislar ou impor obrigações derivado de Tratados.<sup>57</sup>

Tais recomendações da OCDE em política tributária passaram por uma mudança gradual. Se antes havia uma ênfase na defesa de um sistema tributário simplificado e harmonioso, passou-se, agora, à busca dum sistema tributário inclusivo e progressivo. Exemplificativamente, aventa-se uma tributação mais intensa sobre a riqueza e as rendas

---

<sup>50</sup> Ibid. p. 473.

<sup>51</sup> LEÃO, Martha. O direito fundamental de economizar tributos. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 302.

<sup>52</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Centre for Tax Policy and Administration Brochure. OECD, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/centre-for-tax-policy-and-administration-brochure.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2023. p. 2

<sup>53</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), op. cit., 2023, p. 9-11

<sup>54</sup> SUI, Oktavia. The Legal Effects of the OECD Commentary as a Non-Binding Recommendation. Intertax, v. 31, n. 6/7, p. 229-254, 2003. Disponível em: [https://www.dfdl.com/wp-content/uploads/2010/09/The\\_Legal\\_Effects\\_of\\_the\\_OECD\\_Commentary\\_as\\_a\\_Non-Binding\\_Recommendation\\_Intertax\\_2003.pdf](https://www.dfdl.com/wp-content/uploads/2010/09/The_Legal_Effects_of_the_OECD_Commentary_as_a_Non-Binding_Recommendation_Intertax_2003.pdf). Acesso em: 02 mai. 2023. p. 230-231.

<sup>55</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. op. cit., p. 441

<sup>56</sup> LEÃO, Martha. op. cit., p. 303.

<sup>57</sup> SUI, Oktavia. op. cit., p. 231.

de capital. Seria, pois, uma busca por uma justiça fiscal e distribuição equitativa dos recursos.<sup>58</sup>

Dentro deste novo paradigma, percebe-se que não basta apenas analisar um Estado Soberano, mas vários Estados Soberanos, que competem entre si por investimentos, por residentes e por receitas fiscais. Deve-se superar a ideia de que o tributo seria uma mera ferramenta compulsória para o financiamento público, posto que num espectro global, é uma parte para a avaliação de temas como competição internacional, eficiência, redistribuição de renda e até mesmo os conceitos de comunidade, identidade nacional e participação democrática.<sup>59</sup>

Exemplo deste novo paradigma está na preocupação da OCDE e do Projeto BEPS para com a integridade e confiança dentre os diversos sistemas tributários nacionais. Emitem-se recomendações para coibir a evasão fiscal e planejamentos tributários agressivos por grandes empresas, assim como o desencorajamento de países com governança fraca, baixa tributação e pouca transparência.<sup>60</sup>

O fenômeno BEPS motiva iniciativas “reativas e de coordenação internacional a vários níveis”, justificado pelas “consequências nefastas do fenômeno” da erosão da tributação, tais como a diminuição de receita pública e, respectivamente, a deslocação do peso fiscal do Estado para os ombros de sujeitos com menor mobilidade - e que serão, por via de regra, as pessoas individuais localmente residentes”.<sup>61</sup>

Neste diapasão, como a economia digital relativizou o poder de tributar, de maneira que se passou a discutir a residência como critério para tributar a riqueza gerada por transações que envolvem intangíveis e serviços automatizados. Soma-se a isto, ainda, a criação de “medidas unilaterais e propostas de soluções para esse problema alocativo (...), destacando-se aquelas suscitadas no bojo dos Pilares I (ampliação do conceito de estabelecimento permanente e *unified approach*) e II (regras mais sofisticadas de repartição do lucro das multinacionais que atuam na economia digital)”.<sup>62</sup>

Tais observações e preocupações com o tema da tecnologia e da economia digital numa análise à luz da erosão das bases de cálculo gerou a Ação nº 11 do BEPS.

A OCDE, neste sentido, apresentou algumas possíveis soluções para a tributação da economia digital, (i) modificação das isenções aceitáveis para a identificação de um estabelecimento permanente (conforme o artigo 5º, parágrafo 4º, da Convenção Modelo da OCDE); estabelecimento de um novo critério - um novo elemento

<sup>58</sup> DINTE, Bruno. O sistema tributário e o federalismo fiscal no Brasil. Nota Técnica, n. 54, Ipea, 2021. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11231/1/NT\\_54\\_Dinte\\_O\\_sistema\\_tributario.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11231/1/NT_54_Dinte_O_sistema_tributario.pdf). Acesso em: 02 mai. 2023 p. 5

<sup>59</sup> DAGAN, Tsilly. The Tragic Choices of Tax Policy in a Globalized World. Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 20-09, November 11, 2011. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1957945> ou DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1957945>. Acesso em: 02 mai. 2023. p. 3

<sup>60</sup> O'REILLY, Patrick. Tax policies for inclusive growth in a changing world. OECD Taxation Working Papers, n. 40, OECD Publishing, Paris, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/1fdafe21-en>. Acesso em: 02 mai. 2023. p. 41

<sup>61</sup> ALVES, Felipe Cerqueira. Justiça Fiscal Internacional e Tributação de Lucros de Grupos Multinacionais. 1<sup>a</sup>. ed. Coimbra: Almedina, 2023, p. 56-57.

<sup>62</sup>SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. op. cit.

de conexão - para a definição de um estabelecimento permanente, baseado na presença digital significativa; (iii) desenvolvimento de critérios para determinar uma presença significativa, a fim de identificar um estabelecimento permanente; (iv) criação de um imposto sobre a fonte para transações digitais transfronteiriças; (v) introdução de um imposto sobre o fluxo de dados da internet (conhecido como bit tax).<sup>63</sup>

Ainda que os países não tenham adotado as medidas propostas pela Task Force on the Digital Economy (TFDE), a partir de informações do relatório da OCDE Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018, anota-se que houve mudanças na legislação doméstica para “alcançar a riqueza gerada pelas empresas de tecnologia em seu mercado consumidor”. Dentre as medidas adotadas, evidencia-se a “(i) aplicação de limites alternativos para estabelecimento permanente; (ii) retenções na fonte; (iii) tributos sobre volume de negócio (turnover taxes); e (iv) regimes tributários especiais para grandes companhias multinacionais”.<sup>64</sup>

Da mesma forma, a doutrina de Basu aponta a preocupação da OCDE com a fragilidade no sistema tributário, sobretudo quanto à impostos territoriais e nas regras fiscais internacionais. Seriam necessárias alterações para agasalhar as práticas comerciais do comércio eletrônico. Afinal, as práticas deste mercado eliminam a ligação que deve existir entre território e a operação econômica, informação esta seria de difícil obtenção.<sup>65</sup>

Com efeito, esta capacidade destrutiva do comércio digital e da tecnologia na base econômica e na construção teórica da tributação implica a necessidade de criação de novas regras e/ou o desenvolvimento e a implementação de um novo instrumental jurídico, haja vista que regras tributárias não foram arquitetadas para a nova matriz econômica contemporânea.

## Conclusão

É inegável que o Sistema Tributário pátrio estabelecido e as doutrinas tributárias construídas atenderam às necessidades socioeconômicas de sua época. O desenvolvimento deste trabalho buscou apurar de forma crítica da aplicabilidade, na era da economia digital, da doutrina contemporânea do direito tributário permeado por uma mudança de paradigma.

A constante evolução das tecnologias de informação e comunicação ao mesmo tempo em que trazem diversas comodidades e melhorias à sociedade, igualmente

<sup>63</sup> DIAS, Felipe Wagner de Lima. Action 1 do Beps, Medidas Unilaterais Adotadas por Países e seus Impactos na Tributação dos Negócios da Economia Digital. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, [S. l.], n. 7, p. 141-160, 2020. DOI: 10.46801/2595-7155-rdtia-n7-7. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1147>. Acesso em: 20 jul. 2023.

<sup>64</sup> DIAS, Felipe Wagner de Lima. Op cit.

<sup>65</sup> BASU, S. International direct taxation and e-commerce: a catalyst for reform? *NUJS Law Review*, v. 10, n. 1, p. 123-135, fev. 2017. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/312593669\\_International\\_Direct\\_Taxation\\_and\\_E-Commerce\\_A\\_Catalyst\\_for\\_Reform](https://www.researchgate.net/publication/312593669_International_Direct_Taxation_and_E-Commerce_A_Catalyst_for_Reform). Acesso em: 9 ago. 2023.

introduzem transformações em diversos setores empresariais. Concorrentemente, origina-se uma série de desafios que o Direito Tributário brasileiro precisa enfrentar.

Afinal, há uma aparente incerteza geradas pela aplicação de regras de tributação, enunciadas desde, pelo menos, 1966, com a edição do Código Tributário Nacional frente ao novo paradigma mundial.

Com efeito, as mudanças tecnológicas, especialmente a digitalização e globalização da economia, têm impulsionado novas formas de comércio e interação entre os agentes econômicos, desafiando as estruturas tributárias tradicionais. Pessoas físicas e jurídicas podem, atualmente, realizar serviços, por exemplo, exclusivamente pela internet, assim como desenvolver novos produtos que não são captados pela regra matriz. Ou, ainda, tais pessoas ou empresas podem optar por uma presença mínima no Estado de fonte do rendimento, de maneira sorte a provocar efeitos fiscais danoso na estrutura tributária internacional.

Haja vista a influência da OCDE e a crescente digitalização da economia, torna-se necessário reconhecer que as atuais regras de tributação precisariam ser repensadas e atualizadas, a fim de capturar os mais diversos fenômenos econômicos. A falta de uma abordagem adaptativa pode resultar em disparidades e distorções no sistema tributário, favorecendo determinadas empresas ou setores em detrimento de outros, bem como comprometendo a arrecadação tributária.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Felipe Cerqueira. *Justiça Fiscal Internacional e Tributação de Lucros de Grupos Multinacionais*. 1<sup>a</sup>. ed. Coimbra: Almedina, 2023.

ANDRADE, Mariana Bittencourt Costa de. *Tributação direta do mercado de dados: evoluções e propostas internacionais para a tributação da economia digital*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Fiscal) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021. p. 54

ÁVILA, H. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 29, p. 181–204, 2013. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1775>. Acesso em: 6 jun. 2023.

BASU, S. International direct taxation and e-commerce: a catalyst for reform? *NUJS Law Review*, v. 10, n. 1, p. 123-135, fev. 2017. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/312593669\\_International\\_Direct\\_Taxation\\_and\\_E-Commerce\\_A\\_Catalyst\\_for\\_Reform](https://www.researchgate.net/publication/312593669_International_Direct_Taxation_and_E-Commerce_A_Catalyst_for_Reform). Acesso em: 9 ago. 2023.

BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval Tributário*. Lejus: São Paulo, 2<sup>a</sup> edição, p. 14.

BOSSA, Gisele Barra; SCAPIN, Andréia. Transparência e Democracia: para um governo com poderes visíveis. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4<sup>a</sup> Região*, v. 1, p. 185-210, 2016.

BOSSA, Gisele Barra. *Novos Rumos da Tributação na Economia Digital e a Importância do Mercado Consumidor na Caracterização do Estabelecimento Permanente Virtual*. In: SAUNDERS,

Ana Paula; Pepe, Flávia Cavalcanti; Utumi, Ana Cláudia Akie (Coords.). *Estudos de Tributação Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 336

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Indireta de Inconstitucionalidade nº 5659*. Confederação Nacional de Serviços (CNS). Relator: Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2021. Diário Oficial da União. Brasília

CAMPOS, Paula Consalter; CUNHA, Carlos Renato. A Complexidade da Tributação dos Negócios Jurídicos Realizados em Ambiente Virtual no Sistema Tributário Brasileiro Fiscais no Tratamento do Orçamento Público Brasileiro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 30, p. 251-274, 2022

CORREIA NETO, Celso de Barros; AFONSO, José Roberto Rodrigues; FUCK, Luciano Felício. A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, [S.L.], v. 15, n. 1, p. 145, 12 set. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i1.3356>. Acesso em 18 jul. 2023. p. 148

DAGAN, Tsilly. The Tragic Choices of Tax Policy in a Globalized World. *Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 20-09*, November 11, 2011. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1957945> ou DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1957945>. Acesso em: 02 mai. 2023. p. 3

DE OLIVEIRA, Fabrício A. *Uma pequena história da tributação e do federalismo fiscal no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 23-24.

DIAS, Felipe Wagner de Lima. Action 1 do Beps, Medidas Unilaterais Adotadas por Países e seus Impactos na Tributação dos Negócios da Economia Digital. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, [S. l.], n. 7, p. 141–160, 2020. DOI: 10.46801/2595-7155-rdtia-n7-7. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1147>. Acesso em: 20 jul. 2023.

DINTE, Bruno. O sistema tributário e o federalismo fiscal no Brasil. *Nota Técnica*, n. 54, Ipea, 2021. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11231/1/NT\\_54\\_Dinte\\_O\\_sistema\\_tributario.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11231/1/NT_54_Dinte_O_sistema_tributario.pdf). Acesso em: 02 mai. 2023.

EFING, A. C.; TAMIOZZO, H. C. Resenha: “A quarta revolução industrial”, de Klaus Schwab. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 308–312, 2020. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v11i1.27751. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/27751>. Acesso em: 18 abr. 2022.

FOLLONI, André. *Ciência do Direito Tributário no Brasil: Críticas e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOSSATI, Gustavo; PAULA, Daniel Giotti de. *Tributação da Economia Digital na Esfera Internacional*. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022.

GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luis Alexandre Carta. Descolonialismo e o direito internacional privado na América latina: desvendando novos paradigmas. *Revista de Direito Internacional*, [S.L.], v. 16, n. 1, p. 241-251, 20 jun. 2019. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v16i1.5907>.

LEÃO, Martha. *O direito fundamental de economizar tributos*. São Paulo: Malheiros, 2018.

MEDEIROS Junior, Antonio Carlos Freitas de.; CUNHA, Carlos Renato. Reforma Tributária: Análise dos Projetos de Emenda Constitucional 45/19 e 110/19 e a Tributação da Tecnologia. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, [S.l.], v. 8 v. 8, n. 1, p. 01-16, jan./jul. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitotributario/article/view/8615>. Acesso em: 06 abr. 2023.

MENEGOLA, Everton. *Blockchain na Administração Pública Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2022.

NETO, Luís Flávio. *Os “Contextos” na Interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. 2015. 219 f. Tese (Doutorado em Direito Tributário) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

NUNES, Cleucio S.. *Justiça Tributária*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2019.

O'REILLY, Patrick. Tax policies for inclusive growth in a changing world. *OECD Taxation Working Papers*, n. 40, OECD Publishing, Paris, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/1fdafe21-en>. Acesso em: 02 mai. 2023.

Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD. *Tax Policies for Inclusive Growth in a Changing World*. OECD, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/g20/Tax-policies-for-inclusive-growth-in-a-changing-world-OECD.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2023.

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *Centre for Tax Policy and Administration Brochure*. OECD, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/centre-for-tax-policy-and-administration-brochure.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2023.

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *Tax challenges arising from digitalization: interim report 2018: inclusive framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em: 09 ago. 2019

PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Soberania Fiscal no Direito Internacional: A emergência de um novo dever internacional de cooperação em matéria fiscal a partir das fontes não escritas de Direito Internacional Público*. 2020. 454p. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

SCHAWB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo, Edipro, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Internet das Coisas à luz do ICMS e do ISS: entre mercadoria, prestação de serviço de comunicação e serviço de valor adicionado. In: FARIA, Renato Vilela et al (org.). *Tributação da Economia Digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo: Saraivajur, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Governança Fiscal Internacional: Entre Fragmentação e o Déficit de Legitimidade. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, [S.l.], v. 15, n. 2, p. 432-489, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/12207>. Acesso em: 1 maio 2023.

SCHOUERI, Luís Eduardo; SANTOS, Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos. Pillar 2 and Global Tax Governance between Liberal International Order and Westphalian Order. In: IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL, 2022, São Paulo. *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional IBDT/DEF-USP*. São Paulo: Ibdt, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, *RE 71.010/PR*, rel. Min. Thompson Flores, j. 09.03.1972.

SUI, Oktavia. The Legal Effects of the OECD Commentary as a Non-Binding Recommendation. *Intertax*, v. 31, n. 6/7, p. 229-254, 2003. Disponível em: [https://www.dfdl.com/wp-content/uploads/2010/09/The\\_Legal\\_Effects\\_of\\_the\\_OECD\\_Commentary\\_as\\_a\\_Non-Binding\\_Recommendation\\_Intertax\\_2003.pdf](https://www.dfdl.com/wp-content/uploads/2010/09/The_Legal_Effects_of_the_OECD_Commentary_as_a_Non-Binding_Recommendation_Intertax_2003.pdf). Acesso em: 02 mai. 2023.

TEODOROVICZ, Jeferson. *Análise do Sistema Tributário Nacional e sua relação com a distribuição de renda no Brasil*. 2017. 278 f. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-09082017-141528/publico/Corrigida\\_integral\\_JefersonTeodorovicz.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-09082017-141528/publico/Corrigida_integral_JefersonTeodorovicz.pdf). Acesso em: 02 mai. 2023.

WINTER, Luis Alexandre Carta; WACHOWICZ, Marcos. Estado: Construção de uma identidade. In: XVI Congresso Nacional do Conpedi, 2007, Belo Horizonte. *Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Boiteux, 2007.

ZILVETI, F. A. As Repercussões da Inteligência Artificial na Teoria da Tributação. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 43, p. 483-498, 2019. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1457>. Acesso em: 4 abr. 2023.

Data de Re却bimento: 10/08/2023

Data de Aprovação: 15/11/2023

# DEMOCRACIA, SUBJETIVIDADE POLÍTICA E ELEIÇÕES NA REFLEXÃO FILOSÓFICA DE SLAVOJ ŽIŽEK

## DEMOCRACY, POLITICAL SUBJECTIVITY AND ELECTIONS IN THE PHILOSOPHICAL REFLECTION OF SLAVOJ ŽIŽEK

Géron Pereira Filho\*  
Marcus Vinicius Quessada Apolinário Filho\*\*

### RESUMO

O presente artigo se apoia em um método dedutivo de caráter teórico-bibliográfico e possui como objetivo central a elucidação da fase inicial do pensamento do filósofo esloveno Slavoj Žižek. Sobretudo, nós voltamos às suas reflexões a respeito da democracia, da subjetividade política e das eleições liberais. Nesse esforço, buscou-se trazer alguns aspectos biográficos importantes da formação intelectual e da atuação política do autor no interior do antigo regime Iugoslavo. Depois, fez-se de suma importância a elucidação da vital comunhão que o autor estabelece com o filósofo francês Claude Lefort, sua principal referência político-filosófica no que tange à reflexão quanto à democracia, bem como apontar para as suas aproximações e posteriores distanciamentos do projeto de “democracia radical” de Chantal Mouffe e Ernesto Laclau. Por fim, o trabalho propôs uma possível leitura das eleições democráticas, tal como concebidas pelo autor nessa fase inicial de sua obra, à luz de suas teorizações do conceito político de “ato”.

Palavras-chave: Democracia; Subjetividade Política; Eleições; Slavoj Žižek.

### ABSTRACT

The present article uses a deductive method of theoretical-bibliographic character and has as its main objective the elucidation of the initial phase of the thought of the Slovenian philosopher Slavoj Žižek. Above all, we turn to his reflections on democracy, political subjectivity and liberal elections. In this effort, we sought to bring some important biographical aspects of the intellectual formation and political action of the author within the former Yugoslav regime. Afterwards, it was extremely important to elucidate the vital communion that the author establishes with the French philosopher Claude Lefort, his main political-philosophical reference when it comes to reflection on democracy, as well as pointing to its approximations and subsequent distances from the project of “radical democracy” by Chantal Mouffe and Ernesto Laclau. Finally, the work proposed a possible reading of democratic elections, as conceived by the author in this initial phase of his work, in light of his theorizations of the political concept of “act”.

Key-words: Democracy; Political Subjectivity; Elections; Slavoj Žižek.

\* Graduado em Filosofia e História, com mestrado, doutorado e pós-doutorado pela Unicamp, onde também manteve vínculo de pesquisador colaborador. Docente do Departamento de Filosofia da PUC MINAS - Campus Poços de Caldas-MG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6102536293896338>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5838-202X> E-mail: gerson@pucpcaldas.br.

\*\* Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Campus Poços de Caldas e pesquisador bolsista de iniciação científica pelo PIBIC-CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7664187009474030>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7541-932X> E-mail: marcusapoli@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

*O Estado sou eu.  
Rei Luís XIV*

*Não se pode reinar inocentemente.  
Louis Antoine de Saint-Just*

*Mas quem é o partido?  
Está dentro de um prédio com telefones?  
Seus pensamentos são secretos, suas decisões desconhecidas?  
Quem é ele?  
Nós somos ele.  
Tu eu e vós — nós todos.*

*Bertolt Brecht*

Nascido em 1949, na cidade de Liubliana, capital da Eslovênia — a mais próspera e mais “ocidental”<sup>1</sup> das províncias da antiga República da Iugoslávia —, Slavoj Žižek tem se tornado, nas últimas décadas, um dos principais filósofos contemporâneos do campo crítico. Detentor, junto da *Sociedade de Psicanálise Teórica* de Liubliana, de uma leitura renovada da tradição do idealismo alemão (Kant, Fichte, Schelling e Hegel) sob as lentes críticas do psicanalista francês Jacques Lacan, Žižek toca — por toda sua extensa obra — questões que concernem diretamente às problemáticas próprias da filosofia e prática política marxistas ou não.

No âmbito dos estudos Žižekianos, as produções que tocam e abarcam as reflexões político-filosóficas de Žižek sobre a democracia e o totalitarismo são — quando não raras —, em sua maioria, contraditórias e divergentes entre si, sobretudo no que compreende o período de sua produção filosófica objeto de nosso trabalho, isto é, aquela que vai da publicação de sua tese de doutorado *O mais sublime dos Histéricos* (1986) à obra *Tarrying with the negative* (1993).

Assim, ver-se-á que a reflexão inicial de Žižek a respeito da democracia/totalitarismo, além de ser influenciada pela prática e atuação política do próprio autor e dos grupos artísticos dissidentes da antiga Iugoslávia, guarda íntima relação com as teorizações do filósofo político francês Claude Lefort, sobretudo no que diz respeito às suas reflexões sobre a *invenção democrática* e a instituição de um *lugar vazio do poder*. Em seguida, realizaremos uma breve incursão nas proximidades e distanciamentos tomados por Žižek frente ao projeto de *democracia radical* de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe ao longo desse contexto intelectual inicial. Por fim, propomos uma possível leitura das eleições tais como concebidas pelo filósofo frente às suas reflexões iniciais sobre o conceito de *ato*, fundamental para a mudança de paradigma em sua leitura da política que se realizava na democracia liberal tal como hoje conhecemos.

<sup>1</sup> Tal rótulo se deve tanto pela localização geográfica da Eslovênia quanto por seu papel econômico durante o regime Iugoslavo. Para uma análise mais detalhada, Cf. PARKER, Ian. *Slavoj Žižek: a critical introduction*. Londres: Pluto Press, 2004. p. 28-30. e IRWIN, Jones; MOTOH, Helena. *Žižek and his contemporaries: On the emergence of the Slovenian Lacan*. Londres: Bloomsburry, 2014. p. 13-33.

Disto, valendo-nos de uma metodologia de pesquisa de cunho teórico-bibliográfico temos como objetivo central a elucidação deste breve período de entrada da obra Žižekiana nos meandros filosóficos ocidentais, principalmente naquilo que comprehende as reflexões do filósofo a respeito de temas caros à teoria e filosofia política e do direito contemporâneas, quais sejam, a reflexão sobre a democracia/totalitarismo, a subjetividade política e as eleições liberais.

## Contextos Iniciais

Žižek, apesar de possuir certos trejeitos teóricos do estruturalismo francês a que, em grande medida, é devedor, possui uma trajetória biográfica e intelectual que é, no mínimo, muito singular. Vindo da experiência do “socialismo real” na antiga República Socialista da Iugoslávia, Žižek trouxe outros ares para os debates filosófico-psicanalíticos da França dos anos 1980, sobretudo no que diz respeito ao modo com que traz a figura de Hegel e Marx para um ambiente psicanalítico que se via como estranho a esses dois autores e, também, a sua nova proposição de funcionamento da ideologia, que se daria através de um aparato cínico e fantasista que, segundo o autor, imperava nos meandros da *nomenklatura* da Liga dos Comunistas da Iugoslávia — partido que detinha o poder sob o regime socialista Iugoslavo.

Importante colocar que no contexto filosófico da república da Eslovênia — terra natal de Žižek — imperavam, à época de formação do filósofo, duas vertentes filosóficas principais: uma fortemente influenciada por Heidegger e outra seguidora do pensamento marxista-frankfurtiano<sup>2</sup>. E será já nesse contexto inicial de formação que, por parte de Žižek, dá-se uma primeira tomada de distanciamento da ideologia marxista oficial, pois o filósofo opta por seguir seus estudos em uma linha heideggeriana, somada com as reflexões do estruturalismo francês proporcionadas por Jacques Derrida<sup>3</sup>, publicando, em 1971 — mesmo ano em que se forma em filosofia — sua primeira obra, chamada *A dor da diferença*.

Mais tarde, no ano de 1975, a influência do estruturalismo francês — sobretudo de via psicanalítica, trazida por Jacques Lacan — passa a exercer peso maior sobre Žižek e parte de seus conterrâneos, o que o leva a apresentar uma dissertação de mestrado intitulada *A relevância prática e teórica do estruturalismo francês* e fundar, junto de Mladen Dolar, a *Sociedade de Psicanálise Teórica*. Importante colocar que a primeira metade da década de 1970 foi, para Žižek, marcada por uma forte experiência de desemprego, fruto de um boicote, por não ter escrito uma dissertação “suficientemente marxista,”<sup>4</sup> e por ter se alinhado ao pensamento estruturalista francês, malvisto pela ideologia oficial e pelos heideggerianos/frankfurtianos, que lideraram os departamentos

<sup>2</sup> IRWIN, Jones; MOTOH, Helena. *Žižek and his contemporaries: On the emergence of the Slovenian Lacan*. Londres: Bloomsbury, 2014. p. 24-26.

<sup>3</sup> A esse respeito, Cf. ŽIŽEK, Slavoj; DALY, Glyn. *Arriscar o impossível: Conversas com Žižek*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Martins, 2006. p. 38-39.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 41-42.

de filosofia. No entanto, conseguiu, em 1977, um emprego de redator de discursos para a burocracia do *Comitê Central da Liga de Comunistas da Eslovênia*, o que foi, em larga medida, central, para que Žižek entendesse a forma *cínica* de funcionamento da ideologia oficial.

Devo dizer que outras duas experiências também foram muito instrutivas para mim e ainda hoje marcam minha abordagem da ideologia: o exército iugoslavo e o trabalho no comitê central, onde pude observar como funcionava por dentro o poder do Partido Comunista. Ali eu já tinha aprendido com a própria vida a ideia básica do funcionamento cínico da ideologia: a ideia de que, para funcionar, a ideologia não deve levar-se demasiadamente a sério.<sup>5</sup>

Já em 1981, Žižek torna-se Doutor em Filosofia na Eslovênia e viaja para a França a fim de selar o distanciamento de seu passado regado às leituras de Heidegger e Derrida, sob a orientação de doutorado, do psicanalista Jacques-Alain Miller — genro e então “herdeiro” da obra de Lacan —, o que o leva a publicar, no ano de 1988 (dois anos após a defesa dessa sua segunda tese), sua obra de entrada no cenário intelectual ocidental, *O mais sublime dos histéricos: Hegel com Lacan*. Apesar de não ter alcançado grande projeção fora de círculos psicanalíticos e acadêmicos, Žižek publicará, logo em seguida, no ano de 1989, uma versão editada do texto em língua inglesa — tida como uma de suas principais e mais influentes obras —, chamada *The sublime object of ideology* [O sublime objeto da ideologia]. Obra esta que foi na contramão da então chamada “condição pós-ideológica”<sup>6</sup>, sendo responsável por uma importante retomada do conceito de ideologia no léxico filosófico de seu tempo, realizada por meio de um “retorno a Hegel” que fora proporcionado pela psicanálise lacaniana<sup>7</sup>.

De fato, é nesse contexto inicial, que Žižek tomará grande e forte proximidade do pós-marxismo de orientação lacaniana, estabelecendo como suas principais referências filosófico-políticas da época os filósofos críticos do totalitarismo e defensores da democracia em moldes liberais, Claude Lefort, Chantal Mouffe e Ernesto Laclau. No entanto, a fim de elucidar este ponto que se faz vital para nosso trabalho, uma pequena digressão aqui se faz necessária.

Ao fim da década de 80, o regime iugoslavo passava por grandes desgastes internos e dava claros tons de seu desmoronamento, o que, de certa forma, favoreceu muito para o surgimento de grupos dissidentes críticos do regime, tais como a *Neue Slowenische Kunst* (movimento vanguardista de música, teatro e artes visuais) e a banda de rock industrial *Laibach*. Deste modo, Žižek — muito amparado nas problematizações postas pelos supramencionados filósofos do campo pós-marxista e em sua teoria do funcionamento cínico da ideologia — passará a ter um engajamento político cada vez

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>6</sup> Tal “condição pós-ideológica” dá-se sobretudo naquilo que ficou conhecido como “o fim das grandes narrativas” de Jean-François Lyotard em seu *A condição pós-moderna* e, também, em “o fim da história” de Francis Fukuyama, em seu *O fim da história e o último homem*, isto é, o sentimento que ganhou corpo na academia e na política após a queda do muro de Berlim e fim da URSS de que não haveria mais alternativas ao capitalismo liberal e democrático e de que projetos fortemente nacionalistas e socialistas deveriam ficar no passado e serem, assim, denegados por não serem mais possíveis num mundo não mais regido por grandes ideologias e avesso aos totalitarismos.

<sup>7</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *The sublime object of ideology*. 2. ed. Londres: Verso, 2008. p. xxx-xxxi.

maior, envolvendo-se diretamente com tais movimentos políticos dissidentes que clamavam por democracia e eleições livres, tornando-se, inclusive, o principal norte teórico de tais movimentos<sup>8</sup>. Por fim, como a história mesmo nos mostra, tais movimentações da sociedade civil culminaram na independência da federação da Eslovênia com a realização de eleições livres, da qual Žižek foi um dos principais candidatos ao *Comitê Presidencial*, se candidatando com outros pelo Partido Democrático Liberal.

E, apesar de colocar-se, neste primeiro momento, como um ávido crítico da experiência socialista em seu país, Žižek não deixa de tratar o capitalismo de forma sumamente crítica e de ter Karl Marx como uma de suas principais referências filosóficas. Em larga medida, isso se deve ao fato de Žižek ver, também, a psicanálise como uma ferramenta de crítica cultural. Como observou Vladimir Safatle: “Žižek compreendeu bem que a psicanálise nunca se contentou em ser apenas uma clínica da subjetividade, mas que procurou impor-se desde o início como crítica às formações socioculturais da modernidade capitalista.”<sup>9</sup> Nesse sentido, os pós-marxistas Claude Lefort, Ernesto Laclau e Chantal Mouffe fornecem a articulação da psicanálise com a política, da qual Žižek se servirá em suas obras iniciais para a reflexão sobre a democracia, a subjetividade política e as eleições, o que veremos a seguir.

### **Invenção democrática e lugar vazio do poder**

Responsável por uma vasta produção teórica sobre a democracia e o totalitarismo, Claude Lefort foi influente, sobretudo na década de 1970 e 1980, nos principais debates filosófico-políticos da França e do Brasil. Apesar de sua grande importância nas reflexões iniciais de Slavoj Žižek, tem sido negligenciado por diversos de seus importantes comentadores políticos<sup>10</sup>. Assim, a fim de elucidar tal influência e o desenvolvimento dos conceitos de *invenção democrática* e *lugar vazio do poder* — ambos vitais para a compreensão do trato inicial que Žižek dá à democracia e ao totalitarismo — partiremos, aqui, de suas primeiras obras publicadas.

Buscando delimitar o totalitarismo e as dinâmicas próprias que o constituem, Žižek seguirá continuamente Lefort, para quem “o totalitarismo só se esclarece sob a condição de captar a relação que mantém com a democracia. É dela que surge exatamente no

<sup>8</sup> A esse respeito, Cf. PARKER, Ian. *Slavoj Žižek: a critical introduction*. Londres: Pluto Press, 2004. p. 26-35., ŽIŽEK, Slavoj; DALY, Glyn. *Arriscar o impossível: Conversas com Žižek*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Martins, 2006. p. 64-65. e IRWIN, Jones; MOTOH, Helena. *Žižek and his contemporaries: On the emergence of the Slovenian Lacan*. Londres: Bloomsbury, 2014. p. 29-33.

<sup>9</sup> SAFATLE, Vladimir Pinheiro. Depois da culpabilidade: figuras do supereu na sociedade de consumo. In: DUNKER, Christian Ingo Lenz; PRADO, José Luiz Aidar. (org.). *Žižek crítico: política e psicanálise na era do multiculturalismo*. São Paulo: Hacker, Editores, 2005. p. 119.

<sup>10</sup> A esse respeito, Cf. GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *O Direito na filosofia de Slavoj Žižek: perspectivas para um pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2013; PARKER, Ian. *Slavoj Žižek: a critical introduction*. Londres: Pluto Press, 2004., CINATTI, Claudia; DANTAS, Gilson; FEIJOO, Cecilia; Žižek e seu diálogo com Marx, Lacan e Lenin. São Paulo: Edições ISKRA, 2015; e GUERRA, Elizabete; TELES, Idete. (org.) *Lacunas do Real: leituras de Slavoj Žižek*. Florianópolis: NEFIPO, 2009.

momento em que ele se implanta”<sup>11</sup>. Ou seja, deve-se ter de antemão que o totalitarismo é uma criação propriamente *moderna*, pois ele só se faz possível sob o pano de fundo do que Lefort chamará de *invenção democrática*. Tal invenção é fruto da Revolução Francesa que, por meio do povo, fez irromper uma profunda subversão da estrutura política do *Ancien Régime*<sup>12</sup>, realizando aquilo que ele chama de “uma dissolução da corporeidade social”, corporeidade esta que se realizava na unidade e identidade da sociedade ao corpo do rei, que, como apontará Žižek, “legitima seu poder por referência a uma autoridade extra-social [Deus]”<sup>13</sup>.

Assim, por meio de uma *dessacralização do lugar do poder* e de uma *desincorporação social*, a possibilidade da democracia como o governo do povo emerge, pois o que legitima e institui o poder, passa a ser um elemento da própria sociedade, o povo, não mais algo sagrado, divino. Nesse sentido, como bem coloca Vladimir Safatle:

tal desincorporação [...] permitiria a abertura à potência de “indeterminação do social” que nos forneceria um forte princípio de distinção entre a democracia e todas as formas variadas de totalitarismo. Pois a democracia seria o governo que impede o preenchimento do exercício simbólico do poder por construções imaginárias de completude.<sup>14</sup>

Essa “indeterminação social” própria à democracia perfila-se, então, através do retrato de uma contínua resistência da sociedade civil a uma calcificação das relações sociais — principal característica do *Ancien Régime* com sua organização social baseada em estamentos. Nisso, a *invenção democrática* seria o nascimento da democracia como o regime de uma sociedade fundada pelo imperativo da indeterminação dos lugares ocupáveis na sociedade — não haveria mais a atribuição de lugares iminentemente fixos, como na sociedade estamental — e de um contínuo autoquestionamento das instituições e daqueles que ocupam o *locus* do poder. Lefort dirá que a democracia se torna o “teatro de uma aventura indomesticável, tal que o que se vê instituído não está nunca estabelecido, o conhecido permanece minado pelo desconhecido, o presente se revela inominável”<sup>15</sup>. Ou seja, na democracia não haveriam leis e enunciados que não fossem passíveis de questionamento e, menos ainda, ocupantes dos lugares do poder instituídos que não pudessem ser destituídos.

Com isso em mente, Žižek enxergará na experiência democrática de indeterminação social firmada sob o poder do povo, um paradoxo constitutivo: o povo — como entidade soberana que funda a democracia — não pode existir *positivamente*, pois

<sup>11</sup> LEFORT, Claude. *A invenção democrática: Os limites do totalitarismo*. Trad. Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 116.

<sup>12</sup> “A revolução democrática, por muito tempo subterrânea, explode, quando o corpo do rei se encontra destruído, quando cai a cabeça do corpo político, quando, simultaneamente, a corporeidade do social se dissolve. Então se produz o que eu ousaria chamar uma desincorporação dos indivíduos.” (*Ibid.* p. 117).

<sup>13</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *O mais sublime dos histéricos: Hegel com Lacan*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. p. 190.

<sup>14</sup> SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 66.

<sup>15</sup> LEFORT, Claude. *A invenção democrática: Os limites do totalitarismo*. Trad. Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 119.

isto implicaria sua instituição como um *corpo* no seio da sociedade, entrando em contradição com a definição própria da democracia como sociedade que se firma através da *desincorporação* e da *indeterminação social*. Assim, Žižek coloca que o povo, na democracia, só existe enquanto uma entidade *negativa*, como “um limite, uma borda que impede a identificação daquele que reina com o lugar do Poder”<sup>16</sup>. Sendo o detentor do poder de instituir/destituir os enunciados e aqueles que ocupam o lugar do poder, “o único momento de existência efetiva do ‘povo’ são as eleições, o momento em que toda a rede social se desfaz e fica reduzida a uma coleção dispersa de ‘cidadãos’ de indivíduos atomizados.”<sup>17</sup>

Žižek aponta que é nessa incapacidade de lidar com esse caráter paradoxal da democracia que os governos totalitários se constituem, pois nestes governos, liderados pelo partido/nação/religião, “o Poder é exercido em nome do Povo como entidade positiva, o que quer dizer que o detentor do Poder não mais ocupa um lugar originariamente vazio”<sup>18</sup>. Nas “democracias populares” de governos totalitários, as margens da indeterminação e da contingência do político não estariam mais abertas. O partido (encarnando, dando *corpo* aos interesses do *povo*) ocuparia, desta forma, o *locus* do poder deixado originariamente vazio pela invenção democrática, daria uma identidade fixa e uma unidade ao poder. Como coloca Lefort, p. 113): “[no totalitarismo,] o partido não aparece como distinto do povo ou do proletariado que dele é a quintessência [...] O partido é o proletariado [e o povo] no sentido da identidade. Isso ao mesmo tempo em que é o seu guia”<sup>19</sup>.

Importante colocar que tal crítica ao partido como “guia” do povo — conhecedor de supostas “leis objetivas da história” — vem também de um posicionamento crítico a certa teologia da história marxista<sup>20</sup>, que veria uma necessidade histórica do comunismo e do proletariado como sujeito político privilegiado. Assim, para Žižek, ocupar o lugar do poder valendo-se de um “conhecimento objetivo da história” implicaria tirar da democracia a indeterminação política que a caracteriza como tal<sup>21</sup>.

Também nesse sentido, Žižek seguirá na contramão das correntes críticas marxistas às eleições “burguesas” como “meramente formais”, que propiciam apenas uma “democracia meramente formal” constituída por “indivíduos atomizados” e “cidadãos abstratos”. Disso, localizando as eleições como ponto culminante da experiência democrática, Žižek observará que “no momento das eleições, toda a rede hierárquica das

<sup>16</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *O mais sublime dos histéricos: Hegel com Lacan*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. p. 193.

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 193.

<sup>18</sup> *Ibid.* p. 193.

<sup>19</sup> LEFORT, Claude. *A invenção democrática: Os limites do totalitarismo*. Trad. Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 113.

<sup>20</sup> Como encontramos, por exemplo, em LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*. Tradução de Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>21</sup> A crítica a essa necessidade/teologia histórica marxista também é feita por Lacan, maior referência de Žižek, a propósito, Cf. SAFATLE, Vladimir. *Maneiras de transformar mundos: Lacan, política e emancipação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 135-139.

relações sociais fica suspensa, posta entre parênteses, a ‘sociedade’ como unidade orgânica deixa de existir, transforma-se numa coleção contingente de indivíduos”<sup>22</sup>.

As eleições seriam, então, o momento de instituição/destituição dos ocupantes dos lugares de poder, momento de dissolução do edifício social entregue ao puro acaso, a uma mera contagem dos indivíduos abstratos conjugados no todo. E, por mais que se possam haver fraudes, manipulações e toda sorte de problemas nas eleições, “tão logo se elimina a possibilidade dessas deformações, perde-se a própria democracia”<sup>23</sup>. Pois isso seria uma tentativa de eximir a política democrática do encontro com a contingência e com suas impurezas próprias seria, então, a atitude antidemocrática por excelência, uma vez que buscara dar determinações e impedimentos àquilo que possui como principal traço uma indomável indeterminação. Como Žižek mesmo ilustra a respeito da “democracia efetiva” defendida por diversos campos do marxismo, alegadamente aquele que semeava o solo do “socialismo real”:

A “democracia efetiva”, portanto, é o outro nome da não-democracia: se quisermos excluir a possibilidade das “manipulações”, teremos de “verificar” antecipadamente os candidatos, introduzir a diferença entre o “verdadeiro interesse do povo” e sua opinião contingente, submetida à demagogia e a toda sorte de provocações etc. – e com isso chegaremos ao que se chama a “democracia organizada” do “socialismo real”, onde as “verdadeiras eleições” já tem lugar antes das eleições e onde já têm lugar antes das eleições onde o ato de escrutínio já não tem valor senão plebiscitário. O que está em jogo na “democracia organizada” do “socialismo real”, portanto, é justamente *excluir a irrupção do real que marca as eleições “burguesas”*: o momento da “disseminação” do edifício social numa coleção numérica de indivíduos atomizados.<sup>24</sup>

Então, neste momento de seu percurso intelectual, fica claro para Žižek que o papel das lutas por emancipação política é manter-se fiel ao legado deixado pela Revolução Francesa através da *invenção democrática*. Tais lutas deveriam fazer valer o *lugar vazio do poder*, resistindo às tentações totalitárias de fuga da indeterminação democrática, própria ao “socialismo real” — que, como vimos anteriormente, Žižek opunha-se veementemente na Eslovênia do fim da década de 80.

## Democracia radical e subjetividade política

Por mais que se apresente de forma pontual, a referência a Lefort<sup>25</sup> e a referência ao projeto de *democracia radical* dos pós-marxistas Ernesto Laclau e Chantal Mouffe — presente principalmente no livro *Hegemonia e estratégia socialista* (2015) — é de

<sup>22</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *O mais sublime dos histéricos*: Hegel com Lacan. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991, p. 193-194.

<sup>23</sup> *Ibid.* p. 194.

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 194. Grifo nosso.

<sup>25</sup> Importante dizer que Žižek só lida de forma “amigável” com o projeto de *democracia radical* nos textos *Beyond discourse analysis* (1990), *O mais sublime dos histéricos* (1991) e em *The sublime object of ideology* (2008) — livro o qual fora publicado numa coleção de livros pós-marxistas organizada pelo próprio Laclau, no qual chega mesmo a escrever o prefácio da primeira edição publicada em 1989.

significativa relevância na produção teórica inicial de Žižek. Podemos falar, em linhas gerais, que tal projeto, que parte, também, das teorizações de Lefort sobre a democracia — localiza-se no campo da supramencionada *invenção democrática* e tem como cerne a defesa de uma política emancipatória plural que não se ampara em discursos universalistas. Laclau e Mouffe chegam a dissertar que “o discurso da democracia radical não é mais o discurso do universal do universal; o nicho epistemológico de onde falavam as classes e os sujeitos ‘universais’ foi erradicado e substituído por uma polifonia de vozes”<sup>26</sup>. Isto é, tal projeto advogaria por uma articulação das mais diversas lutas por igualdade e liberdade, não vendo o “sujeito universal do proletariado marxista” como sendo politicamente privilegiado, por exemplo. A propósito, Žižek coloca:

O termo ‘democracia radical’ deles [Laclau e Mouffe] é para ser tomado de forma paradoxal: ela [a democracia] não é ‘radical’ no sentido de uma democracia pura e verdadeira; seu caráter radical consiste, ao contrário, no fato de que só podemos salvar a democracia *levando em conta sua própria radical impossibilidade*.<sup>27</sup>

Levar a cabo tal “*radical impossibilidade da democracia*” significa, em outros termos, resistir à tentação totalitária de dar fim à indeterminação social que é própria à política democrática — ponto que, como vimos anteriormente, é parte fulcral do projeto democrático do qual Žižek se fia — e, também, levar a *invenção democrática* (ancorada nos princípios da Revolução Francesa de igualdade e liberdade) aos mais diferentes campos, pois, “de acordo com Laclau e Mouffe, todas as outras lutas (socialistas, feministas ...) podem ser concebidas como uma gradual radicalização, extensão e aplicação do projeto democrático a novos domínios”<sup>28</sup>.

Ainda nesse sentido, a seguinte colocação de Laclau e Mouffe é, no mínimo, central: “*a tarefa da esquerda, pois, não pode ser renunciar à ideologia liberal-democrática, mas, ao contrário, aprofundá-la e expandi-la na direção de uma democracia radical e plural*”<sup>29</sup>. Disto, tem-se que, por mais que Žižek tenha se destacado neste primeiro momento por retomar e renovar a crítica da ideologia marxista, a ideologia liberal-democrática (alvo maior de amplos setores da crítica marxista) seria uma barreira intransponível, pois “*toda tentativa de estabelecer uma sutura definitiva e negar o caráter radicalmente aberto do social que a lógica da democracia institui, leva ao que Lefort chama de ‘totalitarismo’*”<sup>30</sup>.

No entanto, e em verdade, em 1991, com o livro *Looking Awry*, Žižek já começa a tomar uma certa distância do projeto de democracia radical de Laclau e Mouffe e das elaborações de Lefort a respeito da democracia. Contudo, o conceito de *antagonismo social* — tal como concebido em *Hegemonia e estratégia socialista* por Laclau e Mouffe — continuará presente no trato que Žižek dará à política e, por consequência, à democracia.

<sup>26</sup> LACLAU, Ernesto. MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista*: Por uma política democrática radical. Tradução de Joanildo A. Burity; Josias de Paula Jr; Aécio Amaral. São Paulo: Intermeios, 2015. p. 282.

<sup>27</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *The sublime object of ideology*. 2. ed. Londres: Verso, 2008. p. xxix, grifo do autor.

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 97.

<sup>29</sup> LACLAU, Ernesto. MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista*: Por uma política democrática radical. Tradução de Joanildo A. Burity; Josias de Paula Jr; Aécio Amaral. São Paulo: Intermeios, 2015. p. 264, grifo dos autores.

<sup>30</sup> *Ibid.* p. 277.

Tal conceito, vindo das leituras que ambos Laclau e Mouffe fazem da teoria do Real lacaniano, é colocado da seguinte forma por Žižek:

O verdadeiro feito de *Hegemonia* está cristalizado no conceito de “antagonismo social”: longe de reduzir a realidade a um tipo de jogo de linguagem, o campo do sociossimbólico é concebido como um campo estruturado em torno de determinada impossibilidade traumática, de determinada fissura que *não pode* ser simbolizada. Em suma, Laclau e Mouffe reinventaram, por assim dizer, a noção lacaniana do Real como impossível, eles a tornaram útil como ferramenta para a análise social e ideológica.<sup>31</sup>

Tal figura do antagonismo social como um limite traumático que impede a simbolização total do campo social já havia sido trabalhada em sua tese de doutorado, no entanto, nela, Žižek argumenta que o modelo mais consistente de “antagonismo” já estaria presente na dialética de Hegel, a qual consentiria com a impossibilidade traumática própria ao campo sociossimbólico<sup>32</sup>. E tais considerações a respeito do antagonismo social levarão Žižek a criticar a apreensão que Laclau e Mouffe fazem do conceito de *sujeito*, vital para a compreensão do distanciamento acima referido.

Na esteira do debate a respeito do conceito de *sujeito* na política (que, à época, estava muito em voga no cenário intelectual crítico)<sup>33</sup>, Žižek coloca que:

o sujeito da democracia não é uma pessoa humana, [o] ‘homem’ em toda sua riqueza de necessidades, desejos e crenças. O sujeito da democracia, como o sujeito da psicanálise, não é outro senão o sujeito cartesiano em toda sua abstração, a pontualidade vazia que se chega ao subtrair todos os seus conteúdos particulares.<sup>34</sup>

Tal colocação é vital para demonstrar as crescentes diferenças entre o projeto político de Žižek e de Laclau e Mouffe. Ao localizar o sujeito da democracia como o sujeito das meditações cartesianas, como uma *pontualidade* abstrata desprovida de predicados, Žižek coloca em xeque parte substancial do projeto de democracia radical e plural de Laclau e Mouffe, pois, para ambos, “a renúncia à categoria do sujeito, como entidade unitária, transparente e suturada, abre caminho para o reconhecimento da especificidade dos antagonismos constituídos na base de diferentes posições de sujeito”<sup>35</sup>.

Por mais que haja certa concordância a respeito do caráter não substancial e não essencial do sujeito, Žižek dirá que “Laclau e Mouffe ainda concebem basicamente o sujeito de uma maneira que caracteriza o ‘pós-estruturalismo’, da perspectiva de quem

<sup>31</sup> BUTLER, Rex; STEPHENS, Scott; ŽIŽEK, Slavoj. *Interrogando o Real*: Slavoj Žižek. Trad. Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017. p. 249. (texto originalmente publicado em 1990).

<sup>32</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *O mais sublime dos histéricos*: Hegel com Lacan. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. p. 92-98.

<sup>33</sup> A esse respeito, ver BADIOU, Alain. *O ser e o evento*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.: Ed. UFRJ, 1996; BALIBAR, Etienne. *A filosofia de Marx*. Tradução de Vera Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995. p. 35-37; e RANCIÈRE, Jacques. *O Desentendimento*: política e filosofia. São Paulo: Editora 34, 1996.

<sup>34</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *Looking Awry: An introduction to Jacques Lacan through popular culture*. Massachusetts: The MIT Press, 1991. p. 163.

<sup>35</sup> LACLAU, Ernesto. MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista*: Por uma política democrática radical. Trad. Joanildo A. Burity; Josias de Paula Jr; Aécio Amaral. São Paulo: Intermeios, 2015. p. 252.

assume diferentes ‘posições de sujeito’.”<sup>36</sup> Isto é, Laclau e Mouffe, ao conceberem o sujeito como aquele que assume diferentes “posições de sujeito” (como a feminista, socialista, ecologista e etc.) entrariam em conflito com a aquilo mesmo que, pra eles, fundamenta o espaço sociossimbólico como tal, a saber, o antagonismo social:

no momento [...] em que assumimos determinada posição de sujeito, estamos *a priori*, e *por definição*, enganados, ignorando a dimensão radical do antagonismo social — ou seja, o núcleo traumático cuja simbolização sempre falha; e — essa é a nossa hipótese — é precisamente a noção lacaniana do sujeito como “lugar vazio da estrutura” que descreve o sujeito no seu confronto com o antagonismo, o sujeito que não está encobrindo a dimensão traumática do antagonismo social.<sup>37</sup>

E é nessa insistência do caráter puramente negativo e mesmo “antipredicativo” da subjetividade que Žižek começa a se distanciar de tal projeto de *democracia radical e plural*. Entretanto, a visão da democracia como algo puramente *formal* — fruto da influência de Lefort — perdurará mais em seu pensamento. Como ainda podemos ver em seu *Looking awry* (1991):

[A] “democracia” é fundamentalmente “anti-humanista”, ela não é “feita sob a medida do homem (concreto real)”, mas sob a medida de uma abstração formal e sem coração. Na própria noção de democracia não há lugar para a riqueza de conteúdo do humano concreto, para a genuinidade dos laços comunitários: a democracia é um *laço formal de indivíduos abstratos*. Todas as tentativas de preencher a democracia com “conteúdos concretos” sucumbem, cedo ou tarde, à tentação totalitária, por mais sinceras que sejam suas razões.<sup>38</sup>

Assim — como exposto no tópico anterior —, o principal traço do sujeito democrático é de que, ao participar das eleições, ele participa “não como membro de um organismo social concreto, mas na qualidade de cidadão abstrato, indivíduo atomizado, o Um puro, sem outras qualificações.”<sup>39</sup> Afirmação esta que está em pura consonância com o projeto defendido por Lefort, para quem, nas eleições, a sociedade fica entregue ao “perigo do número”, o qual “é mais que o perigo de uma intervenção das massas na cena política; a ideia de número como tal opõe-se à da substância da sociedade. O número decompõe a unidade, aniquila a identidade.”<sup>40</sup> O que não entrará, necessariamente, em conflito com o empreendimento teórico em torno do conceito de *ato* tal como inicialmente concebido, o que se verá em seguida.

<sup>36</sup> BUTLER, Rex; STEPHENS, Scott; ŽIŽEK, Slavoj. *Interrogando o Real*: Slavoj Žižek. Trad. Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017. p. 250.

<sup>37</sup> *Ibid.* p. 251.

<sup>38</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *Looking Awry: An introduction to Jacques Lacan through popular culture*. Massachusetts: The MIT Press, 1991. p. 165, grifo nosso.

<sup>39</sup> *Id.* *O mais sublime dos histéricos*: Hegel com Lacan. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. p. 92-98.

<sup>40</sup> LEFORT, Claude. *A invenção democrática*: Os limites do totalitarismo. Trad. Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 118.

## O ato e as eleições

Seguindo a esteira de reflexão e defesa das eleições liberais-democráticas, em sua importante obra *For they know not what they do* (1991), Žižek começa a desenvolver sua própria leitura do conceito lacaniano de *ato*, o qual, mais tarde, se torna total e absolutamente central em seu pensamento político. Faz-se necessário dizer que tal conceito marca presença e atravessa praticamente a totalidade de suas reflexões políticas posteriores, mas a função que Žižek dá para o conceito desenvolve-se no tempo<sup>41</sup>.

Em verdade, Žižek já havia tratado do conceito de *ato* em sua tese de doutorado<sup>42</sup>, no entanto, tal trato fora realizado de forma breve e sem o apelo político que passa a ter em *For they know not what they do*. Nela, Žižek irá pensar o ato numa articulação com o conceito de “mediador evanescente” — desenvolvido por Fredric Jameson em seu *The ideologies of theory* — o que o leva, deste modo, a repensar em outros termos a então defendida *invenção democrática* de Lefort. Sucintamente, Žižek busca definir o “ato” como um tipo de agência do sujeito que está “sempre além do ‘bem e do mal’: ele suspende os padrões éticos do que é tido como bem, mas o faz de uma forma que é inerente à própria manutenção do bem. Em outras palavras, um ato não apenas aplica os padrões éticos dados, mas os redefine.”<sup>43</sup> Já o conceito de “mediador evanescente”, pode ser definido como figura intermediária entre dois momentos divergentes entre si que, ao fim do processo, “esvanece-se”. Destarte, Žižek defenderá que:

O aparato conceitual elaborado pela teoria política “pós-marxista” (Claude Lefort, Ernesto Laclau) permite uma outra leitura [do conceito de “mediador evanescente”] que muda radicalmente de perspectiva. Neste campo [do pós-marxismo], o momento do “mediador evanescente” é o momento definido por Alain Badiou como o do “evento” em relação à estrutura estabelecida: o momento em que sua “verdade” emerge, o momento de “abertura” na qual, uma vez que a erupção do “evento” é institucionalizado em uma nova positividade, ele é perdido ou, mais precisamente, se torna literalmente *invisível*.<sup>44</sup>

Isto é, no caso da Revolução Francesa — palco da *invenção democrática* —, o “mediador evanescente” desta dada situação seriam os revolucionários jacobinos, pois encarnaram o sujeito que realizou o *ato* de subversão do antigo absolutismo monárquico para a democracia do *lugar vazio do poder*, isto é, realizaram a passagem do *Ancien Régime* para a posterior “democracia liberal e plural”<sup>45</sup> e que, como Žižek aponta, por terem se

<sup>41</sup> Como o próprio autor coloca no prefácio (escrito em 2002) da respectiva obra: ŽIŽEK, Slavoj. *For They know not what they do: Enjoyment as a political factor*. 2. ed. Londres: Verso, 2002. p. xviii.

<sup>42</sup> *Id. O mais sublime dos histéricos*: Hegel com Lacan. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. p. 216-219.

<sup>43</sup> *Id. Enjoy Your Symptom!*. 2. ed. Nova Iorque: Routledge, 2008. p. 121.

<sup>44</sup> *Id. For They know not what they do: Enjoyment as a political factor*. 2. ed. Londres: Verso, 2002. p. 188.

<sup>45</sup> Contra o argumento corrente de que o terror jacobino seria a primeira espécie de “totalitarismo moderno”, Žižek sublinha que “o Terror Jacobino difere-se do terror pós-democrático ‘totalitário’ no sentido que não é terror daqueles que proclamam o direito de ‘reinar inocentemente’ em nome de sua ‘missão histórica (de classe, raça, religião)’; a própria noção de Partido como incorporação do ‘interesse histórico’ é estranho ao universo do jacobinismo. Os jacobinos, ao contrário, se percebiam como protetores do lugar vazio do poder, como guardiões contra os falsos pretendentes a este lugar: ‘o Terror é revolucionário no

sucedido nessa missão, tornaram-se supérfluos depois da concretização de seu projeto (que era fundamentalmente democrático, de instauração de um *lugar vazio do poder*): “eles esvaneceram não por causa de sua fraqueza, mas por conta de seu próprio sucesso, isto é, o trabalho deles [de subverter a ordem e a estrutura social] foi cumprido”<sup>46</sup>.

Neste momento, faz-se de especial interesse correlacionar esse papel do “ato” como “suspensão da realidade constituída” e “pertencente ao Real”<sup>47</sup> que Žižek assume com a acepção lefortiana das eleições na sociedade democrática como “teatro de uma aventura indomesticável”<sup>48</sup>, palco da indeterminação social e consumação da contingência indomável — antes exposta. Pois, o que vemos aqui é que Žižek, ao estabelecer que na democracia “o povo não existe”, e que “a ‘sociedade democrática’ deveria ser definida como uma sociedade cuja estrutura institucional inclui no circuito de sua reprodução ‘normal’, ‘regular’, o momento da dissolução do vínculo simbólico, e portanto, a irrupção do real: as eleições”<sup>49</sup>, torna plenamente possível a defesa de que o tipo de ação que se faz operante nas eleições próprias à democracia possui a estrutura de *ato*<sup>50</sup>.

Tal afirmação faz-se cabível em seu contexto teórico pois, o *ato* — tal como concebido em *Enjoy your symptom!* e em *For they know not what they do* — é sempre produzido e realizado pelo *sujeito* posto em questão e, em fato, para Žižek, por ser, na democracia, o sujeito o “nome daquele X insondável que é convocado, e, repentinamente se faz contável”<sup>51</sup> este só pode ser o *povo*. Povo este que possui “como único momento de existência efetiva [...] as eleições, momento em que toda a rede social se desfaz e fica reduzida a uma coleção dispersa de ‘cidadãos’, de indivíduos atomizados”<sup>52</sup>. Destarte, vê-se que nesse contexto inicial de produção teórica de Slavoj Žižek, há uma profícua defesa das eleições democráticas liberais como elemento fundamental de instituição/destituição dos lugares do poder que, para não sucumbirem ao totalitarismo, devem permanecer permanentemente vazios, sendo o sujeito político em questão, o povo, nos momentos em que se faz contar (e assim, efetivamente, produzindo um *ato*), o principal garantidor de tal lugar vazio.

Entretanto, já em 1993, Žižek começará, pouco a pouco, a distanciar-se de tal leitura da democracia liberal amparada no ferramental lefortiano. O filósofo chega a colocar mesmo que “o problema com a democracia liberal é que a priori, por razões

---

sentido de proibir qualquer um a ocupar o lugar do poder; e, nesse sentido, tem um caráter democrático.” (*Ibid.* p. 268.)

<sup>46</sup> *Ibid.* p. 194.

<sup>47</sup> *Id. For They know not what they do: Enjoyment as a political factor.* 2. ed. Londres: Verso, 2002. p. 52-53. Aqui, o termo “Real” está em seu sentido lacaniano, que poderíamos brevemente definir como aquilo que, pro sujeito, surge como algo da ordem do “impossível, inapreensível e traumático”, que não é comportado pela esfera do simbólico, *i. e.*, não pode ser propriamente apreendido nas atuais coordenadas simbólicas que o sujeito se insere.

<sup>48</sup> LEFORT, Claude. *A invenção democrática: Os limites do totalitarismo.* Trad. Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 119.

<sup>49</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *O mais sublime dos histéricos: Hegel com Lacan.* Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. p. 193.

<sup>50</sup> Haja vista que tais eleições possuem como principal característica a “dissolução do vínculo simbólico” e a “irrupção do real”.

<sup>51</sup> *Id. For They know not what they do: Enjoyment as a political factor.* 2. ed. Londres: Verso, 2002, p. 189.

<sup>52</sup> *Id. O mais sublime dos histéricos: Hegel com Lacan.* Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. p. 193.

estruturais, ela não pode ser universalizada. [...] A triunfante ‘nova ordem mundial’ democrático-liberal está cada vez mais marcada por uma fronteira separando seu ‘interior’ de seu ‘exterior’”<sup>53</sup>. Insta colocar que tal movimento de “descrença” para com a democracia em moldes liberais por parte de Žižek se deve a um amplo e profícuo diálogo que começa a ser travado com os filósofos Alain Badiou, Jacques Rancière e Etienne Balibar<sup>54</sup> — todos muito críticos da democracia liberal e de forte inspiração política de cunho marxista — e, também, à indiferença da União Europeia à ascensão de conflitos étnicos que tomaram corpo por toda a antiga Iugoslávia com o desmoronamento do regime socialista<sup>55</sup>.

## Considerações finais

Nesse esforço, o presente trabalho buscou sanar uma lacuna que se fazia sumamente presente nos mais diversos comentadores da obra Žižekiana, sobretudo no que diz respeito às suas considerações filosófico-políticas que abarcam a democracia, a subjetivação política e as eleições em suas primeiras obras.

Disso, pretendeu-se realizar um breve panorama biográfico-histórico do autor e demonstrar como a constituição de suas reflexões relacionadas à democracia encontravam grandíssima correspondência com sua atuação política na então Iugoslávia. Fez-se importante demonstrar o papel fulcral — ora negligenciado por diversos de seus importantes comentadores — do pensamento de Claude Lefort em suas reflexões que concernem à democracia/totalitarismo e o papel das eleições no seio da sociedade democrática. Também se pôs como vital elucidar o breve movimento de aproximação e posterior afastamento do filósofo do projeto de “Democracia Radical” dos filósofos Ernesto Laclau e Chantal Mouffe, fruto de profundas divergências a respeito da conceituação da “subjetividade” frente ao fenômeno político. Por fim, restou propor que a inicial teorização dos aspectos políticos do conceito de “ato” por Žižek ainda o mantém nos meandros da reflexão política de Lefort, sobretudo pelo fato de salientar o caráter subversivo que as eleições tomam em meio à “sociedade democrática”, caracterizando, inclusive, o momento de *subjetivação política* do povo, que é colocado guardião do “lugar vazio do poder”, tal como foram os jacobinos ao realizarem a então “invenção democrática”.

Apesar de atualmente Žižek ter se tornado partidário de uma problematização política leninista e chegar mesmo a denegar toda e qualquer defesa irrestrita da democracia liberal, sua reflexão inicial sobre a democracia fornece, além de um belo

<sup>53</sup> *Id. Tarrying with the Negative: Kant, Hegel, and the Critique of Ideology*. Durham: Duke University Press, 1993. p. 222.

<sup>54</sup> Tal proximidade e diálogo começa a tomar lugar na filosofia de Zizek principalmente em *Multiculturalismo ou A lógica cultural do capitalismo multinacional* (1997) e em *O sujeito incômodo* (1999), estendendo-se, depois, por toda a sua obra.

<sup>55</sup> IRWIN, Jones; MOTOH, Helena. *Žižek and his contemporaries: On the emergence of the Slovenian Lacan*. Londres: Bloomsbury, 2014. p. 21-22.

registro da efervescência política que ganhara corpo na Eslovênia do fim da década de 80, um aparato conceitual poderoso de identificação e luta contra governos autoritários. A propósito de Lefort e a reflexão de Lacan sobre as instituições psiquiátricas, Safatle aponta que “*o vazio é uma resposta possível ao fascismo*”<sup>56</sup>. E talvez, em momentos de profunda crise institucional — como a que se faz presente —, fazer valer o legado da *invenção democrática*, impedindo que o detentor deste precário *locus* do poder com ele se identifique, através de um povo que inexiste, faz-se como sumamente vital.

## REFERÊNCIAS

BADIOU, Alain. *O ser e o evento*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.: Ed. UFRJ, 1996

BALIBAR, Etienne. *A filosofia de Marx*. Trad. Vera Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

CINATTI, Claudia; DANTAS, Gilson; FEIJOO, Cecilia; Žižek e seu diálogo com Marx, Lacan e Lenin. São Paulo: Edições ISKRA, 2015.

DUNKER, Christian Ingo Lenz; PRADO, José Luiz Aidar. (org.). *Žižek crítico*: política e psicanálise na era do multiculturalismo. São Paulo: Hacker, Editores, 2005.

GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *O Direito na filosofia de Slavoj Žižek*: perspectivas para um pensamento jurídico crítico. São Paulo: Alfa-Ômega, 2013.

GUERRA, Elizabete; TELES, Idete. (org.) *Lacunas do Real*: leituras de Slavoj Žižek. Florianópolis: NEFIPO, 2009.

IRWIN, Jones; MOTOH, Helena. *Žižek and his contemporaries*: On the emergence of the Slovenian Lacan. Londres: Bloomsbury, 2014.

JAMESON, Fredric. *The Ideologies of Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1988.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática*: Os limites do totalitarismo. Trad. Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*. Tradução de Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PARKER, Ian. *Slavoj Žižek*: a critical introduction. Londres: Pluto Press, 2004.

RANCIÈRE, Jacques. *O Desentendimento*: política e filosofia. São Paulo: Editora 34, 1996.

SAFATLE, Vladimir. *Maneiras de transformar mundos*: Lacan, política e emancipação. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

<sup>56</sup> SAFATLE, Vladimir. *Maneiras de transformar mundos*: Lacan, política e emancipação. Belo Horizonte: Autêntica, 2020, p. 54. Grifos nossos.

SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

SAFATLE, Vladimir Pinheiro. Depois da culpabilidade: figuras do supereu na sociedade de consumo. In: DUNKER, Christian Ingo Lenz; PRADO, José Luiz Aidar. (org.). *Žižek crítico: política e psicanálise na era do multiculturalismo*. São Paulo: Hacker, Editores, 2005.

ŽIŽEK, Slavoj. *O mais sublime dos histéricos: Hegel com Lacan*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

ŽIŽEK, Slavoj. *The sublime object of ideology*. 2. ed. Londres: Verso, 2008.

ŽIŽEK, Slavoj. *Looking Awry: An introduction to Jacques Lacan through popular culture*. Massachusetts: The MIT Press, 1991.

ŽIŽEK, Slavoj. *For They know not what they do: Enjoyment as a political factor*. 2. ed. Londres: Verso, 2002.

ŽIŽEK, Slavoj. *Enjoy Your Symptom!* 2. ed. Nova Iorque: Routledge, 2001.

ŽIŽEK, Slavoj. *Tarrying with the Negative: Kant, Hegel, and the Critique of Ideology*. Durham: Duke University Press, 1993.

Data de Recebimento: 06/10/2021.

Data de Aprovação: 14/03/2022.

# HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E OMISSÕES NORMATIVAS

## CONSTITUCIONAL HERMENEUTICS AND NORMATIVE OMISSIONS

Gabriel Bezerra Feitosa\*  
Martônio Mont'Alverne Barreto Lima\*\*

### RESUMO

A intenção dessa pesquisa é investigar tanto a mudança de postura interpretativa, como o potencial do Judiciário em contribuir com a efetividade das normas constitucionais nesse contexto de expansão que vem passando no século XXI. Pretende-se investigar se a efetividade das normas constitucionais pode ser garantida, tanto pela atuação do legislador, como pela interpretação concretista judicial quando os canais políticos tradicionais falham, por exemplo, no contexto de omissão normativa abusiva. Atente, o propósito desta pesquisa não é defender um hiperdirigismo constitucional com o Judiciário interferindo e ditando políticas públicas com base na sua interpretação, mas de expor o potencial positivo para a estrutura do Estado Constitucional de uma hermenêutica compromissada com a efetividade dos escopos constitucionais. Com esse ânimo, por meio do método indutivo, analisar-se-á casos notórios (MI nos 943, 712 e 721) à luz da literatura pertinente, com a pretensão de fomentar a reflexão sobre o tema em foco.

**Palavras-chave:** Hermenêutica constitucional; Omissão normativa; Efetividade constitucional.

### ABSTRACT

The intention of this research is to investigate both the change in interpretative posture and the potential of the Judiciary to contribute to the effectiveness of constitutional norms in the context of expansion that has been going on in the 21<sup>st</sup> century. It is intended to demonstrate that the effectiveness of constitutional rules can be guaranteed both by the performance of the legislator, and by the concretista judicial interpretation when traditional political channels fail, for example, in the context of abusive normative omission. Pay attention, the purpose of this research is not to defend constitutional hyperdirigism with the Judiciary interfering and dictating public policies based on its interpretation, but to expose the positive potential for the structure of the Constitutional State of a hermeneutics committed to the effectiveness of constitutional scopes.

**Key-words:** Constitutional hermeneutics; Normative omission; Constitutional effectiveness.

\* Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9003-0777>. E-mail: gabrielbfeitosa@gmail.com.

\*\* Doutor em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e Procurador do Município de Fortaleza. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0052-2901>. E-mail: [barreto@unifor.br](mailto:barreto@unifor.br).

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, “hermenêutica constitucional e omissões normativas”, preocupa-se em investigar como o Poder Judiciário é capaz de influenciar à efetividade das normas constitucionais por meio da interpretação concretista e consequencialista, sensível ao contexto social, reaproximando tanto Direito e Política, como Estado e sociedade. Para tanto, essa pesquisa investigará o problema da omissão normativa inconstitucional, dificuldade que prejudica diretamente a concretização da Constituição.

Nesse sentido, estudar-se-á o fenômeno da expansão do Poder Judiciário. A pretensão é identificar seus novos contornos, atento em investigar como a expansão do terceiro poder influencia a interpretação e, por consequência, (a) o padrão de decisão, (b) o comprometimento com a efetividade dos escopos constitucionais e (c) a interferência social do Judiciário.

Em seguida, detalhar-se-á sobre a problemática do silêncio normativo inconstitucional, ambiente fértil para visualizar com clareza o potencial da interpretação concretista em prol da efetividade das normas constitucionais.

Após, serão analisados três casos notórios de inação normativa crônica da realidade brasileira (MIS n°s 943, 712 e 721) que merecem destaque por terem sido rediscutidos várias vezes no Judiciário, tendo sido dado várias oportunidades para que o legislador ordinário se exerce seu autocontrole e suprisse suas falhas, porém somente foram solucionados com a intervenção concretista externa do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, seguindo essa linha de raciocínio, a pretensão desta pesquisa é investigar as mudanças de postura interpretativa que o Judiciário vem passando nesse processo de expansão em prol da efetividade das normas constitucionais. Essa efetividade passa a poder ser garantida tanto pela atuação competente do legislador ordinário, como também pela atuação complementar do Judiciário por meio de uma hermenêutica concretista e sensível ao contexto social.

### Expansão judicial: direito além da regra

Luiz Werneck Vianna<sup>1</sup> aponta a primazia do princípio da igualdade como responsável pela expansão do princípio democrático devido a maior atenção, no plano da política e da vida social, de temas relacionados à ciência do Direitos e aos direitos em si, implicando uma crescente institucionalização do Direito na vida social e aumentando o seu alcance. Essa expansão é decorrente dos movimentos operários em meados do século XIX, que deu fim à separação entre Estado e sociedade civil.

Outra causa tanto para a expansão do Judiciário, como a do Executivo seria o fenômeno de obstrução da função legislativa (*overload*) que se refere ao aumento dos

---

<sup>1</sup> VIANNA, Luiz Werneck et. al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15.

encargos da intervenção legislativa, gerando lentidão em responder às demandas sociais<sup>2</sup>. Esse enredo levou à expansão do Poder Executivo no século XX, momento que exigia respostas rápidas, imediatas aos grandes eventos, como Revolução Russa de 1917, 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> Grandes Guerras Mundiais e globalização econômica<sup>3</sup>.

Contudo, a busca pela mediação estatal, fez com que se desenvolvesse um aparelho administrativo onipresente, com forte presença em, praticamente, todas as áreas da vida do cidadão, ao mesmo tempo que é inacessível à cidadania e conversor dos indivíduos em clientes, segregando aqueles que não conseguem se reunir em grupos com influência política. Nessa situação, o Judiciário surge no combate a essas mazelas da democracia representativa, incentivando a democracia participativa por meio da luta por direitos por aqueles grupos sem expressão política<sup>4</sup>. O terceiro poder cresce na crise dos outros dois (Executivo e Legislativo)<sup>5</sup>. O Judiciário torna-se uma nova arena pública de deliberação democrática<sup>6</sup>.

Nesse quadro, uma releitura do princípio da separação dos poderes é necessária, pois a ampliação dos fins do Estado é um movimento oposto ao que acontecia quando a teoria de tripartição dos poderes foi pensada para limitar as atribuições estatais. Agora o momento é outro. Parecem ser pertinentes outros olhares sobre a teorização de separação de poderes, especialmente após o protagonismo mundial da jurisdição constitucional, com sua inequívoca atuação na política, de maneira constante<sup>7</sup>.

O Judiciário como um poder secundário aos moldes de Montesquieu<sup>8</sup>, alinhado àquela antiga perspectiva dualista positiva não encontra mais espaço na dinâmica jurídica atual. Aquela postura insensível ao contexto social, despreocupada com as consequências práticas da sua decisão é o oposto, segundo Zagrebelsky<sup>9</sup>, ao caráter prático que ciência do Direito assumiu com a constitucionalização dos princípios e com a reaproximação com a Política em prol da efetividade das normas constitucionais.

Atente-se, quando se remete a uma abordagem consequencialista, tende-se a compreender como uma visão puramente utilitarista, como acontece com as perspectivas mais extremista da Análise Econômica do Direito (AED)<sup>10</sup>. O que se defende, neste momento, é a maior atenção aos efeitos decisórios em prol da máxima efetividade dos objetivos constitucionais, lógica que pode se valer do instrumental econômico, porém é

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 43.

<sup>3</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 251, p. 77-85, maio 2009. p. 78.

<sup>4</sup> VIANNA, Luiz Werneck et. al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 18.

<sup>5</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 44.

<sup>6</sup> VIANNA, Luiz Werneck et. al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22.

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 65-73.

<sup>8</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 167-175.

<sup>9</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011. p. 120-121.

<sup>10</sup> PIETROPAOLO, João Carlos. *Limites de critérios econômicos na aplicação do direito: hermenêutica e análise econômica do direito*. 2010. 260f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 212.

necessário cautela quando for construir argumentos jurídicos na perspectiva econômica para que não se mercantilize os valores sociais consagrados no ordenamento jurídico, conduzindo à tirania do valor eficiência econômica, em detrimento dos outros valores constitucionais<sup>11</sup>.

O positivismo jurídico do século XIX fechava-se intencionalmente à possibilidade de distinção jurídica entre lei e justiça, ou seja, da mesma forma que os direitos seriam o que a lei determinava, a justiça era o que a lei definia como tal. As críticas a essa lógica eram recorrentes, porém devido aquela lógica fechada, elas tinham caráter antijurídico. O advento da democracia pluralista trouxe mudanças: deu-se abertura para que a sociedade plural participe da discussão do conteúdo constitucional. O conteúdo constitucional passa remanesce como imposição entre classes sociais. Mas setores da sociedade podem tentar a participar da construção dos escopos constitucionais.<sup>12</sup>

Nesse contexto plural e aberto, é inviável manter certa lógica interpretativa equivocada de completude do ordenamento jurídico. Registra-se o pluralismo de métodos interpretativos que não se preocupam mais em determinar a única resposta correta, porém a que julgam mais adequada. Em contraposição àquela dogmática rígida de interpretação, aplica-se agora uma dogmática fluida, flexível da interpretação, que não é sem riscos à teoria da democracia e soberania popular.<sup>13</sup>

No Estado Constitucional Contemporâneo, juízes devem se vincular à Constituição e às leis. Senão de forma mecânica, sua limitação decorre do poder constituinte soberano e a interpretação deve ser cuidadosa de forma a não indicar superposição entre quem foi eleito e quem não foi eleito. A partir desse ponto de vista, passou-se a compreender que não se pode compreender juridicamente o caso concreto apenas pela perspectiva da lei, de maneira que tanto a norma influencia o caso, como este influencia a norma. Havendo casos que, devido a sua complexidade, servem como marcos de mudanças interpretativas, capazes de, devido a sua peculiaridade, inaugurar uma nova linha interpretativa<sup>14</sup>.

A função jurisdicional assimilou outras funções no contexto do Estado Constitucional, além da que lhe cabia tradicionalmente como o poder que castiga os crimes e/ou julga as querelas entre os particulares, na qual os juízes se limitariam a boca que pronuncia as palavras da lei, de tal forma que seriam incapazes de moderar a sua força e o seu rigor<sup>15</sup>.

Contudo, isso não autoriza a despolitização da lei, diminuindo-a a mera função técnica para a satisfação dos conteúdos constitucionais. Mesmo com a crise da democracia representativa abalando a credibilidade da atuação do legislador, pensar que pode o Judiciário vir e interferir de maneira abusiva nas atribuições de outros poderes também

<sup>11</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011. p. 126.

<sup>12</sup> Id. p. 96-97.

<sup>13</sup> NASCIMENTO, Cristina Reginato Hoffmann. A efetividade do direito do trabalho. 2011. 245f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 55.

<sup>14</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011. p. 131-132.

<sup>15</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 167-168, 175.

constitui um ato desmedido que terminaria por contrapor a ideia de constitucionalismo com a de democracia<sup>16</sup>.

A relação entre constituição e democracia é bastante complexa encontrar o ponto ótimo entre o ativismo judicial desmedido e o exercício adequado do controle de constitucionalidade, é o desafio. Por isso que o fenômeno da expansão do Judiciário que marca o século XXI deve acontecer de maneira comedida, porém trata-se de uma realidade que vem acontecendo por meio do uso alternativo do direito, que passa a criar orientações judiciais próprias em complemento ou até em contraponto às estabelecidas pelo legislador. Não faltam críticas a essa criação de regras jurídicas.<sup>17</sup>

Em suma, do exposto percebe-se que a norma não retrata mais todo o Direito, sendo apenas mais uma parte deste. Da mesma forma, identifica-se que, ao aplicar o Direito, o Judiciário é capaz de contribuir politicamente para a formação do ordenamento jurídico ao garantir a efetividade das normas constitucionais.

Atualmente, o Judiciário assume responsabilidades inéditas ao se comparar à época de protagonismo dos outros poderes, atuando, no sentido, de garantir a complexidade estrutural do Direito no Estado Constitucional Contemporâneo em prol da efetividade da ordem jurídica que é responsabilidade não só do Judiciário, mas de todos os poderes estatais<sup>18</sup>. Uma das críticas mais significativas nesta direção ainda remanesce no texto de Ingeborg Maus, com recepção no Brasil e que enfrenta o dilema central da teoria política da soberania popular<sup>19</sup>. O desafio a respeito do contorno sobre como o Poder Judiciário ultrapassa a soberania popular, ao exercer o controle da constitucionalidade, com os modernos recursos interpretativos do chamado Direito da Constitucionalidade, ainda não se acham assimilados pela teoria da democracia, especialmente quando ampliada pela esfera pública da ação comunicativa participativa, formulada por Jürgen Habermas desde 1981, com a perspectiva de interação do mundo vivido (*Lebenswelt*), a interagir na racionalidade do discurso normativo, onde mais atores da mesma esfera pública são chamado à participação e posterior decisão política<sup>20</sup>.

Os descaminhos da atuação do Poder Judiciário nesta atuação dilatada não passaram despercebidos, em especial quando se procura construir uma fundação para tal comportamento, a partir do positivismo jurídico. Como bem registra Martins Filho<sup>21</sup>.

(...) o equívoco e a falta de rigor conceitual sinaliza possível uso retórico do chamado “neocosntitucionalismo” ou “pós-positivismo”, a fim de justificar por meio da produção da Filosofia do Direito, supostamente mais moderna ou atual,

<sup>16</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 150-152.

<sup>17</sup> Id. p. 152-153.

<sup>18</sup> Id. p. 153.

<sup>19</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, p. 182. HABERMAS, Jürgen. Fakzität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 399.

<sup>21</sup> MARTINS FILHO, Felinto Ales. Jurisdição e democracia. Contribuições à compreensão dos limites ao poder de decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 56-57.

um fundamento para legitimação do aplicador da norma que não deveria aplicar comente a “letra da lei”, senão a justiça.

Não é sem boas razões que a permanece a crítica ao Poder Judiciário e àqueles que pretendem autorizar sua compreensão unilateral do sistema de direito como um todo sujeito às alterações interpretativas pelo mesmo Poder Judiciário.

### **Omissões normativas: prejuízos e espécies**

A problemática da inércia normativa compromete toda a proposta de compreensão material das constituições dirigentes, exigindo, portanto, uma contramedida. Contexto tão sensível que, para Canotilho<sup>22</sup>, este tema não mais ocupa o campo das garantias somente jurídicas, migrando para o terreno das garantias democráticas. André Puccineli Júnior<sup>23</sup> argumenta que a abstenção condenável investe contra a normatividade constitucional, tornando-a letra morta, erodindo seu quadro de valores e fazendo pouco caso de sua força normativa.

Luís Roberto Barroso<sup>24</sup> explica que a teoria da inconstitucionalidade por omissão veio para superar as seguintes incongruências: (I) a existência de um direito destituído de qualquer garantia, isto é, sem ação; e, (II) a subversão da hierarquia das normas, com a falência da supremacia constitucional.

Contudo, desenvolver uma teoria da omissão inconstitucional não é tarefa fácil, segundo José Julio Fernández Rodríguez<sup>25</sup>, três pontos dificultam o seu desenvolvimento: (I) a complexidade na caracterização da natureza deste tipo de omissão; (II) a falta de orientação legal que regule a matéria; e, (III) a dificuldade de diferenciar com outras categorias jurídicas.

A supremacia constitucional, a subordinação do poder constituído ao poder constituinte e o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais, a priori, deveriam ser motivações suficientes para, se não obrigar, pelo menos, incentivar o legislador a cumprir seu dever de buscar a efetividade das normas constitucionais<sup>26</sup>. Contudo, essa não é a realidade. Pontes de Miranda<sup>27</sup> expondo sobre os efeitos negativos da omissão normativa, ensina que:

---

<sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 348.

<sup>23</sup> PUCCINELI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 160.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ, José Julio Fernández. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. In: CARBONELL, Miguel. *En busca de las normas ausentes*: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. México: UNAM, 2003. p. 18.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 333-331.

<sup>27</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, T. I. p. 16.

Ora, por mais duro que seja dizer-se, e por mais grave que nos pareça fazer uma Constituição e resistir ao seu cumprimento, esta é que é a verdade: está escrita, e pouco se consulta; sob as suas vestes insinua-se o propósito de não se reconhecerem as liberdades e estruturas que estão nela, o que é mais, muito mais, do que conspirar contra ela. O conspirador enfrenta, arrisca-se; o que a fêz e a quer matar sem que se perceba a destruição, não a enfrenta, não se arrisca: golpeia-lhe, às escuras, as raízes; poda-lhe os galhos, e, fingindo regá-la verte veneno nos adubos. Se o direito penal fosse mais realista, seria esse o crime maior.

Nesse enredo, o Judiciário é chamado para exercer a sua competência como guardião da Constituição, porém isso não o autoriza a exercer um hiperdirigismo constitucional, postura abusiva incompatível com o princípio democrático no seu viés do pluralismo político. Nesse contexto, oportuno estudar quando se trata de uma omissão normativa juridicamente relevante, identificando quando, de fato, a intervenção externa do Judiciário é adequada<sup>28</sup>.

Antes de verticalizar sobre os tipos de omissões normativas, cabe pontuar aspectos gerais sobre esse fenômeno. João Francisco da Fonseca<sup>29</sup> ensina que a omissão normativa juridicamente relevante somente é possível quando há a afronta direta à obrigação de legislar e que haja prejuízo à eficácia de norma constitucional.

Nos casos em que o legislador tem a faculdade de legislar, ou seja quando não há um dever constitucional de atuação, não se pode falar de uma omissão normativa abusiva, passível de controle. Por exemplo, a faculdade de tributar, os entes federados possuem fontes de receita alternativa, por isso podem decidir não cobrarem determinados tributos, como o IPTU e o de grandes fortunas<sup>30</sup>.

A exigência desta “ordem legislativa” é necessária para que não haja uma sobrecarga do legislador, por isso, este apenas poderá ser pressionado quando haja exigência normativa concreta<sup>31</sup>. Em outras palavras, apenas quando a Constituição outorgar ao legislador a tarefa de dar exequibilidade prática a um dispositivo constitucional, poder-se-á falar de um “direito” de exigir a elaboração da norma regulamentadora faltante<sup>32</sup>.

Ademais, apesar de soar como óbvio, a omissão normativa inconstitucional implica necessariamente um descompasso direto e imediato com a Constituição. Destarte, não há como alegar uma inércia daquela natureza de maneira interposta, não se deve confundir ilegalidade com inconstitucionalidade, sob pena de banalizar o controle de constitucionalidade e dar margem para um ativismo judicial descabido<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: JusPodivum, 2009. p. 62.

<sup>29</sup> FONSECA, João Francisco da. *O processo do mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 33.

<sup>30</sup> PUCCINELI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 132.

<sup>31</sup> CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1033.

<sup>32</sup> MATTOS, Karina Denari Gomes. *Democracia e diálogo institucional: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas*. 2014. 171f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 28.

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 333.

Após essas considerações gerais, os tipos de omissão normativa são: (I) omissão total; (II) omissão parcial; e, (III) omissão por falta de atualização ou aperfeiçoamento da norma. Omissão total refere-se à inérgia completa do legislador, enquanto a omissão parcial refere-se à concretização incompleta da norma constitucional, que pode se dár, por exemplo, pela violação do princípio da igualdade ou pela deficiência técnica da lei regulamentadora<sup>34</sup>.

Ocorre que, o princípio da igualdade pode ser desrespeitado tanto pela omissão, como pela ação do legislador, por isso, por vezes, pode acontecer a confusão se trata-se de um ato comissivo ou omissivo inconstitucional. Canotilho<sup>35</sup> esclarece que quando legislador atuar intencionalmente para excluir determinado grupo do alcance de certa norma, seria um ato comissivo, portanto, uma inconstitucionalidade por ação. Contudo, quando a violação derivar da incompleta apreciação das situações de fato, será caso de inconstitucionalidade por omissão.

Contudo, no contexto brasileiro, essa confusão não prejudica jurisdicionado, tendo em vista que o fundamental é que a insuficiência da norma regulamentadora, independentemente da intenção do legislador, prejudique a efetividade do seu direito subjetivo constitucional para que ele esteja autorizado a impetrar um mandado de injunção para buscar a concretização do seu direito prejudicado pela falha do legislador<sup>36</sup>.

Outro ponto de distinção entre omissão total e parcial é o momento em que elas acontecem. A omissão parcial pode ser atestada imediatamente com a publicação da norma regulamentadora insuficiente. Entretanto, a omissão total precisa do reconhecimento da mora abusiva do legislador para que possa ser reconhecida como inconstitucional, a fim de assegurar o tempo razoável necessário para que o legislador possa atuar. Assim, há contexto, em que se pode defender uma omissão constitucional, desde que ainda esteja dentro do prazo razoável para a elaboração da norma faltante<sup>37</sup>.

A respeito do terceiro tipo de omissão inconstitucional por falta de atualização ou aperfeiçoamento da norma, trata-se de uma construção da doutrina moderna, argumenta que será considerada uma inação legislativa inconstitucional a falha do legislador com a sua obrigação em melhorar ou corrigir as normas incorretas ou defasadas. Atente, a abrangência da teoria da omissão inconstitucional aumentou o seu alcance não mais restringindo-se à algum tipo de ausência de norma regulamentadora, agora, a norma existe, é aplicável e alcança a todos igualmente, porém está desatualizada, precisa ser aperfeiçoada<sup>38</sup>.

Canotilho<sup>39</sup> explica que esse déficit de atualização da norma apenas será relevante juridicamente quando vier a prejudicar a efetividade das normas constitucionais. O dever de atualizar a legislação pode advir de expressa exigência normativa, de mutações

<sup>34</sup> PUCCINELI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138. p. 142.

<sup>35</sup> CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1036.

<sup>36</sup> FONSECA, João Francisco da. *O processo do mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 44.

<sup>37</sup> Id. p. 45.

<sup>38</sup> CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1035.

<sup>39</sup> Id. p. 1035.

ocorridas no contexto social ou, até mesmo, do desenvolvimento científico, tendo em vista que a interpretação também é condicionada pela realidade histórica<sup>40</sup>.

A omissão constitucional por falta de atualização ou aperfeiçoamento da norma é derivada diretamente do raciocínio de que o direito não pode se separar mais do ambiente cultural que está imerso. Compreende-se que o direito pode vir a impor a solução adequada ao caso independentemente de reformas legislativas, podendo-se valer de para tanto de contínuas reconstruções interpretativas do ordenamento vigente, a fim de satisfazer os escopos constitucionais na medida das particularidades do caso concreto<sup>41</sup>.

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição, devendo-se evitar, no limite do possível, recorrer a argumentos que neguem a concretização dos objetivos constitucionais, por isso o combate às omissões do legislador<sup>42</sup>. A interpretação constitucional ideal não é mais aquela que imperava no positivismo jurídico do século XIX<sup>43</sup>. É necessário que a interpretação seja mais flexível para que possa buscar a regra mais adequada ao caso concreto à luz dos fins constitucionais<sup>44</sup>, desde que se tenha claro que não se está diante de uma atividade “aleatória”: porém, com o reconhecimento de “uma restrição independente e superior” aos próprios juízes<sup>45</sup>, o que remete a discussão, inexoravelmente, ao território da teoria da democracia.

Desse modo, percebe-se que o Direito nessa dinâmica é pressionado pelos padrões comunitários o que estimula uma interpretação evolutiva em prol da concretização da Constituição que passam a ser realizados não mais apenas por reformas legislativas, mas por meio de reconstruções interpretativas do ordenamento vigente<sup>46</sup>. Realidade perceptível ao analisar os meios de enfrentamento ao silêncio legislativo, o que será feito no próximo tópico.

## Supremo Tribunal Federal e a efetividade das normas constitucionais

Nesse momento, a intenção é demonstrar a evolução progressiva da interpretação constitucional no Brasil em prol da efetividade das normas constitucionais, investigando se esta vem se aproximando daquilo que se espera da atuação do Judiciário no contexto de Estado Constitucional como mais uma ponte de contato entre o Estado e a sociedade<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> PUCCINELI JÚNIOR, André. Omissão legislativa constitucional e responsabilidade do Estado legislador. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 143-144.

<sup>41</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011. p. 138.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 375-376.

<sup>43</sup> NASCIMENTO, Cristina Reginato Hoffmann. *A efetividade do direito do trabalho*. 2011. 245f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 106.

<sup>44</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011. p. 123-124.

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 351-352.

<sup>46</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011. p. 138.

<sup>47</sup> Id. p. 148-149.

Nesse sentido, preferiu-se estudar o combate à omissão normativa abusiva em sede de mandado de injunção (MIS nos 943, 712 e 721), pois fica evidente a evolução interpretativa, em vista ser possível destacar a migração da postura não concretista (apática a realidade social, mais próxima ao padrão de decisão do século XIX) para a concretista (sensível às demandas sociais, comprometida com a efetividade das normas constitucionais). Enredo que expõe com clareza que a concretização da Constituição pode ser alcançada por meio da reconstrução interpretativa, tendo em vista serem julgados anteriores à promulgação da Lei nº 13.300/16 que resolveu o impasse entre não concretista e concretista, logo são construções puramente interpretativas sobre o manejo do mandado de injunção.

Nesta senda, destaca-se o MI nº 943 impetrado contra a omissão normativa que prejudicava a eficácia do art. 7º, XXI, da CF/88. Inação que já vinha com mais de 20 anos na época que a ação foi apresentada. O Impetrante reclamava seu direito ao aviso prévio proporcional, tendo em vista que, depois que foi demitido sem justa causa após vários anos de serviço, recebeu apenas um salário-mínimo a título de aviso prévio<sup>48</sup>.

Tratava-se de uma inércia crônica do legislador ordinário. Desde 19 de agosto de 1992, no MI nº 396, a mora do parlamento era conhecida formalmente, tendo sido inclusive revisitada e reforçada em outros mandados de injunção, como os MIS nos 278 e 695, os quais limitavam-se a comunicar à autoridade responsável pela elaboração da lei faltante da sua mora, solicitando que a suprisse, ou seja, alinhavam-se ao padrão de decisão não concretista que vigorou nos primeiros passos desse remédio constitucional. Em tal contexto, ficou claro que a insuficiência do legislador não iria ser suprida por meio do seu autocontrole<sup>49</sup>.

Quando o MI nº 943 estava em julgamento, o padrão concretista já vinha bem amadurecido, já tendo sido decididos casos importantes, como os MIS nos 232 (imunidade fiscal de entidades benfeicentes de assistência social); 283, 284 (indenização aos cidadãos impedidos de exercer atividade profissional específica por conta das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica); 708, 712 (direito de greve dos servidores públicos); e, 721 (aposentadoria dos servidores públicos). Tais julgados serviram para firmar o entendimento de que não cabe ao legislador ordinário escolher quais normas constitucionais serão realizadas e quais não serão, cabendo ao Judiciário a possibilidade de regulação provisória em prol da efetividade constitucional. A negligência aos escopos constitucionais não sincroniza com a vivência democrática de um Estado de Direito<sup>50</sup>.

De toda forma, finalmente, após mais de 20 anos de omissão normativa inconstitucional, em 22 de julho de 2011, a injunção foi concedida, porém, como não havia parâmetros legais vigentes para aplicação analógica e extensiva da lei, suspendeu-se a eficácia da decisão, até que se elaborasse os termos que a injunção aconteceria. Ocorre que, em 11 de outubro de 2011, finalmente, o assunto entrou na agenda política e a lei faltante foi promulgada. Nesse enredo, o STF decidiu adotar a postura menos invasiva

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI 943. Rel. Gilmar Mendes, j. 22-06-2011, DJ 02-05-2013, p. 2.

<sup>49</sup> Id. p. 11-12.

<sup>50</sup> Id. p. 3-7.

possível sobre o Legislativo e aplicou retroativamente a lei recém promulgada às decisões que estavam suspensas<sup>51</sup>.

Outro julgado que merece destaque, pois solucionou uma inércia normativa inconstitucional de 19 (dezenove) anos, é o MI coletivo nº 712, julgado em 25 de outubro de 2007. O objeto deste MI é a omissão legislativa que prejudicava a efetividade do art. 37, VII, da CF/88, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará, pois, em linhas gerais, seus servidores teriam entrado em greve parcial reivindicando aumento salarial, porém a greve foi considerada ilegal e a direção do Tribunal de Justiça do Pará determinou a suspensão dos pontos e descontos dos dias parados. Neste enredo, o Sindicato Impetrante requereu que fosse aplicado aos seus filiados a Lei Federal que rege o direito de greve da iniciativa privada<sup>52</sup>.

A omissão normativa inconstitucional já havia sido formalmente reconhecida desde 19 de maio de 1994 no MI nº 20. Na oportunidade, o Ministro Marco Aurélio já havia levantado a proposta da aplicação da Lei Federal de greve da iniciativa privada no setor público, porém foi posição minoritária devido à preferência pelo raciocínio da corrente não concretista que prevaleceu em outros julgados, como os MIS nos 438, 631 e 485<sup>53</sup>.

Assim, diante de seguidas tentativas frustradas de recorrer ao autocontrole do legislador ordinário por 13 (treze) anos de omissão inconstitucional formalmente reconhecida, o STF amadureceu o seu entendimento no sentido da lógica concretista de decisão. As correntes decisórias em conflito nesse julgado eram: (I) não concretista; (II) concretista individual direta; e, (III) concretista geral<sup>54</sup>. Prevaleceu o padrão concretista geral dando eficácia erga omnes aos efeitos da decisão<sup>55</sup>.

O Ministro Celso de Mello foi categórico em reconhecer tanto essa omissão legislativa como abusiva, quanto o papel institucional do Judiciário em impedir o desprestígio da Constituição por meio do mandado de injunção, afirmando que essa violação pode acontecer tanto pela ação, como pela omissão do Estado. O mandado de injunção deve servir como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, ou seja, é papel do Judiciário, por meio do instrumental adequado, suprir a insuficiência legislativa quando posta de maneira abusiva e contrária aos fins constitucionais<sup>56</sup>.

Mais um caso de omissão normativa severa que retrata aquilo que Gustavo Zagrebelsky<sup>57</sup> chama como interpretação evolutiva (a evolução da interpretação frente aos novos desafios apresentados por um caso crítico) é o MI nº 721, julgado em 30 de agosto de 2007. Esse julgado reforça o argumento que essa pesquisa tenta construir que

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI 943. Rel. Gilmar Mendes, j. 22-06-2011, DJ 02-05-2013. p. 12-48.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI 712. Rel. Eros Grau, j. 25-10-2007, DJ 31-10-2008, p. 387-388.

<sup>53</sup> Id. p. 475-505.

<sup>54</sup> Id. p. 473-475.

<sup>55</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção. In: DIDIER JR. Freddie. *Ações constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 227-228.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI 712. Rel. Eros Grau, j. 25-10-2007, DJ 31-10-2008. p. 475-508.

<sup>57</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011. p. 138.

a efetividade e a concretização da Constituição podem ser alcançadas por meio da reconstrução interpretativa.

O MI nº 721 foi impetrado por servidora do Ministério da Saúde em Belo Horizonte, que afirmava exercer, desde 22 de outubro de 1986, a função de auxiliar de enfermagem atuando em ambiente insalubre por mais de 25 anos, motivo pelo qual vinha requerer o exercício do seu direito subjetivo constitucional posto no artigo 40, §4º, da CF/88, inviabilizado pela falta da norma reguladora faltante<sup>58</sup>.

Da mesma maneira que os outros dois casos estudados, não era a primeira vez que o STF era confrontado com a questão em apreço, porém, nas vezes anteriores, se afiliava a corrente não concretista de decisão, argumentando que o art. 40, §4º, da CF/88 não estabelecia um direito subjetivo, mas sim uma faculdade do legislador que teria a discricionariedade de escolher dar-lhe efetividade ou não, entendimento consagrado nos MIS nos 425 e 444<sup>59</sup>.

Contudo, com a EC nº 20/1998 essa faculdade foi extinta, subtraindo do texto constitucional o verbo poder que havia na redação primária da Constituição, lógica reafirmada pela EC nº 47/2005<sup>60</sup>. Entretanto, mesmo com as alterações formais do texto constitucional no sentido de reconhecer o direito subjetivo constitucional dos servidores públicos à aposentadoria especial, numa postura de exagerada autocontenção, a Corte não abandonou, de logo, o raciocínio ultrapassado firmado na postura não concretista, conforme percebe-se ao estudar o MI nº 592, julgado em 04 de março de 2004<sup>61</sup>.

No MI nº 721, após mais de 08 (oito) anos da EC nº 20/1998, essa omissão normativa foi suplantada pelo Judiciário, afastando por completo a dúvida que existiria da natureza jurídica do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos com um direito subjetivo constitucional, garantindo a sua fruição para aqueles trabalhadores que tenham laborado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física<sup>62</sup>. Foi a primeira decisão concretista. Trata-se de uma decisão inédita que marcou a ordem constitucional de 1988 e passou a garantir a concretização do direito à aposentadoria especial do servidor público por meio da reconstrução interpretativa<sup>63</sup>.

Não há como se deixar de registrar a saga da compreensão das omissões legislativas, sem recuperação do contexto histórico procrastinado pelo poder Judiciário, o qual hoje sinaliza caminhar na direção da remissão de seus pecados quanto à efetividade constitucional. É conhecida a decisão do Mandado de Injunção nº 107-3-DF, sob a

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI 721. Rel. Marco Aurélio, j. 30-08-2007, DJ 31-11-2007. p. 3.

<sup>59</sup> Id. p. 6-8.

<sup>60</sup> Id. p. 7.

<sup>61</sup> BARROS, Clemilton da Silva. *A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF acerca do art. 40, §4º, da CF*. Campinas: Servanda, 2012. p. 281.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI 721. Rel. Marco Aurélio, j. 30-08-2007, DJ 31-11-2007. p. 8.

<sup>63</sup> BATOCCHIO, Ligia Lamana. A interpretação do STF quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção. In: COUTINHO, Diogo et. al. (Coord). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009. p. 171.

relatoria do Min. Moreira Alves. Naquela altura, o Relator expôs duas possibilidades: ou se concede a injunção, e então se está a legislar; ou não se lhe concede<sup>64</sup>:

- a) – o mandado de injunção é ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5º, LXXI, e se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, ou marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão; e
- b) – o mandado de injunção é ação que se propõe contra a pessoa jurídica de direito público ou o particular a que incumbe a observância do dever jurídico correspondente cujo exercício está inviabilizado pela omissão regulamentadora, e que culmina com sentença constitutiva em favor do autor, viabilizando-lhe esse exercício, com a sua regulamentação.

Não há registro no texto da Constituição Federal sobre a expedição de norma regulamentadora a ser expedida em caso de omissão legislativa. A possibilidade do deferimento de injunção decorre da natureza mandamental da garantia do art. 5º LXXI para casos concretos, como é o mandado de segurança. Aliás, na própria decisão do MI nº 107-3-DF foi o mesmo Supremo Tribunal Federal quem definiu a aplicação da legislação do mandado de segurança ao mandado de injunção. Foi nesse ponto que o Tribunal fez superar a preliminar de impossibilidade de se conhecer e se julgar o MI nº 107-3-DF por falta de norma regulamentadora, conduzindo a questão à esdrúxula possibilidade de “uma injunção em favor da injunção”<sup>65</sup>.

O caso é exemplificativo: o Supremo Tribunal Federal, em interpretação construída e distante do sentido dirigente da Constituição preferiu, até sua evolução para a teoria concretista, esvaziar uma garantia individual constitucional de casos em nome de uma inversão que a mesma Constituição não fez.

## Conclusão

A expansão do Judiciário é um fato da modernidade constitucional. Esse fenômeno trouxe mudanças estruturais profundas para no sistema judiciário que foi chamado a absorver novas responsabilidades em prol das novas demandas inauguradas por uma sociedade pluralista. O Direito tornou-se mais complexo, superou-se aquela perspectiva limitada do positivismo jurídico do século XIX, limitada à mera subsunção mecânica da norma ao fato, interpretação desinteressada com os impactos sociais da decisão judicial, onde os juízes eram plenamente condicionados ao legislador e o Direito se contentava em ser uma ciência puramente teórica, aos moldes kelsenianos.

A compreensão jurídica do caso concreto não se restringe mais a uma análise da legislação vigente insensível às repercuções sobre a realidade social. O Direito tornou-se uma ciência prática que busca aplicar as suas reflexões ao contexto social, de maneira tal que a norma e as pressões da realidade se influenciam mutuamente. O Direito passa a se

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Serviço de Jurisprudência, MI. Nº 107-3, Ementário n. 1595-01, DJ 21-09-1990, Brasília, 1990. p. 35.

<sup>65</sup> Id. p. 6.

preocupar em atualizar o ordenamento jurídico através reconstrução interpretativa dos seus conceitos. Contudo, atente, a judicialização da política, não autoriza a despolitização da lei.

A realidade necessária para complementar a atuação dos meios políticos tradicionais quando estes são insuficientes para com as suas responsabilidades e compromissos constitucionais deve, em todo caso, operar-se no âmbito dos conteúdos e sentido dirigente da Constituição; não no seu esvaziamento ou modificação. Exemplificando esses momentos de insuficiência, essa pesquisa destacou a problemática da omissão normativa constitucional e seus efeitos negativos para toda a estrutura fundamental de um Estado Constitucional.

Destacou-se três casos da realidade brasileira onde o legislador ordinário foi chamado a cumprir com os seus deveres diversas vezes antes do Judiciário conceder a injunção e socorrer os cidadãos que estavam tendo seus direitos constitucionais subjetivos prejudicados pela inércia crônica do legislador.

Em suma, atente-se que a pesquisa não defende um hiperdirigismo constitucional com o Judiciário interferindo na elaboração de políticas públicas com base na sua interpretação constitucional. A primazia do Legislativo acerca das questões políticas não autoriza a substituição pelo Judiciário, mesmo este sendo chamado a assumir responsabilidade inéditas ao se comparar à época de protagonismo dos outros poderes. Ademais, cabe pontuar que se o Poder Judiciário se transformou em mais uma ponte entre a sociedade e o Estado, atuando no sentido de procurar garantir a complexidade estrutural do Direito no Estado constitucional contemporâneo em prol da efetividade da ordem jurídica que é responsabilidade sua. No resultado de tal conjunto de fatores, pelo menos nos últimos cinco anos, há uma fatura elevada a cobrar do Poder Judiciário, especialmente quando se trata de revela a dura face do “fim das ilusões constitucionais”, cuja responsabilidade recai sobre o Poder Judiciário na história recente de nosso constitucionalismo.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Clemilton da Silva. *A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF acerca do art. 40, §4º, da CF*. Campinas: Servanda, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATOCHIO, Ligia Lamana. A interpretação do STF quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção. In: COUTINHO, Diogo et. al. (Coord). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.

BELLO, Enzo, Gilberto Bercovici; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019.

BITTENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: JusPodivum, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Serviço de Jurisprudência, MI. Nº 107-3, Ementário n. 1595-01, DJ 21/09/1990, Brasília, 1990.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. MI 943. Rel. Gilmar Mendes, j. 22-06-2011, DJ 02/05/2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. MI 712. Rel. Eros Grau, j. 25-10-2007, DJ 31/10/2008.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. MI 721. Rel. Marco Aurélio, j. 30-08-2007, DJ 31/11/2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.

FONSECA, João Francisco da. *O processo do mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

HABERMAS, Jürgen. *Fakzität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 77-85, maio 2009.

MARTINS FILHO, Felinto Ales. *Jurisdição e Democracia*. Contribuições à compreensão dos limites ao poder de decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MATTOS, Karina Denari Gomes. *Democracia e diálogo institucional*: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas. 2014. 171f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Mandado de injunção*. In: DIDIER JR. Freddie. Ações constitucionais. Salvador: JusPodivm, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NASCIMENTO, Cristina Reginato Hoffmann. *A efetividade do direito do trabalho*. 2011. 245f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PIETROPAOLO, João Carlos. *Limites de critérios econômicos na aplicação do direito: hermenêutica e análise econômica do direito*. 2010. 260f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, T. I.

PUCCINELI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRÍGUEZ, José Julio Fernández. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. In: CARBONELL, Miguel. *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: UNAM, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

Data de Recebimento: 20/11/2021

Data de Aprovação: 14/09/2022

# (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL AO CONTRATO DE TRABALHO: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

## (IN)APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF SOCIAL FUNCTION TO THE EMPLOYMENT CONTRACT: A PERSPECTIVE BASED ON DOCTRINE AND JURISPRUDENCE

Victor Hugo de Almeida\*  
Kaique Souza Pedaes\*\*  
Laura Emelianne Noronha Pin\*\*\*

### RESUMO

Previsto na Constituição Federal de 1988 e reproduzido, pelo legislador ordinário, no Código Civil de 2002, o princípio da função social orienta que a função social do contrato limita a liberdade contratual. Todavia, embora positivado neste diploma infraconstitucional, tal primado não encontra previsão em outras leis ordinárias, como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Diante disso, o objetivo deste artigo é analisar se o contrato de trabalho deve atender ao princípio da função social, mesmo diante do silêncio da CLT quanto a tal primado. Assim, adotam-se, como métodos de procedimento, o levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e o método de caso; e, como métodos de abordagem, o dedutivo, para a pesquisa bibliográfica, e o indutivo, para o método de caso. A partir da pesquisa, verificou-se ser pacífico, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, o dever de o contrato de trabalho atender ao princípio da função social.

Palavras-chave: contrato de trabalho; Direito do Trabalho; função social do contrato.

### ABSTRACT

Provided for in the Federal Constitution of 1988 and reproduced, by the ordinary legislator, in the Civil Code of 2002, the principle of social function guides that the social function of the contract limits contractual freedom. However, although affirmed in this infra-constitutional law, such primacy is not

\* Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo São Francisco (FDUSP). Mestre pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FFCLRP/USP). Coordenador do Programa de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) em Direito da UNESP - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Campus Franca (SP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5817138745903052>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0669-7633>. E-mail: victorhugo.professor@gmail.com.

\*\* Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (FCHS/UNESP). Editor-Gerente da Revista Estudos Jurídicos da UNESP (eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2016-2020). Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/9161780282230069>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8272-4771>. E-mail: [pedaes.kaique@gmail.com](mailto:pedaes.kaique@gmail.com).

\*\*\* Graduada pela Faculdade de Direito de Franca (2016-2020), participou, entre 2017 e 2018, do Programa de Monitoria da Faculdade, período em que lecionou Direito Civil, parte geral. Entre 2018 e 2020, foi estagiária no Ministério Público do Estado de São Paulo, onde atuou nas promotorias de justiça Cível, Criminal, do Tribunal do Júri e das Execuções Criminais. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/4525707902710021>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3791-1532>. E-mail: [lauraenoronha@hotmail.com](mailto:lauraenoronha@hotmail.com).

---

provided for in other ordinary laws, such as the Consolidation of Labor Laws (CLT). Therefore, the objective of this article is to analyze whether the employment contract must comply with the principle of social function, even in the face of the silence of the CLT regarding such primacy. Thus, as procedural methods, the survey through the bibliographic research technique and the case method are adopted; and, as methods of approach, the deductive, for bibliographic research, and the inductive, for the case method. From the research, it was found to be peaceful, in Brazilian doctrine and jurisprudence, the duty of the employment contract to comply with the principle of social function.provided for in other ordinary laws, such as the Consolidation of Labor Laws (CLT). Therefore, the objective of this article is to analyze whether the employment contract must comply with the principle of social function, even in the face of the silence of the CLT regarding such primacy. Thus, as procedural methods, the survey through the bibliographic research technique and the case method are adopted; and, as methods of approach, the deductive, for bibliographic research, and the inductive, for the case method. From the research, it was found to be peaceful, in Brazilian doctrine and jurisprudence, the duty of the employment contract to comply with the principle of social function.

Key-words: employment contract; Labor Law; social function of the contract.

## INTRODUÇÃO

O art. 421 do Código Civil, cuja atual redação decorre da Lei nº 13.874/2019, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, preceitua que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”<sup>1</sup>.

Este artigo, do Código Civil de 2002, não encontra correspondente em seu antecessor, de 1916, enquanto as Constituições de 1967 e 1988 já trouxessem, em seus textos, o princípio da função social da propriedade. O Direito Privado brasileiro, portanto, sofreu relevante influência dos textos constitucionais da segunda metade do século XX.

Ocorre que, apesar de ter sido positivado na legislação ordinária brasileira em 2002, o princípio constitucional da função social não está previsto em outros diplomas infraconstitucionais, como, por exemplo, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que, embora tenha passado por diversas transformações ao longo do tempo, como a reforma promovida pela Lei nº 13.467/2017, jamais previu o dever de os contratos de trabalho atenderem à função social.

Diante disto, o objetivo do presente artigo é analisar se o contrato de trabalho deve atender ao princípio da função social, mesmo diante do silêncio da CLT quanto a tal primado. Busca-se, assim, responder a seguinte indagação: o contrato de trabalho, a despeito da ausência de expressa previsão na CLT, deve atender ao princípio da função social?

Para a consecução do objetivo proposto, adota-se, como método de procedimento, o levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados, como, por exemplo, legislação, doutrinas, artigos, decisões judiciais e conteúdos

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em 16 out. 2021.

disponibilizados em sítios eletrônicos; e, como método de abordagem, o raciocínio dedutivo, visando, a partir de premissas gerais sobre a função social da propriedade e dos contratos, examinar se o contrato de trabalho deve atender ao princípio da função social.

Adota-se, ainda, como método de procedimento, o método de caso, oportuno quando se propõe a análise de certo fenômeno no plano concreto<sup>2</sup>, buscando-se examinar, por meio do raciocínio indutivo, a partir de julgados sobre o tema previamente selecionados, a aplicação ou não do princípio da função social ao contrato de trabalho pelos tribunais superiores; e, na hipótese de aplicação do princípio em questão, demonstrar o fenômeno em discussão a partir do plano concreto.

A busca por acórdãos contemplou as expressões “função social do contrato” e “função social do contrato de trabalho”. Dos resultados desta busca, foram selecionadas as decisões que aludiam diretamente ao princípio da função social, as quais foram prolatadas pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região e por oito tribunais que integram a Justiça do Trabalho (os Tribunais Regionais do Trabalho da 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup>, 15<sup>a</sup>, 17<sup>a</sup>, 18<sup>a</sup> e 24<sup>a</sup> Regiões e o Tribunal Superior do Trabalho). A partir da análise desta amostra jurisprudencial selecionada, tratando-se de uma abordagem de natureza qualitativa, portanto, interessando ao estudo o fundamento adotado como argumento decisório, selecionou-se uma decisão de cada um dos citados órgãos.

De início, apresentam-se considerações sobre a função social da propriedade. Em seguida, analisa-se o conteúdo doutrinário acerca da função social dos contratos e, no último tópico, verifica-se se o contrato de trabalho deve atender ao princípio da função social.

## Função social da propriedade

A Constituição Federal de 1988 assegura, em seu art. 5º, inciso XXII, o direito de propriedade, e prevê, no inciso seguinte, que “[...] a propriedade atenderá a sua função social”<sup>3</sup>. O Código Civil de 2002, por sua vez, dispõe que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”<sup>4</sup>.

Assim, o termo função social surgiu, primeiramente, no texto constitucional e, somente depois, fora reproduzido pelo legislador ordinário no Código Civil de 2002. Isto porque o Código Civil de 1916 era silente quanto à função social do contrato, cujo instituto passou a ser tratado em seu sucessor, justamente pelo fato de as Constituições da segunda metade do século XX (1967 e 1988) possuírem disposição relativa à função social da

<sup>2</sup> FONSECA, Maria Hemília. *Curso de metodologia na elaboração de trabalhos acadêmicos*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2009.

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 16 out. 2021.

<sup>4</sup> BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em 16 out. 2021.

propriedade. Ainda, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, também devido aos contratos serem um veículo de manifestação do direito de propriedade<sup>5</sup>.

Observa-se, desta maneira, uma clara influência de uma norma constitucional no Direito Privado brasileiro. Esta norma é considerada, inclusive, uma cláusula pétrea, porquanto inserida no art. 5º da Constituição Federal, de modo que, nos termos do art. 60, parágrafo 4º, da Lei Maior, nenhuma proposta de emenda tendente a abolir o direito de propriedade, bem como o comando de que a propriedade deve atender a sua função social, será objeto de deliberação pelo Poder Legislativo.

De acordo com Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira, a função social da propriedade surgiu com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, que condicionava o uso da propriedade ao bem-estar social<sup>6</sup>.

Todavia, a ideia de função social da propriedade já estava presente na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, cuja norma, apesar de não adotar o termo “função social”, previa que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinasse.

O termo “função social da propriedade” fora primeiramente mencionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e, posteriormente, reproduzido na Constituição de 1988, elevando, em ambos os casos, a função social da propriedade ao patamar de um dos princípios da ordem econômica.

A primeira Constituição brasileira, a Constituição do Império de 1824, já assegurava o direito de propriedade, mas não fazia menção à função social.

José Afonso da Silva aduz que o art. 5º, inciso XXIII, da Constituição de 1988, segundo o qual a propriedade em geral deve atender a sua função social, seria suficiente “[...] para que toda forma de propriedade fosse intrinsecamente permeada [...]” por esse princípio constitucional<sup>7</sup>. Porém, de acordo com Silva, “[...] a Constituição não se limitou a isso”<sup>8</sup>, e a função social da propriedade volta a ser mencionada no texto constitucional no art. 170, quando é elevado a um dos princípios da ordem econômica, ao lado, dentre outros, do princípio da propriedade privada.

Assim, tanto o Código Civil como a Constituição não conceituam o instituto da função social. Todavia, alguns dispositivos constitucionais apontam indícios que podem contribuir para se identificar se a propriedade cumpre ou não tal função.

À guisa de exemplo, o art. 182, parágrafo 2º, da Lei Maior, dispõe que “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 4.

<sup>6</sup> TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 281.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 281.

de ordenação da cidade expressas no plano diretor"<sup>9</sup>; e o art. 186 trata da função social da propriedade rural, indicando seus requisitos a serem caracterizadores:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.<sup>10</sup>

Conquanto tais dispositivos não conceituem a função social da propriedade, observa-se, a partir da análise do art. 186, guardar a função social relação com a preservação do meio ambiente e com a proteção dos trabalhadores, cujos elementos são indicativos de quais bens jurídicos pretendeu o constituinte proteger ao inserir no texto constitucional a expressão “função social”.

Feitas estas considerações acerca da função social da propriedade, ande ordenação da cidade expressas no plano diretor"<sup>11</sup>; e o art. 186 trata da função social da propriedade rural, indicando seus requisitos a serem caracterizadores:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.<sup>12</sup>

Conquanto tais dispositivos não conceituem a função social da propriedade, observa-se, a partir da análise do art. 186, guardar a função social relação com a preservação do meio ambiente e com a proteção dos trabalhadores, cujos elementos são indicativos de quais bens jurídicos pretendeu o constituinte proteger ao inserir no texto constitucional a expressão “função social”.

Feitas estas considerações acerca da função social da propriedade, analisa-se, no tópico seguinte, o conteúdo doutrinário acerca da função social dos contratos, para, no

<sup>9</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 out. 2021.

<sup>10</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 16 out. 2021.

<sup>11</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 out. 2021.

<sup>12</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 16 out. 2021.

terceiro e último tópico, verificar-se se o contrato de trabalho deve atender ao princípio da função social.

### Função social do contrato

Os contratos, como veículo de manifestação do direito de propriedade, devem atender à sua função social. Ocorre que nem o Código Civil, tampouco a Constituição Federal, embora tratem da função social, a conceituam. Assim, socorre-se da doutrina, a fim de se obter uma melhor compreensão do tema.

Sílvio de Salvo Venosa explica que, quando da codificação moderna, que tem como maior baluarte o Código Civil da França de 1804, “[...] a chamada liberdade de contratar tinha um cunho essencialmente capitalista, individualista ou burguês, porque o que se buscava, afinal, era fazer com que o contrato permitisse a aquisição da propriedade”<sup>13</sup>.

Quanto à omissão do Código Civil de 1916 acerca da função social do contrato e da propriedade, esclarecem Gagliano e Pamplona Filho que, quando da elaboração do projeto daquele Código, em 1899,

[...] vivia-se em uma sociedade de economia rudimentar, pós-escravocrata, e recém-ingressa na República. Todos esses fatores, agregados ao poderio reacionário e à força política dos senhores de terra, apontavam no sentido oposto ao da socialização da propriedade e, por consequência, do contrato. Com isso, acentuou-se uma nítida vocação materialista do Código de 1916, pouco afeito aos valores essenciais da pessoa humana, e imbuído cegamente do firme propósito de tutelar o crédito e a propriedade [...].<sup>14</sup>

Gagliano e Pamplona Filho citam, ainda, outros elementos do Código Civil de 1916 que exemplificam como aquele diploma, de fato, não se preocupava com valores essenciais da pessoa humana. Naquele Código, manteve-se, “[...] a todo o custo, a estabilidade da família casamentária, pouco importando a dignidade do devedor ou o reconhecimento do filho bastardo”<sup>15</sup>.

A partir desta recapitulação histórica, comprehende-se o motivo pelo qual não se encontra, naquela legislação, referência à função social. De forma sucinta, conclui-se que o Código de 1916 “[...] absorveu, demasiadamente, os valores individualistas, patriarcais e conservadores da sociedade de então”<sup>16</sup>. A legislação contratual brasileira somente se aperfeiçoou, de fato, após a Constituição de 1988.

<sup>13</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

<sup>14</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 4.

<sup>15</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 4.

<sup>16</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 4.

Superado este breve apanhado histórico, adentra-se no conteúdo doutrinário sobre a função social em si. Venosa explica que a função social do contrato, que norteia a liberdade contratual, conforme art. 421 do Código Civil, indica uma norma aberta ou genérica, que deve ser preenchida pelo julgador no caso concreto. Desta forma, “[...] cabe ao interessado apontar e ao juiz decidir sobre a adequação social de um contrato ou de algumas de suas cláusulas”<sup>17</sup>.

Flavio Tartuce explica que a expressão “função social” deve ser vista com o sentido de finalidade coletiva, sendo um de seus efeitos a mitigação ou relativização do *pacta sunt servanda*, “[...] na linha de se considerar possível a intervenção do Estado nos contratos, especialmente nos casos de abuso ou de excessos de uma parte perante outra”<sup>18</sup>. Ainda, ilustra Tartuce:

[...] o contrato não pode ser mais visto como uma bolha, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda. Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não somente é a segurança jurídica, mas sim atender aos interesses da pessoa humana.<sup>19</sup>

A função social funciona como um limitador da liberdade contratual, devendo “[...] encontrar justo limite no interesse social e nos valores superiores de dignificação da pessoa humana. Qualquer avanço para além dessa fronteira poderá caracterizar abuso, judicialmente atacável”<sup>20</sup>, o que mostra um diálogo da Constituição com o Direito Privado.

Os contratos, que um dia serviram apenas para atender aos interesses das partes envolvidas na avença, devem, no atual contexto, ser analisados sob outra perspectiva. Afinal, conforme ensina Paulo Lôbo, “[...] qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico”<sup>21</sup>.

Em razão disso, os interesses individuais dos contraentes devem ser “[...] exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevalecentes”<sup>22</sup>.

Lôbo considera a função social do contrato tão relevante que, não sendo possível interpretar o contrato “[...] em conformidade com o princípio constitucional da justiça social e com o princípio da função social, esse contrato deve ser considerado nulo”<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

<sup>18</sup> TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>19</sup> TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>20</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 4.

<sup>21</sup> LÔBO, Paulo. *Contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>22</sup> LÔBO, Paulo. *Contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo. *Contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Este fora o entendimento do legislador, ao estabelecer a seguinte redação para o parágrafo único, do art. 2.035, do Código Civil: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”<sup>24</sup>.

Conforme Tartuce, como o princípio da função social dos contratos é um preceito de ordem pública, cabe sempre intervenção do Ministério Público e conhecimento de ofício pelo julgador. Ademais, o art. 2.035 do Código Civil outorga fundamento constitucional à função social dos contratos, ao pareá-la à função social da propriedade, prevista expressamente no texto constitucional<sup>25</sup>.

Caio Mário da Silva Pereira explica que o objetivo da função social do contrato é “[...] limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório”<sup>26</sup>.

Todavia, segundo Pereira, o princípio da função social do contrato, como princípio novo, “[...] não se limita a se justapor aos demais, pelo contrário, interage com os princípios clássicos [...]” do contrato – liberdade, força obrigatória e relatividade dos seus efeitos –, “[...] mitigando seus contornos e alterando sua essência, diante do interesse social maior [...]”<sup>27</sup>. Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho, o princípio da função social significa a reeducação da autonomia privada<sup>28</sup>.

Segundo Venosa, conforme exposto alhures, a função social do contrato indica uma norma aberta ou genérica, cabendo ao julgador preenchê-la no caso concreto<sup>29</sup>. Desta maneira, a adoção de exemplos apresenta-se como uma alternativa para melhor se compreender o tema em estudo:

Imagine-se, por exemplo, que se tenha pactuado um contrato de *engineering* (para a instalação de uma fábrica). Mesmo que o negócio pactuado seja formalmente perfeito (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei etc.), se a legislação ambiental ou de segurança no trabalho, por exemplo, houver sido violada, tal avença não haverá respeitado a sua função social, não devendo ser chancelada pelo Poder Judiciário. Na mesma linha, se se pretendeu instalar a indústria para fim de lavagem de dinheiro.<sup>30</sup>

<sup>24</sup>BRASIL. *Código Civil* de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 16 out. 2021.

<sup>25</sup>TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>26</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. 24. ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

<sup>27</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. 24. ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

<sup>28</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 4.

<sup>29</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: contratos. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

<sup>30</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 4.

A empreitada, o mandato e a locação de imóvel urbano tombado pelo patrimônio histórico são as espécies de contrato selecionadas por Fábio Ulhoa Coelho para a construção dos exemplos a seguir:

Não atende à função social, assim, os contratos cuja execução possa sacrificar, comprometer ou lesar, de qualquer modo, interesses metaindividual. É o caso, por exemplo, da empreitada, em que o dono de gleba de terra vizinha a um rio contrata a construção de edifício fabril com a derrubada da mata ciliar; do mandato, em que o anunciente incumbe à agência de propaganda a tarefa de produzir e providenciar a veiculação de publicidade abusiva; da locação de imóvel urbano tombado pelo patrimônio histórico, em que o locatário é autorizado a promover eventos que exponham a risco o bem a preservar, como ruidosas *raves* ou insalubres exposições de animais. Nesses três exemplos, interesses públicos, difusos ou coletivos acerca dos quais não têm os contratantes a disponibilidade são negativamente afetados pelo contrato. O dano ambiental, a publicidade enganosa e a sutil forma de impor degradação ao imóvel tombado são efeitos dos contratos que violam o meio ambiente, os direitos dos consumidores e o patrimônio histórico. Desatende-se, nesses casos, à função social exigida dos negócios contratuais.<sup>31</sup>

De forma sintética, Coelho assevera: “Cumpre sua função social o contrato que não sacrifica, compromete ou lesa interesses metaindividual (públicos, difusos ou coletivos) acerca dos quais não têm os contratantes a disponibilidade”. Se o contrato descumprir a função social, prejudicando interesses dessa ordem, não poderá ser declarado válido<sup>32</sup>.

Após esta abordagem acerca da função social dos contratos, retoma-se o questionamento que motiva o desenvolvimento desta pesquisa: o contrato de trabalho, como uma espécie de contrato, a despeito da ausência de expressa previsão na CLT, deve atender ao princípio da função social?

## Função social do contrato de trabalho

Sendo o contrato de trabalho uma espécie contratual, parece natural entender que tal modalidade de negócio jurídico deve, também, atender à sua função social. Todavia, não há, de forma expressa na CLT, e nem em legislações esparsas que fazem parte do microssistema trabalhista, essa determinação, cujo argumento, por si só, não afasta a incidência de tal instituto no universo juslaboral, impondo-se a necessidade de se analisar a doutrina e os entendimentos jurisprudenciais afeitos à questão.

Carla Teresa Martins Romar ensina que o Direito do Trabalho possui diversas funções. Dentre elas, está a função social, que “[...] estabelece que tal ramo jurídico é o

<sup>31</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: contratos* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 3.

<sup>32</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: contratos* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 3.

meio de realização de valores sociais, pois visa a preservação da dignidade humana do trabalhador, considerada como valor absoluto e universal (justiça social)”.<sup>33</sup>

Outra importante função deste ramo do Direito é a função tutelar. Para Romar:

[...] o Direito do Trabalho protege o trabalhador contra os abusos do poder econômico e contra a exploração. Esta função, que fundamenta o próprio surgimento do Direito do Trabalho, é cumprida por meio da elaboração de normas jurídicas de tutela do trabalhador e restritivas da autonomia individual, seja pelo próprio Estado, por meio da elaboração de leis, seja pelo poder de representação concedido aos sindicatos. Tal função visa diminuir o desequilíbrio existente entre as partes da relação de trabalho.<sup>34</sup>

É notório que, na relação de trabalho, uma das partes encontra-se em situação de hipossuficiência: o trabalhador. Assim, é imprescindível que o Direito do Trabalho busque instrumentos aptos a diminuir esta desigualdade, conferindo maior equilíbrio e justiça à relação, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os valores sociais do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal.

Neste sentido, por não estar expressamente prevista na CLT, e nem mesmo em qualquer outra lei do microssistema trabalhista, a determinação de que o contrato de trabalho deve atender ao princípio da função social, cumpre à doutrina e à jurisprudência reconhecer esta situação, como forma de integração do ordenamento jurídico pátrio.

Como o contrato é um veículo de manifestação do direito de propriedade, e a propriedade deve atender a sua função social, conforme art. 5º, inciso XXIII, da Constituição, nada mais lógico que o contrato de trabalho, uma espécie contratual, também atender a sua função social. Este raciocínio seria suficiente para entender que o contrato de trabalho deve ser permeado pelo princípio da função social.

Todavia, ainda que não se adote este raciocínio, e não se encontre, na legislação infraconstitucional, dispositivo indicando, de forma expressa, que o contrato de trabalho deve atender a tal primado, isso não representa óbice ao reconhecimento desta situação.

Isto porque é possível aplicar, de forma subsidiária ao Direito do Trabalho, o art. 421 do Código Civil, segundo o qual a função social do contrato limita o exercício da liberdade contratual. Isto se faz com base no art. 8º, parágrafo 1º, da CLT, segundo o qual “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”.<sup>35</sup>

Até a vigência da Lei nº 13.467/2017, o art. 8º da CLT era composto apenas do *caput* e de seu parágrafo único, que também dispunha que o Direito Comum seria fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Porém, havia uma exceção: o Direito Comum apenas

<sup>33</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>34</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>35</sup> BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 16 out. 2021.

teria aplicação naquilo em que não fosse incompatível com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

Assim, segundo Guilherme Guimarães Feliciano, se não houvesse “[...] compatibilidade entre a norma de Direito Civil e os princípios retores do Direito do Trabalho (sintetizados em quatro entidades: princípio da proteção, princípio da primazia da realidade, princípio da irrenunciabilidade e princípio da razoabilidade)”<sup>36</sup>, não se afiguraria possível a aplicação da norma do Direito Comum ao Direito do Trabalho.

Com as alterações da CLT promovidas pela reforma trabalhista, deixou de existir a citada restrição, de modo que, pela interpretação literal da lei, o Direito Comum sempre será fonte subsidiária do Direito do Trabalho.

A redação original da CLT tinha como objetivo preservar o Direito Trabalhista “[...] da influência de valores liberais previstos no Código Civil de 1916<sup>37</sup>”. Ocorre que, apesar da modificação que sofreu o art. 8º, da CLT, “[...] o rumo trilhado hodiernamente pelo Direito Civil na concretização de valores constitucionais, e sociabilização das obrigações [...]”<sup>38</sup>, como visto na redação do art. 421 do Código Civil de 2002, permite a serena e necessária aplicação deste dispositivo no âmbito trabalhista.

Neste sentido, entende o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região (interior do Estado de São Paulo), há mais de uma década:

A celebração, o cumprimento, bem como a conclusão do contrato de trabalho devem ser regidas pelos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, em conformidade com as disposições contidas nos artigos 187, 421 e 422 do Código Civil, aplicados subsidiariamente ao Direito do Trabalho, em consonância com o permissivo contido no art. 8º, parágrafo único, da CLT.<sup>39</sup>

Com isso, a contratualidade trabalhista é ungida pelo princípio da função social do contrato, o que é relevante no sentido de se conferir aos trabalhadores maior proteção, posto que, na relação de trabalho, estes sujeitos encontram-se em situação de vulnerabilidade em relação ao seu empregador.

<sup>36</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do trabalho e direito dos contratos: apontamentos relevantes sobre a Parte Especial do Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). *Revista do TRT da 15ª Região*, Campinas, n. 21, p. 83-100, 2002. p. 98.

<sup>37</sup> SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. Orientador: Wilson Ramos Filho. 2007. 336f. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29900/R%20-%20D%20-%20RODRIGO%20TRINDADE%20DE%20SOUZA.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021. p. 198.

<sup>38</sup> SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. Orientador: Wilson Ramos Filho. 2007. 336f. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29900/R%20-%20D%20-%20RODRIGO%20TRINDADE%20DE%20SOUZA.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021. p. 198.

<sup>39</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (3. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0263700-49.2005.5.15.0130. Relator Desembargador Lorival Ferreira dos Santos. Campinas, 19 nov. 2010. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17373173/recurso-ordinario-ro-68871-sp-068871-2010/inteiro-teor-103706174>. Acesso em: 11 dez. 2021.

Ao longo do tempo, surgiram leis que provocaram alterações no ordenamento jurídico sob a justificativa de que tal ato seria necessário para o aumento de empregos e retomada do crescimento econômico, mas que não cumpriram com tal propósito.

Desta forma, é necessário preparar “[...] doutrina e jurisprudência para responder frente a situações legislativas já consumadas, reafirmando que o contrato de emprego possui uma função social de aplicação preferencial a leis casuísticas”<sup>40</sup>.

Ou seja, os tribunais brasileiros, ao se depararem com casos que, aparentemente, estão em consonância com o Direito posto, não devem se ater exclusivamente ao texto legal, mas sim analisar a adequação do ato ao princípio da função social, cuja aplicação prevalece frente a leis casuísticas, preservando-se, assim, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Em mais de uma ocasião, órgãos que compõem a Justiça do Trabalho fundamentaram suas decisões no princípio da função social do contrato, comprovando, de forma prática, a relevância do reconhecimento de que o contrato de trabalho deve atender a sua função social e demonstrando de que maneira ocorre a aplicação do citado princípio.

Antes do exame dos julgados coletados sobre o tema, é de se ponderar, entretanto, que, sendo a sistemática trabalhista componente do ramo do Direito Privado, o reconhecimento do postulado relacionado à função social, intrinsecamente vinculado ao regime publicista e à preponderância do interesse público sobre o privado, pode ser apontado como embaraço às relações privadas e à sua autonomia, se não for aplicado com a devida cautela.

Em 2007, a 2<sup>a</sup> Turma do TRT da 17<sup>a</sup> Região (Estado do Espírito Santo) adotou, como fundamento, o princípio da função social, para reconhecer a nulidade da dispensa promovida por uma empresa da área da saúde em face de uma empregada que se encontrava em tratamento em decorrência de transtornos ansiosos.

Em primeira instância, a empregada alegou que, na ocasião de sua dispensa, encontrava-se doente, “[...] com transtornos psicológicos decorrentes do uso contínuo de medicamentos fortes para enxaqueca, o que lhe causou dependência química”, e que estava “[...] em tratamento médico, tendo comunicado tal fato ao médico da empresa quando fez o exame demissional”<sup>41</sup>.

O pleito da empregada de reconhecimento da nulidade da dispensa fora julgado improcedente, o que motivou a interposição de Recurso Ordinário ao TRT-17, cujos desembargadores, de forma unânime, assim decidiram:

<sup>40</sup> SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. Orientador: Wilson Ramos Filho. 2007. 336f. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29900/R%20-%20D%20-%20RODRIGO%20TRINDADE%20DE%20SOUZA.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021. p. 200.

<sup>41</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17<sup>a</sup> Região (2. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0093000-24.2006.5.17.0009. Relatora Juíza Cláudia Cardoso de Souza. Vitória, 13 set. 2007. Disponível em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/421686631/recurso-ordinario-ro-930002420065170009/inteiro-teor-421686650>. Acesso em: 13 dez. 2021.

Sendo a reclamada um empresa voltada para a área da saúde, não poderia, jamais, dispensar o empregado que se encontra em tratamento decorrente de transtornos ansiosos, cerrando os olhos ao caráter social do contrato de trabalho. O contrato deve atender a uma função social, não podendo desprezar referido valor do trabalho, que é um princípio conformador e fundamentado da própria República Federativa do Brasil. A dispensa de uma pessoa portadora de doença, ainda em tratamento, traz repercussão na ordem social, pois sem emprego não há salário, e sem salário não há como enfrentar com dignidade a doença. Dispensa nula e consequente reintegração.<sup>42</sup>

A decisão ainda observa que, no atual Código Civil, a autonomia da vontade perde força diante da necessidade de as empresas observarem a função social do contrato e da própria empresa, em conformidade com o disposto no art. 421 da citada lei. Dessa forma, “[...] empresa e Estado devem se unir para promover o bem-estar social e a melhoria das condições de seus empregados”<sup>43</sup>.

Ainda que o empregador tenha o direito potestativo de encerrar o contrato de trabalho, este direito não é absoluto, porque

[...] numa evolução da proteção à saúde do trabalhador, à honra, à intimidade, à dignidade e à imagem, não mais são toleradas práticas que possam levar o ser humano a situações vexatórias, seja qual for o âmbito da relação. No que se refere aos contratos de trabalho, se é certo que o proprietário dos meios de produção dirige os negócios, com o uso do poder [de] comando na tomada das principais decisões, deve fazê-lo sempre em observância a princípios de maior relevância para a coletividade, mantendo um ambiente saudável de trabalho, respeitando os seus empregados e fazendo com que a sua propriedade cumpra a função social prevista na Constituição Federal.<sup>44</sup>

Em decisão do ano seguinte, 2008, o TRT da 24<sup>a</sup> Região (Estado de Mato Grosso do Sul) também considerou que a demissão, embora constitua direito potestativo do empregador, “[...] não pode ser exercida de forma arbitrária ou abusiva com discriminação do trabalhador, sob pena de nulidade, além de implicar no dever de o empresário indenizar o empregado pelos danos decorrentes do ato, inclusive os morais [...]”<sup>45</sup>. Isto porque

<sup>42</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17<sup>a</sup> Região (2. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0093000-24.2006.5.17.0009. Relatora Juíza Cláudia Cardoso de Souza. Vitória, 13 set. 2007. Disponível em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/421686631/recurso-ordinario-ro-930002420065170009/inteiro-teor-421686650>. Acesso em: 13 dez. 2021.

<sup>43</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17<sup>a</sup> Região (2. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0093000-24.2006.5.17.0009. Relatora Juíza Cláudia Cardoso de Souza. Vitória, 13 set. 2007. Disponível em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/421686631/recurso-ordinario-ro-930002420065170009/inteiro-teor-421686650>. Acesso em: 13 dez. 2021.

<sup>44</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17<sup>a</sup> Região (2. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0093000-24.2006.5.17.0009. Relatora Juíza Cláudia Cardoso de Souza. Vitória, 13 set. 2007. Disponível em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/421686631/recurso-ordinario-ro-930002420065170009/inteiro-teor-421686650>. Acesso em: 13 dez. 2021.

<sup>45</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24<sup>a</sup> Região (2. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 66200800624002. Relator Desembargador Francisco Das C. Lima Filho. Campo Grande, 13 ago. 2008.

O contrato de trabalho deve ser entendido como uma conquista de todos os trabalhadores, além [de] representar uma grande contribuição para o reconhecimento e o desenvolvimento dos direitos fundamentais laborais, oponíveis a todos, inclusive e especialmente ao empresário, cujo poder de direção encontra limite no dever de boa-fé e na dignidade da pessoa humana, na medida que a base dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa e dos direitos inalienáveis que lhe são inerentes.

Assim, no caso da empregada demitida enquanto se encontrava em tratamento em razão de transtornos ansiosos, reconheceu-se a nulidade da dispensa e determinou-se a sua reintegração, tendo o princípio da função social do contrato sido aplicado no âmbito da relação de emprego, o que também fora observado em decisão mais recente, de 2019, proferida pela 4<sup>a</sup> Turma do TRT-6 (Estado de Pernambuco), em caso semelhante, no qual a empregada também enfrentava problemas de saúde mental.

Na ocasião, restou comprovado nos autos do processo que o empregador utilizou-se de medidas abusivas contra a empregada, mediante a cobrança de metas e com pressão psicológica, inclusive com ameaças de demissão, em um momento em que ela se encontrava fragilizada emocional e psicologicamente, em razão do adoecimento de sua mãe, fato que era de conhecimento da empresa<sup>46</sup>.

Neste cenário, a 4<sup>a</sup> Turma do TRT-6 entendeu que as cobranças de metas e a utilização de ameaças de demissão para compelir a obreira a aumentar sua produção configuraram abuso do poder diretivo do empregador e “[...] afronta à função social do contrato de trabalho, que preza pela dignidade da pessoa humana, pela valorização do trabalho humano e por uma existência digna (art. 1º, III c/c art. 170, da CF/88)”<sup>47</sup>.

Desta maneira, configurado o dano moral, em razão de a empregada ter sido submetida a assédio moral no ambiente de trabalho, “[...] principalmente no momento em que se encontrava mais debilitada emocionalmente em virtude dos problemas de saúde da sua mãe” – o que contribuiu para o agravamento de sua situação pessoal, segundo a decisão –, a empresa foi condenada ao pagamento de indenização<sup>48</sup>.

Deve-se atentar, contudo, que a mera “[...] cobrança de metas, por si, não implica reparação moral, especialmente quando inexistente abuso de direito ou postura vexatória

---

Disponível em: <https://trt-24.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4433045/recurso-ordinario-ro-66200800624002>. Acesso em: 13 dez. 2021.

<sup>46</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6<sup>a</sup> Região (4. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0001495-69.2017.5.06.0009. Relator Desembargador José Luciano Alexo da Silva. Recife, 17 out. 2019. Disponível em: <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/812367215/recurso-ordinario-trabalhista-ro-14956920175060009/inteiro-teor-812367225>. Acesso em: 14 dez. 2021.

<sup>47</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6<sup>a</sup> Região (4. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0001495-69.2017.5.06.0009. Relator Desembargador José Luciano Alexo da Silva. Recife, 17 out. 2019. Disponível em: <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/812367215/recurso-ordinario-trabalhista-ro-14956920175060009/inteiro-teor-812367225>. Acesso em: 14 dez. 2021.

<sup>48</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6<sup>a</sup> Região (4. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0001495-69.2017.5.06.0009. Relator Desembargador José Luciano Alexo da Silva. Recife, 17 out. 2019. Disponível em: <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/812367215/recurso-ordinario-trabalhista-ro-14956920175060009/inteiro-teor-812367225>. Acesso em: 14 dez. 2021.

por parte dos superiores hierárquicos”, conforme decidiu a 7<sup>a</sup> Turma do TRT-2 (Estado de São Paulo), em 2021<sup>49</sup>.

No mesmo sentido, é o entendimento do TRT-1 (Estado do Rio de Janeiro), sedimentado em sua Súmula nº 42: “A cobrança de metas está inserida no poder de comando do empregador, não configurando assédio moral, desde que respeitada a dignidade do trabalhador”<sup>50</sup>.

De fato, o empregador, por assumir os riscos da atividade econômica, consoante ao disposto no art. 2º da CLT, pode fazer exigências a seus empregados, sem que tal conduta configure, necessariamente, dano moral, e, por corolário, ofensa à função social do contrato, se houver razoabilidade e respeito à dignidade obreira.

Posição diversa significaria uma aplicação inadequada do princípio da função social, concorrendo-se, até mesmo, para a sua banalização. Tal primado apenas deve ser invocado nas situações em que houver, de fato, abusos de direitos em face dos trabalhadores, e não naquelas em que o empregador legitimamente exercer o poder diretivo que lhe é conferido pela legislação laboral, tais como o de impor decisões a seus subordinados, conforme anteriormente abordado.

Por outro lado, a 10<sup>a</sup> Turma do TRT-1 reconheceu, como conduta violadora do princípio da função social do contrato, a imposição de jornada variável, por meio da qual o trabalhador deve manter-se à disposição do empregador sem horário e salário definidos, caracterizando tentativa “[...] de desvirtuar, impedir e fraudar o pagamento de verbas trabalhistas aos seus empregados”, sendo tal ato nulo de pleno direito, nos termos do art. 9º da CLT<sup>51</sup>.

De acordo com a decisão, o princípio da função social do contrato tem por objetivo “[...] proporcionar o bem da coletividade, respaldando a igualdade dos sujeitos de direito”. Por meio dele, “[...] a liberdade de cada um seria respeitada e o bem comum alcançado entre as partes contratantes. A liberdade de contratar está atrelada aos fins sociais do contrato, sobressaindo ainda os princípios da boa-fé e da probidade”<sup>52</sup>.

No caso de o empregador impor ao obreiro a prática de jornada variável e móvel, todos estes princípios são frontalmente infringidos, implicando a necessidade de

<sup>49</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2<sup>a</sup> Região (7. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 1000963-71.2019.5.02.0445. Relator Desembargador Celso Ricardo Peel Furtado de Oliveira. São Paulo, 27 maio 2021. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/captcha/detalhe-processo/1000963-71.2019.5.02.0445/2>. Acesso em: 14 dez. 2021.

<sup>50</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1<sup>a</sup> Região. Súmula nº 42. A cobrança de metas está inserida no poder de comando do empregador, não configurando assédio moral, desde que respeitada a dignidade do trabalhador. Rio de Janeiro, RJ: Tribunal Regional do Trabalho da 1<sup>a</sup> Região, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/525281?queryRequest=42>. Acesso em: 14 dez. 2021.

<sup>51</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1<sup>a</sup> Região (10. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0000777-70.2011.5.01.0058. Relator Juiz Convocado Marcelo Antero de Carvalho. Rio de Janeiro, 16 jan. 2013. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1132578512/recurso-ordinario-ro-7777020115010058-rj/inteiro-teor-1132578546>. Acesso em: 15 dez. 2021.

<sup>52</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1<sup>a</sup> Região (10. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0000777-70.2011.5.01.0058. Relator Juiz Convocado Marcelo Antero de Carvalho. Rio de Janeiro, 16 jan. 2013. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1132578512/recurso-ordinario-ro-7777020115010058-rj/inteiro-teor-1132578546>. Acesso em: 15 dez. 2021.

declaração da nulidade da cláusula contratual que estipulou o trabalho sem horário e salário definidos<sup>53</sup>.

Também já se reconheceu como violadora do princípio da função social a conduta de contratar um empregado para exercer determinada função e, posteriormente, exigir o desempenho de outra, mais complexa e sem a correspondente majoração salarial. No caso, verificou-se, ainda, o desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva, ante ao enriquecimento sem causa do empregador, condenado a ressarcir as diferenças salariais respectivas<sup>54</sup>.

Após a análise do entendimento de órgãos da segunda instância da Justiça do Trabalho acerca do princípio da função social do contrato, verifica-se que o Tribunal Superior do Trabalho, órgão máximo daquela Justiça Especializada, também já tratou da função social do contrato de trabalho em alguns julgados ao longo do tempo, como, por exemplo, quando reconheceu que “[...] exigir que o trabalhador adote a mentira [...]”, no trato com clientes, “[...] como prática rotineira e comum das suas atividades laborais [...]”, configura assédio moral organizacional e viola a função social do contrato de trabalho, por se constituir “[...] em prática empresarial nociva aos princípios da ordem econômica e social, dentre eles a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa humana do trabalhador, fulcados no *caput* do art. 170 da CF/88”<sup>55</sup>.

Colacionadas diversas decisões de órgãos que compõem a Justiça do Trabalho brasileira, em diferentes instâncias, colhe-se a derradeira lição de Gagliano e Pamplona Filho, que elencam circunstâncias que, reunidas, moldam o princípio da função social:

Em um Estado verdadeiramente democrático de direito, o contrato somente atenderá à sua função social no momento em que, *sem prejuízo ao livre exercício da autonomia privada*:

- 1) respeitar a *dignidade da pessoa humana* – traduzida sobretudo nos direitos e garantias fundamentais;
- 2) admitir a *relativização do princípio da igualdade das partes contratantes* – somente aplicável aos *contratos verdadeiramente paritários*, que atualmente são minoria;
- 3) consagrar uma *cláusula implícita de boa-fé objetiva* – ínsita em todo contrato bilateral, e impositiva dos deveres anexos de lealdade, confiança, assistência, confidencialidade e informação;
- 4) respeitar o *meio ambiente*;
- 5) respeitar o valor social do trabalho.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1<sup>a</sup> Região (10. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0000777-70.2011.5.01.0058. Relator Juiz Convocado Marcelo Antero de Carvalho. Rio de Janeiro, 16 jan. 2013. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1132578512/recurso-ordinario-ro-7777020115010058-rj/inteiro-teor-1132578546>. Acesso em: 15 dez. 2021.

<sup>54</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18<sup>a</sup> Região (2. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0010614-59.2019.5.18.0006. Relator Desembargador Eugênio José Cesário Rosa. Goiânia, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/827113894/rot-106145920195180006-go-0010614-5920195180006/inteiro-teor-827113904>. Acesso em: 15 dez. 2021.

<sup>55</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (1. Turma). Acórdão. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1315-09.2016.5.20.0006. Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Brasília, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/879245144/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-13150920165200006/inteiro-teor-879245309>. Acesso em: 15 dez. 2021.

<sup>56</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 4. (grifos dos autores)

Ressalta-se, contudo, que, apesar de as decisões anteriormente colacionadas, favoráveis à classe trabalhadora, terem adotado o princípio da função social do contrato como embasamento principal ou, ao menos, como um de seus fundamentos, a mera invocação deste princípio não é suficiente para permitir a inobservância de cláusulas contratuais livremente pactuadas, conforme já decidiu, por unanimidade, a 4<sup>a</sup> Turma do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região (estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul), em caso que, embora tratasse de juros remuneratórios e relações contratuais firmadas com instituições financeiras, apresenta lição que pode ser estendida às relações contratuais em geral, como se vê:

CONTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO MONITÓRIA. CDC. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.

É pacífico o entendimento de que se aplica o CDC às relações contratuais firmadas com as instituições financeiras, tendo em vista o disposto na Súmula 297 do STJ. [...] Não existe base legal para a limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano. [...] Ademais, tampouco houve a demonstração da discrepância dos percentuais contratados em relação à taxa média de mercado estipulada pelo BACEN para as modalidades de crédito em questão. Devem ser observadas as taxas acordadas pelas partes, visto que não demonstrada qualquer ilegalidade. [...] **A invocação pura e simples dos princípios da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana não são suficientes, por si só, para permitir a inobservância das cláusulas contratuais livremente pactuadas**, considerando a liberdade de contratar decorrente dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos.<sup>57</sup>

Desta feita, o principal preceito extraído deste acórdão reside no fato de que, caso se admitisse o uso indiscriminado do princípio da função social do contrato como fundamento para pleitos de anulação de avenças completas ou de algumas de suas cláusulas, isso representaria um risco à segurança contratual, que decorre do princípio da segurança jurídica (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição), além de uma indesejada banalização do princípio da função social, igualmente respaldado pela Lei Maior.

## Considerações finais

Quando surgiram, os contratos visavam atender, principalmente, aos interesses privados das partes envolvidas na avença. Com o tempo, esse panorama se alterou, e os contratos passaram a influenciar, ainda que indiretamente, terceiros. Desta maneira,

<sup>57</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região (4. Turma). Acórdão. Apelação Cível 5009875-26.2016.4.04.7104. Relatora Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 26 jun. 2019. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729481884/apelacao-civel-ac-50098752620164047104-rs-5009875-2620164047104>. Acesso em: 15 dez. 2021. (grifo nosso)

tornou-se necessário repensar a forma de interpretação dos contratos, afinal, seus efeitos deixaram de se restringir apenas aos contratantes.

No Brasil, a legislação contratual se aperfeiçoou após o advento da Constituição Federal de 1988, que, assim como sua antecessora, de 1967, mencionou, de forma expressa em seu texto, que a propriedade deveria atender a sua função social, influenciando o Direito Privado brasileiro, dado que o atual Código Civil, de 2002 (diferentemente do diploma de 1916, detentor de cunho individualista e conservador), passou a prever que a função social do contrato limita a liberdade de contratar.

Com a aplicação do princípio da função social aos contratos, pretende-se, dentre outras medidas, evitar abusos ou excessos de um contratante perante outro; conformar os interesses individuais dos contraentes aos interesses sociais, como os preceitos que visam à proteção ambiental ou de segurança do trabalho, que são prevalecentes; e proteger a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil.

Na legislação ordinária brasileira, o princípio da função social dos contratos está previsto, de forma expressa, apenas no Código Civil, não sendo possível encontrá-lo expressamente nem na CLT, apesar de todas as transformações às quais fora submetida ao longo do tempo, nem em outras legislações que fazem parte do microssistema trabalhista.

Todavia, diante da necessidade de o Direito do Trabalho buscar ferramentas para mitigar a desigualdade existente entre empregador e empregado, conferindo, assim, maior equilíbrio e justiça à relação de trabalho, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os valores sociais do trabalho; e diante do imperativo de integração do sistema jurídico, previsto tanto no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como no art. 8º, da CLT, dado que o Direito é Sistema e deve coexistir harmonicamente, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, conforme demonstrado, são pacíficas em reconhecer, acertadamente, que o contrato de trabalho deve atender ao princípio da função social.

Ademais, consoante à análise doutrinária e jurisprudencial, tal primado apenas deve ser invocado nas situações em que houver, de fato, abusos de direitos em face dos trabalhadores, e não naquelas em que o empregador legitimamente exercer o poder diretivo que lhe é conferido pela legislação laboral. Por isto, especial cautela deve ser adotada pelos órgãos do Poder Judiciário quando da análise de pleitos em que haja invocação do princípio da função social, para que não existam riscos de a sua aplicação desmedida afetar a segurança contratual e de tal primado ser reduzido a mero embaraço às relações privadas e à sua autonomia.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)*. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Súmula nº 42. A cobrança de metas está inserida no poder de comando do empregador, não configurando assédio moral, desde que respeitada a dignidade do trabalhador. Rio de Janeiro, RJ: Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 2013. Disponível em:  
<https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/525281?queryRequest=42>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (10. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0000777-70.2011.5.01.0058. Relator Juiz Convocado Marcelo Antero de Carvalho. Rio de Janeiro, 16 jan. 2013. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1132578512/recurso-ordinario-ro-7777020115010058-rj/inteiro-teor-1132578546>. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (7. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 1000963-71.2019.5.02.0445. Relator Desembargador Celso Ricardo Peel Furtado de Oliveira. São Paulo, 27 maio 2021. Disponível em:  
<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/captcha/detalhe-processo/1000963-71.2019.5.02.0445/2>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (4. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0001495-69.2017.5.06.0009. Relator Desembargador José Luciano Alexo da Silva. Recife, 17 out. 2019. Disponível em: <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/812367215/recurso-ordinario-trabalhista-ro-14956920175060009/inteiro-teor-812367225>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (3. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0263700-49.2005.5.15.0130. Relator Desembargador Lorival Ferreira dos Santos. Campinas, 19 nov. 2010. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17373173/recurso-ordinario-ro-68871-sp-068871-2010/inteiro-teor-103706174>. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (2. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0093000-24.2006.5.17.0009. Relatora Juíza Cláudia Cardoso de Souza. Vitória, 13 set. 2007. Disponível em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/421686631/recurso-ordinario-ro-930002420065170009/inteiro-teor-421686650>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (2. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 0010614-59.2019.5.18.0006. Relator Desembargador Eugênio José Cesário Rosa. Goiânia, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/827113894/rot-106145920195180006-go-0010614-5920195180006/inteiro-teor-827113904>. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (2. Turma). Acórdão. Recurso Ordinário nº 66200800624002. Relator Desembargador Francisco Das C. Lima Filho. Campo Grande, 13 ago. 2008. Disponível em: <https://trt-24.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4433045/recurso-ordinario-ro-66200800624002>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região (4. Turma). Acórdão. Apelação Cível 5009875-26.2016.4.04.7104. Relatora Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 26 jun. 2019. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729481884/apelacao-civel-ac-50098752620164047104-rs-5009875-2620164047104>. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (1. Turma). Acórdão. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1315-09.2016.5.20.0006. Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Brasília, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/879245144/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-13150920165200006/inteiro-teor-879245309>. Acesso em: 15 dez. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: contratos* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 3.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do trabalho e direito dos contratos: apontamentos relevantes sobre a Parte Especial do Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). *Revista do TRT da 15<sup>a</sup> Região*, Campinas, n. 21, p. 83-100, 2002.

FONSECA, Maria Hemília. *Curso de metodologia na elaboração de trabalhos acadêmicos*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 4.

LÔBO, Paulo. *Contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 24. ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. Orientador: Wilson Ramos Filho. 2007. 336f. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29900/R%20-%20D%20-%20RODRIGO%20TRINDADE%20DE%20SOUZA.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

Data de Recebimento: 14/02/2022  
Data de Aprovação: 19/09/2022

# INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: RELATO HISTÓRICO SOBRE O PREÇO MÍNIMO DO CAFÉ NO BRASIL

## STATE INTERVENTION IN THE ECONOMIC DOMAIN: HISTORICAL ACCOUNT OF THE MINIMUM PRICE OF COFFEE IN BRAZIL

Janaina de Alvarenga Silva Carvalho\*  
Giovani Clark\*\*

### RESUMO

O controle de preços (gênero) é uma das formas de intervenção estatal indireta no domínio econômico. Nessa perspectiva, levantou-se, como problema da pesquisa, a partir do resgate histórico da adoção do preço mínimo (espécie) do café, se é juridicamente possível a adoção, na atualidade, da referida espécie de intervenção no Brasil. Objetivou-se demonstrar que tal instrumento é legítimo, desde que observados os ditames constitucionais brasileiros, tais como os da função social das propriedades, da dignidade humana, da defesa da concorrência e do pluralismo produtivo. Na pesquisa, de tipo bibliográfico, a metodologia envolveu os métodos hipotético-dedutivo, histórico e comparativo. Os resultados obtidos indicaram uma forte e histórica presença estatal no setor cafeeiro, objetivando reduzir riscos da produção e garantir lucros dos produtores. Concluiu-se que o controle de preços no setor é uma das formas de intervenção indireta do Estado, também chamada de Direito Regulamentar Econômico, possibilitada pela Constituição brasileira de 1988.

**Palavras-chave:** intervenção econômica do Estado; controle de preços no Brasil; preço mínimo; café.

### ABSTRACT

Price control (gender) is one of the forms of indirect state intervention in the economic domain. From this perspective, as a research problem, based on the historical rescue of the adoption of the minimum price (species) of coffee, whether it is legally possible to adopt, at present, this type of intervention in Brazil. The objective was to demonstrate that such an instrument is legitimate, provided that the basic constitutional dictates are observed, such as those of the social function of properties, human dignity, the defense of competition and productive pluralism. In the bibliographic research, the methodology involved hypothetical-deductive, historical and comparative methods. The results obtained indicated a strong and historical state presence in the coffee sector, aiming to reduce production risks and guarantee producers' profits. It was concluded that price control in the sector is one of the forms of indirect intervention by the State, also called Economic Regulatory Law, made possible by the Brazilian Constitution of 1988.

\*Bacharela em Direito pela PUC Minas, Mestre em Direito Público pelo PPGD da PUC Minas, Doutoranda em Direito na área Democracia, Liberdade e Cidadania pelo PPGD da PUC Minas, Analista Judiciária no TJMG, Docente junto à EJEF/TJMG, Professora, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8726439229508825>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9581-807X>, Email: [janasalvarenga@gmail.com](mailto:janasalvarenga@gmail.com)

\*\*Possui Graduação, Mestrado e Doutorado pela UFMG, Professor da PUC Minas nos cursos de Graduação e Pós-Graduação Mestrado e Doutorado e da Faculdade de Direito da UFMG na Graduação, Foi Diretor-Presidente da FBDE de 2007 a 2011, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8525677886136477>, Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9324-4770>, Email: [giovaniclark@gmail.com](mailto:giovaniclark@gmail.com)

Key-words: economic intervention of the State; price control in Brazil; minimum price; coffee.

## INTRODUÇÃO

O controle de preços sempre esteve presente em todas as nuances da intervenção estatal na vida econômica, principalmente nos tempos modernos. Apesar disso, de modo algum, retrata violação à livre iniciativa, à livre concorrência ou à liberdade econômica se for empregado, como supostamente um neoliberal radical e juridicamente desavisado entenderia, mas sim uma ação estatal no domínio econômico admitida pela Constituição Econômica brasileira de 1988, sobretudo por sua ideologia constitucionalmente adotada, contribuição jurídica do Professor Washington Albino Peluso de Souza e que quer significar, parâmetro hermenêutico na análise da juridicização da política econômica, de acordo com os comandos externados na nossa Constituição Econômica.

Compreendido dessa forma, o controle de preços limita o poder econômico privado, viabiliza aquelas liberdades, além de resguardar os princípios da defesa do consumidor e da soberania econômica.

No Estado brasileiro, a típica oscilação de preços dos produtos agrícolas, como o café – produto de alta volatilidade de preços, por fatores inerentes ao segmento agrícola e às alterações na economia mundial, como à especulação e às crises climáticas, tem impulsionado, desde o final da década de 1960, uma Política de Garantia de Preços Mínimos (PGPM) em nossa nação.

O Brasil, é fato, mantém-se como o maior produtor e exportador de café no mundo; é, ainda, o segundo maior consumidor mundial de café. Um terço da safra mundial é o que equivale, em média, a produção de café pátria.

A aquisição e o empréstimo, por exemplo, revelam a intervenção do Estado brasileiro quando o preço de mercado nas regiões produtoras apresenta-se aquém do preço mínimo (ou de piso), por sua vez fixado pelo próprio Estado.

O poder público, muitas vezes, adquire ainda o excedente da produção agrícola de determinados produtos de relevo na economia, específicos das safras regionais ou de verão, também podendo financiar o estoque de diversos produtos agrícolas. Assim, fica clara a existência da intervenção estatal no processo produtivo agrícola com diversos objetivos, seja para estabilizar os preços internos, seja para manter o incentivo às exportações e garantir os lucros do setor.

As decisões privadas dos produtores rurais para definição da produção sofrem impacto da intervenção estatal: o preço mínimo pode direcioná-los à escolha das culturas que investirão e resguardá-los de futuras quedas de preço, com a opção do preço mínimo em negociações da Bolsa de Mercados Futuros.

De modo particular, a participação estatal na produção agrícola de café é, muitas vezes, mal compreendida ou “desplanejada”, pois concentra foco na renda dos cafeicultores e a competitividade junto ao mercado externo, em detrimento do consumidor final e do desenvolvimento nacional.

Nessa perspectiva, levanta-se, para enfrentamento no presente artigo, o seguinte problema: A partir do resgate histórico da adoção do preço mínimo (espécie) do café, é legítima a intervenção indireta do Estado brasileiro no domínio econômico por meio do controle de preços na atualidade?

A hipótese envolve a constatação de que, há anos, adota-se o instituto controle de preços, para fins de reduzir os riscos e garantir os lucros do capital agrícola brasileiro, tão somente, ao passo que deveria observar os ditames constitucionais, como os da Constituição vigente (a função social das propriedades, a dignidade humana e o pluralismo produtivo, entre outros).

Por sua vez, tratando-se de uma investigação do tipo bibliográfico, os instrumentos metodológicos serão a coleta e a análise de dados acerca da temática e do problema levantado, com base em entendimento doutrinário pátrio, notadamente, tendo, como referencial teórico, as lições sobre intervenção do Estado no domínio econômico do jurista mineiro Washington Peluso Albino de Souza. Para tanto, a metodologia escolhida envolverá, na abordagem, o método hipotético-dedutivo, e, no procedimento em si, os métodos histórico e comparativo.

No desenvolvimento da pesquisa, pretende-se demonstrar que a observância da ideologia constitucionalmente adotada, como ensina o Professor Washington Peluso Albino de Souza, em oposição à negativa da intervenção estatal na vida econômica dos neoliberais radicais (reguladores e de austeridade), permitindo assim traçar os contornos do controle de preços, de modo particular, do preço mínimo, enquanto instrumento legítimo, constitucional e cabível não somente em momentos econômicos excepcionais.

Ademais, ao longo do estudo, busca-se desmistificar projeções deturpadas de contorno neoliberal, negativistas ou reducionistas ao instrumento controle de preços, em especial do preço mínimo do café no Brasil, as quais muitas vezes revelam o desconhecimento e sua existência “continua” no processo produtivo capitalista em geral.

Para tanto, o artigo abordará, num primeiro momento, em linhas gerais, o Direito Regulamentar Econômico e o Direito Institucional Econômico na Constituição brasileira de 1988. Depois, cuida-se dos contornos do controle de preços e, de modo específico, do resgate histórico do preço mínimo do café. Mais adiante, apontam-se outras intervenções estatais brasileiras na economia cafeeira.

Ao final, dos resultados obtidos, constata-se uma forte e histórica presença estatal no setor agrícola do café, objetivando a redução dos riscos da produção e garantia dos lucros dos seus produtores e não para viabilizar, necessariamente, os ditames constitucionais, tais como os da função social das propriedades, da dignidade humana, da defesa concorrência e do pluralismo produtivo. É o que exemplifica a definição dos preços mínimos dos cafés arábica e conilon, na safra 2021/2022, pois não considerou o cenário pandêmico, a redução do poder aquisitivo dos consumidores, os posteriores impactos das chuvas que assolararam boa parte das regiões produtoras.

## Direito regulamentar econômico e direito institucional econômico na Constituição brasileira de 1988

A ordem econômica e financeira recebeu previsão de destaque nos artigos 170 a 192 da Constituição da República de 1988, os quais formam a chamada de núcleo central da Constituição Econômica.

Da sua análise, percebe-se que não se projetou constitucionalmente um modelo produtivo puro<sup>1</sup>, limitado a uma ideologia política pura e a um único sistema de organização da vida econômica, mas sim, ocupou-se o texto de preservar ditames plurais<sup>2</sup>.

Logo, a Constituição Econômica reconhece o modelo capitalista, ao lado de sistemas produtivos alternativos, a exemplo do cooperativismo, do associativismo, do modo de vida e da produção dos povos indígenas (artigo 231 da Constituição da República de 1988) e quilombolas (artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República de 1988).

Como ressalta ainda Bercovici<sup>3</sup>, os artigos 3º, 24, I, 165, 219, do também fazem parte da Constituição Econômica brasileira de 1988, não devendo ser esquecidos tais comandos na juridicização das políticas econômicas nacionais.

De modo específico, os princípios retratados no artigo 170 da Constituição de 1988 (soberania nacional econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento diferenciado para a empresa brasileira) externam condicionantes das atividades econômicas.

No tocante ao exercício da atividade econômica, pelo Estado, ocorre constitucionalmente, de acordo com os mencionados princípios e demais comandos plurais para os sistemas produtivos, possuindo como foco a democracia, o desenvolvimento nacional e a dignidade humana segundo a ideologia constitucionalmente adotada na contribuição de Washington Albino Peluso de Souza.

Uma das mais originais contribuições do Mestre Washington Albino girava em torno da proposta de uma categoria hermenêutica capaz de fundamentar o processo de interpretação das normas de Direito Econômico, independentemente de valores e visões de mundo de cunho particular: trata-se da “ideologia constitucionalmente adotada”, isto é, um parâmetro

<sup>1</sup> LELIS, Davi Augusto Santana de. Ideologia constitucional e políticas públicas: uma crítica ao Novo Regime Fiscal. *Revista de Desenvolvimento e Políticas Públicas - Redepp*, Departamento de Economia da Universidade Federal de Viçosa, v. 1, n. 2, p. 148, 2017.

<sup>2</sup> CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. *Constituição econômica bloqueada: impasses e alternativas*. Teresina: Edufpi, 2020, p. 15.

<sup>3</sup> BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da constituição econômica: homenagem ao centenário de Washington Peluso Albino de Souza. In: CLARK, Giovani; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Constituição econômica, direito econômico e direito comparado: estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza pelo centenário de seu nascimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2018, p. 42.

hermenêutico segundo o qual o intérprete, ao analisar a juridicização da política econômica, deve condicionar-se aos fundamentos normativo-axiológicos positivados na Constituição Econômica. Inegavelmente deve-se admitir que a defesa de um parâmetro hermenêutico plural constitui um elemento estratégico contra as argumentações anarco-liberais que insistiam em promover uma interpretação “mercadologicamente adequada” da Constituição Econômica.<sup>4</sup>

Ademais, para Souza<sup>5</sup>, a intervenção do Estado no domínio econômico pelos entes da federação, no âmbito de suas competências e segundo as limitações constitucionais, é voltada ao tratamento jurídico das políticas econômicas destinadas a dar efetividade aos preceitos da Constituição brasileira de 1988.

Ela ocorre por meio do Direito Regulamentar Econômico (o Estado fixa normas jurídicas de política econômica para impor, planejar, proibir ou incentivar condutas) – como, exemplificativamente, o instituto do controle de preços –; ou por meio, então, do Direito Institucional Econômico (cria-se um ente estatal para atuar no domínio econômico, seja regulando via agências reguladoras, seja serviços públicos ou atividades econômicas via empresas estatais)<sup>6</sup>.

Chama-se, ainda, de intervenção direta<sup>7</sup>, ou então Direito Institucional Econômico, quando o Estado age como empresário, conforme disciplinado nos artigos 173 e 175 da Constituição Econômica brasileira de 1988. Já a intervenção indireta é revelada pela atuação do Estado por meio de normas legais de indução econômica ou de controle de preços, por exemplo, nos moldes externados pelo artigo 174 da Constituição da República de 1988, também chamada de Direito Regulamentar Econômica por Souza<sup>8</sup>.

Grau<sup>9</sup>, por sua vez, partindo da noção ampla de atividade econômica elenca as espécies de “intervenção” estatal no domínio econômico: por intermédio dos serviços públicos, nos quais o Estado age no seu campo próprio, ou seja, faz uma típica atuação e não intervenção econômica; ou ainda intervém na chamada atividade econômica em sentido estrito, na qual a dita “atuação” estatal ocorre no campo que, a princípio, é do setor privado.

<sup>4</sup> CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. Especial em memória do Prof. Washington Peluso..., p. 269, 2013. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/download/P.0304-2340.2013vWAp265/307> Acesso 14 out. 2021.

<sup>5</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ed. 2.tiragem. São Paulo: LTr, 2017, p. 110-112.

<sup>6</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ed. 2.tiragem. São Paulo: LTr, 2017, p. 114.

<sup>7</sup> CLARK, Giovani. A ADI 1950: o voto aula do direito econômico. In COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de. MATSUO, Alexandra Mery Hansen. *Direito: Teoria e Experiência*. Estudo em Homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 442.

<sup>8</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ed. 2.tiragem. São Paulo: LTr, 2017, p. 110-112.

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 91-92.

De acordo com Grau<sup>10</sup>, a intervenção do Estado “no” e “sobre” o domínio econômico (esta, a atividade econômica em sentido estrito, ou seja, no campo privado) pode ser vislumbrada em quatro formas:

- a) a intervenção por absorção, na qual o Estado atua como empresário, em regime de monopólio (artigo 173 da Constituição da República de 1988);
- b) a intervenção por participação, na qual o Estado assume, parcialmente, o controle da produção ou/e comercialização, em setor específico da atividade econômica em sentido estrito, competindo com empresas privados (artigo 173 da Constituição da República de 1988);
- c) a intervenção por direção, na qual o Estado fixa normas de condutas compulsórias aos sujeitos da atividade econômica em sentido estrito (artigo 174 da Constituição da República de 1988);
- d) e, por fim, a intervenção por indução ou incentivo, na qual o Estado utiliza meios interventionistas estabelecidos em normas legais que disciplinam o funcionamento dos sistemas produtivos, por intermédio por exemplo de concessão de crédito ou de renúncia tributária (artigo 174 da Constituição da República de 1988).

As lições jurídicas acima destacadas dos juristas Washington Peluso Albino de Souza e Eros Roberto Grau são, para Clark<sup>11</sup>, bem próximas e podem ser harmonizadas, pois Washington Peluso Albino de Souza trata da intervenção estatal no domínio econômico de forma genérica (Direito Regulamentar Econômico e Direito Institucional Econômico), sem diferenciar a atuação estatal de prestador/ regulador de serviço público – clara ação do Estado, na linha adotada por Grau –, ou no campo privado – intervenção por direção, indução, participação ou absorção (atividade econômica em sentido estrito).

### **Controle de preços: o preço mínimo do café no Brasil**

O capitalismo constrói-se na base da liberdade econômica. Ela significando livre iniciativa, livre concorrência e liberdade de contratar, identifica-se então, por decorrência lógica a liberdade na fixação dos preços (entendimento contrário esvaziaria uma das principais marcas das atividades econômicas, fulminando a própria ideia de mercado).

A distorção neoliberal, porém, é a de considerar a liberdade econômica na perspectiva pura do espaço de trocas chamado “mercado”, em sobreposição ou/e não limitado aos eixos constitucionais identificadores da estrutura estatal.

A liberdade na fixação de preços, nesta ótica, resulta em instrumento de “mercado”, vago e empregado de modo aleatório.

<sup>10</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 146-147.

<sup>11</sup> CLARK, Giovani. A ADI 1950: o voto aula do direito econômico. In COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de. MATSUO, Alexandra Mery Hansen. *Direito: Teoria e Experiência*. Estudo em Homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 442.

Em verdade, a liberdade na fixação de preços deve centrar-se e respeitar em princípios outros também norteadores da ordem econômica e financeira, a dita constituição econômica, como a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, a soberania econômica da nação, além da promoção da justiça social.

Aliás, a temática em torno do preço no Brasil foi tratada de modo pioneiro por Washington Peluso Albino de Souza, em seu “Ensaio de Conceituação Jurídica do Preço”, de 1949.

No século XX, os preços foram objeto das normas legais de Direito Econômico:

[...] Objeto de diversas políticas econômicas através dos tempos, tais como: a possibilidade de tabelamento de preços públicos e privados pela Lei Delegada n.º 4 de 26/09/1962; compra de produto agrícola pelo Programa de ‘Preço Mínimo de Garantia do Governo Federal’, regulamentada pelo Decreto-lei n.º 79, de 1966; e os programas antiinflacionários da década de 80 do século passado, tais como os ditos ‘planos’ ou antepiano: Cruzado (Decreto-lei 2283, de 28 de fevereiro de 1986) e o Bresser (Decreto-lei n. 2.335, de 12 de junho de 1987).<sup>12</sup>

A partir do princípio hermenêutico da economicidade (linha de maior vantagem), também elaborado por Souza na década de 1970, a busca do justo-certo deve ser sempre trilhada pelo jurista, quanto versa juridicamente a política econômica (preço mínimo do café). Justo é algo dado pelo Direito, enquanto certo é algo dado pela Economia<sup>13</sup>.

Por outro lado, temos ainda as regras de Direito Econômico, como a do equilíbrio e a da indexação, apontadas por Souza<sup>14</sup>, devem ser observadas no controle de preços.

Com efeito, destacando a regra de equilíbrio, o instituto do controle de preços há de se voltar ao ponto ou à zona de equilíbrio entre interesses individuais e sociais, os quais, sob a ótica dos fundamentos da ideologia então adotada, mostram-se confrontantes. Isso é o que se espera em toda normatização do Direito Econômico, inclusive, na linha de Souza<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. O direito econômico, o pioneirismo de Washington Peluso Albino de Souza e o desafio equilibrista: a luta histórica de uma disciplina entre padecer e resistir. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 73, p. 307, jul./dez. 2018. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1950/1842>>. Acesso 19 nov. 2020.

<sup>13</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ed. 2.tiragem. São Paulo: LTr, 2017, p. 56-58.

<sup>14</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4.ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 122; 126-127.

<sup>15</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4.ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 122.

Some-se, ainda, segundo os ensinamentos de Souza<sup>16</sup> a necessária atenção à regra da indexação, de modo que, no cenário de variação do poder aquisitivo da moeda em índices superiores aos esperados numa economia estável, causado por exemplo devido a inflação, o controle de preços deve ser tratado como medida que considere os impactos sobre interesses privados.

Numa perspectiva histórica, Aguillar<sup>17</sup> ressalta que o controle de preços é praticado no Brasil desde o período da Regulação Patrimonialista no Brasil Colônia (1500-1831), passando pelo Brasil Império e pelo período da Regulação Desconcentrada (1831-1930).

Com efeito, Aguillar<sup>18</sup>, partindo de um olhar sobre o Direito Econômico brasileiro, revela as nuances que o controle de preços acabou assumindo de acordo com o momento, desde o Período da Regulação Patrimonialista (1500-1831), oscilante do Brasil Colônia até o Primeiro Império, perpassando pelo Período da Regulação Desconcentrada (1831-1930), do início do Segundo Império até os anos da década de 1930, pelo Período da Regulação Concentrada (1930-1990), da década de 1930 até o final da década de 1980, chegando ao Período Contemporâneo (1990 – até a atualidade).

Segundo esse autor, “a liberalização é uma exigência do capitalismo internacional contemporâneo”<sup>19</sup>.

O Estado, com os controles antes exercidos sobre a economia (preço tabelado, preço congelado, fixação de tarifas de serviços públicos), passa a adotar controles de viés concorrencial.

No período tido, então, por contemporâneo, tornou-se excepcional o controle de preços diante da extinção do Conselho Interministerial de Preços, de acordo com o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República de 1988, além da “introdução de uma nova mentalidade de controle inflacionário, baseada sobretudo no controle de gastos do governo e no estímulo à competição de mercado”<sup>20</sup>.

Sujeitam-se, no cenário atual, aos preços administrados os medicamentos, as anuidades escolares, os planos de saúde e, de forma indireta, os combustíveis<sup>21</sup>.

Constata-se, além disso, que, em todas as facetas do neoliberalismo – de regulamentação, de regulação, neodesenvolvimentista ou de austeridade, como acentuam Clark, Corrêa e Nascimento<sup>22</sup> – há intervenção estatal nos preços privados.

---

<sup>16</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ed. 2.tiragem. São Paulo: LTr, 2017, p. 127-128.

<sup>17</sup> AGUILAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 82 (recurso on-line).

<sup>18</sup> AGUILAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 82 (recurso on-line).

<sup>19</sup> AGUILAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 58 (recurso on-line).

<sup>20</sup> AGUILAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 188 (recurso on-line).

<sup>21</sup> AGUILAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2019 (recurso on-line).

Atualmente, as bases constitucionais vigentes do controle de preços encontram-se sobretudo nos artigos 24, I e V (competência para legislar sobre Direito Econômico), 170 e 174, todos da Constituição da República de 1988. Aliás, a Constituição brasileira de 1988 é importante marco na fixação da legislação estatal de planejamento, seja da União, seja dos Estados e Municípios.

O propósito revelado no texto constitucional vigente é o de harmonização de interesses aparentemente antagônicos.

A Constituição brasileira de 1988, à evidência, absorve em seus comandos diversas ideologias políticas e econômicas – os ditames constitucionais de liberdade econômica, livre iniciativa, livre concorrência e liberdade na fixação dos preços, bem como os comandos da soberania econômica, função social das propriedades de produção, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais (artigo 170 da Constituição da República de 1988). Daí a necessidade de interpretação que preserve tal pluralismo constitucional e se afaste de uma interpretação centrada em ideologia político-econômica pura.

Nessa linha, o instituto do controle de preços deve ser entendido como a estipulação de conjunto de normas regulatórias de preços, devendo estas normas estar previstas no planejamento do Estado, seja ele setorial, seja ele global.

Diverso do que sustenta Barroso<sup>23</sup>, o controle de preços não se vincula unicamente a momentos de crise, numa adoção excepcional, eventual, tampouco deve ser entendido numa mera “[...] técnica fundamental da retórica e prática dos governantes”<sup>24</sup>, como já sinalizado por Ianni, em referência aos tempos de ditadura.

Uma das modalidades do controle de preços é a do preço mínimo, retratado pela fixação de um preço mínimo, como um piso limitador.

Exemplo é a definição anual de preços mínimos de diversos produtos agropecuários, como o café, pelo Estado, nos moldes do Decreto-lei nº 79, de 19 de dezembro de 1966; outro exemplo é visualizado pelo Programa de Garantia de Preços para a Agricultura Familiar - PGPAF, o qual objetiva assegurar a remuneração dos custos de produção aos agricultores familiares financiados pelo Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - PRONAF, nos moldes do Decreto-lei nº 5.996, de 20 de dezembro de 2006.

<sup>22</sup> CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. O direito econômico, o pioneirismo de Washington Peluso Albino de Souza e o desafio equilibrista: a luta histórica de uma disciplina entre padecer e resistir. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 73, p. 303, jul./dez. 2018. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1950/1842>>. Acesso 19 nov. 2020.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, out./dez. 2001, p. 188. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47240/44652>> Acesso em: 12 jun. 2020.

<sup>24</sup> IANNI, Octavio. *A ditadura do grande capital*. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2019, p. 28.

No preço mínimo, há a fixação de valor monetário mínimo, como um piso limitador. Estabelece-se o preço com base nos custos e ainda uma margem de lucro, de modo a viabilizar ganhos aos agentes econômicos privados, o que, logicamente, deveria possuir como objetivo a implementação da soberania econômica nacional, a manutenção e ampliação da empresa de pequeno porte no sistema produtivo, a redução do desemprego, entre outros comandos da Constituição Econômica brasileira de 1988.

Outras espécies de controle de preços existem, tais como: preços máximos para um tipo de produto (medicamentos por exemplo) ou serviço; preços tabelados ou congelados, bem como os preços administrados como dos serviços públicos (transporte coletivos). Tais espécies de controle de preços não são objeto do trabalho, apesar de serem viáveis juridicamente, em face dos ditames constitucionais (artigos 24, I e V, 170 e 174 da Constituição da República de 1988), e de fazerem parte de nossa realidade presente e passada.

A noção de excepcionalidade geralmente diz respeito ao controle de preços por espécies outras e não que o preço mínimo, por exemplo o preço congelado e tabelado. Isso na atualidade.

Nota-se, enfim, que, em todas as suas espécies amparadas nos fundamentos da Constituição Econômica, o controle de preços torna-se possibilidade de intervenção estatal no domínio econômico, com foco na limitação do poder econômico privado, na defesa do consumidor, bem como das liberdades de iniciativa e de concorrência, da empresa de pequeno porte e da propriedade privada.

Ao considerar especificamente o café, percebe-se que a valorização econômica era alta mesmo antes da sua chegada em terras brasileiras. A bebida dele produzida tinha boa aceitação.

Dois fatores podem ser apontados como determinantes para o primeiro sucesso comercial no Brasil: a transferência da família real, o que permitiu a abertura dos portos ao comércio e atraiu estrangeiros já habituados com a cultura cafeeira; a abertura dos portos dos Estados Unidos da América aos produtos do Brasil<sup>25</sup>.

Estima-se que em 1806 já existiam no Rio de Janeiro e arredores cerca de um milhão de pés de cafés plantados, sendo já elemento significativo na balança das exportações brasileiras. De sua produção, daí por diante, dependeria o crédito do Estado, ou seja, a própria existência do país como nação independente.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL. *Café do Brasil*. Distrito Federal: [s.l.], [s.d.], p. 32. Disponível em file:///C:/Users/Home/Downloads/cafe-do-brasil.pdf Acesso em 20 mai. 2022.

<sup>26</sup> SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL. *Café do Brasil*. Distrito Federal: [s.l.], [s.d.], p. 32. Disponível em file:///C:/Users/Home/Downloads/cafe-do-brasil.pdf Acesso em 20 mai. 2022.

[...] extraordinária expansão do café no Brasil teve início na época da independência. Foi tão rápida a disseminação das plantações, que em 1845 o país já colhia 45% da produção mundial. Já no início do século XIX, o café já era o maior artigo de exportação brasileiro, e os Estados Unidos consumiam mais de 50% da nossa produção. Ou seja, faz cento e cinquenta anos que o Brasil é, indiscutivelmente, o maior produtor mundial de café.<sup>27</sup>

No ano de 1905, os preços internacionais sofrem significativa queda. A superprodução do café denunciava uma possível crise na economia do já Brasil República.

O Estado de São Paulo, diante disso, intervém no domínio econômico, estabelecendo a cobrança de uma taxa para cada saca de café destinada à exportação. O propósito era manter e valorizar o café produzido em suas terras<sup>28</sup>.

Não muito depois, no ano de 1906, mais precisamente no dia 26 de fevereiro, os Presidentes dos três maiores Estados produtores de café (São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais), após reunião na cidade paulista de Taubaté, assinam um acordo chamado de Convênio de Taubaté, o qual, em maio do mesmo ano, teria suas resoluções aprovadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Nele, definem o controle estatal da produção cafeeira no Brasil, por meio da política de valorização do café. Um dos pontos de destaque é a previsão da fixação de preços mínimos.

“Cumpre destacar que essa primeira política de valorização foi realizada pelos três Estados, sem intervenção direta do Governo Federal”<sup>29</sup>.

O que se nota, no período, desde a política cafeeira instituída no ano de 1906, foi a sustentação do preço externo do café com atuação engajada dos governos federal e estadual. Para tanto, operou-se o mecanismo de compra e estocagem temporária do café excedente. Isso equilibrava a oferta e a procura pelo café, com alta repercussão no cenário internacional, considerando que o Brasil, no início do século XX, contava com cerca de 80% (oitenta por cento) de domínio na produção<sup>30</sup>.

Uma segunda valorização ocorre no ano de 1917, “[...] em consequência das perturbações provenientes da guerra europeia, quando então, novamente, são adquiridos três milhões de sacas para evitar queda nos preços”<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL. *Café do Brasil*. Distrito Federal: [s.l.], [s.d.], p. 62. Disponível em file:///C:/Users/Home/Downloads/cafe-do-brasil.pdf Acesso em 20 mai. 2022.

<sup>28</sup> SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL. *Café do Brasil*. Distrito Federal: [s.l.], [s.d.], p. 69. Disponível em file:///C:/Users/Home/Downloads/cafe-do-brasil.pdf Acesso em 20 mai. 2022.

<sup>29</sup> VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serviço de Publicações, 1968, p. 83.

<sup>30</sup> SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL. *Café do Brasil*. Distrito Federal: [s.l.], [s.d.], p. 69. Disponível em file:///C:/Users/Home/Downloads/cafe-do-brasil.pdf Acesso em 20 mai. 2022.

<sup>31</sup> VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serviço de Publicações, 1968, p. 83-84.

Tempos depois, como relata Venancio Filho, ocorre a terceira valorização, no ano de 1921, diante da nova crise que abateu a lavoura cafeira. Esta, porém, foi realizada por parte do Governo Federal, “[...] através de emissão de quantias para a compra de quatro milhões e quinhentas mil sacas, com as quais se levanta o empréstimo externo de nove milhões de libras esterlinas [...]”<sup>32</sup>.

O Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933 (“Lei de Usura”), típico exemplo de Direito Regulamentar Econômico, após o período de instabilidade política-econômica ocasionado pela Crise de 1929 e pela Revolução de 1930, disciplinou sobre juros nos contratos, o que também impactou na definição do preço do café à época e objetivou ainda “salvar” os cafeicultores endividados.

Ressalta-se, tempos depois, a criação do Instituto Brasileiro do Café, nos moldes da Lei nº 1.779, de 22 de dezembro de 1952 (“Lei do Café”), exemplo de Direito Institucional Econômico, a qual impulsionou a atuação estatal defensiva do preço do café, condicionado à concorrência da produção externa, inclusive.

Em destaque, também neste relato histórico, o Decreto-lei nº 79, de 19 de dezembro de 1966, que exterioriza normas a respeito da fixação de preços mínimos e da execução das operações de financiamento, bem como da aquisição de produtos agropecuários, então recepcionado pela Constituição da República de 1988, sobretudo pelos artigos 170 e 174.

Pelo citado Decreto-lei, há definição anual de preços mínimos de diversos produtos agropecuários, como o café, por parte do Estado brasileiro: a fixação é feita pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), conforme proposta encaminhada pela Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa); os preços serão, então, publicados por meio de portaria do Mapa, nos moldes de alteração legislativa promovida pela Lei nº 11.775, de 2008.

A típica oscilação de preços dos produtos agrícolas, como o café – produto de alta volatilidade de preços, por fatores inerentes ao mercado agrícola e às alterações na economia mundial, à especulação, ao impacto climático<sup>33</sup>, tem impulsionado no país, desde o final da década de 1960, a Política de Garantia de Preços Mínimos (PGPM).

Na safra 2021/2022, de modo exemplificativo, como se adiantou na introdução, percebe-se a definição dos preços mínimos dos cafés arábica e conilon, por força da Portaria MAPA nº 77, de 7 de abril de 2021, com vigência de abril de 2021 a março de 2022, mas sem se atentar ao cenário pandêmico, à redução do poder aquisitivo dos consumidores, aos posteriores impactos das chuvas que assolararam boa parte das regiões produtoras.

<sup>32</sup> VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serviço de Publicações, 1968, p. 84.

<sup>33</sup> REGO, Bruna Reis; PAULA, Francisco Oliveira de. O mercado futuro e a comercialização do café: influências, riscos e estratégias com o uso de Hedge. *Revista do Curso de Administração*, PUC Minas, Poços de Caldas, v. 7, n. 1, mar.- jun. 2012, on-line. Disponível em: <https://www.pucpcaldas.br/graduacao/administracao/revista/artigos/v7n1/v7n1a1.pdf> Acesso em: 12 fev. 2022.

De acordo com a recente Portaria MAPA nº 419, de 30 de abril de 2022, o preço do café arábica, tipo 6, teve alta de 64,23%, passando a saca de sessenta quilos para R\$ 606,66 (seiscentos e seis reais e sessenta e seis centavos), de abril de 2022 a março de 2023. O café conilon, tipo 7, teve alta de 64,75%, passando para R\$ 434,82 (quatrocentos e trinta e quatro reais e oitenta e dois centavos), de abril de 2022 a março de 2023<sup>34</sup>.

Numa postura liberal como a retratada pela política atual do governo brasileiro, a falta de fixação de preços mínimos dos produtos, priorizando a oferta e a procura, com base na oscilação do dólar, ou a fixação de preço mínimo de modo isolado, não planejado, como o que se nota com o café, deixa a política agrícola desfocada dos ditames constitucionais.

Como exposto, há anos, o preço mínimo no setor cafeeiro evidencia o amparo estatal para redução dos riscos da produção e garantia de lucros de grandes produtores não mais que isso.

### **Outras intervenções estatais brasileiras em relação ao café**

Além do controle de preços abordado no subtópico anterior, outras intervenções estatais frente ao café são visualizadas no Brasil.

Uma, de alcance nacional, revela-se em outubro de 1906, quando da criação da chamada Caixa de Conversão. Desde então, são definidas medidas para se manterem os empréstimos voltados à valorização do café.

O processo de formação das *commodities* está condicionado a uma série de fatores. O café é uma das mais antigas e importantes mercadorias comercializadas como *commodity*, por isso não foge à regar. Sua posição no mercado atravessou historicamente as mais diversas conjunturas econômicas, políticas e sociais, bem como diversos fenômenos naturais que tiveram efeito sobre o equilíbrio de oferta e demanda, resultando, por diversas vezes, em severas crises. Por isso, até o ano de 1929, o governo interferiu pontualmente no setor, como gestor da cultura cafeeira, mas sem criar uma política reguladoras de médio ou longo prazo.<sup>35</sup>

Ademais, a maior confiança nas transações engatou uma perspectiva mais tendente a políticas duradouras, como a criação do Instituto de Defesa Permanente do Café, por força do Decreto nº 4.548, de 19 de junho de 1922. Logo seguiram-se as criações do Instituto Paulista de Defesa Permanente do Café, o Instituto do Café do Estado de São Paulo e outros.

<sup>34</sup> CONSELHO NACIONAL DO CAFÉ. Preços mínimos do café passam dos 64% de aumento. *Pautas CNC*, 1º abr. 2022, *on-line*. Disponível em <https://cncafe.com.br/precos-minimos-do-cafe-passam-dos-64-de-aumento/>. Acesso em 11 jun. 2022.

<sup>35</sup> SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL. *Café do Brasil*. Distrito Federal: [s.l.], [s.d.], p. 69. Disponível em <file:///C:/Users/Home/Downloads/cafe-do-brasil.pdf>. Acesso em 20 mai. 2022.

Com a queda da Bolsa de Nova Iorque no ano de 1929, o setor cafeeiro sobre uma forte crise. A demanda pelo café diminui e, com isso, diminui o preço do café no cenário internacional e, obviamente, impactando na economia nacional dependente do café à época.

Não só economicamente o impacto é sentido.

A Crise de 1929 abriu brechas determinantes do ponto de vista político. Se antes a oligarquia dos cafeicultores de São Paulo exercia presença e domínio de ordem político-econômica no país, a queda promove tensões, a culminar na Revolução de 1930 e na Presidência da República assumida pelo gaúcho Getúlio Vargas, fortalecendo, assim, politicamente, outros Estados da federação, como da região Nordeste, o Rio Grande do Sul e até mesmo Minas Gerais.

No tocante ao café, destaca-se a intervenção estatal (Direito Institucional Econômico) com a criação do órgão regulador Conselho Nacional do Café – CNC, em conformidade com o Decreto nº 20.003, de 16 de maio de 1931.

De acordo com o artigo 11, § 3º, deste decreto, o CNC seria o mesmo Conselho constituído pelo Convênio dos principais Estados produtores, de 24 de abril daquele ano. Entre as atribuições, estava a unificação dos métodos e das normas entre os Estados produtores.

Mais adiante, tal órgão é extinto e se cria outro, o Departamento Nacional do Café – DNC, por força do Decreto nº 22.452, de 10 de fevereiro de 1933 estatal (ainda Direito Institucional Econômico). O foco era a unificação de medidas econômicas nos estados produtores, bem como de métodos empregados para o manejo, a produção, a distribuição e o consumo do café brasileiro.

O Decreto nº 23.553, de 5 de dezembro de 1933, cria o Serviço Técnico do Café, para fins de viabilizar assistência técnica que, de modo sistematizado, viabilizasse o aperfeiçoamento das práticas de cultivo e de beneficiamento do café.

No âmbito internacional também são identificadas, até a década de 1950, tentativas de conter as oscilações do preço do café.

O grande empecilho, porém, era a efetiva observância dos acordos firmados, tendo em vista que a maior parte dos países produtores e, mesmo, exportadores, não participava<sup>36</sup>.

A criação do Bureau Panamericano do Café, em 1936, de outro lado, conseguiu mobilizar, de certo modo, os produtores americanos, impulsionou alguns acordos e funcionou como “fórum de troca de informações”<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL. *Café do Brasil*. Distrito Federal: [s.l.], [s.d.], p. 71. Disponível em <file:///C:/Users/Home/Downloads/cafe-do-brasil.pdf> Acesso em 20 mai. 2022.

<sup>37</sup> SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL. *Café do Brasil*. Distrito Federal: [s.l.], [s.d.], p. 71. Disponível em <file:///C:/Users/Home/Downloads/cafe-do-brasil.pdf> Acesso em 20 mai. 2022.

Na segunda metade do século XX, outras terras brasileiras foram buscadas, como as do norte do Estado do Paraná, sem êxito, porém, em razão das geadas típicas na região. Avançaram-se, assim, para o sul do Estado de Minas Gerais, região em que até os dias atuais estão os principais polos produtores do café do Brasil<sup>38</sup>.

Merece destaque ainda o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, ao dispor sobre a organização da Administração Federal, estabelecer diretrizes para a Reforma Administrativa, cuidou do planejamento para a promoção do desenvolvimento econômico e social pátrio, com programas gerais, setoriais e regionais de duração plurianual. Logicamente, o café não escapa das políticas públicas naqueles tempos de ditadura civil-militar na nação.

Desde 1952, com a criação do Instituto Brasileiro do Café – IBC, passando pelo Fundo de Defesa da Economia Cafeeira – Funcafé, criado em 1986, pelo Comitê Brasileiro do Café – CBC, criado em 1991, e o Conselho Deliberativo de Política Cafeeira – CDPC, criado em 1996, as políticas cafeeiras empreendidas pelo Estado brasileiro tiveram o propósito de fomentar e reerguer a cultura do café. Em contrapartida, houve repercussão na definição do preço do café, na maior parte, pela definição de parâmetros e dados estatísticos claros, pelo fornecimento de suporte técnico, de incentivo à produtividade, competitividade e publicidade<sup>39</sup>.

No ano de 1997, a criação do Consórcio Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento do Café – CBP&D/Café, e, no ano de 1999, a criação do Serviço de Apoio ao Programa Café – SAPC, impulsionam o planejamento e o desenvolvimento de pesquisas acerca da produção cafeeira<sup>40</sup>.

Ainda hoje, encontram relevo a intervenção estatal na política agrícola cafeeira no Brasil.

Um terço da safra mundial é o que equivale, em média, a produção de café pátria, “[...] sendo que, 60% dessa produção é exportada. O Brasil possui cerca de 300 mil estabelecimentos que produzem café, dos quais 82% são voltados para cafeicultura familiar.”<sup>41</sup>.

Dentro do Direito Regulamentar Econômico, nos diversos normativos vigentes, podemos citar como principais:

a) O Decreto-lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, que exterioriza normas básicas sobre alimentos;

---

<sup>38</sup> SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL. *Café do Brasil*. Distrito Federal: [s.l.], [s.d.], p. 58. Disponível em file:///C:/Users/Home/Downloads/cafe-do-brasil.pdf Acesso em 20 mai. 2022.

<sup>39</sup> SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL. *Café do Brasil*. Distrito Federal: [s.l.], [s.d.], p. 72-73; 75. Disponível em file:///C:/Users/Home/Downloads/cafe-do-brasil.pdf Acesso em 20 mai. 2022.

<sup>40</sup> SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL. *Café do Brasil*. Distrito Federal: [s.l.], [s.d.], p. 75. Disponível em file:///C:/Users/Home/Downloads/cafe-do-brasil.pdf Acesso em 20 mai. 2022.

<sup>41</sup> MARQUES, Isabella Reis et al. *Comparabilidade dos custos e preços na cultura do café arábica e conilon*.

<sup>42</sup> Congresso UFU de Contabilidade, Uberlândia, 21 e 22 out. 2021, on-line. Disponível em: file:///C:/Users/Home/Desktop/contufu2021.completo0132.pdf Acesso em 13 fev. 2022.

- b) A Lei nº 10.831, de 23 de dezembro de 2003, que disciplina a respeito da agricultura orgânica;
- c) A Resolução nº 277, de 22 de setembro de 2005, que aprova o regulamento técnico para café e outros produtos (cevada, chá, erva-mate e solúveis);
- d) A Portaria nº 153, de 19 de maio de 2008, que define o quantitativo permitido nas embalagens para comercialização de café;
- e) A Portaria nº 581, de 6 de agosto de 2009, que disciplina o pagamento de café, com parcelamento originário de operações de crédito do Fundo de Defesa da Economia Cafeeira – Funcafé;
- f) A Portaria nº 1.206, de 10 de dezembro de 2009, que cria comissão para acompanhamento da implementação das medidas de apoio à cafeicultura no Brasil.

## **Conclusão**

O controle de preços sempre esteve presente na realidade econômica brasileira, sobretudo na produção e comercialização do café, por intermédio do Direito Regulamentar Econômico e do Direito Institucional Econômico, em qualquer uma das facetas do neoliberalismo.

Desde a independência política brasileira, aliás, a produção cafeeira é forte e presente na economia nacional.

Por ser produto de alta volatilidade de preços, em razão de fatores inerentes ao segmento agrícola e às alterações na economia mundial, como a especulação e as crises climáticas, conduzem, desde o final da década de 1960, a uma Política de Garantia de Preços Mínimos (PGPM) no Brasil.

A intervenção estatal no setor, como se viu no desenvolvimento do artigo, revela-se das mais variadas formas, incluindo a fixação estatal de preço mínimo.

Numa perspectiva neoliberal de austeridade, na qual as liberdades econômicas, inclusive a de preços, seriam a premissa maior para o sistema produtivo, a lógica seguiria a não fixação de preços mínimos, priorizando a oferta e a procura.

A realidade da política econômica é, porém, a fixação de preço mínimo para o café, sem maiores preocupações com os ditames constitucionais da Constituição Econômica; a preocupação é maior com os lucros e a sobrevivência do setor.

A aquisição e o empréstimo, por exemplo, revelam um dos modos intervenção estatal quando o preço nas regiões produtoras fica abaixo do piso, por sua vez fixado pelo próprio Estado.

O poder público, muitas vezes, também adquire o excedente da produção agrícola, além de poder financiar o estoque.

Há anos, portanto, como resultados obtidos da pesquisa, nota-se o emprego do preço mínimo no setor cafeeiro do Brasil, com amparo estatal (intervenção no domínio econômico), tão somente para redução dos riscos da produção e garantia de lucros de produtores.

Mas, na linha do que foi destacado no artigo, é certo que existe a fixação de valor monetário mínimo, como um piso limitador. O preço é estabelecido com base nos custos de produção e ainda uma margem de lucro, de modo a viabilizar ganhos aos agentes econômicos privados.

Dessa forma, atentando-se para o problema, a hipótese e objetivo da presente investigação, como se pretende desenvolver em futuras pesquisas acerca da temática, conclui-se que a intervenção indireta do Estado brasileiro no domínio econômico, com a definição de preço mínimo do café, revela-se legítima se o objetivo desta definição for (e infelizmente não é, como visto no resgate histórico do preço mínimo do café), a observância dos comandos constitucionais, tais como da soberania econômica nacional, da manutenção e ampliação da empresa de pequeno porte no sistema produtivo, da redução do desemprego, entre outros comandos já citados, se considerarmos, especificamente, a vigente Constituição Econômica brasileira de 1988.

Também nos moldes do que foi acentuado, outras espécies de controle de preços (os preços máximos; os preços tabelados ou congelados; os preços administrados), embora não abordados diante da especificidade da pesquisa, encontram viabilidade jurídica segundo os ditames constitucionais (artigos 24, I e V, 170 e 174 da Constituição da República de 1988), e fizeram parte do cenário econômico brasileiro no passado (preços congelados e tabelados) ou até mesmo atual. (preços admirados e máximo).

Ademais, o preço mínimo, retratado pela fixação de um valor monetário mínimo, sendo, repita-se um piso limitador, é uma das espécies de controle de preços há muito empregado no Estado brasileiro e não somente em tempos de crise.

Diferentemente do que o neoliberalismo destaca, ou seja, uma suposta violação as liberdades econômicas, deve-se entender por controle de preços ações governamentais regulatórias dos preços, dentro do planejamento estatal setorial e/ou global, com observância da ideologia constitucionalmente adotada e das regras de Direito Econômico (em particular, as do equilíbrio e da indexação).

O controle de preços e de modo peculiar, o preço mínimo, uma vez utilizado de modo coerente e planejado, harmoniza-se com a livre iniciativa, à livre concorrência e ainda com a soberania nacional, a defesa do consumidor e a busca do pleno emprego, conforme estabelece a nossa Constituição Econômica de 1988.

Revela-se, enfim, como uma intervenção estatal indireta no domínio econômico, ou ainda chamada de Direito Regulamentar Econômico, admitida sobretudo pelos artigos 170 e 174 da Constituição Econômica brasileira.

Sua execução deve ocorrer de forma planejada pelo Estado, no intuito, entre outros, de limitar os abusos do poder econômico privado, viabilizando a livre iniciativa, a livre concorrência e a liberdade econômica, além de realizar, concomitantemente, a defesa do consumidor, a soberania econômica, a proteção do meio ambiente, a busca do pleno emprego etc.

## REFERÊNCIAS

AGUILAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2019 (recurso on-line).

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, out./dez. 2001, p. 187-212. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47240/44652>> Acesso em: 12 jun. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da constituição econômica: homenagem ao centenário de Washington Peluso Albino de Souza. In: CLARK, Giovani; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Constituição econômica, direito econômico e direito comparado: estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza pelo centenário de seu nascimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2018, p. 39-52.

CLARK, Giovani. A ADI 1950: o voto aula do direito econômico. In COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de. MATSUO, Alexandra Mery Hansen. *Direito: Teoria e Experiência*. Estudo em Homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 429-451.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. Especial em memória do Prof. Washington Peluso..., pp. 265-300, 2013. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/download/P.0304-2340.2013vWAp265/307> Acesso 14 out. 2021.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. O direito econômico, o pioneirismo de Washington Peluso Albino de Souza e o desafio equilibrista: a luta histórica de uma disciplina entre padecer e resistir. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 73, p. 301-324, jul./dez. 2018. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1950/1842>>. Acesso 19 nov. 2020.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. *Constituição econômica bloqueada: impasses e alternativas*. Teresina: Edufpi, 2020.

CONSELHO NACIONAL DO CAFÉ. Preços mínimos do café passam dos 64% de aumento. *Pautas CNC*, 1º abr. 2022. Disponível em <https://cncafe.com.br/precos-minimos-do-cafe-passam-dos-64-de-aumento/> Acesso em 11 jun. 2022.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

IANNI, Octavio. *A ditadura do grande capital*. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

LELIS, Davi Augusto Santana de. Ideologia constitucional e políticas públicas: uma crítica ao Novo Regime Fiscal. *Revista de Desenvolvimento e Políticas Públicas - Redepp*, Departamento de Economia da Universidade Federal de Viçosa, v. 1, n. 2, p. 143-153, 2017.

MARQUES, Isabella Reis et al. *Comparabilidade dos custos e preços na cultura do café arábica e conilon*. 4º Congresso UFU de Contabilidade, Uberlândia, 21 e 22 out. 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/Home/Desktop/contufu2021.completo0132.pdf> Acesso em 13 fev. 2022.

REGO, Bruna Reis; PAULA, Francisco Oliveira de. O mercado futuro e a comercialização do café: influências, riscos e estratégias com o uso de *Hedge*. *Revista do Curso de Administração*, PUC Minas, Poços de Caldas, v. 7, n. 1, mar.- jun. 2012. Disponível em:  
<https://www.pucpcaldas.br/graduacao/administracao/revista/artigos/v7n1/v7n1a1.pdf>  
Acesso em: 12 fev. 2022.

SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL. *Café do Brasil*. Distrito Federal: [s.l.], [s.d.]. Disponível em file:///C:/Users/Home/Downloads/cafe-do-brasil.pdf Acesso em 20 mai. 2022.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4.ed. São Paulo: LTr, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ed. 2.tiragem. São Paulo: LTr, 2017.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serviço de Publicações, 1968.

Data de Recebimento: 15/08/2022

Data de Aprovação: 30/03/2023

## **JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PAPEL DO ESTADO**

### **RESTORATIVE JUSTICE AND THE ROLE OF THE STATE**

**Monica P Dias\***

**Raimundo Pontes Filho\*\***

**Fabiola de Carvalho\*\*\***

#### **RESUMO**

A necessidade de se pensar em respostas além do cárcere é um dos temas bastante debatidos frente a atual situação carcerária brasileira, sendo a Justiça Restaurativa apresentada como uma proposta de resolução de conflitos penais. A pesquisa busca debater o que seria a Justiça Restaurativa e refletir sobre o papel que o Estado pode exercer na aplicação desse novo paradigma. Diversas são as metodologias apontadas como procedimentos restaurativos, porém deve-se ter em mente que a Justiça Restaurativa não é algo imutável, mas sim possibilidade da existência de diversas formas que podem justificar esse novo olhar. O método utilizado neste texto é a pesquisa bibliográfica, a qual busca debater o que seria a Justiça Restaurativa com base em seus princípios, valores e elementos, abordando as principais metodologias aplicadas e refletindo sobre a necessidade da atuação do Estado para a resolução de conflitos. Aponta-se o empoderamento e o diálogo dos sujeitos envolvidos no conflito, no sentido que a partir dessa abordagem por meio da Justiça Restaurativa pode-se propor uma Justiça Democrática.

**Palavras-chave:** Justiça Restaurativa; Estado; Princípios; Conflitos; Metodologias.

#### **ABSTRACT**

The need to think about responses beyond prison is one of the hotly debated topics in the face of the current Brazilian prison situation, with Restorative Justice being presented as a proposal for resolving criminal conflicts. The research seeks to discuss what Restorative Justice would be and reflect on the role that the State can play in the application of this new paradigm. There are several methodologies identified as restorative procedures, but it should be borne in mind that Restorative Justice is not something immutable, but the possibility of the existence of different forms that can justify this new look. The method used in this text is bibliographical research, which seeks to discuss what Restorative Justice would be based on its principles, values and elements, addressing the main methodologies applied and reflecting on the need for State action to resolve conflicts. It points out the empowerment and dialogue of the subjects involved in the conflict, in the sense that from this approach through Restorative Justice, a Democratic Justice can be proposed.

**Key-words:** Restorative Justice; State; Principles; Conflicts; Methodologies.

\* Doutora em Ciência Jurídica UNIVALI/SC (2013). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9361050422173821>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0901-6896>. Email: [monicapdias@hotmail.com](mailto:monicapdias@hotmail.com).

\*\* Doutor em Sociedade e Cultura na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Docente do Programa de Mestrado em Direito e Constitucionalismo na Amazônia da Universidade Federal do Amazonas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5195892868453324>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9765-2053>. [pontesfilho555@yahoo.com.br](mailto:pontesfilho555@yahoo.com.br).

\*\*\* Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito e Constitucionalismo na Amazônia na Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8965072069772284>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6688-3403>. [fabiolacarvalhosilva@gmail.com](mailto:fabiolacarvalhosilva@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

Formalmente reconhecida em 2016, a partir da Resolução 225/2016<sup>1</sup> do Conselho Nacional de Justiça, a Justiça Restaurativa ganhou destaque como política nacional do poder judiciário, incentivando a sua aplicação em conflitos penais. É necessário refletir nas respostas além do cárcere diante da situação carcerária brasileira. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa assume relevância ante a possibilidade de um novo modelo de Justiça, sob o enfoque de uma cultura de paz e dialógica, capaz de, a partir do cometimento de um delito ou conflitos, produzir resultados diferentes do que a mera punição ao ofensor.

Projetos que aplicam essas metodologias estão se irradiando pelo país, apresentando-se como uma nova forma de olhar os conflitos buscando aproximar vítima, ofensor e comunidade para restaurar os danos e as consequências decorrentes do cometimento do fato delituoso, diante disso busca-se identificar quais metodologias estão sendo utilizadas e sob qual abordagem, além de refletir sobre o papel que o Estado pode exercer na aplicação desse novo paradigma, pois se a Justiça Restaurativa possui entre seus fundamentos ser uma Justiça democrática, construída a partir dos anseios dos sujeitos afetados, em que todos buscam este ideal comum e restaurativo, por que o Estado é chamado a intervir para a promoção desta nova forma de resolução de conflitos.

A metodologia de pesquisa utilizada é a bibliográfica, a qual busca-se debater o que seria a Justiça Restaurativa e seus conceitos iniciais, refletindo sobre os seus princípios valores e elementos, identificando os três modelos de metodologias aplicadas, qual sejam, a mediação vítima-ofensor, conferências restaurativas e processos circulares e a discussão sobre o papel do Estado no caminho para uma Justiça Dual.

### Conceitos Iniciais

A necessidade de se pensar em respostas além do cárcere é um dos temas bastante debatidos frente à atual situação carcerária brasileira. As práticas que promovem a Justiça Restaurativa têm se apresentado não apenas como alternativas à prisão, mas ao tratamento de conflitos decorrentes do cometimento de delitos e de acordo com Neto<sup>2</sup>, sob abordagem expandida, uma forma de imaginar, praticar e vivenciar a aplicação da Justiça Restaurativa em diferentes contextos

Diversas são as metodologias apontadas como procedimentos restaurativos, porém deve-se ter em mente que a Justiça Restaurativa não é algo imutável, mas sim possibilidade da existência de diversas formas que podem justificar esse novo olhar, pois é um campo de progressivo crescimento e aprendizagem.

<sup>1</sup> BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Resolução nº 225 de maio de 2016. Disponível em [http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Res\\_225\\_2016\\_CNJ.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Res_225_2016_CNJ.pdf). Acesso em 11 de novembro 2022.

<sup>2</sup> NETO, Nirson Medeiros da Silva. *Justiça Restaurativa e(m) conflitos étnicos-raciais: um estudo em torno de um quilombo na Amazônia Brasileira*. São Paulo, Editora Dialética, 2021.

Há o objetivo de tratar as sequelas da transgressão do delito e suas implicações, Zehr<sup>3</sup> define que é uma abordagem que visa “promover a Justiça e que envolve todos àqueles que têm interesse numa ofensa ou dano específico em um processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa”, a fim de restabelecer as pessoas e endireitar as coisas na medida do possível.

Já Silva<sup>4</sup>, ao defender uma Justiça de Reciprocidade, aponta que a Justiça Restaurativa “propõe uma nova roupagem para o sistema penal, pondo em destaque a reparação dos danos e não o ato de punir, procedendo de forma que haja uma interação entre vítima, o transgressor, familiares e amigos na busca de solução do conflito”, dessa forma promovendo uma maior coesão social.

A Justiça Restaurativa fomenta o sentimento de comprometimento, participação dos sujeitos envolvidos e o sentimento de pertencimento. Por essa razão, se vislumbra relevância das pessoas compreenderem que, enquanto geradoras de conflitos, têm autonomia e podem empoderar-se para juntamente, em seu espaço local, propondo alternativas para o enfrentamento das violências.

Nesses espaços, juntamente com capacitada e qualificada equipe transdisciplinar, pode ser possível discutir medidas para a aprendizagem e aplicação do pensamento complexo, tanto individual quanto coletivamente<sup>5</sup>. A justiça restaurativa possibilita reconstruir as relações conflituosas, na medida em que o mesmo problema pode ser examinado por diversas ciências.

A Justiça Restaurativa tem por objetivo a promoção e engajamento cooperativo de todos os envolvidos e afetados por uma transgressão para desenvolver um plano de reparação de dados e evitar a repetição do acontecimento, reintegrando as vítimas, transgressores e comunidade, como também a ampliação da capacidade dos cidadãos de solucionares seus problemas, considerando a participação ativa e conjunta das vítimas, dos transgressores e de suas comunidades como um processo totalmente restaurativo<sup>6</sup>.

Trabalha-se com a multiplicidade humana e valorativa e conforme Salm & Leal<sup>7</sup>, com uma Justiça Restaurativa “calcada em valores e relações interpessoais onde se propõe a restauração da responsabilidade, da liberdade e da harmonia que existem nos grupamentos sociais”. Relembrando ainda, conforme apontado na obra *Justiça Restaurativa e(m) conflitos étnicos-raciais*<sup>8</sup>, a ampliação da abordagem em que se deve discutir questões de distribuição de terras, de racismo, de pobreza, de falta de moradia,

<sup>3</sup> ZHER, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo. Ed. Palas Athena, 2015.

<sup>4</sup> SILVA, Maria Coeli. *Justiça de proximidade: instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima*. Curitiba. 1<sup>a</sup> Edição. Juruá, 2010.

<sup>5</sup> CARVALHO PORTO, R. T.; DIEHL, R. C. *Justiça Restaurativa Uma Proposta de Atendimento Multidisciplinar na Política Judiciária Nacional De Enfrentamento à Violência Contra Mulheres*. Revista Jurídica (0103-3506), [s. l.], v. 1, n. 68, p. 348-377, 2022.

<sup>6</sup> ANA CARLA COELHO BESSA; NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO. *Uma interface entre a teoria da justiça de John Rawls e a justiça restaurativa como política criminal*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, [s. l.], v. 43, n. 92, 2023.

<sup>7</sup> SALM, Joao; LEAL, Jackson da Silva. *A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra*. Seqüência estudos Jurídicos Políticos, 33(64), 195-226. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p195>, 2012, p. 202.

<sup>8</sup> NETO, Nirson Medeiros da Silva. *Justiça Restaurativa e(m) conflitos étnicos-raciais: um estudo em torno de um quilombo na Amazônia Brasileira*. São Paulo, Editora Dialética, 2021.

de fome, de homofobia, de sexismo, de desrespeito histórico e permanente das populações indígenas.

### Princípios, valores e elementos

Sendo um conjunto sistemático de princípios e valores, a Justiça Restaurativa, como bem apontada por Howard Zher, possui valores essenciais que justificam a adoção de seus princípios, quais sejam, *danos e necessidades, obrigações e engajamento*.

A Justiça Restaurativa tem foco no *dano* cometido. Pois vê o crime primordialmente como um dano causado a pessoas e comunidades. O atual sistema jurídico, com suas normas de que o Estado é a vítima pelos delitos cometidos, por muitas vezes perde de vista essa realidade, vez que as atuais vítimas se tornam apenas testemunhas qualificadas do delito. Por exemplo, uma vítima de um roubo de um celular, ao integrar o papel judicial, apenas é chamada a ser ouvida na Audiência, seus danos não lhes são restituídos, se torna a uma mera preocupação secundária no processo, o foco é a aplicação da pena. A Justiça Restaurativa ao colocar o foco no dano, surge uma preocupação inerente com as necessidades da vítima e seu papel no processo.

Portanto, para a Justiça Restaurativa o “fazer justiça” começa na preocupação com a vítima e suas necessidades. Ela procura, tanto quanto possível, reparar o dano – concreta e simbolicamente. Essa abordagem centrada na vítima requer que o processo judicial esteja preocupado em atender as necessidades da vítima, mesmo quando o ofensor não foi identificado ou detido. É importante também oferecer àqueles que sofreram o dano a oportunidade de definirem suas necessidades, ao invés de tê-las determinadas por outros ou pelo sistema. Embora a primeira preocupação deva ser com o dano sofrido pela vítima, a expressão “foco no dano” significa que devemos também nos preocupar com o dano vivenciado pelo ofensor e pelas comunidades. E isto deve nos levar a contemplar as causas que deram origem ao crime. O objetivo da Justiça Restaurativa é oferecer uma experiência reparadora para todos os envolvidos. Idealmente a Justiça Restaurativa ocupa-se em prevenir o mal, e em aplicar a justiça depois de ocorrido o dano<sup>9</sup>.

Males ou danos resultam em *obrigações*. Por isso a Justiça Restaurativa enfatiza a responsabilização daqueles que causaram danos. A Responsabilização penal é aplicar determinada pena, após o devido processo legal, àquele que cometeu um delito. No entanto, se compreendermos o delito como um dano, a responsabilidade significa que o ofensor deve ser estimulado a compreender o dano que causou e as consequências de seu comportamento. Além disso, o ofensor deve assumir a responsabilidade de corrigir a situação na medida do possível, tanto concreta como simbolicamente, ou seja, eles têm a responsabilidade de “fazer a coisa certa” em face dos prejudicados, melhor do que punição, evita novas ofensas.

---

<sup>9</sup> ZHER, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo. Ed. Palas Athena, 2015, p. 39.

A Justiça Restaurativa promove *engajamento* ou participação. O princípio do engajamento orienta que as partes afetadas pelo crime – vítima, ofensor e comunidade – desempenham papéis significativos no processo judicial. Todos devem ter a consciência de uns sobre os outros e envolver-se no que é necessário para que se faça justiça em cada caso específico.

Em alguns casos, isto pode significar diálogo direto entre as partes, como ocorre nos encontros entre vítima e ofensor. Eles partilham seus relatos e chegam a um consenso sobre o que pode ser feito. Em outros casos, o processo envolve trocas indiretas, por intermédio de representantes, ou ainda outras formas de desenvolvimento. O princípio de engajamento implica o envolvimento de um círculo ampliado de partes, quando comparado ao processo de justiça tradicional.

A Justiça Restaurativa requer, no mínimo, que cuidemos dos danos sofridos pela vítima e de suas necessidades, que seja atribuída ao ofensor a responsabilidade de corrigir aquele dano e que vítimas, ofensores e comunidade sejam envolvidas no processo. Pode-se dizer que há um processo de construção coletiva do caso que conduzirá a uma construção coletiva da decisão e, portanto, produzirá a justiça para cada situação<sup>10</sup>.

Partindo dos três valores abordados anteriormente, Howard Zher e Harry Mika sistematizaram os princípios fundamentais da Justiça Restaurativa e seus elementos, deixando a convite do leitor a adaptá-los e atualizar de acordo com o contexto e a prática desenvolvida, servindo como guia para a condução de experiências restaurativas, dos quais se fazem necessário correlacionar abaixo:

### **1. O crime é fundamentalmente uma violação de pessoas e de relacionamentos interpessoais.**

As vítimas e a comunidade foram lesadas e precisam ser recompostas.

As vítimas primárias são aquelas afetadas mais diretamente pela ofensa, mas outros, como familiares das vítimas e dos ofensores, testemunhas e membros da comunidade atingidos, são vítimas também.

Os relacionamentos afetados (e refletidos) pelo crime precisam ser tratados.

A restauração é um continuum de rações à gama de necessidades e danos vivenciados por vítimas, ofensores e pela comunidade.

Vítimas, ofensores e comunidades afetadas são basicamente os detentores de interesse da justiça.

O processo de Justiça Restaurativa enfatiza a contribuição e a participação dessas partes – mas especialmente das vítimas primárias e ofensores – em busca da restauração, superação, responsabilização e prevenção.

Os papéis dessas partes variarão segundo a natureza da ofensa, bem como as capacidades e preferências das partes.

O Estado tem papel delimitado, como o de investigar os fatos, facilitar os processos e garantir a segurança, mas o Estado não é uma vítima primária.

### **2. A violação cria obrigação e ônus.**

A obrigação dos ofensores é corrigir as coisas tanto quanto possível.

Uma vez que a obrigação primária é para com as vítimas, um processo de Justiça Restaurativa empodera as vítimas para que de fato participem da definição das obrigações.

Os ofensores recebem oportunidade e estímulo para compreender o mal que causaram às vítimas e comunidade, e desenvolver planos para assumir suas responsabilidades de modo adequado.

<sup>10</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo. 2<sup>a</sup> Edição. Ed. Saraiva, 2016, p. 69.

Estimula-se a participação voluntária dos ofensores, enquanto se minimiza a coerção e exclusão. Contudo, caso não o façam voluntariamente, poderá se exigir dos ofensores que assumam suas obrigações.

As obrigações que advém do dano infligido devem guardar uma relação com o empenho em corrigir a situação.

As obrigações podem ser vivenciadas como difíceis, e mesmo dolorosas, mas não são impostas com o objetivo de punição, vingança ou retaliação.

As obrigações em relação às vítimas, como a restituição de bens ou a promoção de seu restabelecimento, são prioritárias em relação a outras sanções ou obrigações diante do Estado, como as multas.

Os ofensores têm a obrigação de participar ativamente do esforço para atender às suas próprias necessidades

A comunidade tem obrigações diante das vítimas e dos ofensores e também em relação ao bem-estar de seus membros em geral.

A comunidade tem obrigação de dar apoio e prestar ajuda às vítimas de crimes a fim de que sejam atendidas suas necessidades.

A comunidade é responsável pelo bem-estar de seus membros e pelas condições e relacionamentos sociais que levam ao crime ou à paz na comunidade.

A comunidade tem a responsabilidade de apoiar os esforços para reintegrar ofensores à comunidade, de envolver-se ativamente na definição das obrigações do ofensor e de garantir que o ofensor tenha a oportunidade de corrigir o seu erro.

### **3. A Justiça Restaurativa busca restabelecer pessoas e corrigir os males.**

As necessidades das vítimas de informação, validação, vindicação, restituição de bens, testemunho, segurança e apoio são os portos de partida da justiça.

A segurança das vítimas é prioridade imediata,

O processo de fazer justiça fornece a estrutura para que se desenvolva o trabalho de recuperação e restabelecimento, que em última instância é domínio da vítima individual.

As vítimas são empoderadas através da valorização de sua contribuição e participação na definição de necessidades e resultados ou decisões. Os ofensores estão envolvidos na reparação do mal tanto quanto possível.

O processo de fazer justiça amplia oportunidades para a troca de informações, participação, diálogo e consentimento mútuo entre vítima e ofensor.

Encontro presenciais são apropriados em alguns casos, enquanto formas alternativas de troca são mais apropriadas em outros.

As vítimas desempenham o papel principal na definição e direção dos termos e condições do encontro.

O consentimento mútuo tem precedência sobre as decisões impostas.

Há oportunidades para remorso, perdão e conciliação.

As necessidade e aptidões dos ofensores são levadas em conta.

Reconhecendo que os próprios ofensores sofreram um dano, o restabelecimento e integração dos ofendidos à comunidade são enfatizados.

Os ofensores recebem apoio e tratamento respeitoso ao longo do processo.

A perda de liberdade e o confinamento forçado dos ofensores se limitam ao mimo necessário.

A justiça valoriza mudanças pessoais mais do que o comportamento obediente.

O processo de fazer justiça pertence à comunidade.

Os membros da comunidade participam ativamente do processo de fazer justiça.

O processo enriquece com os recursos comunitários e, por sua vez, contribui para a construção e fortalecimento dessa mesma comunidade.

O processo procura promover mudanças na comunidade, tanto para evitar que males semelhantes atinjam outras pessoas, como para fomentar a intervenção imediata a fim de atender as necessidades das vítimas e promover a responsabilização dos ofensores.

A justiça está consciente dos resultados intencionais e não intencionais de suas respostas ao crime e à vitimização.

A justiça monitora e incentiva o acompanhamento dos acordos resultantes do processo já que restabelecimento, recuperação, responsabilização e mudança se amplificam quando tais acordos são cumpridos.

A justiça é assegurada não pela uniformidade das decisões, mas por disponibilizar apoio e oportunidades a todas as partes, evitando-se a discriminação baseada em etnia, classe e gênero.

Decisões que são predominantemente coercitivas ou privativas de liberdade deveriam ser adotadas como último recurso, utilizando-se o menos possível as intervenções restritivas e, ao mesmo tempo, buscando a restauração das partes envolvidas.

Consequências imprevistas e não intencionais, como a cooptação de processos restaurativos para fins coercitivos ou punitivos, orientação indevida a ofensores, ou a expansão do controle social, devem ser rechaçadas<sup>11</sup>.

Além dos princípios e valores definidos pelos autores anteriormente citados, cabe observar os princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal na Resolução 2002/12<sup>12</sup> da ONU, a qual normatiza o que pode ou não ser adotado pelos Estados-membros que desejam implementar a justiça restaurativa em seus países.

Entre seus princípios, destaca-se a utilização de programas de justiça restaurativa em que devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor, podendo estes revogar esse consentimento em qualquer momento do processo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a continuidade da prestação judicial.

Quanto à operação dos programas restaurativos, a Resolução indica que as garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas e quando possível, vítima e ofensor devem ter assistência jurídica sobre o processo restaurativo. A não implementação do acordo feito no processo restaurativo não deverá ser usado como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente. Já os facilitadores que atuam no processo restaurativo, devem ser imparciais, com o devido respeito à dignidade das partes, assegurando o respeito mútuo e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas.

A Resolução 2002/12 ainda dispõe sobre o desenvolvimento continuo de programas de Justiça Restaurativa, orientando aos Estados-membros a buscar a formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao seu uso pelas autoridades de segurança, judiciais e sociais, deve haver, ainda, a consulta regular entre as autoridades do sistema de justiça criminal e administradores dos programas de justiça restaurativa para se desenvolver um entendimento comum que amplie a efetividade dos

<sup>11</sup> ZEHR, Howard; MIKA, Harry. *Conceitos fundamentais da justiça restaurativa*. Michigan University, [s.d.] Mimeo., 2003, p. 135-152.

<sup>12</sup> ONU, Resolução 2002/12. *Princípios básicos para a utilização de programs de Justiça Restaurativa*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/defesadasvitimas/o-ministerio-publico-e-a-vitima/justica-restaurativa>. Acesso em 04/11/2022.

procedimentos e resultados restaurativos, explorando os caminhos para a incorporação das práticas restaurativas na atuação da justiça criminal.

Como assevera Van Ness e Strong<sup>13</sup>, existem “tantos valores restaurativos quantas definições de justiça restaurativa”, mas espera-se um norte em que se tenha clareza sobre o que a comprehenda. Cabe observar, a Justiça Restaurativa é um campo de progressivo crescimento e a cada caso concreto ou metodologia aplicada, os elementos de seus princípios fundamentais são adotados de acordo com suas necessidades. Por esta razão, é preciso abordar quais metodologias (procedimentos) são aplicadas com os valores mencionados anteriormente, entre elas, a mediação vítima-ofensor, conferencias restaurativas e processos circulares, pois presentes no cenário brasileiro.

## Metodologias Utilizadas

Em conformidade com os princípios acima mencionados, diversas podem ser as práticas restaurativas voltadas à resolução de conflitos, não impedindo que outras sejam criadas. Da mesma forma, não se impede a adaptação dos modelos existentes com a aplicação no caso concreto. Na presente pesquisa, apresentamos três modelos amplamente aplicados e conhecidos atualmente, quais sejam, mediação vítima-ofensor, conferencias restaurativas e processos circulares.

A aplicação das diversas metodologias que serão apontadas chama atenção de áreas de conhecimento diferentes, a necessidade possuir abordagens seja no âmbito dos profissionais de Direito, Psicologia, Serviço Social, Pedagogia, Letras e outros. Em todas essas áreas o objeto é o mesmo, mas com lentes diversas, aumentando a riqueza e profundidade do conhecimento. Em síntese, a maneira de explorar a temática, com transdisciplinaridade, enriquece o objeto, nesse sentido

Na prática, a Justiça Restaurativa muda as lentes, atrai olhares de outras ciências, compõe sua interdisciplinaridade. Diante da multiplicidade de aplicação a Justiça Restaurativa ganha robustez e ultrapassa as fronteiras do mundo jurídico, alcançando outros setores. A Justiça Restaurativa serve para qualquer situação que necessita de uma intervenção restaurativa, pois abre possibilidade ao diálogo entre as pessoas, valorizando-as, e identifica suas necessidades, com o fito de restabelecer a harmonia<sup>14</sup>.

Cabe ressaltar, todos os três modelos pressupõem um lugar comum, uma etapa preparatória que analisa a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa, verificando os requisitos, entre eles, a voluntariedade, admissão da autoria do conflito e autonomia da vontade. O facilitador deve analisar a adequada aplicação em cada caso de acordo com

<sup>13</sup> VAN NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring justice: an introduction to restorative justice*. 4. ed. New Providence: Anderson Publishing, 2010, p. 48.

<sup>14</sup> MENDES, D. C. B.; SALLES FILHO, N. A. *Epistemologias do Sul como aporte científico da justiça restaurativa brasileira à luz dos direitos humanos*. Revista de Estudos AntiUtilitaristas e PosColoniais; v. 11, n. 1 (2021): Romper o mimetismo do Norte: Decrescimento, bem viver, eurocentrismo e a epistemologia do SUL, [s. l.], 2021.

os objetivos e finalidades, bem como a criação de um espaço equilibrado e horizontal de fala, buscando desta forma atender os interesses e necessidades de cada sujeito participante.

Embora semelhantes em linhas gerais, as metodologias restaurativas se diferenciam quanto ao número e tipo de participação e, em alguns programas, no estilo de facilitação.

### **Mediação vítima-ofensor**

A mediação é um processo estruturado em que as partes envolvidas contam com um agente externo capacitado para auxiliar no diálogo entre aqueles que causou um dano e quem sofreu este dano. O objetivo é viabilizar a compreensão para ambas às partes. Liebmann <sup>15</sup>sintetiza os estágios necessários a um procedimento restaurativo de mediação vítima-ofensor, reuniões separadas e encontro, devendo em cada estágio conter:

**1. Reuniões separadas:**

Visitação ao infrator e a vítima, avaliando a adequação de suas necessidades.  
Discussão das regras e princípios básicos da proposta restaurativa.

**2. Encontro**

Abertura, introdução e regras básicas.  
Tempo ininterrupto – cada pessoa conta a sua história.  
Troca – oportunidade para perguntas.  
Acordo de construção, se apropriado.  
Redigir o acordo, se apropriado.  
Sessão de encerramento, organizando o acompanhamento.  
Interrogatório dos mediadores.

Preliminarmente, busca-se um criterioso cuidado entre os envolvidos, entre os riscos de revitimização e frustações de cada sujeito. Nas reuniões separadas, há a definição das ordens das falas, priorizando os anseios das vítimas em recuperar sua percepção sobre o conflito. As perguntas são formuladas pelo mediado, cada sujeito (vítima-ofensor) possui a oportunidade de falar sobre os fatos a partir de seu ponto de vista.

No encontro, cada sujeito tem a oportunidade de falar e o papel do mediador nesse estágio é resumir e redefinir o problema de acordo com o desenvolvimento da reunião, construindo um acordo ou agenda de trabalho que atenda os anseios da vítima e ofensor. Cabe ressaltar, a construção do acordo surge da proposta de autoria dos sujeitos, o papel do mediado é auxiliar com a proposta de resolução do problema. Na sessão de encerramento, há a identificação dos pontos fundamentais do acordo, visando por fim o acompanhamento e a garantia de que este seja cumprido.

<sup>15</sup> LIEBMANN, M. *Restorative justice: How it works*. Jessica Kingsley Publishers. 2007, p. 73.

Achutti<sup>16</sup> alega que atualmente existem variações em torno da mediação que poderá ocorrer através de um encontro cara a cara entre vítima e ofensor, ou de forma indireta, com o mediador funcionando como mensageiro entre vítima e ofensor. De acordo com Pedro Scuro Neto,

Programas de mediação têm intenções diversórias, ou seja, procuram conflitos menores ao largo do sistema de justiça. Diferentemente do processo judicial convencional, a mediação autoriza os participantes a resolver o conflito por si mesmos, em uma atmosfera de informalidade estruturada. Diferentemente também da arbitragem, em que um *tertius* ouve os dois lados e emite um juízo, a mediação busca uma solução concertada pelos próprios envolvidos – o mediador não impõe um resultado; seu papel é capacitar os participantes, promover diálogo e um acordo visto como justo por ambas as partes e que conduza à solução do problema. Nesse sentido, a mediação segue o roteiro restaurativo básico – discussão dos fatos, expressão de sentimentos; reparação negociada, e comportamento futuro alterado – *transformando* a relação infrator/vítima de uma maneira não previsível nos quadros convencionais de resolução de conflitos, e nem mesmo pelos mediadores profissionais. Na mediação promove-se um encontro entre as partes envolvidas em um conflito, visando um acordo que pode incluir reparação dos danos causados. Os interlocutores devem construir, a partir de suas próprias percepções, uma abordagem para atingir um resultado “justo” sob as circunstâncias concretas<sup>17</sup>.

A maioria dos programas de mediação prevê a participação apenas dos protagonistas, enquanto alguns permitem que membros da comunidade dê apoio às partes. Howard Zher informa a possibilidade de membros da família poderão participar, mas normalmente essas pessoas possuem papel secundário, além do que pessoas que representem a comunidade poderão ser envolvidas como facilitadoras ou supervisoras do acordo selado, mas via de regra, não participam do encontro<sup>18</sup>.

O sucesso da mediação vítima-ofensor depende do desempenho do mediador em facilitar a interação entre as partes e ajuda-las a assumir uma postura proativa, atentando para as características de cada sujeito, de forma que a experiência seja construtiva sobre a natureza e a extensão dos prejuízos causados, e por fim, definir o que poderá ser feito para reparar as consequências do delito.

## Conferências restaurativas

Os processos de conferências restaurativas possuem diversas denominações, Liebmann indica serem as mesmas das conferências de comunidade, conferências em grupo, conferências vítima-infrator, entre outras que se desenvolvem a partir de um pequeno grupo de pessoas, vítima –agressor, famílias e membros da comunidade<sup>19</sup>. Os processos de conferências restaurativas se distinguem da mediação vítima-ofensor por

<sup>16</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo. 2<sup>a</sup> Edição. Ed. Saraiva, 2016, p. 81.

<sup>17</sup> SCURO, Pedro. *O enigma da esfinge. Uma década de justiça restaurativa no Brasil* Revista Jurídica - CCJ/FURB ISSN 1982 -4858 v. 12, nº 23, p. 3 - 24, jan./jun. 2008, p. 10.

<sup>18</sup> ZHER, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo. Ed. Palas Athena, 2015, p. 66.

<sup>19</sup> LIEBMANN, M. *Restorative justice: How it works*. Jessica Kingsley Publishers. 2007, p. 80.

não envolver apenas os dois sujeitos dos processos, mas também a comunidade e pessoas próximas a eles na resolução dos conflitos.

A conferência visa desenvolver entre todas as pessoas afetadas direta e indiretamente pelo conflito um plano para se obter respostas ao crime e sobretudo, em busca de reparação. Da mesma forma da mediação vítima-ofensor, nas conferências também há um local que as pessoas afetadas pelo conflito possam expressar seus sentimentos. Tornando os infratores mais conscientes do dano e o sofrimento que seu comportamento causou a outros. Por exemplo, um adolescente que cometeu um ato infracional análogo ao crime de roubo pode ser inserido em um procedimento restaurativo em que possa obter consciência que seu ato atingiu não somente aquela vítima, mas toda uma cadeia de atores, inclusive de sua própria família e buscar então um meio para restaurar tais relações.

Essa metodologia se concentra no apoio àquele que cometeu a ofensa, para que ele assuma a responsabilidade e mude seu comportamento, com isso a família do ofensor e/ou pessoas relevantes da comunidade são muito importantes. Em alguns casos, especialmente quando o encontro tem o poder de afetar o desenlace do processo penal, um representante do Estado poderá se fazer presente.

De tradição neozelandesa, a metodologia restaurativa de conferências surge em 1989, como uma nova abordagem para lidar com jovens infratores de inspiração da cultura Maori. Esta ação foi uma reação à crise vivida na área do bem-estar do adolescente em conflito com a lei e também em razão das críticas por parte da população de que se utilizavam do sistema colonial imposto alheio à cultura local. Van Ness explica que,

Tornou-se evidente que os Maoris estavam muito preocupados com o número crescente de seus filhos que estavam sendo removidos de suas famílias às instalações do estado pelos tribunais. A cultura maori é comunitária ao invés de individualista, mas cada indivíduo é criticamente importante parte da família.

Remover uma criança destrói a cultura Maori porque prejudica a família, assim como a crianças/jovens são consideradas o futuro do povo Maori. Eles possuem processos para lidar com o conflito, mas envolvem essencialmente a família em um processo de conversação para entender o problema e encontrar uma solução. Solução é geralmente coletiva, a família do agressor assume a responsabilidade de acertar com a família da vítima.<sup>20</sup>

A conferência em grupo, conforme criada na legislação juvenil da Nova Zelândia, é baseada no bem-estar social e não no sistema criminal judicial, embora este último ainda coexista, o procedimento padrão para a maioria dos crimes mais graves cometidos por menores de idade é a conferencia de grupos familiares.

As conferências são organizadas e facilitadas por assistentes sociais pagos pelo Estado, chamados Coordenadores de Justiça Adolescentes. É sua função ajudar as famílias e determinar quem deve estar presente no encontro, e a criar o processo mais apropriado para aquele grupo em particular. Um dos objetivos do processo é a sua adequação cultural, e a forma do encontro precisa estar adaptada às necessidades e à cultura de todos os envolvidos.

<sup>20</sup> Van NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring justice: an introduction to restorative justice*. 4. ed. New Providence: Anderson Publishing, 2010, p. 28.

Nesse caso a facilitação não é roteirizada. Embora haja uma progressão comum às conferências em geral, cada uma sofre adaptação em função das partes envolvidas. Um dos elementos comuns à maioria delas é a reunião com cada família em separado, que acontece em dada altura do processo. Aquele que ofendeu e sua família se retiram para outra sala a fim de discutir o que aconteceu até então e desenvolver uma proposta que será apresentada àqueles que foram ofendidos e aos demais participantes da conferência.

Assim como os mediadores de encontro entre vítima e ofensor, o coordenador da conferência de grupos familiares procura ser imparcial, ou talvez mais precisamente, igualmente parcial aos dois lados, equilibrando os interesses e necessidades das duas partes. No entanto, ele ou ela tem a incumbência de garantir a elaboração de um plano que comtemple as causas e também a reparação, que responsabilize adequadamente o ofensor, e por fim, que seja realista<sup>21</sup>.

As conferências de grupos familiares, no modelo neozelandês, em virtude de normalmente fazerem papel de tribunal, possuem a função de desenvolver um plano completo para os adolescentes em conflito com a lei, plano este que além de reparações, inclua elementos de prevenção e, por vezes, punição.

Não existe, portanto, uma metodologia única, pois a abordagem se seguirá de acordo com o modelo de conferências que se desenrole. Também existem diversas variações, maiores e menores, que se adaptam de acordo com os países que aplicam, podendo ser aplicadas tanto em ambientes escolares quanto em conflitos penais, com diferentes órgãos de gestão, inclusive com a participação dos integrantes da segurança pública.

## **Processos circulares**

Também chamadas de círculos de construção de paz e círculos de sentença, os processos circulares entraram no campo da Justiça Restaurativa através de experiências em comunidades aborígenes no Canadá e Estados Unidos. Os modelos envolvem a comunidade para lidar com as consequências de um delito, a sua dimensão e amplitude, visando identificar formas de minimizar os danos, possuindo entre seus princípios a liberdade, voluntariedade, horizontalidade, conectividade e interdependência.

O processo em Círculo de Construção de Paz começou nos Estados Unidos, como assevera Kay Pranis com a filosofia da Justiça Restaurativa<sup>22</sup> que inclui todos os envolvidos num processo de compreensão dos danos e criação de estratégias para a reparação dos mesmos. O processo se iniciou no sistema de justiça criminal do Estado de Minnesota, oferecendo um caminho para incluir as vítimas de um crime, os ofensores e a comunidade numa parceria com o poder judiciário, a fim de determinar a reação mais eficaz ao crime e promover o bem-estar e segurança de todos.

Os círculos de paz são pautados na construção de saber coletivo para tratar de questões desafiadoras, sejam elas conflitos, ou não. Os objetivos do Círculo incluem: desenvolver um sistema de apoio àqueles vitimados pelo crime, decidir a sentença a ser cumprida pelos ofensores, ajudá-los a cumprir as obrigações determinadas e fortalecer a

<sup>21</sup> ZHER, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo. Ed. Palas Athena, 2015, p. 68.

<sup>22</sup> PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

comunidade a fim de evitar crimes futuros. Percebe-se que nesta metodologia há o objetivo de prevenção no cometimento de delitos.

Embora os Círculos tenham começado no contexto das varas criminais e das audiências de sentenciamento, os oficiais de condicional encontraram novas aplicação para esta abordagem, dentro do sistema judiciário. Profissionais inovadores começaram a usar os círculos para facilitar a integração de egressos da prisão, e também para aumentar a eficácia da supervisão comunitária sobre as pessoas em liberdade condicional.

Os círculos em Minnesota surgiram no contexto da justiça criminal, mas logo começaram a ser utilizados em outros contextos. Voluntários que trabalhavam nos círculos restaurativos logo viram que o processo seria útil em muitas situações não relacionadas ao crime, e levaram os Círculos para escolas, locais de trabalho, assistência social, igrejas, associações de bairros e famílias.

A disseminação de círculos de Construção de Paz foi espontânea e orgânica e as sementes se espalharam de um lugar para outro muito mais pelo interesse e compromisso individual das pessoas do que devido a planejamento estratégico e implementação organizada<sup>23</sup>.

A Justiça Restaurativa contempla diferentes círculos, sendo de apoio e suporte às vítimas e ofensores, restaurativos de danos e relações, de reintegração na forma de acolhimento após aplicação de alguma sanção de restrição de liberdade, entre outros. Howard Zher<sup>24</sup> explica que “em virtude do envolvimento da comunidade, os diálogos dentro do círculo são em geral mais abrangentes do que em outros modelos de Justiça Restaurativa”, pois os atores podem abordar circunstâncias comunitárias que talvez estejam propiciando violações, podendo falar sobre o apoio e necessidades dos que cometem o delito e das vítimas, das responsabilidades que a comunidade possa ter e outros assuntos relevantes ao contexto.

Liebman<sup>25</sup>, ao tratar sobre o tema, informa que os “círculos de construção da paz contemplam os círculos de sentença, possuindo estas quatro etapas: Inscrição, Preparação, Círculos de Sentença, Círculos de acompanhamento.” Os principais facilitadores dos Círculos são chamados de mantenedores e nomeados pelo comitê de Justiça após a primeira etapa ser completada, dos quais possuem trabalho precípua na preparação dos círculos, onde poderá haver círculos separados entre vítima e ofensor, podendo estes se fundirem na terceira etapa. A fase final, é acompanhada pelos facilitadores, de forma que as necessidades da vítima, ofensor e comunidade sejam atendidas. O processo de diálogo no círculo continua até que o consenso seja alcançado. Quando o processo circular é usado em na aplicação de eventual penalidade (Círculos de Sentença), o juiz irá usar o consenso alcançado para impor uma sentença com base nas informações compartilhadas no círculo.

### **O papel do Estado e o caminho para uma justiça dual**

<sup>23</sup> PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010, p. 22.

<sup>24</sup> ZHER, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo. Ed. Palas Athena, 2015, p. 71.

<sup>25</sup> LIEBMANN, M. *Restorative justice: How it works*. Jessica Kingsley Publishers. 2007, p. 96.

A celeuma acerca da adoção de inovações institucionais no âmbito das reformas quanto à adoção da Justiça Restaurativa não escapa à discussão sobre o papel do Estado. Observa-se que todas essas metodologias retratadas na primeira parte do texto surgem da insatisfação com o sistema de justiça que tradicionalmente não considera a participação dos sujeitos envolvidos diretamente no delito, pois o Estado possui o papel principal de debater e aplicar determinada pena.

Observa-se que uma das apresentações principais da Justiça Restaurativa aplicada no Brasil é ser “eminentemente vinculada aos programas instituídos no âmbito do Poder Judiciário”<sup>26</sup> por esta razão Pedro Scuro Neto já analisava que a aplicação da JR no Brasil teria como consequência de um sistema Dual, pois os sistemas de justiça continuariam a existir ao lado do sistema restaurador, ambos operando independentemente sob os mesmos princípios gerais do Direito, mas com “ponte” permitindo transitar para o ‘lado de lá’ quando necessário<sup>27</sup>. A concepção de uma Justiça Restaurativa poderia se pautar por questões que passam despercebidas pelo sistema repressivo tradicional.

Cabe destacar, não é uma justiça contra o Estado, mas compreensiva com as diversas formas de tratar um conflito. De fato, a Justiça Restaurativa no Brasil tem como característica dual, pois há essa coexistência de diferentes sistemas de punição e prevenção dos delitos, o sistema judicial punitivistas (retributivo, dissuasório, ressocializador) e a justiça restaurativa (consensual, modelo integrador) e a própria Resolução 225/2016 do CNJ já indica que a aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações serem consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual, objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas.

Salm & Leal<sup>28</sup> argumentam, que a na Justiça Restaurativa o Estado é “um convidado de honra” e a autoridade passa a ser normativa e discursiva/dialogal (retórica) e não mais coercitiva e prescritiva. Nesse sentido, Boaventura de Souza, ao defender o Estado como campo de experimentação política, argumenta que

Esta nova forma de um possível Estado democrático deve assentar em dois princípios. O primeiro é a garantia de que diferentes soluções institucionais multiculturais desfrutaram de iguais condições para se desenvolverem segundo a sua lógica própria. Ou seja, garantia de igualdade de oportunidades às diferentes propostas de institucionalidade democrática. Por outro lado, deve-se não só garantir a igualdade oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, mas também - e é este o segundo princípio de experimentação política - garantir padrões mínimos de inclusão que tornem possível a cidadania ativa necessária a monitorar, acompanhar e avaliar os projetos alternativos<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> ROSAS, Patricia Melhem. *Justiça Criminal Restaurativa e Empoderamento no Brasil*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2020.

<sup>27</sup> SCURO, Pedro. *O enigma da esfinge. Uma década de justiça restaurativa no Brasil* Revista Jurídica - CCJ/FURB ISSN 1982 -4858 v. 12, nº 23, p. 3 - 24, jan./jun. 2008, p. 16.

<sup>28</sup> SALM, Joao; LEAL, Jackson da Silva. *A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra*. Seqüência estudos Jurídicos Políticos, 33(64), 195-226. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p195>, 2012, p. 209

<sup>29</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3ª Edição. Cortez Editora, 2014, p. 53.

Assim, reconhecendo uma justiça dual, pretende-se evitar o/a jurista que vê somente o Estado como espaço próprio para a resolução de conflitos. Defende-se, portanto uma Justiça Democrática, no sentido que a partir do empoderamento e diálogo dos atores envolvidos no conflito, suas vozes são finalmente levadas em conta, pois em uma relação de um conflito criminal, o autor do delito exterioriza os motivos que levaram à prática do fato, os anseios da vítima são ouvidos, a comunidade atingida pode ser chamada a se manifestar e a partir da democratização desse conflito, gera uma transformação social, uma restauração da justiça.

Corroborando com o trabalho dos autores, Salm & Leal, entende-se que a Justiça Restaurativa “não deve ser pensada como uma dinâmica pronta a ser colocada em prática de cima a baixo, mas sim um processo de construção cultural, política e social”, por esta forma, deve ser ela irradiada como um triângulo invertido, construída e democrática; e quanto ao papel do Estado, defende-se uma relação que possa “contribuir com as dinâmicas autóctones e alternativas de produção de saber e juridicidade” para este que não se transforme em apenas uma tecnologia jurídica alternativa às penas, imposta apenas como uma ferramenta judiciária.

### **Considerações Finais**

Ao final desta discussão, pôde-se apontar que, ao se levar em consideração o caráter democrático da Justiça Restaurativa na solução dos conflitos ser construída pelos sujeitos atingidos pelo conflito, a presença do Estado vem para solidificar essa proposta, pois pode contribuir na promoção e incentivo das metodologias de abordagem utilizadas.

A Justiça Restaurativa possui caráter transdisciplinar, pois há a necessidade da existência de correlação em diferentes áreas de atuação e conhecimento. Destacando-se que o processo restaurativo é complexo, não se pode apenas aplicar uma lei ou seguir uma cartilha passo-a-passo para solucionar o conflito, mas analisar cada relação sob o viés, jurídico e sociológico, além da criminologia e vitimologia correlacionadas. Por essa razão, diversos profissionais são chamados a atuar em procedimentos restaurativos, são psicólogos, assistentes sociais, servidores públicos, acadêmicos, pesquisadores, pedagogos, professores, entre outros.

Desta forma, conclui-se que a Justiça Restaurativa pode ser uma Justiça Democrática, no sentido de que a partir do empoderamento e diálogo dos atores envolvidos no conflito, suas vozes são finalmente levadas em conta, pois nesta relação, o autor do delito exterioriza os motivos que levaram à prática do fato, os anseios da vítima são ouvidos, assim como a comunidade atingida pode ser chamada a se manifestar e a partir da democratização desse conflito, pode-se gerar uma transformação social, uma restauração da Justiça.

### **REFERÊNCIAS**

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo. 2<sup>a</sup> Edição. Ed. Saraiva, 2016.

ANA CARLA COELHO BESSA; NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO. *Uma interface entre a teoria da justiça de John Rawls e a justiça restaurativa como política criminal*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos,[s. l.], v. 43, n. 92, 2023. DOI 10.5007/2177-7055.2022.e70556. Acesso em 12/04/2023.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225 de maio de 2016*. Disponível em [http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Res\\_225\\_2016\\_CNJ.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Res_225_2016_CNJ.pdf). Acesso em 11 de novembro 2022.

CARVALHO PORTO, R. T.; DIEHL, R. C. *Justiça Restaurativa Uma Proposta de Atendimento Multidisciplinar na Política Judiciária Nacional De Enfrentamento à Violência Contra Mulheres*. Revista Jurídica (0103-3506), [s. l.], v. 1, n. 68, p. 348-377, 2022. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=156881020&lang=ptbr&site=eds-live>. Acesso em: 09 abr. 2023.

ENDES, D. C. B.; SALLES FILHO, N. A. *Epistemologias do Sul como aporte científico da justiça restaurativa brasileira à luz dos direitos humanos*. Revista de Estudos Anti Utilitaristas e Pós-coloniais; v. 11, n. 1 (2021): Romper o mimetismo do Norte: Decrescimento, bem viver, eurocentrismo e a epistemologia do SUL, [s. l.], 2021. DOI 10.51359/2179-7501.2021.248639. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.66388B04&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 20/11/2022.

LIEBMANN, M. *Restorative justice: How it works*. Jessica Kingsley Publishers. 2007.

NETO, Nirson Medeiros da Silva. *Justiça Restaurativa e(m) conflitos étnicos-raciais: um estudo em torno de um quilombo na Amazônia Brasileira*. São Paulo, Editora Dialética, 2021.

ONU, Organizações das Nações Unidas. Resolução 2002/12. *Princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/defesadasvitimas/o-ministerio-publico-e-a-vitima/justica-restaurativa>. Acesso em 04/11/202.

PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROSAS, PAtricia Melhem. *Justiça Criminal Restaurativa e Empoderamento no Brasil*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2020.

SALM, Joao; LEAL, Jackson da Silva. *A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra*. Seqüência estudos Jurídicos Políticos, 33(64), 195-226. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p195>, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3ª Edição. Cortez Editora, 2014.

SCURO, Pedro. *O enigma da esfinge. Uma década de justiça restaurativa no Brasil*. Revista Jurídica - CCJ/FURB ISSN 1982 -4858 v. 12, nº 23, p. 3 - 24, jan./jun. 2008.

SILVA, Maria Coeli. *Justiça de proximidade: instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima*. Curitiba. 1ª Edição. Juruá, 2010.

Van NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring justice: an introduction to restorative justice*. 4. ed. New Providence: Anderson Publishing, 2010.

ZEHR, Howard; MIKA, Harry. *Conceitos fundamentais da justiça restaurativa*. Michigan University, [s.d.] Mimeo., 2003.

ZHER, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo. Ed. Palas Athena, 2015.

Data de Recebimento: 06/12/2022

Data de Aprovação: 20/03/2023

## LEGAL PRAGMATISM AS A GUIDE TO NEW PERSPECTIVES ON THE APPLICATION OF LAW

## EL PRAGMATISMO JURÍDICO COMO GUÍA PARA NUEVAS PERSPECTIVAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO

Alvaro de Azevedo Gonzaga\*

Felipe Labruna\*\*

Cassiano Mazon\*\*\*

### ABSTRACT

This is an article about Legal Pragmatism, studied under the prism of the Philosophy of Law. The pragmatist philosophical current, born in the United States, was responsible for consolidating the line of legal reasoning aimed at obtaining the results that best meet social desires and human hopes. Legal Pragmatism is not presented as a Theory of Law, consubstantiating itself, in reality, in a method based on argumentation, capable of substantiating decision making. Finally, an attempt was made to ponder on Legal Pragmatism in the Brazilian legal system, as a guide for new perspectives on the application of Law, with emphasis on the recent changes in the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (*Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*).

**Keywords:** Antifoundationalism; Consequentialism; Contextualism; Legal Pragmatism; Philosophy of Law.

### RESUMEN

Este es un artículo sobre el Pragmatismo Jurídico, estudiado desde el prisma de la Filosofía del Derecho. La corriente filosófica pragmatista, nacida en Estados Unidos, se encargó de consolidar la línea de razonamiento jurídico orientada a la obtención de los resultados que mejor logren los anhelos sociales y las esperanzas humanas. El Pragmatismo Jurídico no se presenta como una Teoría del Derecho, consustanciándose, en realidad, en un método basado en la argumentación, capaz de fundamentar la tomada de decisiones. Por último, se trató de reflexionar sobre el Pragmatismo Jurídico en el sistema jurídico brasileño, como pauta para nuevas perspectivas de aplicación del derecho, con énfasis en los recientes cambios en la Ley de Introducción a las Reglas del Derecho Brasileño (*Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*).

\* Pós-doutor em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa e pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Pós-doutor em História dos Povos Indígenas pela UFGD. Indígena Guarani-Kaiowa. Doutor, mestre e graduado em Direito pela PUC/SP. Graduado em Filosofia pela USP. Professor da Graduação e do PPGD da PUC-SP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7014318352288628>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4051-0748>, e-mail: [alvarofilosofia@hotmail.com](mailto:alvarofilosofia@hotmail.com).

\*\* Doutorando, mestre e graduado em Direito pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Especialista em Ciência Política pela FESPSP. Professor assistente voluntário do programa de Mestrado em Direito da PUCSP desde 2022. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1914765767467497>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3844-3301>, e-mail: [fe.labruna@gmail.com](mailto:fe.labruna@gmail.com).

\*\*\* Doutorando e mestre em Direito pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Penal pela EPM e em Política e Gestão Governamental pela EPD. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. Professor Coordenador Assistente dos Cursos de Pós-Graduação em nível de Especialização da Universidade Nove de Julho. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0423151047820285>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0290-5447>, e-mail: [cassimazzon@gmail.com](mailto:cassimazzon@gmail.com).

Palabras clave: Antifundamentalismo; Consecuencialismo; Contextualismo; Filosofía del Derecho; Pragmatismo Jurídico.

## INTRODUCTION

This article aims to explore and analyze the concept of Legal Pragmatism, a philosophical current that has been prominent in the field of Legal Theory. Legal Pragmatism proposes an innovative approach to the study and interpretation of Law, emphasizing the importance of practical consequences and social context in judicial decision-making. This perspective seeks to overcome strictly formalist and dogmatic views, by considering that the application of Law should take into account concrete results and the resolution of real problems faced by society.

In this context, this article will examine the main characteristics and theoretical foundations of Legal Pragmatism, as well as its relationship with other philosophical currents and its possible implications for the practice and understanding of the contemporary legal system. Through this investigation, it seeks to contribute to the advancement of the academic debate and offer relevant insights for the understanding and improvement of the application of Law in the current context.

Legal Pragmatism can be seen as a philosophical trend, developed in the United States of America, born between the end of the 19th century and the beginning of the 20th century. Its foundations were laid by Charles Sanders Peirce, and further refined by William James and John Dewey. Legal Pragmatism preaches the appreciation of concepts and attitudes through their results and consequences, in such a way that only the fruits of actions would be able to give them their true significance.

This article presents a methodology based on the collection and analysis of various academic articles, with the objective of identifying and selecting relevant information for the research in question. Using a qualitative model, criteria of relevance, methodological rigor and consistency of the studies were considered. The selection process involved careful reading of the articles, identification of their theoretical and empirical contributions, and evaluation of their consistency with the research objectives. Articles that met the established criteria were included, while those that were not relevant or did not provide significant contributions were excluded. This methodological approach allowed us to obtain a body of selected literature that represents the best and most relevant to support the results and conclusions of this study.

At this point, philosophical or scientific inquiry would require a necessary and inseparable association with the experience of the concrete world and its practical consequences. Thus, the following could be raised as basic concepts of Pragmatism: Antifoundationalism, Consequentialism, and Contextualism. This is because, according to Pierce, the capacities for adaptation and transformation are what define the core of the

mind, so that the sociocultural environment would be the main explanatory variable of human personality configurations.<sup>1</sup>

As the main characteristics of the pragmatic method, most scholars recognize anti-foundationalism, consequentialism and contextualism. The first consists in the rejection of absolute assertions previously conceived, static, perpetual and immutable, as the foundation of thought and knowledge (...). The second characteristic, the so-called consequentialism, manifests itself in the sense that the evaluation of actions and propositions should be done through the investigation of their current consequences and counterfactual possibilities, that is, of the current and future consequences. And the last one, contextualism, is about giving the necessary relevance to cultural aspects, which cannot and should not be separated from the process of philosophical or scientific investigation.<sup>2</sup>

In general, it is reasonable to say that Antifoundationalism results in the rejection of the foundation of reasoning and epistemology by means of absolute truth that is based on sovereign, immutable, eternal, and static statements. Based on this assumption, it is verified that the natural method of interaction modification does not make it possible to guarantee that there are ultimate, categorical and timeless answers that can be used as universal support. The systematic procedure of investigation and elucidation makes it possible to reach an answer, which will be, in proportion to the factual effective conditions, the satisfactory resolution for the concrete case in question. The attainment of this conceivable solution, however, will not cease the perspective of investigation about the considered object, since it is a chimera of a final truth to be reached, but it is a continuous process of improvement. Thus, to be a pragmatist in Law means to understand what establishes a theory, negatively, as foundationalist: its indeterminacy and abstraction, which make it unrealizable<sup>3</sup>.

Anti-foundationalism consists of a permanent rejection of any metaphysical entities, abstract concepts, aprioristic categories, perpetual principles, ultimate instances, transcendental entities, dogmas, etc. It is thus a matter of denying that thought is susceptible to static, perpetual, and immutable foundations. Pragmatist anti-foundationalism is also exercised in the refusal of the idea of certainty and the traditional philosophical concepts of truth and reality. It also presents itself in the form of a critique: it is not a critique directed at a specific object, but a permanent desire for critique, critique as a method of thought.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> MAGALHÃES, Theresa Calvet. *Origens do Pragmatismo: O “Antifundamentalismo” de C. S. Peirce e a sua Defesa da Filosofia Crítica do Senso Comum*. *Cognitio: Revista de Filosofia*, São Paulo, vol. 07, nº 01, pp. 49/76, jun/2006. Available in: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/view/13570>>. Accessed in: 15 sep. 2021.

<sup>2</sup> MAIA, Mayssa Maria Assmar Fernandes. *Hermenêutica, Pragmatismo e Aplicação do Direito*. Master's dissertation from the Graduate Program in Law at the Pontifical Catholic University of São Paulo, São Paulo, 2016, p. 141/142. Free translation by the authors.

<sup>3</sup> MAGALHÃES, *op. cit.*, 2006.

<sup>4</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Será o Neopragmatismo pragmatista? – Interpelando Richard Rorty. Novos estudos* Cebrap, São Paulo, nº 74, mar/2006, p. 134. Available in: <<https://www.scielo.br/j/nec/a/KxHW9SQpgTyTHpq9r8s5zyj/?lang=pt>>. Accessed in: 11 sep. 2021. Free translation by the authors.

Consequentialism, on the other hand, the second pillar of Legal Pragmatism, establishes an evaluative evaluation of the action (axiology), assessing what the predictable results would be, in such a way that such a prediction would provide the achievement of more satisfactory, usable and/or favorable results for society. In this vein, it is worth pointing out that the locution "Legal Consequentialism" can be found with an extremely broad meaning, being applied to any theoretical program or action that intends to condition, explicitly or implicitly, the legal adequacy of a given judicial decision to the valuation of the results relative to it and its alternative possibilities. Thus, one will call "consequentialist" not only the idea according to which a judicial decision "X" is adequate and fair if and only if no alternative decision is located in relation to it, to which preferable results are linked to those related to the decision "X". This subtype of Consequentialism, which may be called "strong," is only one of the terminating points of a group of types organized according to the priority given to the axiology of outcomes in the judgment framing a particular judicial decision, or, alternatively, according to the exclusivity assigned to that manner of valuation in the design of that judgment.

That being said, a consequentialist stance not only refers to the position that is given to the valuation of the results of the *decisum* with a residual function in the aforementioned adequacy judgment (when, for example, it is interpreted that the appreciation of the consequences should only be made if the same legal procedures of praxis supposedly are not apt to diminish the quantity of decisions legally favorable to a given element), but also the one that authorizes, with analysis, and a greater or lesser importance in the decision making procedure, different ways of argumentation (occupying itself, for example, in measuring the size of the space between the *decisum* or its justification of what, by conjecture, would be prescribed by the literal interpretation of a legal rule or a paradigmatic precedent). Then, Consequentialism, which can also be called Instrumentalism, is present in the rooting of Law in practice and in the tacit epistemology.<sup>5</sup>

In turn, due importance must be given to cultural circumstances, i.e., to political, scientific, and religious beliefs that make up the third aspect of Pragmatism, called Contextualism. In this sense, the *a posteriori* knowledge of the human being (empiricism) assumes a relevant role in the results of the method of scientific or philosophical inquiry. According to Charles Sanders Peirce, regarded as the founder of the pragmatist doctrine, Pragmatism (as he called it) understands human convictions and beliefs as routines of the mind, something that leads people to act. The human mind would simply be an umbrella term for the human body's action-driven capacities, and understanding the mind would mean understanding which habits of mind are generated and mobilized for which human actions.

To Consequentialism, Peirce agglutinated Contextualism; after all, the possibilities of adaptation and modification are what would better delineate the mind's background, so that the sociocultural environment would be the great elucidative aspect of the human being's personality compositions. The path of knowledge, according to Peirce, would continuously take as its starting point the mental state in which the individual is already located, according to a

<sup>5</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequentialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo* – RDA, Rio de Janeiro, vol. 248, pp. 130/158, mai/2008. Available in: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Accessed in: 10 sep. 2021.

specific scenario, unfailingly taken from a considerable wave of cognition already structured and unquestioned. Contextualism becomes apparent when evaluating these actions and the knowledge about them based on how well they bring about desirable consequences in problematic moments.<sup>6</sup>

Richard Posner, a contemporary exponent of Legal Pragmatism, rejects the viability of defining truth based on a priori metaphysical hypotheses, giving only mental or aesthetic value to metaphysics. It is relevant to point out that there is not only one homogeneous Pragmatism, but several ways of understanding Pragmatism, taking into account the influences of ancient lines of thought, such as Darwinism, skepticism, the empiricism of classical antiquity, among others.<sup>7</sup>

With this introductory line as background, it is possible to say that the pragmatist concept favors the understanding that even if the decision (choice) is not exactly based on dogmatic shelves, or on static and absolute truths, it will be more adequate the more it appears to be in tune with the social needs of the human being, making it possible for these needs to be satisfactorily met in a given social-historical field.

### **Legal Pragmatism as a method for decision making**

The pragmatist philosophical inclination converged to consolidate the line of legal reasoning oriented to generate the result that, in the conception of the Law user, best meets the human hopes and desires of a social nature. In this sense, Benjamin Cardozo, like Oliver Holmes Jr. and Roscoe Pound, perfected the pragmatist thesis from a legal perspective. Cardozo's work was marked by a pragmatic attitude, which was already an academic precaution, and he was therefore seen as a practical individual, rather than a theoretician or enthusiast for perfection.

As we return to the theoretical debates regarding Law, clamoring for a realistic perspective for its operators to denote the need to move away from conventional conceptual operations and get involved in the demands and realities of everyday being/being, we find in the thought of Holmes Jr. a debate regarding the principles that permeate the exercise of the magistrature, at the moment he stated that everyday life in Law was not logical, but empirical knowledge. Thus, as to the needs felt in his time, at the beginning of the 19th century, in the United States of America, the prevailing moral and political concepts, the transparent or implicit goals of public policy, or even the prejudices that magistrates shared with their countrymen, had been much more prevalent than the syllogism that merely established rules to which individuals should be subject.

Holmes Jr.'s understanding that Law is, above all, experimentation and not exact logic, and that it is therefore guided by reasonableness, in a way, brings together the core

<sup>6</sup> EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e política. *Novos estudos Cebrap*, São Paulo, nº 62, pp. 107/121, mar/2002. Available in: <[https://thamypogrebinschi.files.wordpress.com/2014/10/pragmatismo\\_direito.pdf](https://thamypogrebinschi.files.wordpress.com/2014/10/pragmatismo_direito.pdf)>. Accessed in: 10 set. 2021.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. *Quaestio Iuris*, vol. 14, n. 01, p. 463-480, Rio de Janeiro, 2021.

of the sociological method, also known as the "Sociological School of Law", of Benjamin Cardozo and Roscoe Pound. The understanding of this School was that the political-social component should intervene in the interpretive activity of the law, aiming to guarantee the public interest and the general desires of the community.<sup>8</sup>

To be exact, Legal Pragmatism is not composed as a current aimed at structuring the nature, the origin of Law or to provide a final answer to the legal phenomenon, that is, it does not behave as a Theory of Law, but as a method based on argumentation that justifies decision-making. In fact, none of the authors of Legal Pragmatism proposed to elaborate a Theory of Law. Not even its main contemporary exponent, Richard Posner, intended to do so. Legal Pragmatism is an argumentative method that can be adopted by legal practitioners in the performance of their activities. Such methodology recommends that a contextual analysis of general rules and appropriate precedents that permeate the scenario of the particular case be made, that the results desired by the social political body for the action outlined be precisely defined, and that legal, ethical or moral precepts be used as heuristic instruments on the way to reaching a judgment.<sup>9</sup>

It can be denoted, then, that Legal Pragmatism, as a method of formation of the *decisum*, refers to a comparative-consequentialist framework. This structure entails a comparison between the hypotheses available for the resolution of a particular case and its related developments, which are its practical results in the social scenario. Therefore, due to the possible consequences of the decision, the law enforcer should seek in other spheres of thought, not only the legal one, the measures and reasons for his *decisum*.

Because of this, what can be thought of Legal Pragmatism today is that this way of organizing thought displays a fundamentally practical feature: it looks to the future, observes the daily human anxieties of the future, and is contrary to the static and closed concepts that are characteristic of rationalism. The pragmatist law judge, in advancing along this path, has as his essential intention the option for the best decision. However, to achieve this satisfactory aspect, the pragmatist judge may use his own empiricism as an operator of law, legal and non-legal methods, various theorems, and even past judgments. However, it is of great value to highlight that these sources will only be used when they are appropriate means to reach the best verdict.<sup>10</sup>

Seen as a social practice, Legal Pragmatism assumes a topical dimension, after all, it is the practical issues that will guide the interpretation and application of the rule. Thus, it is from a specific problem that the search for a solution will occur. Pragmatism is a powerful instrument to guide social behavior, shaped by the possible results it provokes

<sup>8</sup> FREITAS, Lorena de Melo. Um diálogo entre Pragmatismo e Direito: contribuições do Pragmatismo para discussão da ideologia na magistratura. *Cognitio-Estudos: Revista Eletrônica de Filosofia*, São Paulo, vol. 04, nº 01, pp. 10/19, jun/2007. Available in: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/5715>>. Accessed in: 05 sep. 2021.

<sup>9</sup> POGREBINSCHI, Thamy. Será o Neopragmatismo pragmatista? – Interpelando Richard Rorty. *Novos estudos Cebrap*, São Paulo, nº 74, pp. 125/138, mar/2006. Available in: <<https://www.scielo.br/j/nec/a/KxHW9SQpgTyTHpq9r8s5zyj/?lang=pt>>. Accessed in: 11 set. 2021.

<sup>10</sup> MAIA, Roberta Figueira Tigre. *O pragmatismo jurídico e o Supremo Tribunal Federal*. Monografia de conclusão de curso de Direito. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, 2008. Available in: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/9603/1/RFTMaia.pdf>>. Accessed in: 02 set. 2021.

in society, whose reach goes beyond the parties in conflict. Thus, the instrumental aspect points to the political bias of Law, having then a systemic reach.

One must take into account that knowledge accompanies the dynamism of daily life, looking to the future insofar as it is based on the consequences of action. The decision about the best course of action to be taken is one that is based on the consideration of the effects of one behavior and another, which means that each individualized result depends directly on each behavior. Therefore, the consequences that can be foreseen guide decision making and, thus, there is no commitment to principles and values. In these terms, the pragmatist seeks to be well-informed about the operation of facts, their properties, and the likely effects caused by alternative courses of action. The force of the facts or the general context characterizes a state of exception or abnormality that justifies the non-observance of the rule, created only for situations of normality.<sup>11</sup>

The American jurist Richard Posner defends that the indispensable presupposition for the progress of interdisciplinarity in the legal field was the development of other areas of intellectual knowledge, such as economics and political theory, which are powerful instruments for better understanding and refining Law. Such a result-oriented point of view, with a notable detachment from inflexible initial demarcations that necessarily guide and direct the course of the reasoning of the judicial verdict (but rather enable the most pertinent solution for the concrete case), is found to be in harmony with the mold under which social relations in US society are based and that, consequently, ends up influencing its legal system.<sup>12</sup>

Speaking on the subject, Sèroussi stated that in clear opposition to England, jurisprudential law, primordial to states that adopt common law, does not have the same rigidity nor the same force of application in the United States of America. The scope of judicial decisions is, evidently, enormous, and the effect of *res judicata* renders impossible any subsequent action that is based on the same legal support. This major source of Law is not, however, instituted as a sovereign rule. The jurisprudence produced certainly expresses the law and has binding force, in theory, due to the relevance of the principle disincentive to subsequent jurisdictions of similar foundation.<sup>13</sup>

Addressing the distinctions present in the realization of law by *common law* and *civil law* courts:

Even English-language judicial opinions, which lack brilliance, tell a story about the meaning of the law applicable to the species and often express a political morality that does not embarrass the judge (whereas in France one would immediately denounce a collusion of law and morality). The common law judge is not the sounding board for the law; his word is more the tuning fork to which lawyers and the entire community of legal professionals submit. Instead of a

<sup>11</sup> CAMARGO, Margarida Lacombe. O Pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJN, Gustavo (Coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>12</sup> POSNER, Richard Allen. Legal Scholarship Today. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 115, nº 05, pp. 1.314/1.326, mar/2002. Available in: <<https://doi.org/10.2307/1342547>>. Accessed in: 02 sep. 2021.

<sup>13</sup> SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Trad. CORDEIRO, Renata Maria Parreira. São Paulo: Landy, 2001.

hierarchical conception of law, in which the judge enters the pyramid only to make the legislator's intention transparent, the common law establishes a community of horizontal language, that of peers, in which opinions circulate and are constantly tested.<sup>14</sup>

Taking into account that the purpose of the federal order to adapt to the economic and social urgencies of a society in constant transformation is still being pursued, the understanding is that precedent should be investigated sparingly, not categorically. In this aspect, the North-American social-historical evolution must be taken into consideration by magistrates who intend to enforce justice in today's society, and no longer that of past centuries. That is why the principle of obedience to judicial precedents (*stare decisis*), originating in the *common law* legal system, is subject to change.<sup>15</sup>

### **The differences between positivist and pragmatist methods of law analysis**

There are two aspects that are relevant to the distinction between the positivist and the pragmatic method. The first refers to the epistemological rupture between theory and practice. On the other hand, the second concerns the difficulty of making methodologically viable the pretended neutrality that impregnates the positivist postulates, in face of the principles of morality.

The positivist method consists in the observation of phenomena, subordinating imagination to observation. Such a method conveys the image that each thing, in its proper place, would lead to the perfect ethical orientation of the individual's social life and how to live in society. Thus, Positivism is the view that serious scientific inquiry should not seek ultimate causes that derive from some external source, but should confine itself to the study of relationships between facts that are directly accessible by observation.

The pragmatist method, on the other hand, is both realistic and idealistic, since it accepts things and events for what they are, independently of thought, and advocates that thought gives rise to very particular acts, which modify future acts and events in such a way as to make them more reasonable, that is, more suitable to the goals we have set for ourselves. In this way, Pierce characterized thought as having stimulus in doubt, by an experience that was considered as unforeseen.<sup>16</sup>

The pragmatist method does not necessarily adopt the postulate of scientific neutrality, unlike positivism. This is because scientific neutrality is not for the pragmatist

<sup>14</sup> GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgars nos Estados Unidos e na França – Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Trad. VASCONCELOS, Regina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 173. Free translation by the authors.

<sup>15</sup> SÉROUSSI, *op. cit.*, 200

<sup>16</sup> REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. *Revista Duc In Altum - Caderno de Direito*, Recife, vol. 01, nº 01, pp. 21/57, set/2009. Available in: <<https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/157>>. Accessed in: 14 sep. 2021.

a mandatory starting point. The pragmatist method considers that the conceivable effects of a practical nature that are involved in a given situation make up its meaning, which implies that the researcher, faced with a problem, does not focus only on a specific method, but on the problem itself. In these circumstances, the operations of the spirit are changeable and dynamic, interacting, in turn, with experience that flows continuously, so that it is possible to think on integrated planes, the abstract and the concrete.<sup>17</sup>

Since intellectual concepts, according to the pragmatic method, are not definite, but dynamic and open, because they are drawn from predictable practical consequences, their number is indefinite and their assessment is probabilistic, being, therefore, impregnated with fallibility. If truth is relative in this sense, concepts, in their turn, would be permanently apt to an endless improvement and refinement of their meanings. Pragmatism ends up departing from the formal and methodologically rational scientific model because it prizes the dynamism of everything and everyone, takes into consideration the evolution of things and their concepts, and hopes for results based on practice (empiricism).

The pragmatic method starts from a real restlessness of the subject with its own prejudices, in order to then eliminate the false problems created by abstraction, thus breaking with the aforementioned positivist dualism that artificially creates abysses between existence and rationality, theory and factual order, thought and action, science and ethics, contextualizing them and directing them towards an integrated understanding of social life, namely the legal universe.<sup>18</sup>

Furthermore, it should be remembered that Pragmatism does not necessarily conjure up a total detachment from the past tense. The pragmatic legal judge is not against legislation, but against the blind use of legal rules that ignore the scenario of their incidence. The rules and principles are understood as working hypotheses that should be frequently tested by the results they generate in their applicability to concrete cases. The magistrate, for pragmatic reasons and not for essentialist matters, may choose to follow the legal command (or even the precedent). According to Posner, Pragmatism allows the legal judge, only in extreme situations, to disregard the legislative observation of results.<sup>19</sup>

### **The possibility of applying Legal Pragmatism in the Brazilian legal system**

The national legal system has as a guideline the search for the best results from the interpretation of the rule, as can be noted by the definition in Article 5 of the Law of

<sup>17</sup> MOTA, Marcel Moraes. Posner, Kelsen e Hayek: Pragmatismo Jurídico, Positivismo Normativista e Liberalismo político-econômico austríaco. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, pp. 1.038/1.056. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Available in: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2208.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2208.pdf)>. Accessed in: 04 sep. 2021.

<sup>18</sup> REGO, *op. cit.*, 2009.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, vol. 256, pp. 129/163, jan/2001. Available in: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>>. Accessed in: 11 sep. 2021.

Introduction to the Rules of Brazilian Law - *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (Decree-Law No. 4657/1942): "In the application of the law, the judge shall attend to the social purposes to which it is directed and to the requirements of the common good".<sup>20</sup>

Without any uncertainty, after all, the interpretation of what is contained in the expression "requirements of the common good" cannot be any other, the legislation in question has established, as an interpretative guideline, that the Positive Law must go through a sieve, in which the social and human consequences of the applicability of the legal text to the specific situation must be observed, without ever leaving aside the results of this subsumption (social objectives), guiding it to reach the most beneficial consequence to society. Thus, the understanding must pay attention to the social factors and the consequences arising from this perception. The Law cannot segregate itself from the environment in which it operates, failing to supply the other externalizations of social and economic life, but this life cannot be in static concordance with the regulations created by the Legislative Power.

If the positive commands do not change as society evolves, consciously or unconsciously, the Courts adapt the given text to the emerging and fortuitous situations. The jurisprudence itself is a means of the general progress process. Due to this, Hermeneutics, if it cannot avoid the interference of the means in the precise sense and in the unrestricted reach, will be able to attend to the results of a specific exegesis.

Especially after the data from Sociology have been entered by virtue of exegeses, Hermeneutics attends to the probable consequences of each interpretation. Such consequences are regarded with high esteem, and one starts to orient oneself, having them as reference. Hermeneutics varies having the consequences in vogue when the normative act allows more than one way of understanding and applying it. Whenever appropriate, it will avoid a consequence that conflicts with the common good, adapting the understanding of the legal provision.<sup>21</sup>

The jurisprudence of the Federal Supreme Court has made use of Legal Pragmatism to render decisions in situations of great social repercussion. On several occasions, the Supreme Court has considered the possible economic and social results to issue its verdicts. However, the so-called "Cryptoconsequentialism" has stood out, that is, the application of formal and normative deductions, even if one notices, in the *decisum*, a notable consideration of the consequences. The understanding of Administrative Law through Pragmatism stimulates, then, a relevant analysis of classic and traditional dogmas.

A court case that offers reflection from the point of view of Legal Pragmatism is the judgment of the Direct Unconstitutionality Action (*Ação Direta de Inconstitucionalidade* - ADI) 4277 and the Argument of Noncompliance with a Fundamental Precept (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* - ADPF) 132, which dealt with stable union for same-sex couples. The stable union is provided for in article 226, §3º of the Federal

<sup>20</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942*. Rio de Janeiro: Federal Senate, 1942.

<sup>21</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

Constitution, by which the legislator recognizes the stable union between man and woman as a family entity. Faced with a very divided public opinion regarding the recognition of the civil effects of homosexual unions, the Federal Supreme Court decided that the constitutional rules that deal with equal rights among citizens and the promotion of the collective good, without discrimination of origin, race, color, sex, or age. Once again, the Supreme Court has demonstrated a pragmatic posture, by promoting the elasticity of interpretation of constitutional rules in the name of ensuring the efficiency of judicial decisions, since it has conferred legitimacy to relationships between people of the same sex, which, although not recognized as legal by the legislature, are being increasingly being increasingly enshrined in society.<sup>22</sup>

It is usual the uncritical mention to the famous statements of the doctrine in the appraisal of legal bodies, and in the composition of administrative disputes, namely: a) legality within the administrative would only allow the administrator's activity when it is nominally empowered by legislation, but such understanding has never been fully applied; b) the primacy of the collective interest has always been mentioned as the basis for the recognition of public-administrative competence over the desires of individual subjects, when, in fact, the performance of administrative fruition turns imperiously to the safeguarding of fundamental rights; c) the precept of indisposability of the public interest is evoked with the purpose of limiting the discretion of public servants who could not yield in the application of the legislation, which concretely is not in line with the current legal system, which honors consensus mechanisms for the performance of the administrative function, having as examples the public consultations, the public hearings, and the arbitration institute and d) the moderation of the legality of administrative practices is usually based on the investigation of formal compliance with the body of law, without much concern for the material results of the administrative resolution.<sup>23</sup>

More recently, in April 2018, Law No. 13,655 came into force, which provided for new provisions to the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, deserving special attention to articles 20 and 21. Said legislation, which had the scope of expanding legal certainty, bringing efficiency in the creation and application of public law, represented one of the most notable incorporations, by the Brazilian legal system, of the pragmatist and consequentialist thought, able to produce an argumentative exercise regarding the application of post-positivist ideals.<sup>24</sup>

According to Didier Jr. and Oliveira, the provision "makes it clear that the judge, in a given scenario, must consider the consequences of his decision. More than that, the judge must "expose the path that his reasoning took to reach the perception about such consequences and to choose, among the possible options, the one that seemed necessary and appropriate to the case. The purpose of art. 20 of the Law of Introduction to the Rules

<sup>22</sup> D'MACÊDO, Juliana Maria. Pragmatismo Jurídico no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Humanidades*, São Caetano do Sul, nº 25, pp. 01/05, 2013. Available in: <<https://tinyurl.com/4dczr3uy>>. Accessed in: 02 jul. 2023.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Pragmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

<sup>24</sup> GIACOMINI, Charles J. Pragmatismo Jurídico e Consequentialismo: a análise econômica do direito pede ingresso na magistratura. *Revista Direito Hoje*, maio/22. Available in: <<https://tinyurl.com/bdekys8d>>. Accessed in: 18 nov. 2022.

of Brazilian Law is to "ensure legal security through the delivery of more qualified decisions, since 'the rhetorical use of very vague principles has been a facilitating and legitimizing element of superficiality and voluntarism'.<sup>25</sup>

The command set forth in art. 20 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law determines that not only in the judicial sphere, but also in the administrative and controlling spheres, decisions shall not be made solely based on abstract legal values, and the practical consequences of the decision must be considered. The sole paragraph of the mentioned article states that the motivation will have to demonstrate, in reality, the binomial necessity-adequacy of the measure imposed or of the invalidation of the act, contract, adjustment, process or administrative rule, including as a result of the possible alternatives.<sup>26</sup>

Article 20 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law clearly incorporates the 'hermeneutical postulate of pragmatism'. As a whole, the provision seems to seek 'the balance between adequate justification and the practical result of the decisions'. Thus, since the rule is in effect, it is necessary to combine the elements of "the legal structuring of the argumentation" with the "practical and feasible aspects" of the decision. It is, therefore, a requirement for qualified motivation, with the aim of reducing the indeterminacy of decisions. After all, to be pragmatic is to have 'the propensity to consider the practical effects of decisions more than to debate solutions to concrete problems around vague concepts, ambitious theories and generalities'.<sup>27</sup>

Art. 21 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law brings together the consequentialist postulate, by making express reference to the legal and administrative consequences of the decision. In effect, the judge must present the practical consequences of the decision, with respect to the analysis of the facts and the merits and legal grounds. The pragmatist judge should employ all available resources, theoretical, empirical, legal and extra-legal, in order to make the best decision. Judgmental activity demands an open vision, using a broad substratum related to historical, social, cultural and political beliefs, which implies the use of specific knowledge in the fields of philosophy, ethics, logic, politics, economics and psychology, to name but a few branches of science.

Neopragmatism, applied to legal studies, forms the academic perspective that rejects all foundational claims of legal theory, but at the same time remains committed to the view that legal theory can be useful in solving legal problems. For Richard Rorty, theory is a tool that can be used to help judges solve legal problems pragmatically. In his pragmatic perspective, judges' decisions occur in a context of complete ignorance about whether the decisions will be right or wrong, so they act as if they are taking a "leap in the dark." In other words, the

<sup>25</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 73, jul./set. 2019, pp. 116/17. Available in: <<https://tinyurl.com/hvmdkv6v>>. Accessed in: 06 nov. 2022.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> GIACOMINI, *op. cit.*, 2022. Free translation by the authors.

purpose of legal inquiry is guided by the interrelationship between factors such as utility, economics, politics, considering that there are as many purposes to be pursued (justice, equality, etc.) as there are means to achieve them.<sup>28</sup>

Pragmatist judges, in fact, do not merely declare the law, but create it, that is, they make it. As stated by Benjamin Nathan Cardozo, "the judge is, himself, a creator of law and, therefore, capable of directing it towards the greatest social utility. The process, at its height, is not discovery, but creation".<sup>29</sup> The pragmatic approach, as proposed here, does not intend to reduce the application of law to subjectivism, especially because the use of legal pragmatism is amalgamated with knowledge and theory, having a rational purpose, guided by methodological criteria, and consubstantiating itself in a "theoretical framework that, by exercising abstraction, manages to establish connections with the real world".<sup>30</sup> In other words, every philosophical-scientific investigation is linked to real world experience, and its practical consequences and repercussions.

### Concluding remarks

It can be concluded that Legal Pragmatism is not a theory about the practice of law, but rather a means of carrying out this very practice. Because of this, its theoretical evolution, which is under constant construction and transformation, cannot and should not be done in an isolated manner in universities and schools of thought. If its format is already known to us, it is still necessary to identify and expand its content and substance. And this can only be achieved through the magistrates' routine and habitual activity, as well as their study and understanding.

It is feasible to deduce the relevance of the re-analysis of Administrative Law through Legal Pragmatism, deconstructing abstract and fundamentalist theorizations, which do not fit into the plural and contemporary legal system. The expected dispute between the desires protected in the Constitutional Text shows the unfeasibility of the continuity of extreme conceptions in the legal sphere. However, it is not convenient to allege that Pragmatism is the only resource for the appreciation of the legal system, although, without reservations, it represents a relevant instrument for synchronizing legal norms with daily reality.

Likewise, the fact that Pragmatism suggests the interpretation associated with the general context and the results does not mean, of course, that the hermeneutic applier of the Law needs to disregard the values acclaimed in the Constitution. The understanding

<sup>28</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis?* A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Master's Dissertation submitted to the Graduate Program in Law - Philosophy and General Theory of Law Department of the Law School of the University of São Paulo, São Paulo, 2011, p. 57). Available in:<<https://tinyurl.com/2ycmb7ax>>. Accessed in: nov. 2022. Free translation by the authors.

<sup>29</sup> CARDOZO, Benjamin Nathan. *A Natureza do Processo Judicial*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 17.

<sup>30</sup> MAIA, *op. cit.*, 2016.

of Administrative Law must take into account the discordant and heterogeneous constitutional values, while the consequences will be used as justifying parameters for the preponderance of a specific value in the solution of the case at hand. The Democratic State of Law, characterized by pluralism, presupposes the abstention from axioms that have no basis in the Constitutional Text, nor are compatible with the heterogeneity of the social body. And, in the case of the innovations brought by the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, the incorporation into the legal system of foundations related to the economic analysis of law, especially concepts related to Legal Pragmatism and Consequentialism, must be accepted.

## REFERENCES

ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin*. Master's Dissertation submitted to the Graduate Program in Law - Philosophy and General Theory of Law Department of the Law School of the University of São Paulo, São Paulo, 2011. Available in: <<https://tinyurl.com/2ycmb7ax>>. Accessed in: nov. 2022

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1942.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O Pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJN, Gustavo (Coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A Natureza do Processo Judicial*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 73, jul./set. 2019, pp. 116/17. Available in: <<https://tinyurl.com/hvmdkv6v>>. Accessed in: 06 nov. 2022.

D'MACÊDO, Juliana Maria. Pragmatismo Jurídico no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Humanidades*, São Caetano do Sul, nº 25, pp. 01/05, 2013. Available in: <<https://tinyurl.com/4dczr3uy>>. Accessed in: 02 jul. 2023.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e política. *Novos estudos Cebrap*, São Paulo, nº 62, pp. 107/121, mar/2002. Available in: <[https://thamypogrebinschi.files.wordpress.com/2014/10/pragmatismo\\_direito.pdf](https://thamypogrebinschi.files.wordpress.com/2014/10/pragmatismo_direito.pdf)>. Accessed in: 10 set. 2021.

FREITAS, Lorena de Melo. Um diálogo entre Pragmatismo e Direito: contribuições do Pragmatismo para discussão da ideologia na magistratura. *Cognitio-Estudos: Revista Eletrônica de Filosofia*, São Paulo, vol. 04, nº 01, pp. 10/19, jun/2007. Available in: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/5715>>. Accessed in: 05 sep. 2021.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França – Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Trad. VASCONCELOS, Regina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMINI, Charles J. Pragmatismo Jurídico e Consequencialismo: a análise econômica do direito pede ingresso na magistratura. *Revista Direito Hoje*, maio/22. Available in: <<https://tinyurl.com/bdekys8d>>. Accessed in: 18 nov. 2022.

MAGALHÃES, Theresa Calvet. Origens do Pragmaticismo: O “Antifundamentalismo” de C. S. Peirce e a sua Defesa da Filosofia Crítica do Senso Comum. *Cognitio: Revista de Filosofia*, São Paulo, vol. 07, nº 01, pp. 49/76, jun/2006. Available in: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/view/13570>>. Accessed in: 15 sep. 2021.

MAIA, Mayssa Maria Assmar Fernandes. *Hermenêutica, Pragmatismo e Aplicação do Direito*. Master's dissertation from the Graduate Program in Law at the Pontifical Catholic University of São Paulo, São Paulo, 2016. Available in: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/18828>>. Accessed in: 18 nov 2022.

MAIA, Roberta Figueira Tigre. *O pragmatismo jurídico e o Supremo Tribunal Federal*. Monografia de conclusão de curso de Direito. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, 2008. Available in: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/9603/1/RFTMaia.pdf>>. Accessed in: 02 set. 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 20<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

MOTA, Marcel Moraes. Posner, Kelsen e Hayek: Pragmatismo Jurídico, Positivismo Normativista e Liberalismo político-econômico austríaco. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, pp. 1.038/1.056. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Available in: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2208.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2208.pdf)>. Accessed in: 04 sep. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Pragmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, vol. 256, pp. 129/163, jan/2001. Available in: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>>. Accessed in: 11 sep. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. *Quaestio Iuris*, vol. 14, n. 01, p. 463-480, Rio de Janeiro, 2021.

POGREBINSCHI, Thamy. Será o Neopragmatismo pragmatista? – Interpelando Richard Rorty. *Novos estudos Cebrap*, São Paulo, nº 74, pp. 125/138, mar/2006. Available in: <<https://www.scielo.br/j/nec/a/KxHW9SQpgTyTHpq9r8s5zyj/?lang=pt>>. Accessed in: 11 sep. 2021.

POSNER, Richard Allen. Legal Scholarship Today. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 115, nº 05, pp. 1.314/1.326, mar/2002. Available in: <<https://doi.org/10.2307/1342547>>. Accessed in: 02 sep. 2021.

REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. *Revista Duc In Altum - Caderno de Direito*, Recife, vol. 01, nº 01, pp. 21/57, set/2009. Available in:

<<https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/157>>. Accessed in: 14 sep. 2021.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Trad. CORDEIRO, Renata Maria Parreira. São Paulo: Landy, 2001.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo* – RDA, Rio de Janeiro, vol. 248, pp. 130/158, mai/2008. Available in: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Accessed in: 10 set. 2021.

Data de Recebimento: 19/11/2022

Data de Aprovação: 05/08/2023

## LEGISLATION'S PERMISSIVENESS AND THE FORMATION OF BRAZILIAN POLITICAL PARTIES (1979-2018)

### LEGISLAÇÃO PERMISSIVA E A CRIAÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL (1979-2018)

Cristiana Maglia<sup>1\*</sup>

#### RESUMO

Ao abordar a alta fragmentação do sistema partidário brasileiro, uma resposta comumente dada é que a legislação é permissiva. Segundo a literatura, criar um partido no Brasil é relativamente mais fácil do que em outros países. Este artigo questiona: como a legislação afetou a formação dos partidos políticos desde a redemocratização no Brasil? O artigo busca verificar tal permissividade a partir de dois enfoques de análise da legislação. O primeiro centra-se na legislação eleitoral, enquanto o segundo enfoca a legislação partidária específica. A análise confirma a perspectiva de que as leis eleitoral e partidária estruturam incentivos e constrangimentos sobre a criação de novos partidos, embora seu impacto não tenha sido uniforme ao longo do tempo. As regras se mostram condição necessária para explicar o surgimento dos partidos, porém não suficiente. Mudanças na legislação geraram janelas de oportunidade para criação de novas legendas com impactos relevantes para o desenho do sistema partidário brasileiro.

**Palavras-chave:** Instituições brasileiras; partidos políticos; legislação eleitoral; legislação partidária; novos partidos.

#### ABSTRACT

When addressing the high fragmentation of the Brazilian party system, one commonly argued response is that the legislation is permissive. According to the literature, establishing a party in Brazil is considered relatively easier than in comparison to other countries. This article questions: how has legislation affected the formation of political parties since Brazil's transition to the multiparty system? This article aims to examine this permissiveness using two approaches of analysis of the legislation. The first one is centered on the electoral legislation, whereas the second one focuses on the specific party legislation. The analysis of the regulation, including bibliographic research and the examination of the relevant laws and resolutions, confirms the perspective that rules structure incentives and constraints for the formation of parties, although their impact has not been consistent over time. Rules are a necessary condition in explaining the emergence of parties, however, not a sufficient one. Institutional changes have created windows of opportunity for the formation of parties with relevant impacts on the design of the Brazilian party system.

**Keywords:** Brazilian institutions; political parties; electoral legislation; party legislation; new parties.

<sup>1\*</sup> É bacharela em RI e mestra em Ciência Política pela UFRS, Doutora pelo PPG em Ciência Política na UFRS tendo realizado o período sanduíche no Centro de América Latina da Universidade de Oxford como bolsista CAPES, Senior Research Fellow no NUPI, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9843512531149276>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6087-8478>. Email: [cristiana.maglia@nupi.no](mailto:cristiana.maglia@nupi.no).

## INTRODUCTION

How has legislation affected the formation of political parties since Brazil's transition to the multiparty system? The high fragmentation of the Brazilian party system has often been attributed to the permissive nature of its legislation<sup>2</sup>. In fact, the Brazilian party system has the highest effective number of parties in the world<sup>3</sup>. In 2020, there were 30 parties with legislative representation, making Brazil the system with the highest effective number of parties ever registered: 16,46. According to the literature, establishing a party in Brazil is considered relatively easier than in comparison to other countries. It is required a program, a statute, and the signature of around 500 thousand electors<sup>4</sup> to access the public resources from the Party Fund (Laws No. 6.767/1979, No. 9.504/1997, No. 11.459/2007, No. 13.165/2015) and the Special Campaign Finance Fund (Law No. 13.488/2017). This stands as a significant contrast to other nations, where parties can only access public resources after their candidates are elected. This distinction often leads to the perception that forming a party in Brazil is less challenging.

However, there are few detailed analyses about the level of permissiveness of the legislation. This article aims to fill this gap by examining this leniency using two analytical approaches. The first one focuses on the electoral legislation, exploring the rules for the allocation of seats given the distribution of votes and the impacts of coalitions for proportional representation elections when the open list system is used. The second approach focuses on the specific party legislation and its changes since the return to the multiparty system during the re-democratization process in Brazil. The methodology to achieve these approaches is descriptive and explanatory, relying on an extensive analysis of the legislation through a triangulation of bibliographic research and the examination of the relevant norms, laws and resolutions themselves.

Our analysis confirms the perspective that rules structure incentives and constraints for the formation of parties. However, we argue that the legislation did not operate uniformly over time. Rules are a necessary condition to explain the emergence of parties, however, not sufficient. Institutional changes have created windows of opportunity for the formation of parties. This changing structure, however, also required agents with interest to form parties. These processes result in relevant impacts in the party system, however, the relationship between the formation of parties and fragmentation is yet to be researched. In this article, we zoom in on the association between legislation and the formation of parties.

<sup>2</sup> Silvana Krause and Denise Paiva, "Perdas e Ganhos: Lideranças Políticas Brasileiras e Instabilidade Na Representação Dos Partidos—Lógica Nacional X Lógica Estadual (1982-2001)," in *Partidos No Cone Sul: Novos Ângulos de Pesquisa*, ed. by Célio Pinto and André Marenco (Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2002); Jairo Nicolau, *Multipartidarismo e Democracia: Um Estudo Sobre o Sistema Partidário Brasileiro (1985-94)* (Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996); Cesar Zucco Jr and Timothy Power, "Fragmentation Without Cleavages? Endogenous Fractionalization in the Brazilian Party System," *Comparative Politics*, 53.3 (2021), 477-500.

<sup>3</sup> Michael Gallagher, "Election Indices."

<sup>4</sup> 0.5% of valid votes for members of Câmara dos Deputados, in the previous election.

The article is structured as follows. In the next section, we focus on the electoral legislation and its impact on party fragmentation, examining both its general effects on parties and its specific implications for Brazil. The third section initiates a discussion on how party legislation has impacted in the formation of parties, but also their access to elections and financial resources. Specifically, we delve into the Falcão Law and its impact in the process of openness during the return to the multiparty system. Subsequently, we analyze the Organic Law of Political Parties. The fourth section continues examining party legislation, with a particular focus on the role of the TSE as a legislator on party organization and discipline. Section five discusses the evolution of the party funding in the legislation, also highlighting the impact of the mini reforms of 2015 and 2017. Resuming the argument that the permissiveness of legislation is closely linked to the fragmentation of the Brazilian party system, the sixth section analyzes the trajectory of the Effective Number of Parties (ENP) as supporting evidence. The last section presents the conclusions to provide a comprehensive understanding of the relationship between party legislation, electoral access, party funding, and the fragmentation of the Brazilian party system.

### **Electoral institutions and the number of parties**

Amorim Neto e Cox<sup>5</sup> affirm that two general approaches explain the number of parties in a given system. The first one focuses on the importance of existing social cleavages. The second one addresses the role of electoral rules that influence or limit the formation of coalitions. This second view is the one we discuss in this section. The institutionalist literature focuses on fragmentation as a systemic phenomenon: institutions offer incentives and constraints that affect the number of parties operating, directly resulting in the fragmentation of the system.

Duverger's<sup>6</sup> seminal perspective provided a starting point for the analysis of these institutional variables. In addition to socioeconomic features and ideology, Duverger highlighted the importance of electoral rules for the structure of a party system: in three hypotheses (law)<sup>7</sup>, he suggested causality between electoral formulae and the number of parties. In a logical and methodological exercise to account for the deterministic nature of such law, Lijphart<sup>8</sup> also noted a high correlation between majority systems and bipartisanship, and between proportional and multiparty systems: the greater the electoral magnitude, the greater the proportionality of the vote and the more favorable are the conditions for small parties to elect candidates.

<sup>5</sup> Octavio Amorim Neto and Gary W Cox, "Electoral Institutions, Cleavage Structures, and the Number of Parties," *American Journal of Political Science*, 1997, 149–74.

<sup>6</sup> Maurice Duverger, *Os Partidos Políticos*, 3a edn (Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987).

<sup>7</sup>Proportional representation tends to a system of multiple, rigid, independent and stable parties; the majority ballot of two shifts tends to a system of multiple parties, flexible, dependent and relatively stable, and; the majority single-shift ballot tends to a dualist system, with alternating of large independent parties (1987, p. 241).

<sup>8</sup> Arend Lijphart, "The Political Consequences of Electoral Laws, 1945–85," *American Political Science Review*, 84.2 (1990), 481–96.

This is similar to what Duverger<sup>9</sup> called the mechanical and psychological effects of electoral systems. Through the mechanical effect, electoral systems affect the plurality of preferences manifested in voting. The psychological effect accounts for the anticipation that voters make of this phenomenon: the tactical vote. The impact of those two properties is balanced by the proportionality of the system, depending on the electoral district magnitude. In single-member districts, voters need to strategize, considering the candidates most likely and sometimes giving up on electing their candidate and party of preference<sup>10</sup>. In the multi-seat districts, the greater the electoral magnitude, the greater the chances of voters being able to vote in their first choice of preference, with more chances of electing candidates for small parties. There is a consensus among analysts that the electoral system that dictates the rules of the legislative dispute has a significant impact on the party system and the number of parties<sup>11</sup>.

In addition to this probabilistic relationship between proportional representation and the number of parties, some features within this system are crucial. The party system is not only the sum of its parties but also has its own properties of interaction, opportunities and conscriptions<sup>12</sup>, such as rules concerning the conversion of votes into office. In this sense, we analyze two particularities of the Brazilian electoral system that can affect party fragmentation: the rules of distribution of seats and the formation of coalitions. These topics do not exhaust the list of possible institutional effects of the electoral system on the parties but help to understand some aspects that constrain or encourage the formation of parties in Brazil.

The Brazilian Parliament uses simple majority system for the Senate and proportional representation for the Lower Chamber. This means that for the election of senators, the distortion between voting and representation is quite high. In the case of the federal representatives, the choice for proportional representation aimed to ensure that a greater diversity of views present in society is reflected in Congress and that, as a result, there is a greater correspondence between the votes of the parties and their representation in each district. This type of representation, used as a safeguard option in democracies with diverse groups and minorities, offers more chances for smaller parties to achieve representation with votes scattered throughout the territory. However, even if corresponding mathematical equity between votes and seats for the parties is attempted, there are different methods for distributing seats<sup>13</sup>. These rules are not neutral and produce different results because they have different conceptions about what is proportionality and how to maximize it<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Duverger.

<sup>10</sup> Lijphart.

<sup>11</sup> Jairo Nicolau, *Sistemas Eleitorais* (Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012).

<sup>12</sup> Carlos Ranulfo Felix de Melo, "Eleições Presidenciais, Jogos Aninhados e Sistema Partidário No Brasil," *Revista Brasileira de Ciência Política*, 4, 2010, 13-41; Giovanni Sartori, *Partidos e Sistemas Partidários* (Brasília: Universidade de Brasília, 1982).

<sup>13</sup> Nicolau, *Sistemas Eleitorais*.

<sup>14</sup> Michael Gallagher, "Proportionality, Disproportionality and Electoral System," *Electoral Studies*, 10.1 (1991), 33-51.

The Brazilian system first uses the calculation of the electoral quotient (Hare quota) for the distribution of seats, since Law N. 4.737, from 1965<sup>15</sup>. This is the fixed quota that each party needs to achieve to elect a representative. Next, the D'Hondt method is used, dividing the leftovers from the highest averages between the parties that reached the EQ (Art. 109). This calculation ends up favoring the larger parties, because the calculation of leftovers, in addition to excluding the parties that did not reach the QE, guarantees greater representativeness of the parties that obtained more votes. As Gallagher<sup>16</sup> pointed out, the D'Hondt method is seen as the least proportional variant of PR, even if this focuses on a specific judgment on how disproportionality should be measured. Until 1998, white votes were no longer part of the count of valid votes, which further increased the electoral quotient, disfavoring small parties. The electoral quotient appears, therefore, as an implicit barrier clause of the electoral method, dissimulating party fragmentation, by hindering the representation of smaller parties, and the formation of new ones.

Another aspect of the proportional system adopted in Brazil makes the electoral design compensate small parties: the possibility of electing candidates through coalitions in proportional elections. Through this, small parties use electoral alliances as a way to circumvent this electoral barrier implicit in legislation, since the electoral quotient is then calculated for the coalition and not for the sole party. Thus, parties maintain their organizational autonomy, and present their own list of candidates, but see their votes added to other parties of the coalition. This peculiarity makes coalitions for the Lower Chamber seen by literature as one of the most evident causes of high party fragmentation in Brazil<sup>17</sup>.

It is worth noting, however, that this relationship is not direct: the transfer depends on the concentration or distribution of votes in the parties that make up the coalition. As Calvo, Guarnieri and Limongi<sup>18</sup> pointed out, small parties usually have a higher concentration of votes for certain candidates. This phenomenon is made possible by another characteristic of the proportional representation system used in Brazil: the open list. It defines the order of distribution of seats in a coalition, or party, according to the party quotient and the method for dealing with leftovers. The open list allows voting

---

<sup>15</sup> Brasil, *Lei Nº 4.737, de 15 de Julho de 1965*, 1965, Art. 106.

<sup>16</sup> Gallagher, "Proportionality, Disproportionality and Electoral System."

<sup>17</sup> André Borges, "Razões Da Fragmentação: Coligações e Estratégias Partidárias Na Presença de Eleições Majoritárias e Proporcionais Simultâneas," *Dados*, 62.3 (2019), 1-37; Ernesto Calvo, Fernando Guarnieri, and Fernando Limongi, "Why Coalitions? Party System Fragmentation, Small Party Bias, and Preferential Vote in Brazil," *Electoral Studies*, 39 (2015), 219-29; Jefferson Dalmoro and David Fleischer, "Eleição Proporcional: Os Efeitos Das Coligações e o Problema Da Proporcionalidade," in *Partidos e Coligações Eleitorais No Brasil*, ed. by Silvana Krause and Rogério Augusto Schmitt (São Paulo: Unesp, 2005); Humberto Dantas and Sérgio Praça, "Pequenos Partidos No Brasil: Uma Análise Do Posicionamento Ideológico Com Base Nas Coligações Municipais de 2000 a 2008" in *Coligações Partidárias Na Nova Democracia Brasileira: Perfil e Tendências*, ed. by Silvana Krause, Humberto Dantas, and Luis Felipe Miguel (Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, Unesp, 2010); Fernando Limongi and Fabricio Vasselai, "Entries and Withdrawals: Electoral Coordination across Different Offices and the Brazilian Party Systems," *Brazilian Political Science Review*, 12.3 (2018), 1-27; Nicolau, *Multipartidarismo e Democracia: Um Estudo Sobre o Sistema Partidário Brasileiro (1985-94)*.

<sup>18</sup> Calvo, Guarnieri, and Limongi.

for a specific candidate, resulting in a ranked list, according to the total number of votes each received. The seats are then held by the candidates with more votes in the coalition, regardless of the party. Even if all parties benefit from the inclusion of "brokers" these are more common in small parties, because the most efficient strategy is to concentrate the party vote and ensure that at least one candidate is at the top of the coalition list. Enéas Carneiro in 2002 and Francisco Everardo Tiririca in 2010 are examples of "brokers" that transfer votes to other candidates.

Another main strategy for small parties is to establish electoral coalitions. This is common because, even with large votes for specific candidates, they may not be able to achieve the cut-off point of the electoral quotient. An example of this was the results of the candidate Luciana Genro in 2010: she was the fifth in the total number of votes in a district of magnitude 31, but since her party did not reach the QE, she could not be elected. The institutional design allows small parties to be able to elect candidates, facilitating their entry into Congress. Since 1981, 164 parties have applied for registration in the Superior Electoral Court (TSE). However, the advantages for small parties to survive electorally do not directly reflect in electoral fragmentation or the proliferation of party formation. Changes in the specific regulation of the party system and the possibilities of access to resources are equally important aspects.

### **Party system formation: from the Falcão Law to the Organic Law of Political Parties**

In the next sections, we discuss the rules that affect political parties directly, considering their formation, access to elections and financial resources. They point to a frequent claim among analysts when discussing party fragmentation: the legislative is permissive<sup>19</sup>. Still, this legislation was modified several times throughout the re-democratization process. These regulations structure opportunities and constraints for the parties, creating constitutional, legal and administrative barriers over the past forty years.

The current Brazilian party legislation dates from the transition from bipartisanship<sup>20</sup>, to the multiparty system still during the military dictatorship. This restitution, based on the Falcão Law, Law No. 6.767/1979<sup>21</sup>, was the steppingstone of the slow, gradual and safe transition process, initiated in 1974. Between 1979 and 1980, five parties obtained their records from the TSE: in support to the military regime, PDS (Social Democratic Party, *Partido Democrático Social*), and, in opposition, PMDB (Party of the Brazilian Democratic Movement, *Partido do Movimento Democrático Brasileiro*), PTB (Brazilian Labor Party, *Partido Trabalhista Brasileiro*), PDT (Democratic Labour Party, *Partido Democrático Trabalhista*) and PT (Workers' Party, *Partido dos Trabalhadores*).

<sup>19</sup> Krause and Paiva; Nicolau, *Multipartidarismo e Democracia: Um Estudo Sobre o Sistema Partidário Brasileiro (1985-94)*; Zucco Jr and Power.

<sup>20</sup> From 1965 to 1979, the military government implemented a legally enforced two-party system, in which supporters of the regime were in the National Renewal Alliance Party (ARENA), and the official opposition, in MDB, that stands for Brazilian Democratic Movement (*Movimento Democrático Brasileiro*).

<sup>21</sup> Brasil, *Lei Nº 6.767, de 20 de Dezembro de 1979*, 1979.

Legislation is always a necessary element to explain the formation of parties, even if not enough to analyze the complexity of this process. The restricting regulation coming from the Institutional Acts (AI-2 and AI-4) promulgated by the military government, had enabled the freezing of the two-party system. From the moment the legislation imposed that it would no longer be possible to form parties, the economic, social or cultural context, nor the articulation of political elites, could affect the party system design.

As this extreme case shows, rules are essential to understanding the fragmentation of the system and the possibilities for establishing parties. They are the ones that first structure party competition, as well as access to elections and public resources. These formal rules are not neutral instruments, they are subject to change by the legislative process, and also through the Executive and Judiciary. An example of this was the promulgation of the Falcão Law itself, a way found by the military government to divide the regime's oppositionists and control the political transition<sup>22</sup>.

From this moment, with the Falcão Law, the TSE began to require a hand full of documents: a manifesto, a program, a statute, minutes of designation of provisional regional commissions, and the accreditation of six representatives of the party, and their deputies (Art. 8). The party would then have a one-year deadline to organize conventions, committees and directories in the three levels of the federation (federal, state and municipal) in at least one-third of the states. Once these steps have been proven, the party would receive its definitive registration from the election of 10% of congressional representatives; or by express support (by votes) of 5% of the electorate, in at least nine states, with a minimum of 3% in each of them (Art. 14, items I and II). According to Bennech<sup>23</sup>, other norms that incentivized the formation of new parties in this law were: 1. the understanding that the mandate belonged to the party unless the representative participated in the foundation of another party (Art. 72); and 2. access to the Party Fund since its establishment (Art. 97), even without elected representatives. The amount of the Party Fund was to be distributed: 10% of the total equally among all parties, while 90% proportionally to the number of congressional representatives of each party.

However, the Falcão Law still imposed obstacles to the electoral success of the new parties. The mandatory word 'party' in the nomenclature (Art. 5, § 1), made to directly impact the electoral brand of the MDB, and the legal prohibition of the establishment of electoral coalitions for proportional elections at the three levels (Art. 19) were examples of these restrictions. Added to this, the presidential decree that governed the 1982 elections, called the November Package, imposed a 'tied' straight party vote (*voto vinculado*), favoring parties with capillarized structures. This resulted in an electoral competition in a remained bipartisan structure, marked by the dispute between the

<sup>22</sup> Maria D'Alva Gil Kinzo, "A Democratização Brasileira: Um Balanço Do Processo Político Desde a Transição," *São Paulo Em Perspectiva*, 15.4 (2001), 3-12; Gláucio Ary Dillon Soares, "A Política Brasileira: Novos Partidos e Velhos Conflitos," in *Da Distensão à Abertura. As Eleições de 1982*, ed. by Alexandre de Souza Costa. Barros (Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988), pp. 91-118.

<sup>23</sup> Anna Paula Bennech, "A Emergência de Novos Partidos Políticos No Brasil (1979 – 2015): O Arcabouço Legal É Suficiente Para Explicar Este Fenômeno?" [(Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016).

parties that inherit the two-party system, PDS and PMDB<sup>24</sup>. The multiparty system was thus re-established, but with certain restrictions, resulting much more in the return of pre-1964 parties (PTB, PDT), and in the successors of the military regime (PDS, PMDB) than in the new party system. The only example of newness in the multiparty system was the PT<sup>25</sup>.

In 1985, Constitutional Amendment No. 25<sup>26</sup> allowed the reorganization of the parties that had had their previous registration rejected, canceled or revoked (Art. 6), allowing the return of communist and socialist associations, such as the PCB (Brazilian Communist Party, *Partido Comunista Brasileiro*), the PCdoB (Communist Party of Brazil, *Partido Comunista do Brasil*) and the PSB (Brazilian Socialist Party, *Partido Socialista Brasileiro*). At this point, other small parties began to organize, increasing the number of parties registered by the TSE from the second half of the 1980s<sup>27</sup>. The TSE allowed other 24 parties to launch candidates in the 1986 elections, for the National Constituent Assembly.

The new Constitution<sup>28</sup> established the Free Electoral Advertising Time (HGPE) on radio and television, which was firstly distributed in a beneficial way to the smaller parties<sup>29</sup>. One-third of the advertising time would be divided equally between the parties, while the other two-thirds, according to the share of the parties in legislative elections, both at the state and federal levels. As a result, there was a greater institutionalization of the parties, with access to financial resources guaranteed constitutionally, which proved to be an important opportunity for the foundation of new parties, including those formed by dissident parliamentarians, since they would not lose their mandate. This was the case of PFL (Liberal Front Party, *Partido da Frente Liberal*) and PSDB (Brazilian Social Democracy Party, *Partido da Social Democracia Brasileira*), founded reflecting the specific moment of transition to democracy. PFL was dissident from PDS because of its support of the indirect election of Tancredo Neves (in PMDB)<sup>30</sup>. The PSDB, in turn, was founded in 1988, by PMDB dissident parliamentarians<sup>31</sup>.

The progressive deepening of the re-democratization process from the second half of the 1980s promoted an even greater expansion of the multiparty system, opening the electoral space once dammed by the freezing of the two-party system. Between 1987 and

<sup>24</sup> Denise Paiva Ferreira, Carlos Marcos Batista, and Max Stabile, "A Evolução Do Sistema Partidário Brasileiro: Número de Partidos e Votação No Plano Subnacional (1982-2006)," *Opinião Pública*, 14.2 (2008), 432-53; Bolívar Lamounier, "O Brasil Autoritário Revisitado: O Impacto Das Eleições Sobre a Abertura," in *Democratizando o Brasil*, ed. by Alfred Stepan and Albert Fishlow (Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988), pp. 83-134; Rogério Schmitt, *Partidos Políticos No Brasil (1945-2000)* (Rio de Janeiro: Zahar, 2000).

<sup>25</sup> Margaret Keck, *PT - A Lógica Da Diferença: O Partido Dos Trabalhadores Na Construção Da Democracia Brasileira* (Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010); Rachel Meneguello, *PT: A Formação de Um Partido, 1979-1982* (São Paulo: Paz e Terra, 1989).

<sup>26</sup> Brasil, *Emenda Constitucional Nº 25, de 15 de Maio de 1985*, 1985.

<sup>27</sup> Ferreira, Batista, and Stabile; Nicolau, *Multipartidarismo e Democracia: Um Estudo Sobre o Sistema Partidário Brasileiro (1985-94)*.

<sup>28</sup> Brasil, *Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988*, 1988.

<sup>29</sup> Bennech.

<sup>30</sup> Gabriela Tarouco, "O Partido Da Frente Liberal: Trajetória e Papel No Sistema Político" ((Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 1999).

<sup>31</sup> Celso Roma, "A Institucionalização Do PSDB Entre 1988 e 1999," *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 17.49 (2002), 71-92.

1990, more than 50 party registrations were requested from the TSE, and 48 new parties were provisionally approved. In the 1989 election, 22 parties submitted candidates for president. As a way of regulating the party offer and responding to the turbulent sociopolitical context of the early 1990s, Law 8.713/93<sup>32</sup> was promulgated to regulate the 1994 elections. The candidacies were restricted to parties with registration (definitive or provisional) of at least one year, or with at least one federal representative (Art. 5). The coalitions for majority and proportional elections were also ratified (Art. 6). In the occasion of the President Collor's impeachment process, this Law also regulated how parties should manage their campaign finances, and how they could use donations<sup>33</sup>. Until then, there was a ban on financial contributions from companies to parties and campaigns, which was not an impediment for large businessmen to make<sup>34</sup>. In 1993, a ceiling was placed on donations: individuals could donate up to 10% of their income from the previous year; and legal entities, 2% of gross revenue within a specified limit (Art. 38). Furthermore, the Law modified the distribution of advertising time (Art. 65)<sup>35</sup>.

To make some of the new regulations proposed in 1993 definitive, as well as guide points stated in the Constitution, the Organic Law of Political Parties - LOPP (Law No. 9.096/95)<sup>36</sup> was instituted. LOPP emphasized the internal, organizational and statutory autonomy of parties (Art. 3), within constitutionally established limitations for the maintenance of democracy. The bureaucracies for the formation of new parties were also reiterated: it now required a number in the National Registry of Legal Entities (CNPJ), reinforcing the nature of the party as a civil society association, outside the State<sup>37</sup>. TSE began to require the support of 0.5% of Brazilian voters in at least nine Brazilian states for the formation of parties (§ 1 of Art. 7). This is the basis of the current legislation: the proof of support must occur through the signatures of voters, attested by the Electoral Registrar (§ 1 of Art. 9). In addition to statutes and party programs, TSE also made it necessary to publish a document with 101 founders in the Official Diary of the Union. After approved and deferred the process, the parties receive the definitive registration and could participate in elections and had access to financial resources. From 1995, the provisional character of the registry ceased to exist.

In the terms of party financing, LOPP continued to make donations from private companies possible, but without making the limits clear, in practice, removing them for

<sup>32</sup> Brasil, *Lei Nº 8.713, de 30 de Setembro de 1993*, 1993.

<sup>33</sup> Silvana Krause, Maurício Rebello, and Josimar Gonçalves da Silva, "O Perfil Do Financiamento Dos Partidos Brasileiros (2006-2012): O Que as Tipologias Dizem?", *Revista Brasileira de Ciência Política*, 16, 2015, 247-72.

<sup>34</sup> Jairo Nicolau, "Os Quatro Fundamentos Da Competição Política No Brasil (1994-2014)," *Journal of Democracy (Em Português)*, 6.1 (2017), 83-106.

<sup>35</sup> For the representatives' elections, 20 minutes were distributed between all parties and 40 minutes proportional to the number of representatives in the Lower Chamber (Art. 74). In the case of presidential elections, all candidates would divide 10 minutes equally, and the other 20 minutes would be divided proportionally.

<sup>36</sup> Brasil, *Lei Nº 9.096, de 19 de Setembro de 1995*, 1995.

<sup>37</sup> Ana Lúcia Henrique Gomes, "Rebeldes Com Causa? Investigando o Multipartidarismo e a Fragmentação Partidária Na Câmara Dos Deputados Sob a Nova Lei Orgânica Dos Partidos" (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Ciências Sociais, Universidade Federal de Goiás, 2016.

spending on campaigns<sup>38</sup>. There was also a substantial increase in the funding of the Special Financial Assistance Fund for Political Parties. This gave greater autonomy to the parties, allowing them to consolidate their bases and penetrate the territory. This increase corresponds to the highest percentage of the fund<sup>39</sup>. However, another change was even more significant: only 1% of the total was divided among all registered parties, while the 99% would be distributed proportionally to the parties that had representatives (Art. 41). This meant that this larger portion of the fund began to be divided between the parties that obtained at least 5% of valid votes for the Lower Chamber, distributed in at least nine states (Art. 13), in a barrier clause. The transitional rule approved that parties with three Members in three states could have parliamentary functioning and the resulting resources. In this new division, as much as there has been a significant increase in financial resources for all parties, including the new and the unrepresented, in the end, the share of the latter was decreased.

The centralization of incentives for the larger parties was also reflected in the case of subsidized advertising. The distribution was concentrated as a reflection of the representation in the Lower Chamber: for the larger parties, there would be space on radio and television for 20 minutes every six months. In the case of parties without representatives, the space would be 2-minute advertisement every six months (Art. 57). This harsher surrounding for smaller parties, with the decrease in direct state subsidies compared to the large parties, caused reactions and criticism regarding a possible cartelization of the system<sup>40</sup>.

Therefore, we can affirm that LOPP was a piece of legislation that sought to regulate not only access to elections (such as the Law of 93) but also the formation of parties. It is worth noting that by 1995, 77 parties had been formed in Brazil. Most had an ephemeral existence: 50 achieved only provisional registration and were extinguished in the early 1990s. With their definitive registration rejected, without parliamentary representation, these parties had little impact on the party system<sup>41</sup>. As Nicolau<sup>42</sup> points out, until 1995, the TSE was quite liberal concerning the rules for access to the election and political resources, and, at the same time, very permissive when granting permanent registrations. With more costs for the foundation of parties, there was a decline in the activism of the party elites, fewer parties being formed, and the stabilization of the offer of parties<sup>43</sup>.

In 1997, the Electoral Law No. 9.504<sup>44</sup>, the General Law of Elections maintained principles of Law No. 8.713/93, and specifically focused on the next election, adding more

<sup>38</sup> Krause, Rebello, and Silva.

<sup>39</sup> Maria do Socorro Sousa Braga and Adla Bourdoukan, "Partidos Políticos No Brasil: Organização Partidária, Competição Eleitoral e Financiamento Público," *Perspectivas: Revista de Ciências Sociais*, 35 (2009), 117–48.

<sup>40</sup> Richard S Katz and Peter Mair, "Changing Models of Party Organization and Party Democracy: The Emergence of the Cartel Party," *Party Politics*, 1.1 (1995), 5–28.

<sup>41</sup> David Fleischer, "Os Partidos Políticos," in *Sistema Político Brasileiro: Uma Introdução*, ed. by Lúcia Avelar and Antônio Octávio Cintra (Rio de Janeiro, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, Unesp, 2004); Krause and Paiva.

<sup>42</sup> Nicolau, *Multipartidarismo e Democracia: Um Estudo Sobre o Sistema Partidário Brasileiro (1985-94)*.

<sup>43</sup> Ferreira, Batista, and Stabile.

<sup>44</sup> Brasil, *Lei Nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997*, 1997.

rules on the registration of candidates, such as the invalidation of individual candidacies (Art. 5), and the minimum time of affiliation (Art. 9). Regarding the issue of financing, it emphasized the prohibition of receiving resources from institutions related to public services or non-governmental organizations that received this type of money (Art. 24). Four financing possibilities were listed: party fund, own resources, donations from individuals (10% of gross income) and donations from legal entities (2% of gross revenues).

This Electoral Law also defined specific aspects of the HGPE. During the 90 days of the campaign, a third of the time would be distributed equally, and the remaining two-thirds, proportionally to the number of representatives (Art. 47). An important change was that the calculation of the size of the parties in the Lower Chamber came to be made based on the date of the inauguration. This ended up reinforcing the possibilities of bargaining for small parties against individual representatives because the legislation no longer used party migration in the calculation of the HGPE. Until then, a representative who entered the party added propaganda time in the next election. As a result, the competitive parties in the majority elections (states) start attracting small parties, not more representatives, increasing the size of coalitions.

Finally, regarding coalitions, this Law modified some aspects of the 1993 Law, reiterating the need for consistency in coalitions. It consolidated the correspondence between the coalitions for proportional and majority elections in the same district: the states. This means that parties that are not in a majority electoral coalition cannot be in a proportional one. In this sense, a more appropriate strategy for small parties is to give up majority candidacies for state government, more costly, to count on other related parties that can transfer votes in an election to the Lower Chamber<sup>45</sup>.

### **The performance of the TSE as a legislator**

The TSE began to legislate on some significant points for party competition, even changing legal arrangements approved by LOPP. Important resolutions were applied in the wake of the increased process of judicialization of politics<sup>46</sup>. While it is worth mentioning that TSE decisions do not constitute legislation *per se*, they do exert an influence on the regulations that shape party choices and actions. In 1998, TSE decided to make the elected candidate possible to inaugurate their mandate, even if the party did not achieve the LOPP's threshold regarding the barrier. In 2002, TSE return to the discussion on coalitions, interpreting Art. 6 of Law 9.504/97, and decided to implement a mandatory verticalization. This meant that the parties needed to follow the party electoral coalitions formed at the national level. Resolution No. 21.002/02<sup>47</sup> ended up directly impacting the electoral dynamics and the number of candidates in 2002: 31 parties launched candidates

<sup>45</sup> Limongi and Vasselai.

<sup>46</sup> Vitor Marchetti and Rafael Cortez, "A Judicialização Da Competição Política: O TSE e as Coligações Eleitorais," *Opinião Pública*, 15.2 (2009), 422-50.

<sup>47</sup> Brasil, TSE, *Resolução N° 21.000*, de 26 de Fevereiro de 2002, 2002.

for the Congress, but only 6 for the presidency. The parties preferred not to close coalitions at the national level to have more flexibility in proportional candidacies for state and Congress.

The role of the Judiciary in matters of legislation on party organization and discipline was also evident in Resolution No. 22.610/2007<sup>48</sup>. From this piece of legislation, it was decided that the mandate of the representative belongs to the party unless the disaffiliation is for a just cause. According to the Resolution:

Art. 1 § 1 - The cause is considered just when:

- I) incorporation or merger of the party;
- II) formation of a new party;
- III) substantial change or repeated deviation from the party program;
- IV) serious personal discrimination.<sup>49</sup>

This Resolution was signed as an attempt to discourage party migration. Since 1985, this has become a persistent characteristic of Brazilian politics, unparalleled in other democracies. With a wide range of choices, about 30% of elected federal deputies switched sides, at least once, between 1982 and 2005<sup>50</sup>. As Freitas<sup>51</sup>, the parties themselves encourage and dispute to coopt migrants, as a way to increase their power in the parliamentary and electoral arena, not being only an individual decision of each representative. Even with the resolution, party windows still offer the possibility for parliamentarians to switch parties freely at periodically moments.

No doubt, this piece of legislation has had a relevant impact on the formation of parties by enabling a new strategy for the re-accommodation of party elites. This aspect was further deepened with the decision of the Supreme Court in 2012, which granted time of electoral propaganda to the newly funded PSD (Democratic Social Party, *Partido Social Democrático*), arguing that the deputy who founded a new party would carry his television time. Party migration decreased, but there was a new direct incentive for the formation of parties: eight new ones were formed between 2011 and 2018.

## Party funding evolution

After the consolidation of the rules on the organization of parties, the legislation began to emphasize more the changing aspects of financing and subsidized access to media. Regarding financing through public resources, Law No. 11.459/2007<sup>52</sup> recalculated the division of the Party Fund in order to decentralize and make its access more proportional: the percentage of the total divided equally between all parties was

<sup>48</sup> Brasil, TSE, *Resolução Nº 22.610, de 26 de Outubro de 2007*, 2007.

<sup>49</sup> Brasil, TSE, *Resolução Nº 22.610, de 26 de Outubro de 2007*, 2007.

<sup>50</sup> Scott W Desposato, "Parties for Rent? Ambition, Ideology, and Party Switching in Brazil's Chamber of Deputies," *American Journal of Political Science*, 50.1 (2006), 62–80; Carlos Ranulfo Felix de Melo, "Partidos e Migração Partidária Na Câmara Dos Deputados," *Dados*, 43.2 (2000).

<sup>51</sup> Andréa Freitas, "Migração Partidária Na Câmara Dos Deputados de 1987 a 2009," *Dados*, 55.4 (2012), 951–86.

<sup>52</sup> Brasil, *Lei Nº 11.459, de 21 de Março 2007*, 2007.

increased from 1% to 5%. This was a response to small parties' criticisms of the constitutionality of the LOPP distribution rule<sup>53</sup>. The new Law also allowed the new allocation to be proportional to the representatives' number, removing the 5% barrier (Art. 41-A). This adjustment was a response to the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) judged by the Supreme Court in 2006, which understood that this clause hurt the right to demonstrate political minorities. The new determination directly increased public resources for the new parties and for those who did not elect representation in the Lower Chamber.

In 2013, with Law No. 12.875<sup>54</sup>, there was another amendment in LOPP, disregarding changes in party affiliation for the distribution of the fund. The new Law made an exception about mergers (Art. 29, § 6), and in this case, the previous votes to the party would be added to the calculation of the distribution of resources (Art. 29). However, the Supreme Court had decisions that contradict this aspect of the law, in the understanding that the prohibition of taking the fund and the time of propaganda runs into the principle of free formation of parties, underscoring the value to the mandate of the parliamentarian who migrates (ADI n. 5.105, 2015)<sup>55</sup>. Law No. 12.875 also changed the 1997 Electoral Law by modifying the proportional distribution of the HGPE. Advertising times were now shared between all parties and coalitions so that the parties without representatives would be allowed to be part of the share of the 11% that would be subdivided equally (Art. 47, § 2). The distribution of HGPE was further clarified with Law No. 13.165/2015<sup>56</sup>. In it, 10% of the television and radio time began to be distributed equally, and 90% proportionally to the size of the parties' benches in the Lower Chamber.

There have also been important changes in private financing to avoid the interference of economic power. Accepted since LOPP, the contribution of companies became more evident since the *Mensalão* scandal in 2005. Even if the previous legislation did not specify an absolute ceiling, most candidates did not declare the total donations received<sup>57</sup>. The indeterminate use of *caixa dois* resulted in successive allegations of corruption. In 2015, the Supreme Court ruled in favor of ADI No. 4650 to reverse legislation that allowed the contribution of private companies to parties, an average amount of 75% of official spending on campaigns. This decision was considered in the promulgation of Law No. 13.165 when the veto of articles was inserted by the Presidency of the Republic. It is worth noting that, in the same year, the party fund tripled<sup>58</sup>. The 2016 election was the first in which the only donations allowed were those of individuals. However, it is worth noting that there was no determination of an absolute ceiling: the limit was set at R\$ 80,000 (Art. 23, §7), for anyone, but donations can still be made

<sup>53</sup> Krause, Rebello, and Silva.

<sup>54</sup> Brasil, *Lei Nº 12.875, de 30 de Outubro 2013*, 2013.

<sup>55</sup> Gustavo Severo and Humberto Chaves, "A Reforma Eleitoral de 2015: Breves Comentários à Lei Nº 13.165/2015," *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, 7 (2019), 81-120.

<sup>56</sup> Brasil, *Lei Nº 13.165, de 29 de Setembro de 2015*, 2015.

<sup>57</sup> Nicolau, "Os Quatro Fundamentos Da Competição Política No Brasil (1994-2014)."

<sup>58</sup> Bruno Speck, "Recursos, Partidos e Eleições: O Papel Do Financiamento Privado, Do Fundo Partidário e Do Horário Gratuito Na Competição Política No Brasil," in *Sistema Político Brasileiro: Uma Introdução*, ed. by Lúcia Avelar and Antônio Octávio Cintra, 3a edn (Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015).

according to the income declared in income tax, limited to 10%. Thus, if someone has a higher income, they can donate more than the stipulated maximum.

Since the LOPP's approval in September 1995, many changes have been made to this Law. Law No. 13.165/2015 also modified significant questions for the formation of new parties, in a political-electoral institutional reform. First, it changed the Electoral Law reducing the election campaign period from 90 to 45 days (Art. 8). The minimum affiliations period was also reduced from one year to six months (Art. 9), which ensured that a party can be formed within six months before the election to access the ballot. Two modifications were even more relevant to the foundation of parties: it began to require that the signatures of support for the foundation of a new party were of voters not previous affiliated with another political party (amendment of Art. 7, §1, of the LOPP); and it was determined that the deadline for the verification of the approximately 500,000 signatures is in two years. This makes it more difficult to collect signatures, especially in cases of dissidence.

In addition, TSE Resolution No. 22.610/2007<sup>59</sup> was integrated into LOPP. However, the hypothesis of just cause for party migration was excluded when formating, merging, or incorporating parties. This was made to constrain parliamentarians to form parties. It is worth noting, however, that still in 2015, REDE (Sustainability Network, *Rede Sustentabilidade*) filed an ADI (No. 5.398), which guaranteed the party the right to just cause for 30 days. This practice was also used by PMB (Brazilian Woman Party, *Partido da Mulher Brasileira*). Law No. 13.165 made possible the migration 30 days before the affiliation deadline required to run for election, guaranteeing a party exchange window in election years.

In 2017, Constitutional Amendment No. 97<sup>60</sup> and Law No. 13.488<sup>61</sup> were promulgated, in what was called electoral mini-reform. The Amendment brought one of the biggest changes: the end of coalitions in proportional elections. In addition, it proposed a new barrier clause: it modified the parties' access to the party fund and the HGPE depending on their votes. In the legislature following the 2018 elections, the parties only had access when they had at least 1.5% of the valid votes (or nine representatives) in nine states. In each national election, the percentage will increase by 0.5%. The expectation is that in 2030, parties will need to reach 3% of the valid votes to access state subsidies.

Law No. 13.488/2017 brought an important change with the conception of the Special Campaign Finance Fund. The Fund consists of budget appropriations of the Union and was R\$1.7 billion in 2018 (one-third of the total spent in the 2014 election). According to the Law, it must be distributed to the parties by the TSE according to the criteria: 2% to all registered parties; 35% to parties that have at least one representative; 48% in proportion to the number of representatives; and 15% in proportion to the number of senators (Art. 16-D).

<sup>59</sup> Brasil, TSE, *Resolução Nº 22.610, de 26 de Outubro de 2007*, 2007.

<sup>60</sup> Brasil, *Emenda Constitucional Nº 97, de 4 de Outubro de 2017*, 2017.

<sup>61</sup> Brasil, *Lei Nº 13.488, de 6 de Outubro de 2017*, 2017.

With this, the parties have access to a new type of public subsidy, in addition to the growing party fund (almost R\$ 900 million in 2018) and advertising time (about R\$ 500 million in tax waivers). This Law considerably increased the share of public funds for political parties and was handled with agility in order to make it already operational for the 2018 election, the first in which donations from legal entities were prohibited. As Kinzo<sup>62</sup> pointed out, opting for public funding for campaigns on the one hand provides more equal conditions in the electoral dispute, reducing the influence of economic power; but on the other, the amount would have to be too large to account for a country with the extension of Brazil, which would be questioned as a priority for public and social investment.

PMDB, PT and PSDB were the parties that received the higher subsidies in 2018. New parties also received large sums, and even parties without representation in Congress had access to R\$ 980.000 each. Over the last decade, the legislation sought to reduce incentives, and even add constraints, to the formation of parties. In any case, considering that public funding and subsidies have grown over time in a dizzying way, this remains an important variable for the calculation of elites when planning to form a party.

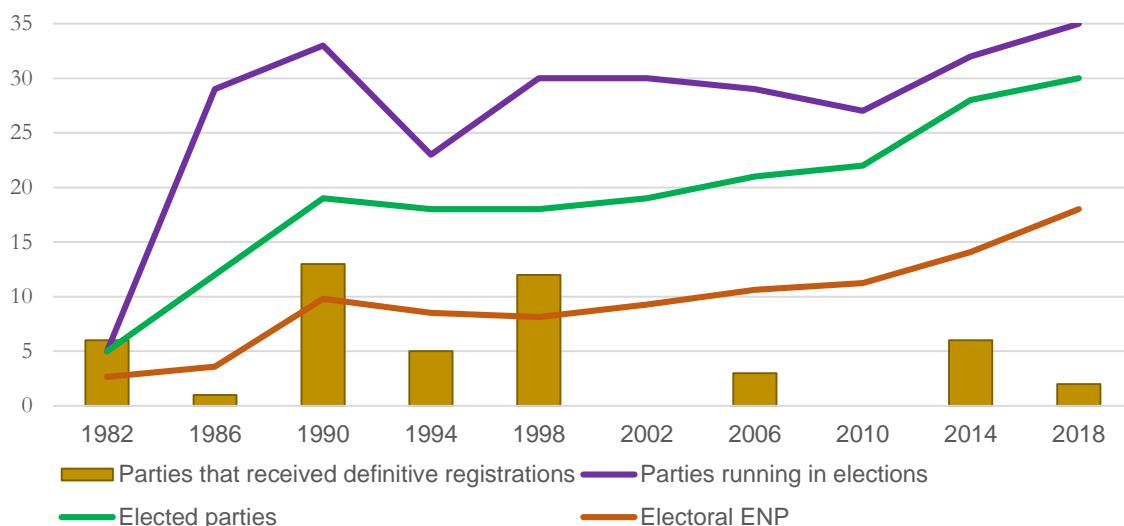
### **Party formation and party fragmentation**

In resuming the argument that the fragmentation of the Brazilian party system is closely linked to the permissiveness of the legislation, it is necessary to analyze the trajectory of the Effective Number of Parties (ENP)<sup>63</sup>. As can be seen in Figure 1, the fragmentation of the system was not always parallel to the absolute number of parties. In 1982, five parties competed in the election and obtained representation, but the ENP stood at 2.4, evidencing the continuity of the bipartisanship. In 1986, no fewer than 29 parties launched candidates, of which only 7 had a definitive registration within TSE. In this election, 12 parties elected representatives. The ENP however, remained lower than 3. Between 1987 and 1990, 13 parties received the TSE definitive registration, with 33 parties participating in the election. With 19 parties with representation in the Lower Chamber, there was the first jump of the ENP: 8.7. Exacerbated pluralism only had an impact on party fragmentation at this peak, in which many parties participated in the elections and most of them could get representation.

**Figure 1** – Absolute number of parties running in elections, absolute number of elected parties and Effective Number of Electoral and Parliamentary Parties (1982-2018)

<sup>62</sup> Maria D'Alva Gil Kinzo, "Legislação Eleitoral, Sistema Partidário e Reforma Política," *Política & Sociedade*, 2.2 (2003), 11-21.

<sup>63</sup> This calculation, proposed by Laakso and Tageepera (1979), is  $ENP = 1 / \sum p^2$ , dividing 1 by the sum of the square of the proportions of seats or votes of the parties in an election.



Source: Authors, based on data from Nicolau, Gallagher and the Superior Electoral Court.

In the 1994 election, what we observe is a different process: the number of parties decreased, and several ones extinct. Five parties were formed between 1991 and 1994. In the election, 18 parties manage to elect representatives: the ENP fell from 8.7 to 8.2. The variation in the number of parties does not necessarily mean variation in fragmentation. In the 1998 election, the number of parties with definitive registration increased again. The ENP, however, fell. Even with the same number of 18 elected parties, fragmentation reached 7.1. Although more parties were participating in the elections, LOPP was essential for concentrating resources on the larger parties. This decrease in the ENP may also be related to stronger parties achieving larger benches<sup>64</sup>, in addition to the effect of mergers<sup>65</sup>. In 1998, the six parties that had the bigger benches for the Lower Chamber (PSDB, PFL, PMDB, PT, PP and PDT) concentrated 80.2% of the voting. However, in the following elections, this “big six” lost percentages progressively.

In 2002, these parties reached 72.5% of the voting. The number of 30 parties in the competition remained, and 19 parties elected candidates. Fragmentation grew to a level of 8.5, even if no new party has been formed. However, since 2002, the fragmentation was happening mainly because parties that were already in the system started to elect candidates. In 2006, Brazil has 21 parties in Congress. With the STF decision about the unconstitutionality of the barrier clause in 2006, and the decision on the just cause for loss of office, the trend of fragmentation that began in 1998 has no longer reversed. The parties formed so far began to participate more and more in the division of the seats of the Lower Camara.

In 2010, 27 parties participated in the election, which resulted in an ENP of more than 10. This is parallel to the increasing volume of financial resources and their greater distribution among all parties. Added to this is the regulation of the punishment of loss of mandate for party infidelity that excluded parliamentarians entering new parties. The result was increased incentives to form parties with staff recruited from within the party

<sup>64</sup> Paulo Tafner, *Proporcionalidades e Exclusão No Sistema Político-Eleitoral Brasileiro* (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 1996).

<sup>65</sup> Gomes.

system. Between 2011 and 2014, six parties were formed, three of them with representatives elected by other parties. With these benches and the approval of the courts, these parties were entitled to proportional party resources, which ended up having a direct impact on the elections in 2014: 32 parties participated in the election, 28 of them elected candidates and the ENP reached historic 13.3. The increasing number of parties was reproduced in a greater fragmentation of the party system. In the process, large parties have declined in size and new parties have gained ground. This discussion is important in understanding that not only parties were formed in Brazil, but that both the major parties and the new and small ones have become medium.

## Conclusion

Party fragmentation is considered one of the main factors of the degree of stability of the political system: the greater the number of parties with the ability to block decisions and exert veto power, the higher the level of tension among political actors<sup>66</sup>. This observation was the basis of the pessimism of analysts and academics about Brazilian institutions during the re-democratization process. In this perspective, by combining proportional voting – and its tendency to multiparty systems – with presidentialism, Brazil would be a ticking time bomb, or, at the very least, it would be a system with fragile institutional structure. On that same hook, the parties would be weak, underdeveloped, lacking roots within society, undisciplined, clientelist and unpredictable. The fragmented party landscape would also exacerbate these challenges, as there would become difficult to build coalitions and stable alliances. That would be parallel to the proliferation of parties in a permissive environment, each with its own agenda and interests.

In analyzing the party system as a space for exchanges between parties, it is crucial to consider the institutional rules and regulations. A central question is whether the electoral formula alone can respond to the formation of new parties in Brazil, as well as the constant increase in party fragmentation. The constitutional framework design established during the transition to the re-democratization remains the same. However, it is crucial to examine the changes that have happened throughout the consolidation of the multiparty system, as well as the legislation regarding party formation and fragmentation.

The findings of this article suggest that there were indeed incentives for the formation of parties, at least before 1995, when the process became more bureaucratic with the introduction of LOPP. Many parties that were formed during this period have not received their definitive registration and have been extinguished. However, the effective number of parties continued to grow with each election. The performance of the TSE as legislator on the matter of discipline and party migration ended up encouraging the formation of parties, focusing on enabling minorities to achieve party representation.

<sup>66</sup> Barry Ames, *The deadlock of democracy in Brazil* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2002); Scott Mainwaring, *Sistemas Partidários Em Novas Democracias: O Caso Do Brasil* (Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002).

However, as of the 2015 legislation, there has been a more evident shift towards making the party formation process more bureaucratic and demanding, potentially limiting this phenomenon. The legislation is a necessary condition for the formation of parties but not sufficient as the sole determinant. The permissiveness of the institutional environment offers windows of opportunity for party creation with few demands. However, there is a complex interplay between institutional rules, societal demands, political ambitions and historical paths that also shapes the party system in Brazil. This makes difficult to analyze a contra factual in which fewer parties would be formed with more restrictive legislation. As permissive as the institutional environment is, offering windows of opportunity, parties are not formed spontaneously.

## REFERENCES

AMES, Barry. *The deadlock of democracy in Brazil*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2002.

AMORIM NETO, Octavio; COX, Gary W. *Electoral institutions, cleavage structures, and the number of parties*. *American Journal of Political Science*, p. 149–174, 1997.

BENNECH, Anna Paula. *A Emergência de Novos Partidos Políticos no Brasil (1979 – 2015): o arcabouço legal é suficiente para explicar este fenômeno?*. 2016. 127f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciencias Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Available at: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/156338>. Accessed on 14 jul. 2022.

BORGES, André. *Razões da Fragmentação: Coligações e Estratégias Partidárias na Presença de Eleições Majoritárias e Proporcionais Simultâneas*. *Dados*, v. 62, n. 3, p. 1–37, 2019.

BRAGA, Maria do Socorro Sousa; BOURDOUKAN, Adla. *Partidos políticos no Brasil: organização partidária, competição eleitoral e financiamento público*. *Perspectivas*, v. 35, p. 117–148, 2009.

BRASIL. *Lei No 6.767, de 20 de dezembro de 1979*. Available at: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%206.767-1979?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%206.767-1979?OpenDocument). Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional No 25, de 15 de maio de 1985*. Available at: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/emc%2025-1985?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/emc%2025-1985?OpenDocument). Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. *Lei No 7.493, de 17 de junho de 1986*. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7493.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7493.htm)  
Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. *Lei No 8.713, de 30 de setembro de 1993*. Available at: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%208.713-1993?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.713-1993?OpenDocument). Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. *Lei No 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Available at:  
[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%209.096-1995?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.096-1995?OpenDocument). Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. *Lei No 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Available at:  
[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%209.504-1997?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.504-1997?OpenDocument). Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução No 21.000, de 26 de fevereiro de 2002*. Available at: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse>. Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução No 22.610, de 25 de outubro de 2007*. Available at: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>. Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. *Lei No 11.459, de 21 de março 2007*. Available at:  
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2007/lei-11459-21-marco-2007-552296-publicacaooriginal-69477-pl.html>. Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. *Lei No 12.875, de 30 de outubro 2013*. Available at:  
[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%2012.875-2013?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.875-2013?OpenDocument). Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. *Lei No 13.165, de 29 de setembro de 2015*. Available at:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm). Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional No 97, de 4 de outubro de 2017*. Available at:  
[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/emc%2097-2017?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/emc%2097-2017?OpenDocument). Accessed on 14 jul. 2022.

BRASIL. *Lei No 13.488, de 6 de outubro de 2017*. Available at:  
[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%2013.488-2017?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2013.488-2017?OpenDocument). Accessed on 14 jul. 2022.

CALVO, Ernesto; GUARNIERI, Fernando; LIMONGI, Fernando. *Why coalitions? Party system fragmentation, small party bias, and preferential vote in Brazil*. *Electoral Studies*, v. 39, p. 219-229, 2015.

DALMORO, Jefferson; FLEISCHER, David. *Eleição proporcional: os efeitos das coligações e o problema da proporcionalidade*. In: KRAUSE, Silvana; SCHMITT, Rogério Augusto (eds.). *Partidos e coligações eleitorais no Brasil*. São Paulo: Unesp, 2005.

DANTAS, Humberto; PRAÇA, Sérgio. *Pequenos partidos no Brasil: uma análise do posicionamento ideológico com base nas coligações municipais de 2000 a 2008*. In: KRAUSE, Silvana; DANTAS, Humberto; MIGUEL, Luis Felipe (eds.). In: *Coligações partidárias na nova democracia brasileira: perfis e tendências*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer, Unesp, 2010.

DESPOSATO, Scott W. *Parties for rent? Ambition, ideology, and party switching in Brazil's Chamber of Deputies*. *American Journal of Political Science*, v. 50, n. 1, p. 62-80, 2006.

DUVERGER, Maurice. *Os Partidos Políticos*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.

FERREIRA, Denise Paiva; BATISTA, Carlos Marcos; STABILE, Max. *A evolução do sistema partidário brasileiro: número de partidos e votação no plano subnacional (1982-2006). Opinião Pública*, v. 14, n. 2, p. 432-453, 2008.

FLEISCHER, David. *Os Partidos Políticos*. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (eds.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, Unesp, 2004.

FREITAS, Andréa. *Migração Partidária na Câmara dos Deputados de 1987 a 2009. Dados*, v. 55, n. 4, p. 951-986, 2012.

GALLAGHER, Michael. *Election Indices*. Available at:  
[https://www.tcd.ie/Political\\_Science/people/michael\\_gallagher/ElSystems/index.php](https://www.tcd.ie/Political_Science/people/michael_gallagher/ElSystems/index.php). Accessed on 14 jul. 2022.

GALLAGHER, Michael. *Proportionality, disproportionality and electoral system*. *Electoral studies*, v. 10, n. 1, p. 33-51, 1991.

GOMES, Ana Lúcia Henrique. *Rebeldes com causa? Investigando o multipartidarismo e a fragmentação partidária na Câmara dos Deputados sob a Nova Lei Orgânica dos Partidos*. 2016. 278f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Ciencias Sociais, Universidade Federal de Goiás. Available at:  
[http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFG\\_c2c14497cc8fe166142aa026e17a70cf](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFG_c2c14497cc8fe166142aa026e17a70cf). Accessed on 14 jul. 2022.

KATZ, Richard S.; MAIR, Peter. *Changing models of party organization and party democracy: the emergence of the cartel party*. *Party politics*, v. 1, n. 1, p. 5-28, 1995.

KECK, Margaret. *PT - A lógica da diferença: o Partido dos Trabalhadores na construção da democracia brasileira*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

KINZO, Maria D'Alva Gil. *A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. São Paulo em Perspectiva*, v. 15, n. 4, p. 3-12, 2001.

KINZO, Maria D'Alva Gil. *Legislação eleitoral, sistema partidário e reforma política*. *Política & Sociedade*, v. 2, n. 2, p. 11-21, 2003.

KRAUSE, Silvana; PAIVA, Denise. *Perdas e ganhos: lideranças políticas brasileiras e instabilidade na representação dos partidos - lógica nacional X lógica estadual (1982-2001)*. In: PINTO, Céli; MARENCO, André (eds.). *Partidos no Cone Sul: Novos Ângulos de Pesquisa*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer, 2002.

KRAUSE, Silvana; REBELLO, Maurício; SILVA, Josimar Gonçalves da. *O perfil do financiamento dos partidos brasileiros (2006-2012): o que as tipologias dizem?* *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 16, p. 247-272, 2015.

LAAKSO, Markku; TAAGEPERA, Rein. *“Effective” number of parties: a measure with application to West Europe*. *Comparative political studies*, v. 12, n. 1, p. 3-27, 1979.

LAMOUNIER, Bolívar. *O Brasil autoritário revisitado: o impacto das eleições sobre a abertura*. In: STEPAN, Alfred; FISHLOW, Albert (eds.). *Democratizando o Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 83-134.

LIJPHART, Arend. *The political consequences of electoral laws, 1945-85. American Political Science Review*, v. 84, n. 2, p. 481-496, 1990.

LIMONGI, Fernando; VASSELAI, Fabricio. *Entries and Withdrawals: Electoral Coordination across Different Offices and the Brazilian Party Systems. Brazilian Political Science Review*, v. 12, n. 3, p. 1-27, 2018.

MAINWARING, Scott. *Sistemas partidários em novas democracias: o caso do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. *A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. Opinião Pública*, v. 15, n. 2, p. 422-450, 2009.

MELO, Carlos Ranulfo Felix de. *Partidos e migração partidária na Câmara dos Deputados. Dados*, v. 43, n. 2, 2000.

MELO, Carlos Ranulfo Felix de. *Eleições presidenciais, jogos aninhados e sistema partidário no Brasil. Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 4, p. 13-41, 2010.

MENEGUELLO, Rachel. *PT: a formação de um partido, 1979-1982*. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

NICOLAU, Jairo. *Multipartidarismo e democracia: um estudo sobre o sistema partidário brasileiro (1985-94)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

NICOLAU, Jairo. *Os quatro fundamentos da competição política no Brasil (1994-2014). Journal of Democracy* (em português), v. 6, n. 1, p. 83-106, 2017.

ROMA, Celso. *A institucionalização do PSDB entre 1988 e 1999. Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, n. 49, p. 71-92, 2002.

SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

SCHMITT, Rogério. *Partidos políticos no Brasil (1945-2000)*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

SEVERO, Gustavo; CHAVES, Humberto. *A reforma eleitoral de 2015: breves comentários à Lei nº 13.165/2015. Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, v. 7, p. 81-120, 2019.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. *A política brasileira: novos partidos e velhos conflitos*. In: BARROS, Alexandre de Souza Costa. (ed.). *Da distensão à abertura. As eleições de 1982*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988. p. 91-118.

SPECK, Bruno. *Recursos, partidos e eleições: o papel do financiamento privado, do Fundo Partidário e do horário gratuito na competição política no Brasil*. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (eds.). *Sistema Político Brasileiro: Uma Introdução*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015.

TAFNER, Paulo. *Proporcionalidades e exclusão no sistema político-eleitoral brasileiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)*, 1996.

TAROUCO, Gabriela. *O Partido da Frente Liberal: Trajetória e Papel no Sistema Político*. 1999. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 1999.

ZUCCO JR, Cesar; POWER, Timothy. *Fragmentation Without Cleavages? Endogenous Fractionalization in the Brazilian Party System*. *Comparative Politics*, v. 53, n. 3, p. 477-500, 2021.

Data de Recebimento: 14/07/2022

Data de Aprovação: 05/07/2023

# MACHISMO ESTRUTURAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE MULHERES PERANTE DEMANDAS JUDICIAIS EM QUE SÃO VÍTIMAS DE CRIMES

## STRUCTURAL MACHISMO IN THE BRAZILIAN JUDICIARY: A CRITICAL ANALYSIS OF THE VIOLATION OF WOMEN'S RIGHTS IN THE FACE OF JUDICIAL DEMANDS IN WHICH THEY ARE VICTIMS OF CRIMES

Tássia Aparecida Gervasoni\*  
Júlia Perin Fontanella\*\*

### RESUMO

O estudo tem como tema práticas e posturas que configuram tratamento desumano e degradante conferido às mulheres perante demandas judiciais em que são vítimas de crimes e sua possível inter-relação com o machismo estrutural. Apresenta-se como problema de pesquisa: quais são as práticas e posturas que configuram tratamento desumano e degradante conferido às mulheres perante demandas judiciais em que são vítimas de crimes e em que medida isso pode ser relacionado ao machismo estrutural? São utilizados o método de abordagem dedutivo, método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa indireta por meio de pesquisa bibliográfica, sendo analisados os seguintes processos criminais: nº 0004733-33.2019.8.24.0023; nº 0000041-92.2019.8.26.0618; nº 0000311-97.2014.8.26.0099 e nº 70070140264. Concluiu-se que o machismo estrutural está diretamente ligado à violação de direitos ao tratamento degradante conferido às mulheres perante demandas judiciais que foram analisadas ao longo da pesquisa, visto ser inerente à sociedade brasileira e afetar todas as suas esferas.

**Palavras-chave:** Machismo estrutural; Mulheres vítimas de crimes; Tratamento desumano e degradante; Poder judiciário; Direitos fundamentais.

### ABSTRACT

The study has as its theme practices and postures that configure inhuman and degrading treatment given to women in the face of judicial demands in which they are victims of crimes and their possible interrelation with structural machismo. It presents itself as a research problem: what are the practices and postures that configure inhuman and degrading treatment given to women in judicial demands in which they are victims of crimes and to what extent can this be related to structural machismo? The deductive approach method, the monographic procedure method and the indirect research technique through bibliographic research are used, being analyzed the following criminal cases: nº 0004733-33.2019.8.24.0023; nº 0000041-92.2019.8.26.0618; nº 0000311-97.2014.8.26.0099 and nº 70070140264. It was concluded that structural machismo is directly linked to the violation of rights to the degrading treatment

\* Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha) - Bolsa CAPES PDSE. Mestre e Graduada em Direito pela Unisc. Professora de graduação e pós-graduação na Atitus Educação. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2356663578448676>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8774-5421>, e-mail: tassiagervasoni@gmail.com.

\*\* Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Graduada em Direito pela ATITUS Educação, Lattes <https://lattes.cnpq.br/8532853195459067>, ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0009-7186-132X>, e-mail: juliaperinf@hotmail.com.

---

given to women in judicial demands that were analyzed throughout the research, since it is inherent to Brazilian society and affects all its spheres.

Key-words: Structural machismo; Women victims of crime; Inhuman and degrading treatment; Judicial power; Fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

O direito fundamental do acesso à justiça é indispensável no Estado Democrático de Direito, visto que dele decorre o amparo dos demais direitos constitucionalmente previstos. Nesse sentido, o poder judiciário, além de julgar de forma imparcial e equitativa, também é encarregado de conferir tratamento digno às partes ao longo da marcha processual. Especificamente na esfera penal, mulheres vítimas de crimes muitas vezes não recebem o acolhimento adequado, sendo tratadas de forma e desumana e degradante pelos servidores responsáveis, tratamentos que serão devidamente abordados na seção destinada à análise dos casos concretos.

Esse tratamento vexatório conferido às mulheres vítimas de crimes está ligado a diversos fatores, entre eles, o machismo e a misoginia. Ambos preconceitos estão relacionados ao machismo estrutural impregnado na sociedade brasileira, que, somado ao contexto patriarcal, faz com que mulheres sejam vistas e tratadas como hierarquicamente inferiores aos homens<sup>1</sup>. Os reflexos desse estereótipo atingem todos os âmbitos da sociedade, inclusive o Estado brasileiro e suas instituições, como o poder judiciário.

Diante desse contexto, o estudo justifica-se pela relevância do tema, tanto na área jurídica quanto acadêmica e social, visto que é de extrema importância compreender de que forma o machismo estrutural atua em meio ao poder judiciário, de forma a evitar que seus efeitos obstrem a plenitude do acesso à justiça. Sendo assim, o tema da presente pesquisa é voltado às práticas e posturas que configuram tratamento desumano e degradante conferido às mulheres perante demandas judiciais em que são vítimas de crimes, e sua possível inter-relação com o machismo estrutural.

De maneira específica, serão analisados quatro processos em que mulheres foram vítimas de crimes, por meio dos quais serão investigadas possíveis situações capazes de ensejar a configuração de tratamento desumano e degradante. Serão estudados: (1) Audiência de instrução do processo nº 0004733-33.2019.8.24.0023, realizada perante a 3<sup>a</sup> Vara Criminal da Comarca de Florianópolis/SC; (2) Audiência de instrução do processo nº 0000041-92.2019.8.26.0618, realizada perante a Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Taubaté/SP; (3) Acórdão do processo nº 0000311-97.2014.8.26.0099, proferido pela 7<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo; e (4) Acórdão do processo nº 70070140264, originário da Comarca de Júlio de Castilhos/RS.

Os processos descritos foram selecionados em razão de sua relevância e publicidade nos meios jurídico e social, que chamaram a atenção do poder público e da

---

<sup>1</sup> Os conceitos de machismo, misoginia, machismo estrutural e contexto patriarcal serão explicitados já na primeira seção após a introdução, intitulada “Conceituação e contextualização do machismo estrutural”.

população para o tratamento de mulheres vítimas de crimes perante o judiciário. Além disso, a triagem dos casos levou em consideração a diversidade das condutas que poderiam gerar um tratamento vexatório, sendo que se optou pela averiguação de situações em que ocorreram condutas comissivas e omissivas, proferidas por homens e mulheres, advogados e servidores.

A busca pelos processos estudados se deu, inicialmente, através de pesquisa jurisprudencial nos sites dos Tribunais, com a utilização de termos como machismo, misoginia, violação de direitos das mulheres, entre outros. Não sendo satisfatórios os resultados, passou-se à procura em sites de grande circulação, com a utilização de expressões - além das já mencionadas - como: atuação machista no poder judiciário, tratamento degradante conferido às mulheres em processos judiciais, situações análogas ao caso Mariana Ferrer, entre outros, que culminaram na seleção dos casos já mencionados.

Através da utilização do método de procedimento monográfico, tendo em vista o recorte específico do tema, e da técnica de pesquisa indireta por meio de pesquisa bibliográfica, buscar-se-á responder o seguinte problema de pesquisa: quais são as práticas que configuram tratamento degradante conferido às mulheres perante demandas judiciais em que são vítimas de crimes e em que medida isso pode ser relacionado ao machismo estrutural? O método de abordagem utilizado é o dedutivo, que parte da premissa de que o machismo estrutural gera, entre outras consequências, tratamento degradante às mulheres perante o judiciário, para a individualização das condutas identificadas como degradantes.

Como hipóteses de respostas ao problema proposto, especificamente acerca das práticas que configuram tratamento degradante, tem-se a utilização de elementos da vida pessoal da mulher, na tentativa de justificar os atos contra ela cometidos; falas em tom pejorativo e comparação da vítima a outras mulheres; questionamentos desnecessários ao deslinde do processo; e suposições sobre o comportamento da mulher no momento do crime. Quanto a relação entre as práticas degradantes identificadas e o machismo estrutural, surgem as seguintes hipóteses: evolução do machismo estrutural conjuntamente à sociedade brasileira; influência do machismo estrutural nas instituições estatais, especialmente no poder judiciário; e o fato de que pessoas que constituem uma sociedade machista praticam atitudes machistas.

O presente estudo tem como objetivo principal identificar as práticas e posturas que configuram tratamento desumano e degradante conferido às mulheres perante demandas judiciais em que são vítimas de crimes e averiguar em que medida isso pode ser relacionado ao machismo estrutural. De maneira específica, buscará delimitar conceitualmente o machismo estrutural; identificar práticas e posturas que configuram tratamento desumano e degradante; detectar as violações de direitos fundamentais ocorridas no âmbito das práticas examinadas; e relacionar o machismo estrutural com as práticas e posturas identificadas como tratamento desumano e degradante.

Para fins de organização e melhor entendimento do conteúdo estudado, a primeira seção trará a conceituação e contextualização do machismo estrutural e de outros termos essenciais à solução do problema proposto, como a misoginia e o patriarcado, além de

outras questões relevantes. Na seção seguinte, serão identificadas e analisadas possíveis condutas que configuram tratamento degradante conferido a mulheres vítimas de crimes. Por fim, na última seção, será verificada a existência ou não de relação entre as condutas identificadas na segunda seção e o machismo estrutural.

### **Conceituação e contextualização do machismo estrutural**

O tratamento desumano e degradante de mulheres perante demandas judiciais em que são vítimas de crimes não é novidade no cenário jurídico, no entanto, não deixa de ser surpreendente, tendo em vista a mudança do pensamento contemporâneo e do avanço do feminismo moderno na luta pela garantia de direitos. Entender as causas da continuidade de tais ocorrências é de extrema importância para que seja possível combatê-las, além de garantir às mulheres seus direitos constitucionalmente previstos.

Tendo em vista que as discriminações sofridas pelas mulheres decorrem da consolidação do machismo estrutural ao longo dos séculos, uma análise conceitual e entendimento de seu contexto histórico e social se faz necessária.

Inicialmente, cabe informar que, devido à volumosa produção acadêmica acerca do tema, o conceito de machismo não é unânime entre a doutrina. Para fins do presente trabalho, será utilizado o conceito elaborado por Lerner<sup>2</sup>, que defende que o machismo é definido pela ideia de superioridade e supremacia masculina em relação às mulheres, apoiado por diversas crenças que o sustentam. Em outras palavras, consiste na oposição da igualdade entre os sexos.

A condição estrutural do machismo, tal como será empregada neste texto, aponta para o fato de que o machismo estrutural não se limita a atitudes individuais de caráter discriminatório e sexista, mas corresponde a todo um conjunto de concepções condicionadas e condicionantes das estruturas sociais<sup>3</sup>. Isso significa que as desigualdades entre homens e mulheres estão na base constitutiva de amplos sistemas<sup>4</sup>,

<sup>2</sup> LERNER, Gerda. *A Criação do Patriarcado*. São Paulo: Cultrix, 2019. p. 323.

<sup>3</sup> Como destacado no texto, não há uma concepção fechada e academicamente uniforme quanto ao conceito de machismo estrutural. Pode ser útil pensar, no entanto, em paralelo com o conceito de racismo estrutural, na linha de compreensão de Almeida: “o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção. [...] A ênfase da análise estrutural do racismo não exclui os sujeitos racializados, mas os concebe como parte integrante e ativa de um sistema que, ao mesmo tempo que torna possíveis suas ações, é por eles criado e recriado a todo momento”. ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. p. 33-34.

<sup>4</sup> É importante considerar, ainda, que o predomínio do sistema capitalista em termos de organização econômica da sociedade igualmente contribui para a condição estrutural do machismo, pois, “sociedades capitalistas também são, por definição, a origem da opressão de gênero. Longe de ser acidental, o sexismo está entranhado em sua própria estrutura. O capitalismo certamente não inventou a subordinação das mulheres. Esta existiu sob diversas formas em todas as sociedades de classe anteriores. O capitalismo, porém, estabeleceu outros modelos, notadamente ‘modernos’, de sexismo, sustentados pelas novas estruturas institucionais. Seu movimento fundamental foi separar a produção de pessoas da obtenção de lucro, atribuir o primeiro trabalho às mulheres e subordiná-las ao segundo. Com esse golpe, o capitalismo reinventou a opressão das mulheres e, ao mesmo tempo, virou o mundo de cabeça para baixo”. ARRUMA,

como no mercado de trabalho, nos espaços de poder, nas relações familiares, na produção de conhecimento e assim por diante.

Em razão da supremacia masculina fabricada por tal ideologia<sup>5</sup>, as mulheres são relegadas a posições secundárias e de dependência, que incluem, mas não se limitam, à responsabilidade integral pelo trabalho doméstico -não remunerado- e criação dos filhos, além da aferição de salários mais baixos quando no mercado de trabalho formal. Ademais, as mulheres ocupam menos cargos de liderança se comparadas aos homens, como se verificará na seção “Inter-relações entre o machismo estrutural e as práticas e posturas identificadas como tratamento desumano e degradante”.

Assim como na maioria das civilizações, o machismo presente na sociedade brasileira é estrutural, ou seja, intrínseco às instituições que a compõem, que justamente por integrarem uma sociedade com hábitos predominantemente machistas, acabam absorvendo suas características e reproduzindo seus comportamentos.

O machismo estrutural se manifesta em todos os âmbitos da sociedade, afetando classes dominantes e subalternas, negros e brancos, mulheres e homens<sup>6</sup>. Apesar da crença de que apenas as mulheres sofrem com as consequências do machismo estrutural, os homens também são afetados, sendo socialmente forçados a exercer o papel de provedor da família, além de limitar suas demonstrações de afeto em prol da virilidade masculina, característica muito valorizada dentro de um sistema patriarcal.

Num Estado estruturalmente machista, mulheres e homens já nascem com um destino pré-determinado. Saffioti<sup>7</sup> explica que as identidades sociais de ambos os sexos são definidas e delimitadas pela sociedade, que escolhe em que setores mulheres e homens poderão atuar. No âmbito profissional, elas, independentemente de emprego formal, serão responsáveis pela criação dos filhos e atividades domésticas, enquanto eles serão encarregados do sustento da família, na condição de seu chefe e patriarca.

Entre as consequências mais aparentes do machismo está a violência contra as mulheres, que ocorre justamente pelo fato de o homem, socializado de forma machista, entender que a mulher deve a ele obediência e submissão a qualquer custo<sup>8</sup>. Nesse sentido, ainda pode-se mencionar a desigualdade -e atraso- entre homens e mulheres no tocante à fruição de direitos, como por exemplo, do direito ao voto, que só foi concedido às mulheres em 1932<sup>9</sup>.

No entanto, certas influências do machismo estrutural não são tão perceptíveis, como por exemplo o condicionamento da moral ou costumes de um determinado local. A

---

Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy Fraser. *Feminismo para os 99%*: um manifesto. São Paulo: Boitempo, 2019. p. 51-52.

<sup>5</sup> Para fins da presente pesquisa, o termo ideologia pode ser entendido como o conjunto de ideias e convicções sociais, filosóficas, políticas, entre outras, de uma pessoa ou grupo de pessoas, residentes em um determinado local em um determinado período histórico, conforme CHAUÍ, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 11.

<sup>6</sup> SAFFIOTI, Heleith I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 2001. p. 16.

<sup>7</sup> SAFFIOTI, Heleith I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 2001. p. 8.

<sup>8</sup> SAFFIOTI, Heleith I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 2001. p. 79.

<sup>9</sup> BRASIL. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. *Código Eleitoral*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 Maio 2022.

título de exemplo, ao longo do tempo, uma conduta machista poderá se tornar tão comum à população a ponto de ser confundida com uma tradição e vista como correta, e assim, consolidar-se dentro da comunidade.

Quanto ao vocabulário, é de suma importância a delimitação conceitual de alguns termos, para que se tenha um entendimento mais adequado acerca do tema. Inicialmente, atenta-se a diferença entre sexo e gênero. O sexo se refere às características biológicas de uma pessoa ao nascer, de acordo com a sua genitália, em que uma pessoa pode ser considerada homem ou mulher. Já o gênero é relacionado com a imagem construída pela sociedade, que determina o que é masculino e o que é feminino<sup>10</sup>.

Para fins de exemplificação, os

atributos sexuais são fatos biológicos, mas gênero é produto de um processo histórico. O fato de as mulheres terem filhos ocorre em razão do sexo; o fato de as mulheres cuidarem dos filhos ocorre em razão do gênero, uma construção social. É o gênero que vem sendo o principal responsável por determinar o lugar das mulheres na sociedade<sup>11</sup>.

Ademais, conceitualmente, é comum o equívoco na utilização dos termos machismo e misoginia, e ainda no tocante à sua relação com o patriarcado, sendo tais termos regularmente utilizados, erroneamente, como sinônimos. Esclarece-se que, enquanto o machismo pode ser entendido como a crença de que os homens são superiores às mulheres, a misoginia vai além, pregando o ódio e completa aversão às mulheres.

O patriarcado, por sua vez, pode ser definido, segundo Lerner<sup>12</sup>, como a institucionalização da prevalência dos homens sobre as mulheres, no âmbito familiar e na sociedade em geral, da qual se obtém a conclusão de que os homens exercem o poder, e as mulheres são dele privadas. Da mesma forma, Delphy<sup>13</sup> conceitua o patriarcado de maneira simples, como a composição social em que o poder é dos homens, quase como um sinônimo de uma sociedade em que há dominação masculina.

A delimitação conceitual do patriarcado é de extrema importância, tendo em vista a existência de vínculos profundos entre aquele e o machismo estrutural. Patriarcado e machismo se reforçam mutuamente. Enquanto a ideologia machista existir, o patriarcado terá espaço como sistema, podendo ser estabelecido ou reestabelecido com facilidade, independentemente de qualquer direito ou legislação<sup>14</sup>.

Historicamente, apesar de indícios da existência de civilizações matriarcais, o patriarcado é a forma de organização social que predominou pelo maior período de tempo.

Calcula-se que o homem haja estabelecido seu domínio sobre a mulher há cerca de seis milênios. São múltiplos os planos da existência cotidiana em que se observa esta dominação. Um nível extremamente significativo deste fenômeno

<sup>10</sup> SAFFIOTI, Helelith I. B. *Gênero, Patriarcado, Violência*. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 136.

<sup>11</sup> LERNER, Gerda. *A Criação do Patriarcado*. São Paulo: Cultrix, 2019. p. 48-49.

<sup>12</sup> LERNER, Gerda. *A Criação do Patriarcado*. São Paulo: Cultrix, 2019. p. 322.

<sup>13</sup> DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, Helena; et. al (Org.) *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 173.

<sup>14</sup> LERNER, Gerda. *A Criação do Patriarcado*. São Paulo: Cultrix, 2019. p. 323-324.

diz respeito ao poder político. Em termos muito simples, isto quer dizer que os homens tomam as grandes decisões que afetam a vida de um povo<sup>15</sup>.

A adoção da ideologia machista e a consequente incorporação do machismo estrutural nas sociedades se deram por diversos fatores, dentre os quais podem ser citados a religião, os costumes, as diferenças biológicas entre os sexos, entre outros. Lerner<sup>16</sup> explica que um dos argumentos utilizados, no âmbito divino/biológico, para justificar a superioridade masculina, é o fato de que se a natureza, ou Deus, criou os sexos com significativas diferenças entre si, e tais distinções determinaram a divisão sexual do trabalho, não seria possível culpar alguém pela dominação masculina existente.

De acordo com Beauvoir<sup>17</sup>, a hierarquia entre os sexos inicia-se no âmbito familiar, em que a autoridade do pai é soberana, apesar das vontades da mãe. Nesse contexto, tudo contribui para a hierarquia entre o homem e a mulher, desde a cultura histórica, literária, canções e lendas que exaltam o homem de forma preferencial a mulher.

Acerca do processo de consolidação do sistema patriarcal, é importante ressaltar que os homens não são os únicos reprodutores de condutas machistas. As mulheres, por terem sido educadas num sistema opressivo, acabam muitas vezes, involuntariamente, reproduzindo tais comportamentos. Isso ocorre, por exemplo, na criação dos filhos, quando muitas mulheres, de forma automática, acabam por reproduzir as estruturas machistas nas quais foram criadas. Tais condutas podem ser explicadas pelo fato de que, ao longo de seu desenvolvimento, tanto homens quanto mulheres incorporaram, de forma inconsciente, as estruturas históricas que sustentam a dominação masculina, e acabam por reproduzi-las<sup>18</sup>.

É de extrema importância ressaltar que, apesar dos diversos argumentos utilizados por defensores da ideologia machista, a mulher não é, de forma alguma, inferior ao homem em razão de suas características físicas e biológicas. A inferioridade feminina foi construída, ao longo de milênios, por instituições regidas por homens, que objetivavam -e ainda buscam- a consolidação do machismo estrutural e da hegemonia masculina.

Nessa perspectiva,

a desigualdade, longe de ser natural, éposta pela tradição cultural, pelas estruturas de poder, pelos agentes envolvidos na trama de relações sociais. Nas relações entre homens e entre mulheres, a desigualdade de gênero não é dada, mas pode ser construída, e o é, com frequência<sup>19</sup>.

A ideia da suposta inferioridade feminina foi modelada e repassada através dos séculos, se adequando a cada nova geração de modo a sempre atingir seu objetivo de legitimar a superioridade masculina. É correto afirmar que, ao longo do tempo, esse pensamento machista enraizou-se na população a qual se sujeitou, fazendo com que

<sup>15</sup> SAFFIOTI, Helelith I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 2001. p. 47.

<sup>16</sup> LERNER, Gerda. *A Criação do Patriarcado*. São Paulo: Cultrix, 2019. p. 39.

<sup>17</sup> BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Volume 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 28.

<sup>18</sup> BOURDIEU, Pierre. *A dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 15.

<sup>19</sup> SAFFIOTI, Helelith I. B. *Gênero, Patriarcado, Violência*. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 71.

repassasse os ensinamentos para a próxima geração, e esta para a próxima, num ciclo vicioso.

Friza-se que o machismo estrutural evolui através do tempo, manifestando-se de diferentes formas a depender da época, do local, e do contexto social no qual está inserido. O aperfeiçoamento intergeracional é essencial para que a estrutura machista continue a desenvolver um papel central dentro do Estado brasileiro. Em síntese, o machismo estrutural pode ser compreendido como a consolidação de pensamentos e atitudes machistas dentro de uma sociedade, que faz com que as instituições e o próprio Estado funcionem de forma machista.

Em contrapartida ao machismo estrutural, existe o movimento feminista, que sempre foi essencial para a mitigação dos efeitos decorrentes do sistema patriarcal. O termo feminismo, de forma ampla, pode ser compreendido como toda a ação ou atitude, realizada por um indivíduo ou grupo, que resulte no protesto contra opressão ou discriminação sofridas pelas mulheres, com objetivo de garantir e ampliar seus direitos<sup>20</sup>.

Ainda segundo Duarte<sup>21</sup>, no contexto brasileiro podem ser identificadas quatro grandes ondas feministas. A primeira onda, nascida em meados do século XIX, permitiu a um grupo de mulheres o direito de aprender a ler e a escrever, que até aquele momento era exclusivamente masculino. Durante segunda onda, iniciada por volta de 1870, surgiram diversos jornais e periódicos de cunho feminista, dirigidos por mulheres e a elas direcionados. Através da terceira onda feminista, já no início do século XX, foi conquistado, entre outros, o direito feminino ao voto. Por fim, a quarta onda, iniciada nos anos 1970, alterou radicalmente diversos costumes machistas, e garantiu as mulheres um leque ainda maior de direitos, com destaque para o âmbito sexual e reprodutivo.

Apesar das lutas feministas e evolução do pensamento, o machismo estrutural nunca deixou de ditar as normas na sociedade brasileira. Seus efeitos podem ser notados desde a primeira infância, no tratamento diferenciado entre meninas e meninos, até a divisão sexual do trabalho, e na própria composição dos poderes executivo, legislativo e judiciário, que constituem o cerne do Estado Brasileiro.

A influência do machismo estrutural nas instituições estatais é motivo de grande preocupação, tendo em vista que o Estado é responsável pela positivação dos direitos das mulheres, fiscalização de seu cumprimento, e punição de suas violações. Referido aspecto será analisado de forma específica no tópico 3.3 do presente trabalho, no qual serão verificadas as possíveis interferências do machismo estrutural no poder judiciário, e seus efeitos no tratamento de mulheres vítimas de crimes.

Além disso, o próprio processo democrático é afetado em decorrência do machismo estrutural. Não se pode falar em uma verdadeira democracia quando mais da metade da população brasileira<sup>22</sup> é considerada naturalmente inferior, e

<sup>20</sup> DUARTE, Constância Lima. Feminismo e literatura no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo/SP, v. 17, n. 49, setembro, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br>. Acesso em: 10 Maio 2022. p. 2.

<sup>21</sup> DUARTE, Constância Lima. Feminismo e literatura no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo/SP, v. 17, n. 49, setembro, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br>. Acesso em: 10 Maio 2022. p. 2-17.

<sup>22</sup> IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico*. Rio de Janeiro/RJ: IBGE, 2010. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/9662-censo-demografico-2010.html?=&t=destaques>. Acesso em: 28 Abr. 2022.

consequentemente, não tem acesso aos mesmos direitos e condições da outra metade. É importante frisar que

[...] a presença ativa do machismo compromete negativamente o resultado das lutas pela democracia, pois se alcança, no máximo, uma democracia pela metade. Nesta democracia coxa, ainda que o saldo negativo seja maior para as mulheres, também os homens continuarão a ter sua personalidade amputada<sup>23</sup>.

Por isso, apesar dos avanços, inclusive legislativos, no tocante aos direitos das mulheres, a violação de garantias fundamentais ainda é corriqueira, como será analisado ao longo do trabalho. Enquanto o machismo for inerente ao pensamento da população, o estado das coisas vigente no Brasil perdurará, cheio de injustiças e discriminação em desfavor das mulheres<sup>24</sup>.

Justamente pelo caráter intrínseco da ideologia machista, o Direito, como ramo autônomo, não é capaz de frear, por si só, a contínua violação dos direitos das mulheres que assola o país. Apesar da existência de legislações protetivas, como a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e a Lei 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer), o Brasil continua sendo, em sua essência, um país extremamente machista, com instituições opressoras que atuam nos termos do sistema patriarcal.

Dedicar-se a resolver apenas os danos causados pelo machismo estrutural, como por exemplo a violência contra a mulher, ao invés de compreender suas causas e origens, somente perpassa uma falsa sensação de segurança aos olhos da população, enquanto milhares de mulheres têm seus direitos básicos violados diariamente, tanto dentro de suas próprias casas quanto perante um magistrado, frente ao poder judiciário.

Com objetivo de confirmar as hipóteses propostas ao trabalho, serão analisadas, na próxima seção, condutas que configuram possível tratamento desumano ou degradante conferido às mulheres vítimas de crimes. Identificadas tais práticas, a última seção tratará da maneira como elas estão relacionadas ao machismo estrutural, de forma a entender sua influência dentro do poder judiciário.

### **Tratamento desumano e degradante conferido às mulheres perante demandas judiciais em que são vítimas de crimes e violações de direitos fundamentais**

Compreendidos os conceitos essenciais ao entendimento do machismo estrutural, serão analisados, na presente seção, (4) quatro processos criminais em que mulheres figuram/figuraram como vítimas, sendo tratadas de forma degradante ao longo de sua tramitação. As condutas identificadas como configuradoras de tratamento desumano ou degradante foram classificadas dessa forma a partir da constatação de violações de direitos e princípios fundamentais constitucionalmente previstos. Iniciar-se-á cada análise por uma breve contextualização do caso, para que em seguida seja pontuada a prática que constitui tratamento degradante, a fim de um melhor entendimento global dos casos e suas implicações jurídicas.

<sup>23</sup> SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 2001. p. 24.

<sup>24</sup> SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 2001. p. 67.

Inicialmente, cabe salientar que alguns dos processos em análise são protegidos pelo segredo de justiça previsto no art. 234-B do Código Penal<sup>25</sup>, em razão da natureza sexual dos crimes, portanto, apenas pessoas autorizadas teriam, em tese, acesso a eles. No entanto, as decisões/gravações de audiência desses processos foram, de alguma forma, publicizadas, de modo que o sigilo não é um obstáculo à sua análise.

Ainda, importante referir que os casos a seguir expostos foram selecionados, dentre as opções disponíveis, em razão da grande repercussão gerada por sua publicização, que demonstra maior probabilidade da ocorrência de tratamento desumano ou degradante. Além disso, a gravidade da violação de direitos também foi levada em consideração na triagem dos processos.

O primeiro caso a ser analisado é referente ao processo nº 0004733-33.2019.8.24.0023, que traz, na condição de vítima, Mariana Ferrer, e como réu André de Camargo Aranha. O processo foi autuado em 28/03/2019 perante a 3<sup>ª</sup> Vara Criminal da Comarca de Florianópolis/SC, após a ocorrência de suposto crime de estupro de vulnerável, que teria ocorrido na data de 15/12/2018.

O objeto de análise do processo acima citado, para fins de identificação de tratamento desumano ou degradante, é a audiência de instrução realizada na data de 27/07/2020, através do sistema de videoconferências, procedimento padrão durante a pandemia de Covid-19. Cabe ressaltar que referido processo tramita sob sigilo, mas as gravações da audiência foram divulgadas pelo site The Intercept Brasil, sendo disseminadas por diversos outros veículos de notícias, ganhando domínio público. Para fins de análise, foi utilizada a gravação da audiência disponibilizada pelo Jornal Estadão, em seu canal no Youtube.

Durante a audiência de instrução, especificamente ao longo da oitiva da vítima, o advogado do réu, em seu questionamento, expôs fotografias em que Mariana usava poucas peças de roupa, comentando, em certo ponto, que as fotos retratavam posições “ginecológicas”<sup>26</sup>. A utilização de fotografias de vítimas como parte da tese defensiva é utilizada pela defesa na intenção de construir a imagem da vítima como a de uma mulher sedutora e traiçoeira, na tentativa de provar que a relação sexual foi consentida, ou até mesmo por ela iniciada.

Nota-se que a análise de fotos da vítima em nada auxiliaria na resolução do mérito do processo, tendo em vista que, evidentemente, todas as mulheres, independentemente de classe, cor ou vestuário, estão sujeitas a serem vítimas de crimes sexuais. No entanto, o advogado de defesa optou por expor Mariana perante os demais presentes na audiência, prática que configura tratamento degradante, além de violação ao direito de imagem e vida privada previsto no art. 5º, X da Constituição Federal.

Ainda em meio à exposição de fotografias, o advogado diz à vítima, de forma ríspida: “[...] ainda bem que eu não tenho uma filha do teu nível, graças a Deus, e também

<sup>25</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 30 Ago. 2022.

<sup>26</sup> ESTADÃO. *Veja a íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro*. Youtube, 4 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=P0s9cEAPysY>. Acesso em: 27 Jul. 2022.

peço a Deus que o meu filho não encontre uma mulher que nem você"<sup>27</sup>. Extrai-se dessa fala o evidente desprezo do advogado por Mariana, demonstrando, minimamente, o caráter misógino de suas declarações. Ao falar sobre o 'nível' da vítima, e ao compará-la com a própria filha, deixa claro que a considera inferior a si mesmo, indigna de qualquer tratamento respeitoso.

Mais tarde, o advogado de defesa acusa Mariana de buscar fama às custas de outros, dizendo, exaltado: "[...] fala a verdade, vamo lá, tu trabalhava no café, perdeste o emprego, tava com o aluguel atrasado 7 meses, eras uma desconhecida, [...] é o seu ganha pão a desgraça dos outros, manipular essa história de virgem... (sic)"<sup>28</sup>. Ainda conclui, dizendo: "ela não quer esclarecer o fato, ela não quer que isso termine, ela quer curtidas no Instagram"<sup>29</sup>.

Constata-se que a intenção do advogado é ofender a vítima, empregando elementos de sua vida pessoal, como sua situação financeira e redes sociais, para desmoralizá-la. Ao afirmar que a vítima se utilizava do processo a fim de ganhar notoriedade, faz juízo de valor acerca de seu caráter, novamente na tentativa de macular a imagem de Mariana da maneira que mais beneficiasse a sua tese defensiva, de que o crime não teria ocorrido. Ainda, é relevante destacar que as falas antes reproduzidas foram proferidas pelo advogado num tom de voz elevado e grosseiro.

Pela transcrição das falas do advogado, é evidente que sua técnica de defesa, antiquada e deplorável, consistia em atingir a honra da vítima, diminuindo-a e tratando-a como se ela, e não o réu, estivesse sendo acusada de um crime. Apesar do avanço doutrinário e jurisprudencial, a utilização dessa técnica de argumentação, que consiste no ataque pessoal à vítima, ainda é corriqueira, configurando abuso do direito de defesa pela violação da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III da Constituição Federal, e violação ao art. 5º, III do mesmo dispositivo, que veda o tratamento desumano ou degradante.

Importante ressaltar que, em determinado momento do depoimento, a vítima pede que o juiz interceda em meio às falas do advogado, pedindo respeito, dizendo que nem mesmo acusados do crime de homicídio são tratados da forma como ela estava sendo tratada. O magistrado então determina que seja realizado intervalo para que a vítima se acalme, e pede ao advogado de defesa para que mantenha o nível nos questionamentos, mas não intercede de forma mais veemente<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> ESTADÃO. *Veja a íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro*. Youtube, 4 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=P0s9cEAPysY>. Acesso em: 27 Jul. 2022.

<sup>28</sup> ESTADÃO. *Veja a íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro*. Youtube, 4 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=P0s9cEAPysY>. Acesso em: 27 Jul. 2022.

<sup>29</sup> ESTADÃO. *Veja a íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro*. Youtube, 4 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=P0s9cEAPysY>. Acesso em: 27 Jul. 2022.

<sup>30</sup> ESTADÃO. *Veja a íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro*. Youtube, 4 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=P0s9cEAPysY>. Acesso em: 27 Jul. 2022.

No caso em análise, é possível perceber que o tratamento degradante conferido às mulheres dentro do poder judiciário pode se originar de atos comissivos ou omissivos. O advogado do réu agiu de forma comissiva através de suas falas ofensivas. Já o magistrado, apesar de se dirigir à vítima com o devido respeito e cordialidade, omitiu-se ao não advertir o advogado de defesa quando este se excedeu, agravando a violação de direitos já existente. O Ministério Público, na sua função de fiscal da lei, também não interveio.

O segundo processo a ser analisado é o de nº 0000041-92.2019.8.26.0618, que traz como vítima Aline Guimarães e como réu Cleiton Duda dos Santos, que tramita na Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Taubaté/SP, relativo ao crime de tentativa de homicídio qualificado. O réu esfaqueou a vítima, sua ex-namorada, por mais de setenta vezes, por não aceitar o término do relacionamento. O objeto de análise do presente caso é a audiência de instrução e julgamento realizada no dia 08/10/2020, sendo que o acesso à gravação da audiência se deu através do portal de notícias G1, como parte de uma reportagem sobre o machismo no poder judiciário.

Ao longo da oitiva da vítima, o advogado de defesa do réu faz diversas perguntas relacionadas ao comportamento dos ex-namorados, questionando se o réu era ciumento, se a vítima dava motivos para que ele o fosse, e se havia algo no celular da vítima, como uma mensagem, que poderia ter estimulado a ira do réu a ponto de cometer o crime.

A defesa realizou perícia técnica no celular da vítima, expondo em audiência suas mensagens particulares, referentes a momento posterior ao término do relacionamento. A exibição das mensagens, por si só, configura tratamento degradante, tendo em vista que foram posteriormente utilizadas com o único propósito de prejudicar a imagem da vítima, e não como prova da inocência do acusado.

Ao exibir as mensagens trocadas pela vítima com terceiro -não identificado na gravação-, o advogado questiona sobre quem seria ele, e se ele e a vítima mantiveram relacionamento amoroso. Aline nega o suposto envolvimento, afirmando ainda que, independentemente, ela e o réu já não estavam mais juntos. Em seguida, o advogado questiona por que, então, a vítima teria lhe enviado a mensagem “beijos” em uma das conversas. A vítima justifica-se, dizendo que é comum o uso da expressão com pessoas conhecidas, amigos e clientes<sup>31</sup>.

Apesar do tom calmo utilizado pelo advogado, seus questionamentos não deixam de ser inapropriados. Inicialmente, nota-se que existe uma tentativa de justificar os atos realizados pelo réu, através do uso de elementos da vida pessoal da vítima, especificamente seus possíveis relacionamentos amorosos. O advogado apoia-se na tese de que o crime foi cometido por ciúmes, e que a vítima, de certa forma, colaborou para o ocorrido através de seu relacionamento com terceiros.

Ressalta-se que em momento algum a vida íntima do réu foi objeto de interesse de qualquer das partes, não havendo questionamentos a esse respeito. A vítima, por outro lado, além da humilhação de ter sua vida pessoal exposta perante os jurados e demais

<sup>31</sup> CASEMIRO, Poliana. *De vítimas de violência a advogadas: casos de machismo ainda são barreira no judiciário.* G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2022/03/08/de-vitimas-de-violencia-a-advogadas-casos-de-machismo-ainda-sao-barreira-no-judiciario.ghtml>. Acesso em: 17 ago. 2022.

presentes, ainda teve que se justificar, esclarecendo que sempre foi fiel ao réu, e que as conversas exibidas pelo advogado ocorreram após o término da relação.

Acerca do tema, é importante mencionar que a tese da legítima defesa da honra foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779, de 2021. A tese consistia na alegação de que os crimes de gênero, como o feminicídio e a violência doméstica contra a mulher, eram justificáveis em caso de adultério, pois o agressor estaria apenas defendendo a sua honra, que fora maculada pela vítima. Segundo Toffoli, relator da ADPF,

a chamada “legítima defesa da honra” corresponde, na realidade, a recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões, contribuindo imensamente para a naturalização e a perpetuação da cultura de violência contra as mulheres no Brasil<sup>32</sup>.

Apesar da relevância da decisão citada, é inegável que seu julgamento, em 26/02/2021, foi realizado demasiado tarde, fazendo com que diversas mulheres fossem culpabilizadas pelo crime em prol da defesa de seus agressores. Como exemplo, pode ser citado o caso da *socialite* Ângela Diniz, assassinada pelo marido em 1976, descrita em plenário como uma mulher fatal, que através de sua suposta conduta lasciva motivou o assassinato<sup>33</sup>. Lamentavelmente, desde 1976, apesar de diversos avanços, a culpabilização da vítima ainda pode ser observada em diversos casos de violência de gênero pelo país, como no caso em análise.

O terceiro processo a ser estudado é o de nº 0000311-97.2014.8.26.0099, traz como vítima a adolescente de nome Geisy, e como réu Juscie da Silva, autuado em 2014 perante a Vara Criminal da comarca de Bragança Paulista/SP, após a denúncia de suposto crime previsto no art. 213, §1º do Código Penal. A ação penal foi julgada procedente pelo juízo de origem, razão pela qual o réu interpôs recurso de apelação, que foi julgado pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. O acórdão que julgou a apelação, absolvendo o réu, é o objeto de análise do presente caso.

Na decisão, o desembargador Relator Alberto Anderson Filho utilizou-se de diversos argumentos para fundamentar a absolvição do réu, acusado de estupro, contrariando o magistrado de origem. Destaca-se, inicialmente, a seguinte passagem: “Se houve a prática de sexo oral e o réu teria chegado a ejacular, é porque ela abriu a boca e assim permaneceu por tempo razoável”<sup>34</sup>. O tratamento degradante constante da transcrição evidencia-se pela responsabilidade atribuída à vítima, que segundo o

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* 779. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>. Acesso em: 20 Jul. 2022.

<sup>33</sup> CASTRO, Lana Weruska Silva. *O crime passionnal de Doca Street*. Canal Ciências Criminais, 2022. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/crime-passional-doca-street/>. Acesso em: 14 Set. 2022.

<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação criminal nº 0000311-97.2014.8.26.0099*. Relator: Alberto Anderson Filho. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 13 Jul. 2022. p. 16.

desembargador, assentiu e cooperou com a prática sexual simplesmente por manter a boca aberta durante o ato. Segundo tal raciocínio, o simples ato da vítima fechar a boca seria suficiente para impedir o crime, independentemente da força ou violência empregada pelo agressor.

Nota-se que o magistrado não leva em consideração as particularidades do crime sexual, e atribui o ocorrido ao comportamento da vítima no momento do crime, ignorando o fato de que cada pessoa pode reagir de forma distinta em situações de estresse e pressão, principalmente em casos de abuso sexual.

Ainda, destaca-se o seguinte trecho do acórdão:

A prova não dá qualquer segurança para impor condenação ao réu por crime tão grave e que certamente não deixou, como ordinariamente deixam, marcas indeléveis nas vítimas, tanto que Geisy, bem pouco tempo depois, passou a se relacionar com um homem de 28 anos, do qual estava grávida já antes da audiência<sup>35</sup>.

O desembargador, em sua infeliz fundamentação, relata que um crime tão vil como o estupro deixa marcas que não podem ser apagadas. Conclui que, em razão de Geisy ter se relacionado com terceiro e engravidado em momento posterior ao crime, não teria sofrido com as consequências causadas por um estupro, e, portanto, tal ato não teria ocorrido. Existe, na transcrição acima, uma clara presunção acerca do comportamento da vítima, partindo do pressuposto errôneo e precipitado de que todas as vítimas de crimes sexuais sofrem as mesmas consequências físicas e psicológicas após o crime.

Uma das peculiaridades desse caso consiste no fato de que o tratamento degradante apresenta-se de forma não tão evidente, visto que não se trata de falas grosseiras ou ofensas proferidas na presença da vítima, mas sim da fundamentação de uma decisão judicial. Isso ilustra que o machismo estrutural, apesar de gerar diversas consequências explícitas, como a violência doméstica contra a mulher, produz seus efeitos mais severos justamente em âmbitos não tão óbvios, como no raciocínio e percepção de um desembargador quando da fundamentação de um acórdão.

Por fim, o último processo a ser analisado é o de nº 70070140264, referente ao suposto crime de estupro de vulnerável cometido pelo réu J. L. D. S contra a vítima A., sua filha, processo autuado perante a Comarca de Júlio de Castilhos/RS, na data de 07/11/2012. O objeto de análise do presente caso é a atuação do promotor de justiça durante a audiência de instrução do feito, realizada em 20/02/2014. Em razão da audiência ter sido realizada de modo presencial, foi utilizado como base para estudo o acórdão que julgou a apelação do réu, que, em certo ponto, transcreve as falas do promotor em audiência.

Expondo um breve contexto fático, a vítima, entre os doze e treze anos, era estuprada pelo pai frequentemente, e em decorrência, acabou engravidando. O magistrado responsável autorizou a realização de aborto legal, que ocorreu ao longo do processo. Em sede de audiência de instrução, a vítima se retratou, alegando que o pai

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação criminal nº 0000311-97.2014.8.26.0099*. Relator: Alberto Anderson Filho. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 13 Jul. 2022. p. 16.

nunca a estuprara, e que a gravidez era resultante de relação com terceiro -mais tarde, comprovou-se que a vítima apenas ofereceu retratação por medo e pressão de familiares<sup>36</sup>.

Após a retratação, durante a oitiva da vítima, o promotor de justiça comportou-se de forma lastimável, dizendo à adolescente, em tom grosseiro: “tu fez eu e a juíza autorizar um aborto e agora tu te arrependeu assim? tu pode pra abrir as pernas e dá o rabo pra um cara tu tem maturidade, tu é auto suficiente, e pra assumir uma criança tu não tem? (sic) ”<sup>37</sup>. Ainda continua: “se tu fosse maior de 18 eu ia pedir a tua preventiva agora, pra tu ir lá na FASE, pra te estuprarem lá e fazer tudo o que fazem com um menor de idade lá. Porque tu é criminosa... tu é. (sic) ”<sup>38</sup>.

Reputa-se juridicamente inadmissível. O promotor, além de julgar as ações da vítima, desconsiderando por completo o seu histórico familiar, questiona seu direito legal a um aborto seguro -previsto no art. 128, II do Código Penal-, tentando fazer com que ela se sinta culpada por tê-lo realizado, chamando-a de criminosa. Ainda, intimida a vítima com ameaças abomináveis, que incluem prisão e até mesmo estupro, abusando de suas prerrogativas profissionais e ultrapassando todos os limites do bom senso.

Não satisfeito, o promotor segue: “Péssima educação teus pais deram pra ti. Péssima educação. Tu não aprendeu nada nessa vida, nada mesmo.” Ainda complementa: “tu teve coragem de fazer o pior, matou uma criança, agora fica com essa carinha de anjo, de ah... não vou falar nada”<sup>39</sup>. As falas do promotor deixam clara a violação de direitos fundamentais sofrida pela vítima, que incluem tratamento degradante, violação do direito à honra e ao devido processo legal.

Tendo por base os casos anteriores, não causaria surpresa se essas expressões abomináveis utilizadas contra a vítima fossem proferidas pela defesa do acusado, buscando sua absolvição ou redução de pena. No entanto, tais desafetos foram proferidos justamente por aquele que deveria zelar pela integridade do processo penal, pela segurança, proteção e garantia de direitos da vítima, o representante do Ministério Público. Importante destacar que essa instituição é responsável pela defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127 da Constituição Federal, o que obviamente não ocorreu no caso em estudo.

A situação analisada é ainda mais complexa, visto que, além de mulher, a vítima, no momento da audiência, era apenas uma adolescente. É assombroso o fato de a magistrada responsável pela audiência não ter intervindo e advertido o promotor acerca de seu

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação criminal nº 70070140264*. Relatora: Jucelana Lurdes Pereira Dos Santos. Porto Alegre, 2016. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 17 Jul. 2022. p. 5.

<sup>37</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação criminal nº 70070140264*. Relatora: Jucelana Lurdes Pereira Dos Santos. Porto Alegre, 2016. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 17 Jul. 2022. p. 17.

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação criminal nº 70070140264*. Relatora: Jucelana Lurdes Pereira Dos Santos. Porto Alegre, 2016. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 17 Jul. 2022. p. 17.

<sup>39</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação criminal nº 70070140264*. Relatora: Jucelana Lurdes Pereira Dos Santos. Porto Alegre, 2016. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 17 Jul. 2022. p. 18.

comportamento. A conduta omissiva da magistrada ilustra um perfeito exemplo de reprodução do comportamento machista por mulheres, conforme mencionado na seção anterior.

Através da análise realizada, constatou-se que todas as práticas narradas, comissivas ou omissivas, de alguma forma ferem os direitos fundamentais de mulheres que buscaram o poder judiciário a fim de concretizar seus direitos constitucionalmente previstos. Tais condutas extrapolam os limites do contraditório e da ampla defesa, não sendo condizentes com os princípios da imparcialidade, neutralidade e da ética, pilares do poder judiciário brasileiro. Ao longo da próxima seção, as práticas identificadas ao longo da presente pesquisa serão relacionadas com o machismo estrutural, a fim de entender de que forma este exerce influência sobre o tratamento conferido às mulheres que acessam o poder judiciário.

### **Inter-relações entre o machismo estrutural e as práticas e posturas identificadas como tratamento desumano e degradante**

A análise de processos realizada na seção anterior resultou na identificação de diversas condutas que, evidentemente, configuram tratamento desumano e degradante conferido às mulheres que figuram/figuravam como vítimas de crimes. Tais comportamentos foram reproduzidos por magistrados, advogados, membros do Ministério Público, por homens e mulheres, através de ações e omissões. Para fins de entendimento da origem do tratamento degradante identificado, é preciso compreender de que maneira o machismo estrutural incorporou-se à sociedade brasileira e suas instituições. Além disso, é de suma importância assimilar a razão da predominância patriarcal no século XXI, mesmo após a evolução de pensamento e do avanço do movimento feminista.

Inicialmente, é essencial enfatizar que o fator cultural é determinante no comportamento da coletividade, inclusive na atuação dos magistrados, homens ou mulheres, ao longo de sua atividade profissional. Segundo Cuche<sup>40</sup> o comportamento humano é, essencialmente, resultado da cultura na qual se está inserido, não sendo intrínseco da natureza de cada indivíduo. A partir dessa ideia, entende-se que a personalidade de cada pessoa é construída ao longo de sua criação, refletindo a comunidade em que vive e suas características. Diante disso, torna-se fundamental compreender o contexto social brasileiro dos últimos séculos, bem como os fatores que influenciaram sua formação.

Historicamente, entre os principais espaços de sociabilidade cotidiana incluem-se a igreja, a escola, e a família<sup>41</sup>. No âmbito religioso, o cristianismo, desde o período colonial, sempre exerceu influência nos mais diversos âmbitos, inclusive nas questões de

<sup>40</sup> CUCHE. Denys. *A Noção de Cultura nas Ciências Sociais*. Bauru: EDUSC, 1999. p. 10.

<sup>41</sup> SOUZA JUNIOR, Paulo Roberto de. A cultura machista e os prejuízos aos dissidentes ou divergentes das questões sexuais e de gênero. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, v. 7, n. 2, p. 62-76, julho/dezembro de 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/8177-23884-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 Ago. 2022. p. 5.

gênero<sup>42</sup>, auxiliando na construção de uma imagem negativa da mulher, através de, por exemplo, atribuir-lhe a culpa pela expulsão do ser humano do paraíso. Isso ocorre, segundo Lopes<sup>43</sup>, pois a escrita da bíblia e o próprio desenvolvimento do cristianismo se deram em uma sociedade patriarcal.

Não obstante a passagem do tempo, os efeitos do conservadorismo religioso ainda são visíveis em meio à sociedade. A título de exemplo, cita-se o projeto de lei nº 193/2016, que visava instituir o Programa Escola sem Partido, que, dentre suas disposições, traz a vedação do ensino relacionado à “ideologia de gênero”. O projeto foi articulado em torno de dogmas religiosos, e tinha como objetivo inserir tais preceitos nos âmbitos familiar e escolar<sup>44</sup>. Nesses setores, os mandamentos ensinados serão absorvidos e reproduzidos, introduzindo uma noção de moralidade e costumes que sirva aos interesses conservadores. Embora o projeto tenha sido retirado pelo autor (Senador Magno Malta, do PL/ES) e arquivado em novembro de 2017, segue representativo de uma pauta conservadora muito presente.

Para fins de entendimento, “ideologia de gênero” é uma expressão pejorativa fabricada pelo movimento conservador, numa tentativa de manter a ordem social inalterada, e é claro, a seu favor<sup>45</sup>. Através dela, esse grupo manifesta-se contra atividades que tratam de gênero e conteúdos relacionados, nas escolas, por exemplo, alegando que que tais práticas induzem/incitam crianças a se tornarem homossexuais. Em realidade, tal ideologia não existe, o que há é a identidade de gênero, em que as pessoas, independente do sexo de nascimento, se identificam como mulheres ou homens.

No tocante à legislação nacional, o Código Civil de 1916 considerava a mulher casada como relativamente incapaz e dependente do marido<sup>46</sup>, situação que perdurou até meados da década de 1960. Constitucionalmente, a mulher não havia sequer sido mencionada até o ano de 1934, quando conquistou o direito ao voto<sup>47</sup>. Além disso, desde a legislação penal imperial, a condição da honestidade feminina era requisito para o cometimento de determinados crimes, como por exemplo, o antigo crime de posse sexual

<sup>42</sup> COELHO, Ingrid Mesquita; HONORATO, Eduardo Jorge Sant'Ana; e SOUZA, Daniel Cerdeira de. Os processos religiosos judaico – cristãos e a construção do machismo. *REVES - Revista Relações Sociais*, Vol. 02 n. 02, p. 281-290, junho, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/reves/article/view/8357/3493>. Acesso em: 22 Ago. 2022. p. 1.

<sup>43</sup> LOPES, Mercedes. Gênero e discurso religioso. *Relegens Thréskeia estudos e pesquisa em religião*, V. 02, n. 02, p. 60-70, dezembro, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/35569-130675-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 Ago. 2022. p. 4.

<sup>44</sup> ALVES, Isabella Nara Costa; SILVA, Silas Veloso de Paula; VIDAL, Fernanda Barreto Gueiros. “Ideologia de Gênero” e Escola sem Partido: desafios do ensino da sociologia na política brasileira a partir dos embates hegemônicos em torno da educação. *Diversidade e Educação*, v. 8, n. 1, p. 70-95, janeiro/junho de 2020. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/divedu/article/view/11393/7818>. Acesso em: 02 Ago. 2022. p. 3.

<sup>45</sup> BATALHA, Erika Oliveira Maia; OLIVEIRA, Rayane Dayse da Silva. O mito da “ideologia de gênero” nas escolas: uma análise sociológica da tentativa conservadora de silenciar o pensamento crítico. *Revista de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UFRN*, nº 20, p. 44-59, janeiro/junho de 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/12465/8853>. Acesso em: 14 Set. 2022. p. 9.

<sup>46</sup> BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 30 Ago. 2022.

<sup>47</sup> BRASIL. *Constituição (1934)*. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 01 Set. 2022.

mediante fraude, do art. 215 do Código Penal de 1940. Tal condição só foi revogada pela Lei 11.106/2005.

Apesar de os dados citados serem seculares, as repercussões da cultura patriarcal não se tornaram obsoletas ou ultrapassadas pela simples passagem do tempo. Pelo contrário, continuam encravadas na mentalidade social brasileira<sup>48</sup>. Os resquícios de legislações e costumes passados, além de dogmas morais e religiosos que permanecem em evidência, acarretaram na manutenção de certas opiniões antiquadas acerca de como a mulher deve ser, agir e pensar, apesar da evolução legislativa e conquistas do movimento feminista.

No imaginário de parcela da população, ainda subsistem as antigas dicotomias relativas à índole da mulher: frágil ou forte, santa ou pecadora, vítima ou culpada. No Brasil, as figuras de Eva e Maria destacam-se como polos opostos dessa dicotomia<sup>49</sup>, em que Maria representa a mulher pura, casta, frágil, mãe e dona de casa zelosa; e Eva retrata a mulher não submissa, de gênio forte, traiçoeira, pecadora, indigna de qualquer tratamento respeitoso.

A distinção das mulheres entre Evas e Marias acaba, de certa forma, separando vítimas de crimes dignas de proteção jurídica daquelas que não merecem<sup>50</sup>. Nos processos relativos a crimes sexuais, por exemplo, existe a chamada lógica da honestidade, em que as mulheres tidas como honestas podem ser consideradas vítimas, e as mulheres desonestas, como a prostituta, são abandonadas pelo sistema por não se adequarem aos padrões de moralidade impostos pelo patriarcado<sup>51</sup>. Diante disso, pode-se inferir que a seletividade do processo penal atinge não somente réus, mas também as vítimas de crimes.

Além disso, é pertinente referir-se ao fenômeno da culpabilização, em que mulheres vítimas de crimes são responsabilizadas pelo que lhes ocorreu, simplesmente por agirem de uma determinada maneira, frequentarem certos locais ou usarem dado tipo de vestimenta. Em razão da regularidade desse fenômeno, vítimas de crimes frequentemente optam por não denunciar seus agressores, com medo da humilhação e da

<sup>48</sup> KOLONTAI, Alexandra. *A nova mulher e a moral sexual*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 54.

<sup>49</sup> VASCONCELOS, Vânia Nara Pereira. Visões sobre as mulheres na sociedade ocidental. *Ártemis* [S. l.], n. 3, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/2209>. Acesso em: 20 Set. 2022. p. 2.

<sup>50</sup> Dados obtidos pelo Programa de Pós-graduação em Psicologia Social da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), na tese “Culpabilização da vítima de violência sexual: uma análise do efeito da combinação de características da vítima e do observador”, revelaram que mulheres negras e contranormativas são mais culpabilizadas pela violência sofrida por elas. Conforme LINHARES, Layanne Veira. *Culpabilização da vítima de violência sexual: uma análise do efeito da combinação de características da vítima e do observador*. 2021. Tese (Doutorado) - Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br>. Acesso em: 14 Set. 2022. p.39.

<sup>51</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 48, p. 260-290, maio/jun. 2004. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1300/766>. Acesso em: 11 Ago. 2022. p. 17.

exposição de sua privacidade, além do receio de não receberem apoio e compreensão por parte dos demais<sup>52</sup>.

Essa culpabilização pode ser identificada em algumas condutas -consideradas degradantes- dos processos analisados na seção anterior. No primeiro caso, fotos da vítima, com ênfase em suas roupas, foram expostas em audiência para que sua idoneidade fosse questionada; no segundo processo, a defesa tentou demonstrar que a vítima estaria tendo um relacionamento extraconjugal, na tentativa de justificar o crime; já no terceiro caso, o desembargador atribuiu à vítima parcela de culpa pelo abuso, pois esta teria mantido a boca aberta durante o ato.

Ainda sobre o tema, é importante destacar o papel da monogamia como instrumento do patriarcado no processo de culpabilização feminina. A vítima do segundo caso analisado, depois de sofrer mais de 70 facadas, teve seu celular periciado pela defesa do acusado, em busca de provas de sua infidelidade. O réu, apesar da brutalidade do delito, não passou pelo mesmo constrangimento. Da situação narrada, extrai-se uma amostra de como a monogamia, forma de controle sexual legitimada pelo Estado, é imposta, majoritariamente, apenas em desfavor das mulheres<sup>53</sup>, enquanto a infidelidade masculina é considerada natural e sem importância, consequência direta de uma sociedade estruturalmente machista.

Para além do machismo, a misoginia -aversão, desprezo pelas mulheres e pelo feminino- também se faz presente em níveis alarmantes. É desagradável de tal forma que, no último caso estudado, a mera leitura das falas do promotor se torna desconfortável, quem dirá presenciá-las e tê-las direcionadas a si. O mesmo ocorre com as colocações do advogado de defesa do réu no primeiro processo examinado. Em ambos os casos, o poder judiciário possibilitou uma vitimização secundária ou revitimização das mulheres ali presentes<sup>54</sup>, visto que foi responsável, direta ou indiretamente, pelo tratamento degradante por elas sofrido.

A partir do raciocínio exposto, pode-se concluir que a população brasileira em geral não pratica atitudes machistas em razão de uma inclinação natural, mas porque nasceram, cresceram e atuam em meio a uma sociedade machista. Diante dessa análise, cabe referir que o poder judiciário, assim como as demais instituições, é composto de pessoas, portanto, não escapa da sina de ser diretamente afetado pelo machismo estrutural.

O patriarcado ou ordem patriarcal de gênero é demasiadamente forte, atravessando todas as instituições, como já se afirmou. Isto posto, porque a justiça não seria sexista? Porque ela deixaria de proteger o status quo, se aos operadores homens do direito isto seria trabalhar contra seus próprios

<sup>52</sup> MURR, Nicole el. A culpabilização das mulheres vítimas de estupro: uma análise à luz da dogmática penal e da perspectiva de gênero. *Delictae*, Vol. 5, Nº8, janeiro-junho de 2020. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/140/99>. Acesso em: 02 Set. 2022. p. 23.

<sup>53</sup> VIEIRA, Lara Bianca Pinto; BIANCHINI, Juliana. A limitação do amor pela imposição da monogamia no poder judiciário brasileiro. *Direito e Sexualidade*, v. 3, n. 1, p.149-166, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revdirsex/article/view/49331/27029>. Acesso em 05 Set. 2022. p. 150.

<sup>54</sup> TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 160.

privilégios? E porque as juízas, promotoras e advogadas são machistas? Quase todos os são, homens e mulheres, porque ambas as categorias de sexo respiram, comem, bebem e dormem nesta ordem patriarcal de gênero, exatamente a subordinação devida ao homem<sup>55</sup>.

Precisamente pela influência do fator cultural, pode-se compreender o porquê de as mulheres também praticarem atitudes machistas. Observa-se que, o fato de serem mulheres não impediu as juízas, promotoras e servidoras dos casos analisados de tratarem vítimas de crimes de forma degradante, através de ações ou omissões. Sobre o assunto, Chauí<sup>56</sup> entende que as mulheres são cúmplices das hostilidades que sofrem, porém, essa cumplicidade não é escolhida, mas resultado de sua ausência de autonomia. Já Saffioti<sup>57</sup> rejeita a ideia de cumplicidade, afirmando que as mulheres apenas consentem com a violência pois são forçadas a ceder.

Acerca das consequências de uma sociedade estruturalmente machista, a composição majoritariamente masculina do poder judiciário brasileiro também é causa do tratamento degradante vivenciado por mulheres vítimas de crimes. Segundo Relatório da Participação Feminina no Poder Judiciário, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>58</sup>, apenas 38,8% dos magistrados ativos no país são mulheres. Apesar de o dado citado ser, por si só, preocupante, a análise de estatísticas específicas traz resultados ainda mais decepcionantes. De acordo com a pesquisa, apenas 19,6% dos magistrados dos tribunais superiores são mulheres, à exemplo do Supremo Tribunal Federal, que conta com apenas duas ministras dentre seus onze membros. No âmbito da justiça estadual, as magistradas correspondem a 37,4% do total, e na justiça federal, apenas 31,2%.

Por outro lado, as estatísticas relacionadas ao número de servidoras atuantes no poder judiciário mostraram uma melhora significativa. Segundo o Relatório<sup>59</sup>, 56,6% do total dos servidores que atuaram no poder judiciário nos últimos 10 anos eram mulheres. Nos tribunais superiores, as mulheres representaram 48% dos servidores, ocupando 47% das funções de confiança e 43,8% dos cargos de chefia. Na justiça estadual, as servidoras são 58,2% do total, e na justiça federal 50,4%.

Os dados supra, apesar de atestarem certa igualdade, e até mesmo uma preponderância feminina em determinadas funções, demonstram, nas entrelinhas, uma realidade que muitas vezes passa despercebida quando se trata da análise das consequências do machismo estrutural. Os resultados comprovam que as mulheres constituem, em média, 50% dos servidores do judiciário; em nível hierárquico superior, na magistratura, apenas 38,8% dos juízes; e em grau ainda mais elevado, nos tribunais

<sup>55</sup> SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, Patriarcado, Violência*. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 94.

<sup>56</sup> CHAUÍ, Marilena. Participando do Debate sobre Mulher e Violência. In: Franchetto, Bruna, Cavalcanti, Maria Laura V. C. e Heilborn, Maria Luiza (org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*, São Paulo, Zahar Editores, 1985. p. 8.

<sup>57</sup> SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, Patriarcado, Violência*. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 79-80.

<sup>58</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário*. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20 Mar. 2022.

<sup>59</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário*. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20 Mar. 2022.

superiores, o número de juízas despenca, não chegando a 20%. Tais dados evidenciam que, quanto mais elevado o cargo dentro do poder judiciário, menor é a participação feminina<sup>60</sup>.

A ministra Laurita Vaz, primeira mulher a presidir o Superior Tribunal de Justiça, relata sobre as dificuldades sofridas por mulheres exercentes de cargos de prestígio dentro do poder judiciário: “quando se chega ao ápice da carreira jurídica, a disputa não depende mais de provas e títulos, mas de abertura política e de reconhecimento dos próprios pares, na maioria homens, que, muitas vezes, dificultam o acesso das mulheres”<sup>61</sup>.

Conforme já explanado, a supervalorização do homem e a hegemonia masculina em cargos de poder são os principais objetivos do patriarcado na esperança de manter-se como sistema vigente, condicionando a mulher à uma posição de inferioridade. Enquanto perdurarem as discriminações contra a mulher no meio social, os agentes da justiça estarão propensos a atuarem de forma a legitimar o sistema de ideias justificador do presente estado das coisas<sup>62</sup>. Por isso, uma composição judiciária majoritariamente masculina, com grande parte das mulheres atuando em funções subordinadas a um homem, atende às expectativas de uma sociedade estruturalmente machista, como é o caso da brasileira.

No tocante à análise processual realizada, é relevante discorrer acerca do impacto do segredo de justiça previsto no art. 234-B do Código Penal. Tal disposição tem como principal objetivo a proteção da vítima de uma exposição pública e midiática, além de evitar que o réu seja injustamente culpabilizado antes do trânsito em julgado. No entanto, em relação ao tratamento degradante conferido às mulheres dentro do judiciário, o segredo de justiça age como uma barreira, visto que impede que os responsáveis tomem conhecimento dessas ocorrências e ajam de forma a reprimir tais comportamentos.

Por fim, ao longo da presente seção, foi possível concluir que as discriminações e preconceitos contra a mulher são resultado de construções sociais centenárias. Se puderam ser fabricadas, podem também ser socialmente destruídas<sup>63</sup>. Enquanto as mulheres evitarem o poder judiciário por medo da humilhação e da exposição, os direitos constitucionais de acesso à justiça, igualdade entre homens e mulheres e vedação ao tratamento desumano ou degradante<sup>64</sup> continuarão como meras palavras consignadas na Constituição Federal, mas sem efeitos práticos na sociedade brasileira.

## Conclusão

<sup>60</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário*. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20 Mar. 2022.

<sup>61</sup> VAZ, Laurita. *Mulheres vencendo barreiras*: Palestra na abertura do Curso de Extensão Cultural da Mulher (CECM), em comemoração ao Dia Internacional da Mulher. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Mídias/arquivos/Notícias/MULHERES%20VENCENDO%20BARRA%20EIRAS.pdf](https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Mídias/arquivos/Notícias/MULHERES%20VENCENDO%20BARRA%20EIRAS.pdf). Acesso em: 05 Set. 2022. p. 4.

<sup>62</sup> SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 2001. p. 15-16.

<sup>63</sup> SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 2001. p. 117.

<sup>64</sup> BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 Set. 2022.

O desenvolvimento da presente pesquisa teve como principal objetivo analisar, de maneira detalhada, o machismo estrutural e seus termos correlatos, além de sua presença em meio à sociedade brasileira, para que, por meio desse exame, fosse possível avaliar e compreender de que forma interfere no tratamento desumano e degradante conferido às mulheres vítimas de crimes dentro do poder judiciário brasileiro.

A importância do estudo, já sinalizada desde a introdução, foi evidenciada através da própria análise dos processos selecionados, visto que as mulheres vítimas de crimes dos casos referidos, que buscaram auxílio junto ao judiciário objetivando a efetivação de seus direitos, foram tratadas de forma vexatória pela instituição que deveria ampará-las. Justamente pelo caráter habitual com que tais fatos vêm ocorrendo, era de suma importância analisar quais são suas causas e de que forma o machismo estrutural colabora para sua existência.

Através da seção inicial, ampliou-se o entendimento acerca de diversos conceitos e institutos essenciais à compreensão do machismo estrutural. Percebeu-se que o machismo propriamente dito, a misoginia e o patriarcado são partes fundamentais de uma sociedade estruturalmente machista, cada qual com seu papel na consolidação desse modelo social que opõe e inferioriza mulheres. Compreendeu-se também que, em razão da organização patriarcal, mulheres podem ser igualmente reproduutoras de condutas machistas, pois incorporam os ideais das sociedades na qual foram criadas.

A partir da segunda seção, passou-se à análise dos processos judiciais anteriormente citados, para fins de identificação de condutas que poderiam configurar tratamento desumano ou degradante conferido a mulheres vítimas de crimes. Através desse estudo, constatou-se que em todos os processos, essas mulheres vítimas de crimes sofreram, em algum momento, tratamento vexatório, manifestado através de práticas diversas.

Dentre as inúmeras condutas consideradas como tratamento desumano ou degradante, podem ser citadas: o emprego de elementos da vida pessoal da mulher, como a situação financeira e postura em redes sociais, para tornar sua índole questionável, na tentativa de justificar os atos contra ela cometidos; falas em tom pejorativo e comparação da vítima a outras mulheres; questionamentos desnecessários ao deslinde do processo, acerca, por exemplo, da intimidade da vítima; e suposições sobre o comportamento da mulher no momento do crime. Todas as práticas narradas confirmam as hipóteses previstas na introdução do presente estudo.

No entanto, foram identificadas outras condutas, não previstas nas hipóteses formuladas, que são consideradas tratamento degradante, como por exemplo, o juízo de valor acerca do caráter da mulher, a utilização de um tom de voz elevado e grosseiro quando da conversa com a vítima, as ameaças vislumbradas no último caso estudado, entre outras. Ainda são consideradas degradantes as condutas omissivas, praticadas por magistrados, membros do Ministério Público e demais presentes, que não interviram no momento oportuno, ou de qualquer forma, a fim de fazer cessar as violações de direitos.

Ainda, na seção final, foi possível constatar que há uma ligação indiscutível entre o tratamento degradante sofrido pelas mulheres vítimas de crimes e o machismo estrutural.

Em suma, concluiu-se que o fator cultural é basilar no que tange à construção do comportamento humano, portanto, se um grupo de pessoas vive em uma sociedade estruturalmente machista, inevitavelmente irá reproduzir atitudes machistas, seja dentro de casa ou em seu ambiente de trabalho. Além disso, o patriarcado está em constante evolução e transformação, para garantir sua consolidação em meio a sociedade brasileira, onde seus efeitos alcançam, inevitavelmente, as instituições estatais, como o poder judiciário.

Por fim, de maneira geral, concluiu-se que, apesar da luta feminista do período contemporâneo, o machismo estrutural continua atingindo as instituições estatais, como o poder judiciário, acarretando, entre outros, no tratamento degradante de mulheres vítimas de crimes. Tendo em vista o fator cultural analisado, as formas de remediar tal situação são complexas e demandam tempo e investimento, principalmente na educação relacionada à igualdade de gêneros, preconizando uma mudança cultural da sociedade brasileira desde a primeira infância.

O amparo constitucional à igualdade entre homens e mulheres, dignidade da pessoa humana e vedação ao tratamento desumano e degradante não foi suficiente para impedir que tais garantias fossem violadas. O próprio poder judiciário, órgão responsável pela aplicação das leis, por vezes ignora suas disposições mais básicas, conferindo às mulheres vítimas de crimes o tratamento desumano e degradante identificado na presente pesquisa.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ALVES, Isabella Nara Costa; SILVA, Silas Veloso de Paula; VIDAL, Fernanda Barreto Gueiros. "Ideologia de Gênero" e Escola sem Partido: desafios do ensino da sociologia na política brasileira a partir dos embates hegemônicos em torno da educação. *Diversidade e Educação*, v. 8, n. 1, p. 70-95, janeiro/junho de 2020. Disponível em:  
<https://periodicos.furg.br/divedu/article/view/11393/7818>. Acesso em: 02 Ago. 2022.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 48, p. 260-290, maio/jun. 2004. Disponível em:  
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1300/766>. Acesso em: 11 Ago. 2022.

ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy Fraser. *Feminismo para os 99%*: um manifesto. São Paulo: Boitempo, 2019.

BATALHA, Erika Oliveira Maia; OLIVEIRA, Rayane Dayse da Silva. O mito da "ideologia de gênero" nas escolas: uma análise sociológica da tentativa conservadora de silenciar o pensamento crítico. *Revista de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UFRN*, nº 20, p. 44-59, janeiro/junho de 2017. Disponível em:  
<https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/12465/8853>. Acesso em: 14 Set. 2022.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Volume 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 01 Set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 Set. 2022.

BRASIL. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. *Código Eleitoral*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 Maio 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 30 Ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 30 Ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Dispõe sobre alterações no Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art215](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art215). Acesso em: 30 Ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. *Lei Maria da Penha*. 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: 17 Maio 2022.

BRASIL. Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021. *Lei Mariana Ferrer*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779*. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>. Acesso em: 20 Jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação criminal nº 0000311-97.2014.8.26.0099*. Relator: Alberto Anderson Filho. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 13 Jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação criminal nº 70070140264*. Relatora: Jucelana Lurdes P. Dos Santos. Porto Alegre, 2016. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 17 Jul. 2022.

CASEMIRO, Poliana. *De vítimas de violência a advogadas: casos de machismo ainda são barreira no judiciário*. G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2022/03/08/de-vitimas-de-violencia-a-advogadas-casos-de-machismo-ainda-sao-barreira-no-judiciario.ghhtml>. Acesso em: 17 ago. 2022.

CASTRO, Lana Weruska Silva. *O crime passionnal de Doca Street*. Canal Ciências Criminais, 2022. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/crime-passional-doca-street/>. Acesso em: 14 Set. 2022.

CHAUÍ, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2001.

CHAUÍ, Marilena. Participando do Debate sobre Mulher e Violência. In: Franchetto, Bruna, Cavalcanti, Maria Laura V. C. e Heilborn, Maria Luiza (org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*, São Paulo: Zahar, 1985.

COELHO, Ingrid Mesquita; HONORATO, Eduardo Jorge Sant'Ana; e SOUZA, Daniel Cerdeira de. Os processos religiosos judaico - cristãos e a construção do machismo. *REVES - Revista Relações Sociais*, Vol. 02 n. 02, p. 281-290, junho, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/reves/article/view/8357/3493>. Acesso em: 22 Ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário*. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20 Mar. 2022.

CUCHE. Denys. *A Noção de Cultura nas Ciências Sociais*. EDUSC, Bauru/SP, 1999.

DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, Helena; et. al (Org.) *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: UNESP, 2009.

DUARTE, Constância Lima. Feminismo e literatura no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo/SP, v. 17, n. 49, p. 151-172, setembro, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/6fB3CFy89Kx6wLpwCwKnqfS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 Maio 2022.

ESTADÃO. *Veja a íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro*. Youtube, 4 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=P0s9cEAPysY>. Acesso em: 27 Jul. 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico*. Rio de Janeiro/RJ: IBGE, 2010. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/9662-censo-demografico-2010.html?=&t=destaques>. Acesso em: 28 Abr. 2022.

KOLONTAI, Alexandra. *A nova mulher e a moral sexual*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

LINHARES, Layanne Veira. *Culpabilização da vítima de violência sexual: uma análise do efeito da combinação de características da vítima e do observador*. 2021. Tese (Doutorado) - Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2021. Disponível em: [https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/21456/1/LayanneVieiraLinhares\\_Tese.pdf](https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/21456/1/LayanneVieiraLinhares_Tese.pdf). Acesso em: 14 Set. 2022.

LERNER, Gerda. *A Criação do Patriarcado*. São Paulo/SP: Cultrix, 2019.

LOPES, Mercedes. Gênero e discurso religioso. *Relegens Thréskeia estudos e pesquisa em religião*, V. 02, n. 02, p. 60-70, dezembro, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/35569-130675-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 Ago. 2022.

MURR, Nicole el. A culpabilização das mulheres vítimas de estupro: uma análise à luz da dogmática penal e da perspectiva de gênero. *Delictae*, Vol. 5, Nº8, jan-jun. de 2020. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/140/99>. Acesso em: 02 Set. 2022.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, Patriarcado, Violência*. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 2001.

SOUZA JUNIOR, Paulo Roberto de. A cultura machista e os prejuízos aos dissidentes ou divergentes das questões sexuais e de gênero. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, v. 7, n. 2, p. 62-76, jul/dez. 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/8177-23884-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 Ago. 2022.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VASCONCELOS, Vânia Nara Pereira. Visões sobre as mulheres na sociedade ocidental. *Ártemis* [S. l.], n. 3, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/2209>. Acesso em: 20 Set. 2022.

VAZ, Laurita. *Mulheres vencendo barreiras*: Palestra na abertura do Curso de Extensão Cultural da Mulher (CECM), em comemoração ao Dia Internacional da Mulher. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Mídias/arquivos/Notícias/MULHERES%20VENCENDO%20BARREIRAS.pdf](https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Mídias/arquivos/Notícias/MULHERES%20VENCENDO%20BARREIRAS.pdf). Acesso em: 05 Set. 2022.

VIEIRA, Lara Bianca Pinto; BIANCHINI, Juliana. A limitação do amor pela imposição da monogamia no poder judiciário brasileiro. *Direito e Sexualidade*, v. 3, n. 1, p.149-166, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revdirsex/article/view/49331/27029>. Acesso em 05 Set. 2022.

Data de Recebimento: 20/10/2022

Data de Aprovação: 05/09/2023

# MORADIA VS. PROPRIEDADE: A ADPF 828/DF E A PROTEÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA EM TEMPOS DE PANDEMIA À LUZ DA PROPORCIONALIDADE<sup>1</sup>

## DWELLING VS. PROPERTY: ADPF 828/DF AND THE COUNTERMAJORITARIAN PROTECTION IN THE PANDEMIC BASED ON PROPORTIONALITY

Mônica Clarissa Hennig Leal ·  
Lucas Moreschi Paulo ·<sup>2</sup>

### RESUMO

Por meio da revisão bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo, trata-se de estudo acerca da colisão de direitos fundamentais ocorrida entre os direitos fundamentais à moradia e de propriedade no cenário da crise sanitária da COVID-19 e dos efeitos do *lockdown*. Primeiramente se fará o desenho da crise econômica pandêmica, bem como da importância da decisão da ADPF nº 828/DF, que relativizou o direito de propriedade em prol dos direitos à moradia e à saúde. Após, apresenta-se o teste da proporcionalidade como uma ferramenta apta a analisar a correção da ponderação realizada, sobretudo a partir da natureza dos direitos colidentes. Assim, munidos desta ferramenta analítica, a partir do dever objetivo e ativo de proteção estatal aos direitos, com peso ainda maior ao papel contramajoritário de tutela aos hipervulneráveis e estruturalmente desiguais, deverá se verificar como a ADPF 828, e a Lei nº 14.216/2021 cumpriram seu papel no momento de crise.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; ADPF 828; colisão de direitos fundamentais; direito à moradia e direito de propriedade; pandemia.

### ABSTRACT

Through the literature review, using the deductive method, it's a study about the collision of fundamental rights between dwelling and property in the scenario of the COVID-19 health crisis and the effects of the lockdown. First, the pandemic economic crisis will be drawn, as well as the importance of the ADPF decision nº 828/DF, which relativized the right to property in favor of the right to housing and health. Afterward, the proportionality test is presented as a tool capable of analyzing the correction of the proportionality scrutiny, especially from the nature of the conflicting rights. Thus, equipped with this analytical tool, based on the objective and active duty of state protection of rights, with an even greater weight to the counter-majoritarian role of guardianship of the hyper vulnerable and structurally unequal, it should be verified how ADPF 828, and Law nº 14.216/2021 fulfilled their role in the moment of crisis.

<sup>1</sup> Apoio: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES), CNPq e FAPERGS.

\* Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Unisinos. Professora do PPGD da UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>, e-mail: [moniah@unisc.br](mailto:moniah@unisc.br).

\*\* Doutorando em Direito no PPGD da UNISC, bolsista do PROSUC da CAPES. Mestre e graduado em Direito pela FMP, com bolsa institucional do PPGD. Pesquisador do Grupo de “Pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mônica Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4583-4853>, e-mail: [lucasmoreschipaulo@gmail.com](mailto:lucasmoreschipaulo@gmail.com).

Key-words: tradução das palavras-chave para o inglês ou outro idioma.

## INTRODUÇÃO

Diante do novo cenário mundial de combate e prevenção à pandemia causada pela COVID-19, nota-se a necessidade de maiores reflexões sobre as alterações já ocorridas e que ainda ocorrerão por conta desse fenômeno sanitário de impacto global. A nova realidade implica mudanças que começaram a ser sentidas desde o início da pandemia, tanto na esfera privada da vida, no âmbito de proteção aos direitos individuais, quanto na própria concepção de direitos. Em especial, foca-se na questão da relação tensional entre o direito de propriedade, considerada sua função social, e o direito à moradia adequada, que ganha especial relevância frente às medidas de *lockdown* que promoveram restrição de circularização das pessoas. A solicitação, portanto, para que as pessoas ficassem em casa, sobretudo sob a ameaça de sanções, pressupõe a existência de um lugar, ainda que temporário, para chamar de lar. Assim, está-se diante de uma colisão de direitos fundamentais, quando das práticas de medidas de isolamento social.

Uma das medidas adotadas para a contenção do contágio pelo SARS-COV-2 foi o chamado *lockdown*, isto é, a impossibilidade da livre e irrestrita circulação de pessoas em ambientes públicos, como ocorre em momentos de “normalidade”. O *lockdown* visa à satisfação do direito fundamental coletivo à saúde coletiva e tem por medidas mais comuns a quarentena e o isolamento social. Importante ressaltar que o Brasil seguiu as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e adotou uma multíitude de medidas de enfrentamento, embora estas aqui comentadas tenham sido as mais recorrentes. De modo que, por conta de questões de macro e microeconomia, que aqui não cabe aprofundar, e serão tomadas como uma premissa epistêmica do problema de pesquisa, houve severa recessão econômica, com a falência de empresas, a redução da oferta de empregos, o aumento do preço de alguns insumos, inclusive com a alta do IGP-M, índice utilizado para corrigir o preço dos aluguéis, chegando o acumulado de 12 meses, em maio de 2021, a 37,04%<sup>2</sup>.

Assim, com a pandemia, ficou mais caro viver e mais difícil custear a vida, o que, fatalmente, atinge de forma mais intensa as pessoas com menor faixa salarial, sobretudo os profissionais autônomos de serviços, microempreendedores e trabalhadores de ramos diretamente atingidos pela pandemia. Dessa forma, é imperioso analisar como o direito pode tutelar as relações cível-constitucionais de locação de imóveis, achando um meio termo adequado e otimizado entre os dois direitos fundamentais indicados. Acrescenta-se a questão a ADPF nº 828/DF, ajuizada em abril de 2021 pelo Partido Socialismo e Liberdade, que tinha como plano de fundo a campanha “despejo zero”, em face dos indicadores de 9.156 famílias até então despejadas durante a pandemia, em 14 estados, bem como outras 64.546 famílias ameaçadas de despejo.

<sup>2</sup> Fonte disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/igpm-maio-2021>. Acesso em 09 de jul. 2021.

Observa-se, assim, que tanto juridicamente quanto faticamente havia motivações suficientes para que o Poder Judiciário, através de seu órgão ápice, o Supremo Tribunal Federal, se manifestasse acerca da situação, decidindo sobre a restrição do direito à moradia e à saúde desses vulneráveis habitacionais, ou do direito de propriedade de locadores imobiliários em tempo adequado e proporcional às medidas de restrição de circulação de pessoas.

Para que se estabeleçam restrições a direitos fundamentais, faz-se necessária extensa argumentação no sentido de justificar a medida adotada, bem como proteger o núcleo desses direitos, que não podem ser suprimidos, e sim relativizados em face do caso concreto.

Assim, o tema é atual, merece um estudo crítico e correlacional entre os parâmetros mínimos necessários para a correção das decisões judiciais que tratem sobre direitos fundamentais, as medidas tomadas – sobretudo acerca do *lockdown* – que ocasionaram grandes repercussões em terras brasileiras, ainda que tomadas sob o jugo da segurança sanitária e do enfrentamento à COVID-19. E, mais importante, como decorre logicamente da exigência do isolamento social que se tenha a garantia de uma moradia adequada ao menos no período pandêmico mais intenso.

### **O direito da crise pandêmica, os direitos fundamentais e a ADPF 828/DF**

Após o início das movimentações do poder público para o combate à pandemia do novo coronavírus, inclusive com a decretação do estado de calamidade pública (Decreto Legislativo do Congresso Nacional nº 6, de 2020), instrumento nunca antes utilizado no Brasil – que objetivou legitimar um gasto público maior do que o previsto na Lei Orçamentária Anual na área da saúde, e a possibilidade de desobediência da meta fiscal em virtude das ações emergenciais de combate à pandemia – o Estado adotou providências de caráter excepcional para a contenção do aumento no número de casos de pessoas infectadas pela doença. Ocorre que tais providências, por vezes, ferem garantias individuais e direitos fundamentais constitucionalmente protegidos no Brasil. Um dos exemplos mais chamativos é o da restrição ao convívio social e da própria circulação de pessoas pelas medidas de isolamento. O agravante dessas medidas é o de que há um direito fundamental frontalmente afrontado, o da liberdade de ir e vir, decorrente do direito geral de liberdade, que fica restringido em detrimento de um direito coletivo à saúde e segurança sanitária, direito este que tem ganhado um peso maior *a priori* pelo momento que se vive, e justificadamente.

O fenômeno ocasiona verdadeira reviravolta na prática e na doutrina jurídica. Com efeito, fala-se em “legalidade extraordinária” proveniente de um estado de necessidade excepcional, um verdadeiro “direito da crise”. Contudo, esse direito, mesmo no contexto pandêmico, com crise político-institucional de fundo, deve respeitar os limites da diretriz constitucional. Tomar decisões “a toque de caixa”, sob regime de urgência ou emergência

e por grande pressão social, pode ter efeitos tão catastróficos a longo prazo quanto os ocasionados pela própria pandemia<sup>3</sup>.

Destarte, foi sancionada, às pressas, a Lei nº 13.979/20, alterada pela Medida Provisória nº 926, regulamentada pelo Dec. nº 10.282/20 (que definiu quais serviços seriam essenciais) e pela Portaria do Ministério da Saúde nº 356/20, em que foi reconhecida a possibilidade de limitação do direito à liberdade de locomoção, pela decretação de medidas como a quarentena, por parte de gestores locais de saúde pública. Assim, via administração, deu-se a restrição direta de dois direitos elencados no rol do artigo 5º da Constituição Federal (“CF”), especificamente os incisos XV e XVI – os quais tratam acerca do direito de locomoção e de reunião – que decorrem, por sua vez, de um direito fundamental mais amplo: o de liberdade.

Para Alexy<sup>4</sup>, sendo a liberdade um princípio, isto é, um mandamento de otimização<sup>5</sup>, ela pode ser relativizada frente à necessidade de satisfação de outro princípio, sem que haja a declaração de invalidade ou a criação de uma cláusula de exceção para que seja reconhecida precedência no caso em concreto. Na atual situação, a liberdade está sendo relativizada para a satisfação de outros bens juridicamente tutelados, em especial do direito à saúde em seu viés coletivo (art. 196, da CF/1988); essa é uma ponderação que deverá ser analisada autonomamente, contudo, o problema da pesquisa presente é uma decorrência lógico-fática dessa realidade: a necessidade de moradia adequada para privilegiar o direito à saúde e a segurança sanitária, e cumprir a restrição à liberdade ambulatória, tudo em regime temporário.

Há, portanto, um pressuposto para que se possa cumprir as medidas de isolamento social como o *lockdown*: o de se ter, literalmente, um teto para se abrigar do convívio social. E, por mais óbvio que isso possa soar, está-se diante de um grave problema democrático de acesso e manutenção de propriedade e posse, sobretudo nas relações de locação urbana, porquanto a maior hipótese de incidência da discussão que se quer encampar.

Em termos epistêmicos, até abril de 2021, data do ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF, o número de famílias despejadas de seus contratos de aluguel imobiliário chegava à frustrante marca de 9.156, ou seja, no mínimo o dobro de pessoas atingidas pelos despejos. E, naquele mesmo momento, como noticiado pela Campanha Despejo Zero, outras 64.546 famílias estavam ameaçadas de despejo. A ADPF nº 828/DF foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade e questionou a possibilidade de tutela aos hipervulneráveis por meio de abstenção dos entes Estaduais e Municipais de remover famílias de suas respectivas habitações durante a pandemia.

<sup>3</sup> CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael. *Coronavírus e o "Direito Administrativo da crise"*. CONJUR. 2020.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93-94.

<sup>5</sup> Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Por serem mandamentos a serem otimizados, se cumprem em diferentes graus. O mandamento principiológico é sempre ideal e sua aplicação se dá *prima facie*, isto é, deverão ser aplicados mediante a ponderação, que avaliará a configuração de posições fundamentais jurídicas e deveres definitivos passíveis de exigibilidade. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 32.

Adicionalmente, pugnaram pela promoção de um levantamento oficial dessas famílias, a fim de que o Estado pudesse assegurar os direitos fundamentais atinentes aos cidadãos, sobretudo às crianças e adolescentes, que tiveram prejudicado o seu direito à educação de modo colateral.

Além disso, solicitaram que fossem criados “Planos Emergenciais de Moradias Populares em caráter provisório, com estruturas sanitárias e de fácil acesso aos aparelhos urbanos (Zonas Especiais de Interesse Social - ZEIS) para garantir a subsistência das famílias, devendo garantir o amplo debate para com as mesmas, bem como a participação social, nos moldes do Estatuto da Cidade, com envio ao STF para conhecimento e controle”, bem como que fossem “criadas, em no máximo 60 (sessenta) dias Políticas Públicas de moradias populares em caráter Permanente, com o devido debate com a sociedade, buscando resguardar a ampla participação social das tomadas de decisões com poder de veto popular, sob pena de nulidade dos atos administrativos”, ambas nos termos dos pedidos da Petição Inicial da ADPF do PSOL.

O que de fato faz sentido, visto que, por conta da falta da capacidade de quitação dos valores ajustados a título de aluguel, visto a grave recessão iniciada pelas medidas de *lockdown* em todo o mundo, fatalmente aumentaram os índices de ocupações irregulares de terras, o que aumenta a chance de proliferação da doença, porquanto muitas famílias aproveitam-se dos espaços ocupados, constituindo grandes acampamentos em áreas de terra. Por isso é essencial que fiquem onde estão, não sendo forçada a sua retirada enquanto durar a pandemia. E isso é medida pró-combate à pandemia também.

É bem verdade que a situação geral poderia, inclusive, ser configurada como um “estado de coisas inconstitucional”, porquanto ofende o direito à cidade, como pontua Alfonsin<sup>6</sup>, que recorda a péssima condição das áreas mais pobres do país, com apenas 39% da população tendo acesso ao tratamento de esgoto. Há uma intensa desigualdade social, que atinge sobremaneira os estruturalmente discriminados, que, mais uma vez, tem sua desigualdade nevrágica escancarada pelas medidas de prevenção à COVID-19.

Assim, diante do preocupante contexto fático, bem como da disciplina conceitual do art. 9º da Lei 14.010/2020 – lei que instituiu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do coronavírus – segundo a qual não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245/91, até 30 de outubro de 2020, o Supremo Tribunal Federal, ainda que já tivesse passado o prazo de 30/10/2020, compreendeu que a situação merecia amparo. E, com isso, deferiu parcialmente a medida liminar da ADPF, a fim de evitar que remoções e desocupações coletivas violassem os direitos à moradia, à vida e à saúde das populações envolvidas<sup>7</sup>, fazendo com que seja impossível o despejo liminar (de 15 dias), de que fala o art. 59, §1º, inciso IX, da Lei das Locações, no curso da pandemia, e indicando que a conduta a ser seguida pelo Poder Judiciário nos casos sobre despejo, no curso da

<sup>6</sup> ALFONSIN, Betânia. *A tutela do direito à cidade em tempos de COVID-19*. Justificando.com, 12 jun. 2020.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 21.

pandemia, seja guiada a partir de um minimalismo judicial, de modo a evitar que a ordem de despejo exponha o locatário e sua família a uma situação de vulnerabilidade<sup>8</sup>.

Assim sendo, uma vez demonstrado o decréscimo remuneratório do locatário, a dificuldade de arcar com as despesas locatícias sem prejuízo da subsistência familiar e, de outro lado, a situação do locador, recomenda-se a busca de situação conciliatória, sendo possível cogitar-se da suspensão temporária da ordem de despejo<sup>9</sup>. Quanto à suspensão temporária de despejos de ocupações coletivas anteriores à decretação do estado de calamidade pública, o STF entendeu pela suspensão, pelo prazo de seis meses, das medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis, nos casos de ocupações anteriores a 20 de março de 2020, quando do início da vigência do estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo nº 6/2020<sup>10</sup>. E, para as ocupações realizadas depois do início do estado de calamidade pública, o poder público poderá remover as famílias, desde que assegure que as pessoas removidas possam ser levadas para abrigos, ou de alguma outra forma possa garantir-lhes moradia adequada, de modo a evitar a consolidação de novas ocupações irregulares.

O STF, a partir da decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, de 3 de junho de 2021, justificou que a pandemia da COVID-19 impacta de maneira mais grave pessoas pobres e negras e que a principal estratégia de combate à COVID-19, em face do isolamento social (a recomendação de que as pessoas fiquem em casa, a fim de achatar a curva de contágio), fazendo com que, portanto, a residência passasse a ser um escudo relevante contra o vírus, do que decorre que a garantia fundamental do direito à moradia também seja uma forma de efetivar o direito fundamental à saúde, em sua face de segurança e higiene sanitária<sup>11</sup>.

O Ministro Luís Roberto Barroso também identificou que, em diversos casos levados aos autos da ADPF, eram executados mandados de reintegração de posse e remoção de comunidades de locais que ocupavam, expondo as populações vulneráveis a uma situação de absoluto flagelo, de modo que pessoas que perderam seus empregos, enfrentando imensa hipervulnerabilidade, que não apenas atinge um único polo de suas vidas, mas que ocasiona verdadeiro efeito dominó, de uma sistemática exclusão social, demonstrando veemente que estão em uma estrutura de desigualdade nevrálgica, pelo somatório da situação atual, que perdem suas moradias e, com isso, passaram a ter obstáculos ainda maiores para praticar o isolamento social<sup>12</sup>. E, exatamente por isso, é, além de justa e proporcional, necessária a intervenção, para a proteção desses grupos em

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 34-37.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, 37-38.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 38-39.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 22.

<sup>12</sup> SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. *Revista Derecho y Humanidad*, nº. 11, Faculdade de Direito da Universidade do Chile, 2005, p. 142.

situação de vulnerabilidade. Aliás, o ministro pontua que a ONU transformou a preocupação com a moradia como a linha de frente da defesa contra a propagação do coronavírus, bem como sinalizou adequação à jurisprudência recente da Corte, no caso da Petição 9.382, que, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, deferiu pedido de tutela de urgência para suspender os efeitos de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a ordem de reintegração de posse nele contida, em janeiro de 2021<sup>13</sup>.

A medida cautelar foi parcialmente deferida, portanto, restando desatendido apenas o pedido quanto à suspensão de todos os processos, procedimentos ou qualquer outro meio que visasse à remoção, desocupação, reintegrações de posse ou despejos enquanto durar a crise sanitária, uma vez que o objetivo era a tutela do direito à moradia, para permitir que as pessoas pudessem fazer isolamento social, de modo que a medida emergencial deve abranger apenas as medidas judiciais e administrativas que objetivamente possam resultar em desalojamento, não sendo necessária a intervenção em todas ações possessórias genericamente. Destacou que a decisão não abrange a proteção a ocupações em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos correlatos, e que, portanto, as remoções poderão acontecer nessas áreas de risco, bem como poderão ser desocupadas famílias se a medida resultar em benefício ao combate do crime organizado<sup>14</sup>.

Além disso, em 18 de maio de 2021, foi aprovado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (“PL”) nº 827/2020, convertido para a Lei nº 14.216, de 07 de outubro de 2021, que estabeleceu “medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender, até 31 de dezembro de 2021, o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público urbano ou rural, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, para dispensar o locatário do pagamento de multa em caso de denúncia de locação de imóvel e para autorizar a realização de aditivo em contrato de locação por meio de correspondências eletrônicas ou de aplicativos de mensagens”, segundo o art. 1º da Lei.

Em relação às ocupações coletivas, a lei suspendeu as medidas que “imponham a desocupação ou a remoção forçada coletiva de imóvel privado ou público, urbano ou rural, que sirva de moradia ou que represente área produtiva pelo trabalho individual ou familiar” (art. 2º). E, no caso das locações de imóveis urbanos, a lei estabelece que não será concedida medida liminar de desocupação nas mesmas hipóteses que foram previstas na Lei nº 14.010/2020, desde que o locatário demonstre a ocorrência de alteração da situação econômico-financeira decorrente de medida de enfrentamento à pandemia (art. 4º, caput), ou que o valor mensal do contrato não seja superior a R\$ 600,00 (seiscentos reais), em caso de locação de imóvel residencial, e R\$ 1.200,00 (mil e duzentos

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 27-29.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 32-34.

reais), em caso de locação de imóvel não residencial. E, ainda, tutela a negativa de negociação da melhoria das condições de pagamento, para que possa haver um reajuste econômico-financeiro temporário e de transição.

O PL foi aprovado junto ao Senado Federal em 23/06/2021, com Emenda, a qual exclui os imóveis rurais do âmbito de proteção da norma, com isso a expectativa era a de que a Lei fosse ser promulgada ainda em julho, diante da preciosidade do tema, o que acabou ocorrendo apenas em outubro. Com isso, ficou mais sedimentada a questão da possibilidade da relativização do direito à propriedade em época de pandemia, mas não como um *prius apriorístico*, e sim como uma construção argumentativa, que tutele os direitos fundamentais colidentes, conforme a ordem constitucional vigente. As restrições, contudo, devem ser fundamentadas racionalmente. E um instrumento interessante para essa construção na fundamentação das decisões é o teste da proporcionalidade, que, ainda que possa ter sido analisado na seara legislativa – o que parece ter sido feito implicitamente – deverá cuidar-se das ponderações feitas pelo próprio STF no âmbito da ADPF 828/DF, sobre a temática.

### **O teste da proporcionalidade diante da ADPF 828/DF**

Sendo a propriedade um direito fundamental<sup>15</sup>, estruturado como princípio, isto é, um mandamento de otimização, ela pode ser relativizada frente à necessidade de satisfação de outro princípio, sem que haja a declaração de invalidade ou a criação de uma cláusula de exceção para que seja reconhecida precedência no caso em concreto. Na atual situação, a defesa do direito de reaver a propriedade – nos casos locatícios – está sendo relativizado temporariamente para a satisfação de outros bens juridicamente tutelados, sobretudo os reconhecidamente direitos fundamentais, em especial o direito à moradia e à saúde, tanto em viés individual quanto coletivo.

Contudo, para que essas restrições sejam feitas de modo racionalmente justificado, é necessária a presença de algum tipo de procedimento lógico-argumentativo que demonstre porque um determinado direito fundamental deverá receber precedência frente a outro. Nessa hipótese, ocorre a chamada colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, que é quando os direitos fundamentais colidentes se consubstanciam de direitos cujos bens juridicamente tutelados são coletivos<sup>16</sup>.

O método para solucionar qual direito fundamental deverá sobressair fortalecido da colisão é o chamado “teste da proporcionalidade”, contudo ele não pode vir desconectado da noção da “proibição do excesso” (*Übermassverbot*) e da “vedação de

<sup>15</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 55-56.

<sup>16</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

proteção insuficiente” (*Untermassverbot*)<sup>17</sup>, do âmbito de proteção, ou núcleo duro<sup>18</sup>, de um direito fundamental e dos limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais<sup>19</sup>. Tal noção é vinculada fortemente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais em que, dentre outros efeitos decorrentes, traz o aspecto do “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*), que indica uma necessária postura ativa do Estado, como um todo, para a salvaguarda dos direitos fundamentais<sup>20</sup>.

Funcionando enquanto instrumento lógico-argumentativo para o controle da legitimidade da solução conferida em caso de colisão de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, o teste da proporcionalidade, que decorre logicamente da própria natureza dos princípios<sup>21</sup>, ramifica-se em três<sup>22</sup> etapas pré-ordenadas e subsidiárias de análise que expressam a ideia de otimização e devem ser aplicadas na seguinte ordem, de forma sucessiva e escalonada: a) o subteste da adequação (ou idoneidade); b) o subteste da necessidade; e c) o subteste da proporcionalidade em sentido estrito (ou ponderação). Como os subtestes devem ser satisfeitos ou não, e não podem ser ponderados frente a outros testes, são considerados como regras, de modo que sua não satisfação caracterizará a ilegalidade e a constitucionalidade do resultado da colisão de princípios. Por meio destas etapas de verificação da validade jurídica e da legitimidade constitucional do meio adotado para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, poderá ser avaliado, escalonadamente, se o meio empregado é adequado,

<sup>17</sup> Para a efetivação dos deveres estatais de proteção aos direitos fundamentais, o Estado não pode violar (em excesso) o âmbito de proteção do direito fundamental precedido, tampouco pode proteger insuficientemente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos. É nessas perspectivas que se pode falar que o teste da proporcionalidade possui uma dupla face, atuando simultaneamente como controle de constitucionalidade das medidas que restringem direitos fundamentais, bem como para o controle das omissões (ou proteção insuficiente) do Estado no cumprimento de um dever de proteção. SARLET, Ingo Wolfgang. Capítulo II – Dos direitos sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 202-205.

<sup>18</sup> Segundo a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, *prima facie*, que, mediante a imposição de restrições, vai limitando o seu campo de atuação, numa aplicação definitiva do âmbito de proteção. SARLET, Ingo Wolfgang. Capítulo II – Dos direitos sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 199.

<sup>19</sup> Sarlet explica que uma constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, conjuntamente, uma ordem substancial de princípios. Desse modo, o controle de constitucionalidade material, concernente na observância da proteção do núcleo essencial de determinado direito fundamental, visa atender aos requisitos da proporcionalidade (e da razoabilidade), bem como respeitar a proibição do retrocesso. Esses seriam os limites aos limites dos direitos fundamentais, isto é, instrumentos que funcionam como barreiras à restringibilidade de determinado direito, garantindo sua eficácia. SARLET, Ingo Wolfgang. Capítulo II – Dos direitos sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 202.

<sup>20</sup> LEAL, Mônica C. H.; MAAS, Rosana H. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020 [recurso eletrônico].

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 117.

<sup>22</sup> Não se desconhece a existência de divergência quanto ao número de etapas do teste da proporcionalidade, com autores que entendem adequada a adoção de apenas duas etapas (adequação e necessidade) e outros que adotam quatro etapas, acrescendo ao início do teste o exame da legitimidade dos fins, o qual precederia os demais. Entretanto, nesta investigação optou-se por adotar a tendência majoritária consubstanciada em três etapas do teste da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

necessário e em qual medida de restrição e satisfação<sup>23</sup> ele deverá ser otimizado, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas<sup>24</sup>.

Na divisão tripartite do teste, os subtestes da adequação e da necessidade tratam das possibilidades fáticas de otimização entre os princípios em jogo, ao efeito de evitar a ocorrência de sacrifícios evitáveis aos direitos fundamentais por ventura precedidos, enquanto o terceiro subteste, da proporcionalidade em sentido estrito, configura o núcleo essencial do exame e controla as possibilidades jurídicas, que são os princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo no caso<sup>25</sup>.

A primeira etapa do subteste da adequação se destina a verificar se a medida é apta para alcançar ou, pelo menos, para contribuir à obtenção, isto é, fomentar o fim constitucionalmente legítimo pretendido<sup>26</sup>. De acordo com essa definição, Bernal Pulido<sup>27</sup> destaca que esta etapa impõe duas exigências a toda medida de intervenção em direitos fundamentais: em primeiro lugar, que tenha um fim constitucionalmente legítimo, o que significa dizer que a finalidade não pode estar explícita ou implicitamente proibida pela Constituição e, em segundo lugar, que seja idônea para favorecer ou promover a sua obtenção, mesmo que não chegue a alcançá-la, sendo considerada inadequada apenas nas hipóteses em que não contribui de nenhum modo para a obtenção da finalidade imediata.

Barak, por sua vez, sustenta que este requisito requer que os meios usados pela medida restritiva conduzam de maneira racional à realização do fim pretendido, e endossa a ideia de que não há necessidade de que os meios escolhidos sejam os únicos capazes de realizar o fim, tampouco que os meios escolhidos cumpram plenamente o fim, bastando o cumprimento parcial, desde que não seja periférico ou insignificante. Além disso, destaca que o exame em questão não exige certeza total de que o meio escolhido conduzira à realização da finalidade pretendida, mesmo que esse enfoque proporcione a máxima proteção dos direitos humanos, porquanto não se adequa às funções modernas dos poderes políticos em uma democracia constitucional, que incluem a definição e implementação de políticas sociais, as quais, em grande medida, seriam inviabilizadas com essa exigência. No âmbito da proporcionalidade na atividade legislativa, sempre que várias medidas forem consideradas aptas, será do espaço estrutural de conformação do legislador optar por uma delas, levando-se em conta a ideia de Pareto-ótimo<sup>28-29</sup>.

<sup>23</sup> Neste ponto tem-se a primeira lei da ponderação (material), no sentido de que quanto maior for o grau da intensidade da intervenção, ou restrição, de um direito fundamental, tão maior deverá ser o grau de importância, de satisfação, ou, de realização, do outro.

<sup>24</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 239.

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 19.

<sup>26</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 32.

<sup>27</sup> BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 689-720.

<sup>28</sup> BARAK, Aharon. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Trad. Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017, p. 337-343.

<sup>29</sup> O princípio da adequação é uma expressão da ideia de Pareto-ótimo e exclui a adoção de meios que possam obstruir pelo menos um direito sem promover nenhum outro direito ou interesse. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 9.

No subteste da necessidade, por sua vez, é observado se o objetivo perseguido não tem como ser promovido, com a mesma intensidade e eficácia, por meio de outro ato que limite ou afete, em menor medida ou extensão, o direito fundamental atingido<sup>30</sup>. Assim, quando duas, ou mais, medidas forem consideradas igualmente idôneas, deve-se optar pela medida que intervenha menos intensamente no outro direito fundamental.

Dito de outra forma, o subprincípio da necessidade implica na comparação entre a medida adotada pelo legislador e os demais meios alternativos, ao efeito de aferir se alguma dessas medidas consegue cumprir duas exigências: a) se reveste do mesmo grau de idoneidade para contribuir no alcance do objetivo imediato; e b) afeta negativamente o direito fundamental em um grau menor<sup>31</sup>. Aqui, em uma esfera de atuação legislativa, a escolha deverá ser fundamentadamente sustentada pelos conhecimentos gerais e científicos existentes no momento da intervenção, que deverá ser, na hipótese de ainda se sustentarem duas ou mais medidas, a mais eficaz, rápida, provável e com menor afetação de direitos fundamentais<sup>32</sup>. Destarte, a medida legislativa deve ser considerada inconstitucional por carecer de necessidade somente quando apareça de modo evidente, com fundamento em premissas empíricas, analíticas e normativas seguras que existe um meio alternativo que, sendo igualmente idôneo para fomentar o fim imediato, intervém com menos intensidade no direito fundamental<sup>33</sup>.

Por derradeiro, o subteste da proporcionalidade em sentido estrito expressa um mandamento de otimização frente às possibilidades jurídicas. Este subteste é consubstanciado pela noção de ponderação, a qual estabelecerá uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, com base na justificação racional entre o grau de intensidade da intervenção no direito precedido pelo grau de importância de realização do direito que ganhou precedência<sup>34</sup>. Consiste o subteste da ponderação, portanto, no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide<sup>35</sup>, consubstanciando uma análise de custo-benefício da medida.

Assim, o núcleo do teste da proporcionalidade, a ponderação estabelece, ao final de sua aplicação, uma relação de precedência condicionada, determinando qual dos objetos normativos concorrentes deve adquirir prioridade no caso em concreto. Trata-se de uma relação de precedência condicionada porque o elemento normativo que adquire prioridade não passa a ocupar uma posição hierárquica superior no ordenamento

<sup>30</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 33.

<sup>31</sup> BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 737-738.

<sup>32</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 241-248.

<sup>33</sup> BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 759.

<sup>34</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 249-250.

<sup>35</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 35.

jurídico, mas tão-somente determina a solução para o caso concreto e para casos futuros idênticos e análogos, consubstanciando uma prioridade condicionada às circunstâncias do caso e válida unicamente quando estas e outras análogas se apresentam<sup>36</sup>.

Ademais, na linha de ideias da proporcionalidade em sentido estrito, Alexy<sup>37</sup> formula a lei material da ponderação, consubstanciada na ideia de que quanto maior o ônus (grau de não satisfação ou de restrição) de um princípio (P2), proporcionalmente maior deve ser a importância da satisfação do outro princípio colidente (P1), ou seja, quanto maior a invasão de um direito fundamental, mais convincentes devem ser os interesses compensatórios. Dessa forma, para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, no entendimento exposto por Silva<sup>38</sup>, basta que os motivos que fundamentam a adoção desta não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

Para um maior aproveitamento da ponderação, restou elaborada a fórmula peso<sup>39</sup>, com o objetivo de “equacionar e controlar a relação entre graus de intensidade de intervenção e grau de importância”<sup>40</sup>. Tanto a lei, quanto a sua aplicação pela fórmula, não impõe uma única e correta solução, entretanto a sua importância e utilidade são notórias, porquanto representam uma estrutura de justificação que permite alcançar uma resposta razoável e justificada racionalmente, visando à proteção dos direitos fundamentais.

Essas decisões no âmbito da atividade legislativa não contam com maiores questionamentos, contudo, no âmbito judicial, emerge o problema da legitimidade da decisão em relação aos graus de intensidade de intervenção e de importância de

<sup>36</sup> BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 782 e 793.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 167.

<sup>38</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 35.

<sup>39</sup> Formulada por Alexy e ampliada por Klatt e Meister, a fórmula peso é um modelo matemático que serve como prova real da ponderação e da argumentação feita por aquele que resolve seguir as regras propostas por Robert Alexy no teste da proporcionalidade, em que analisam que o peso absoluto, ou a correta interferência do princípio alvo de preferência, terá precedência sobre o outro colidente, fruto de uma contraposição entre o peso relativo de cada princípio (i e j), os seus graus de interferência ao caso, e a confiabilidade empírica e normativa a cada um deles no caso, conforme segue, em que W é o peso abstrato dos princípios, I é a intensidade de interferência de um sobre o outro, R<sup>e</sup> é a confiabilidade da premissa empírica e R<sup>n</sup> da premissa normativa:

$$W_{ij} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R^{e_i} \cdot R^{n_i}}{W_j \cdot I_j \cdot R^{e_j} \cdot R^{n_j}}$$

Resultado deste teste será analisado na escala triádica, na qual os resultados da ponderação poderão ser i) leve, ii) moderado ou iii) sério, ou ainda, no modelo triádico duplo, i) leve-leve, ii) leve-médio, iii) leve-sério, iv) médio-leve, v) médio-médio, vi) médio-sério, vii) sério-leve, viii) sério-médio, ix) sério-sério. Assim, pode-se descrever a escala triádica básica em uma escala exponencial, em que as respostas poderão ser 2<sup>0</sup> (igual a 1), 2<sup>1</sup> (igual a 2) e 2<sup>2</sup> (igual a 4), de modo que quando W<sub>i;j</sub> for maior do que 1, então o princípio que se pretendeu como preferido tem precedência ao princípio que se objetivou preterir, mas quando for igual a 1, não há resposta segura através da fórmula, e a questão ficará para a discricionariedade judicial quando do resultado da ponderação. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 10-11.

<sup>40</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LORENZONI, Pietro. Propostas de desenvolvimento da ponderação: uma análise das críticas de Sieckmann sobre a teoria dos princípios de Alexy. *Nomos*. Fortaleza, v. 39, 1, p. 209-226, 2019, p. 214.

realização desses direitos fundamentais – surgindo um ônus argumentativo maior –, porquanto muito facilmente se rompem os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente eleito<sup>41</sup>.

Assim, o Estado deverá escolher o meio menos restritivo de direitos para que possa ser considerada constitucional a restrição do outro direito. Por exemplo, no caso da restrição da liberdade (influenciada pelas medidas de isolamento social), frente aos direitos da saúde pública e da vida, o que chamou atenção foi a intensidade da interferência e das restrições, sem, contudo, que estivesse decretado o estado de defesa, como previa a Constituição, no artigo 136, §1º, inciso I, alínea “a”, que prevê a restrição ao direito de reunião. É essa previsão constitucional que permite a autopreservação da CF em casos de calamidade pública, a fim de que sejam evitadas medidas desprovidas de regulação jurídica, arbitrárias, com uso de força. Recorda-se que no Brasil foi declarado o estado de calamidade, modalidade mais branda em termos de restrição de direitos, na qual não há, como no estado de defesa, a menção expressa à restrição ao direito de reunião.

Assim, com o delineamento tanto do contexto fático e jurídico, isto é, do panorama geral do estado da arte, bem como com a estrutura básica do teste da proporcionalidade, é possível a análise da natureza e da colisão de direitos fundamentais no caso.

### **O direito à moradia e à saúde vs. O direito de propriedade à luz do teste da proporcionalidade**

É preciso, portanto, ler o paradigma atual pelo escopo interpretativo do teste da proporcionalidade. Antes, contudo, faz-se necessária uma contextualização acerca de como se situam esses direitos, em suas naturezas, bem como os três se interrelacionam.

O direito à saúde, segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>42</sup>, é um direito associado ao direito natural do homem à vida e significa um direito a ter condição de reivindicação e exercício de outros direitos. É o direito à saúde que reconhece uma necessidade da dignidade da vida humana para que se possa fluir da norma fundamental, e por isso a garante. Além disso, mesmo antes da pandemia, o direito à saúde era reconhecidamente um direito que se sobreponha a outros direitos fundamentais e mesmo princípios formais, como a clássica colisão entre ele e a reserva do possível – importada de modo torpe ao Brasil –, se interrelacionando em múltiplos níveis e subníveis de proteção, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade, a educação, a alimentação, o trabalho e, dentre outras, a moradia.

Assim, consigna-se que, mesmo em tempos de “normalidade”, isto é, em momentos não pandêmicos, a moradia pode ser considerada um pressuposto conceitual da efetivação básica do direito à saúde. O direito fundamental à moradia, positivado apenas

<sup>41</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 249-251.

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 671-672.

no ano 2000 na Constituição Federal, fruto da EC nº 26, a partir da concretização de instrumentos internacionais<sup>43</sup>, nasce como um direito fundamental implícito ou associado, isto é, interpretativamente estabelecido, mesmo sem previsão legal<sup>44</sup>, ligado exatamente a uma questão de dignidade da pessoa humana e reconhecimento da moradia adequada como condição para uma vida digna<sup>45</sup>.

Desse modo, e a partir do julgamento paradigmático do *conseil constitutionnel de France*, Decisão nº 94.359, de 1995, afirmou-se um direito fundamental à habitação, ou moradia (*droit à l'habitat*), bem como um direito de estar alojado (*le droit au logement*), isto é, em condições que privilegiam a personalidade digna de um ser de direitos. A decisão francesa é um marco no reconhecimento do direito fundamental à habitação. E, nesse sentido, o direito à moradia ou habitação não se confunde com um direito à propriedade, sendo uma decorrência lógica da dignidade da pessoa humana<sup>46</sup>.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, o direito à moradia está descrito no art. 6º, como um dos direitos sociais, após a aludida EC 26/2000. O art. 6º é o que mais evidencia o forte compromisso assumido pelo Brasil já no preâmbulo da Constituição Federal e reforçado, no corpo do texto constitucional: o de cumprir com a justiça social, com a dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito. Assim, além de assumir a proteção do mínimo existencial, o direito à moradia ganha exigibilidade, no sentido de sua justiciabilidade, podendo ser exigido em juízo, justamente por seu reconhecimento *ex ante*, se tratando de um direito público subjetivo, ou de um direito de dimensão individual, que poderá ser assegurado para sua efetivação, exigindo-se a sua proteção, inclusive em detrimento de outros direitos fundamentais. E sua judicialização, bem como a ampliação do seu escopo protetivo, são resguardados pelo direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal)<sup>47</sup>.

Para tanto, o direito à moradia tem como característica as garantias estatais de segurança jurídica da posse, disponibilidade de infraestrutura básica capaz de assegurar condições de habitabilidade, acesso a serviços essenciais e respeito às peculiaridades e especificidades da cultural-local e, ainda, deverá ser concretizado interrelacionadamente com o princípio da dignidade humana, vida digna, saúde e o mínimo existencial<sup>48</sup>. Nesse sentido, o de dar efetividade ao direito de moradia, tanto em sua faceta negativa, quanto na faceta prestacional, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) destacou uma série de diretrizes principiológicas específicas para a concretização do direito à cidade e à moradia

<sup>43</sup> PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

<sup>44</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos fundamentais estatuídos não diretamente ou implícitos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 232-257, set./out. 2020, p. 240-241.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 685-686.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 686.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 539-548.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, p. 65-119, jul./set. 2003, p. 9-15.

adequada. Além disso, mas apenas a título adicional, trouxe uma rica e farta lista de instrumentos urbanos para facilitar e promover o acesso à moradia, isto é, um acesso democrático à cidade<sup>49</sup>.

E esses dois direitos estão sendo colididos com valores relativos, *a priori* em superior importância, o que se justifica apenas pelo momento pandêmico.

Mas o que significa ter direito a algo?

Alexy responde ao elaborar a base teórica do porquê os direitos fundamentais são direitos subjetivos. O autor começa explicitando que direitos são postulações que um indivíduo tem em face de outro, da seguinte maneira "(1) *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*" em que, nessa relação triádica, o *a* postula ser reconhecido como destinatário de um direito, cujo objeto é *G*. De modo que a forma mais geral desse enunciado, se a relação triádica for representada como *R*, da relação *RabG*<sup>50</sup>.

Assim, em *RabG*, poder-se-á ter situações completamente diversas, a depender do real significado de cada uma das significantes. Ao se falar em direitos fundamentais, ou ainda de direitos associados a direitos fundamentais, fala-se de um direito que é sempre uma ação ou abstenção da parte adversa ao destinatário do direito.

Alexy<sup>51</sup>, com maestria, explica que de um direito fundamental decorrem vários outros direitos e que, portanto, como já enunciava Kant em sua "Metafísica dos Costumes"<sup>52</sup>, e como bem desenvolveu Kelsen em sua "Teoria Pura do Direito"<sup>53</sup>, direitos não são puramente reclamações de alguém sobre algo. Isso é uma simplificação reducionista. Direitos são decorrentes de uma série de relações históricas diversas que concretizam vitórias importantes; em se tratando de direitos fundamentais, importantes conquistas democrático-constitucionais. Mas um direito, de qualquer natureza, decorre de uma relação triádica que estipula que o direito a algo decorre não apenas da competência de exigí-lo ou satisfazê-lo, mas da liberdade de se poder desenvolver para a consecução do mesmo.

Assim, Alexy<sup>54</sup> explica que do direito insculpido no art. 2º, §1º, 1, da Lei Fundamental Alemã ("todos têm o direito à vida") decorre não apenas um direito genérico de estar vivo, mas também a proteção negativa, que proíbe o homicídio estatalmente organizado, ou ainda as prestações positivas em torno do fomento à conservação e proteção da vida.

Dessa forma, no caso do direito à moradia, mas sobretudo à saúde individual e coletiva em momento de pandemia, há uma dimensão negativa, que ordena a sua não afetação pelo Estado, ou, em sendo afetado, que haja a total assunção de um outro direito

<sup>49</sup> ALFONSIN, Betânia. *A tutela do direito à cidade em tempos de COVID-19*. Justificando.com, 12 jun. 2020.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 194.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 194-195.

<sup>52</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

<sup>53</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 194-195.

fundamental, o de que sua afetação, ou não proteção, seja devidamente fundamentada (art. 93, IX, CF c/c art. 489, VI, CPC).

Desse modo, por mais importante que seja o direito (fundamental) à propriedade, ele está inserido no contexto de um Estado Democrático-Constitucional de Direito e, portanto, esse deve ser o seu balizador interpretativo. Além disso, a Constituição Federal coloca uma condicional ao direito de propriedade (art. 5º, XXII), o de que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII). A acepção é, claramente, fruto dos movimentos de socialdemocracia, como demonstra Leal<sup>55</sup>. Inclusive, ela poderia justificar a requisição administrativa por conta da pandemia, destinando essas áreas à habitação<sup>56</sup>. Fato é que a função social, *per se*, funciona normativamente como o teste da proporcionalidade funciona interpretativo-argumentativamente, isto é, como justificadores jurídicos da limitação ao pleno e irrestrito gozo de um direito fundamental.

Quanto à decisão, então, no subteste da adequação, a decisão do Supremo Tribunal Federal passa, porquanto se constitui em uma forma de privilegiar o direito à moradia, ainda que com caráter temporário e condicionado à permanência da situação pandêmica, como no caso da suspensão das medidas de remoção de pessoas de suas posses naqueles casos delineados pelo Min. Barroso. No subteste da necessidade, tem-se igual sucesso, ante o fato de que a afetação ao direito de propriedade é muito menor do que a satisfação do direito à moradia, porquanto temporária e condicional ao manejo da situação de calamidade pública por conta da pandemia, e não até que sejam cessados os efeitos da recessão econômica ocasionada pelas medidas de *lockdown*.

Já quanto ao subteste da proporcionalidade em sentido estrito, ainda que o direito de propriedade seja um dos direitos liberais ou de primeira dimensão, tem-se que todos os direitos têm o mesmo *status* constitucional, não havendo hierarquia de promoção ou proteção<sup>57</sup>. Ainda assim, resta evidente que o STF tem adotado medidas pró-saúde com pesos relativos maiores, por conta do momento pandêmico. Desse modo, ainda que não se aplique a fórmula matemática de Alexy, Klatt e Meister (o que, diga-se, poderia ser feito), constata-se que o grau de interferência do direito à moradia e à saúde no direito de propriedade é sustentável, porquanto temporário, excepcional e condicionado.

Desse modo, pode-se dizer que a posição adotada pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 828/DF é proporcional, passando pelos diferentes elementos do teste da proporcionalidade. Uma crítica que pode ser feita à decisão, contudo, é o fato de o STF ter diferenciado a tutela de suspensão de medidas de remoção das ocupações realizadas no curso do estado de calamidade, posteriormente ao dia 20 de março de 2020, porquanto foi exatamente a partir do início da pandemia que mais pessoas sentiram os efeitos da recessão econômica, bem como precisavam de moradia ou abrigo para isolarse socialmente.

<sup>55</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 60.

<sup>56</sup> ALFONSIN, Betânia. *A tutela do direito à cidade em tempos de COVID-19*. Justificando.com, 12 jun. 2020.

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 160.

A justificativa do Supremo Tribunal para tanto foi a de que, em que pese nesses casos também exista o risco de contaminação, outros fatores devem ser considerados, como o de evitar a criação de novas situações de fato que, posteriormente, serão de difícil solução, de modo que a recusa se reveste de um viés preventivo. Ainda assim, reconhecem que o Poder Público não pode deixar pessoas vulneráveis em situação pior do que já se encontravam, de modo que mesmo as ocupações recentes devem ter suas remoções acompanhadas por órgãos de assistência social que garantam o seu encaminhamento para abrigos públicos ou locais com condições dignas<sup>58</sup>.

Destarte, mesmo com postura crítica, há que se pontuar o meio termo ponderado e adequado a que chegou o STF quando da aferição da importância relativa dos bens privados e públicos para com direitos fundamentais substanciais, tais como a moradia, a saúde e a dignidade da pessoa humana, bem como o interesse público na higidez sanitária e na segurança sanitária.

Além disso, uma questão crucial para a utilização dos elementos da teoria aleyana é a validade e a certeza das premissas epistêmicas para a formulação do raciocínio jurídico<sup>59</sup>, no caso, o do benefício do *lockdown* para o combate à pandemia. A certeza das premissas epistêmicas é, inclusive, umas das variáveis da aplicação matemática do último subteste. Contudo, não se pretende julgar, aqui, o acerto ou desacerto das medidas de isolamento social para o combate ao coronavírus, embora esse dado científico seja relevante para a própria viabilidade da ponderação que se quer operar. A restrição de direitos fundamentais deve ser dada em casos cuja segurança epistêmica, nesse caso, médica-científica, seja suficiente para não caracterizar um mero medo, receio ou achismo por parte dos gestores públicos e julgadores<sup>60</sup>. Entretanto, o que importa é que o isolamento social na modalidade *lockdown* foi adotado enquanto política, inclusive com a recomendação para que todos ficassem em casa.

Assim, o que se espera do Estado brasileiro é que suporte o ônus de ter relativizado um direito fundamental tão caro como a liberdade, tutelando e protegendo aqueles que foram atingidos pelos prejuízos ocasionados por conta do *lockdown*. A proteção da decisão cautelar do STF analisada (McADPF nº 828/DF), a Lei nº 14.216/2021 e tantas outras movimentações, são indícios de cumprimento desse ônus imposto pelo dever de proteção estatal, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consubstanciado especificamente na proteção quanto à moradia e à saúde. Tal defesa ganha ainda mais relevância quando se estrutura a atuação protetiva do Estado em prol da salvaguarda de direitos de pessoas discriminadas por uma hipervulnerabilidade estrutural e retroalimentada, cujos níveis de vulnerabilidade foram sendo ainda mais desvelados a medida em que avançou a pandemia – e o seu combate institucional.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021, p. 40.

<sup>59</sup> TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Robert Alexy. In: ALEY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 30.

<sup>60</sup> TUCKER, Jeffrey. *Liberty or lockdown*. Great Barrington, MA: American Institute for Economic Research – AIER, 2020.

## Conclusão

Nada passará inalterado frente à pandemia trazida pelo vírus SARS-COV-2. A incerteza e a insegurança fazem com que o ser humano busque refúgio nas forças mais ativas e céleres da sociedade. No Brasil, essa missão foi, em muitos casos, desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, que acabou funcionando como verdadeiro “órgão de choque” no controle e fiscalização das medidas de enfrentamento da pandemia, cujos casos não foram poucos, ou chegaram de modo lento.

Na decisão analisada, o Ministro Luís Roberto Barroso tomou a decisão de privilegiar os direitos fundamentais à moradia e à saúde, tanto individual quanto coletiva, em detrimento de um direito de propriedade, também fundamental.

A pandemia da COVID-19 não se avizinhou a passos lentos, não alertou o poder público de que viria, tampouco deu prazo de adequação à administração pública. O STF foi convocado como instância para viabilizar respostas efetivas. E, naturalmente, apta a relativizar interpretações consagradas na jurisprudência em busca do atendimento aos problemas pandêmicos, na proteção da coletividade, o que se justifica completamente diante do novo suporte fático oferecido por conta da realidade pandêmica vivenciada, o que altera racionalmente o resultado da aplicação do teste da proporcionalidade. Assim, deverá responder à altura, entregando alternativas adequadas, sem ferir de modo injustificado direitos fundamentais, notadamente em casos de conflito entre direitos fundamentais.

Assim, cabe ao Estado-juiz e ao Estado-legislador o escrutínio da fundamentação transparente quando de medidas que restrinjam direitos fundamentais individuais para a satisfação, em maior grau, de direitos individuais ou coletivos. A medida de restrição da liberdade, o *lockdown*, que foi julgado como preferido em nome da segurança sanitária, resultou em grave recessão econômica ao redor do mundo. Neste contexto, o problema das moradias, que não é novo ou inédito, se agravou e mereceu um olhar mais zeloso do Supremo Tribunal Federal.

Não há problema em se atribuir um peso relativo *in casu* maior para os bens coletivos, como a saúde, inclusive tal atribuição encontra justificativa na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que potencializa tal diferença *a posteriori*. Isso, contudo, deve ser feito de modo racional, ainda que em um cenário de crise. E o teste da proporcionalidade se apresenta como um instrumento apto a garantir essa transparência democrática e a necessária racionalidade às decisões judiciais, sendo que o referido teste se mostrou plenamente apto no caso da ADPF 828.

O que não se pode admitir é uma relativização injustificada de direitos individuais, ainda que em nome de bens coletivos ou “por causa da pandemia”. A tarefa jurisdicional exige que o julgador se desincumba do ônus argumentativo. Mas, por outro lado, não se pode admitir um desamparo estatal, tanto do Judiciário quanto do Legislativo, de uma proteção maior àqueles mais atingidos pela pandemia, a classe menos favorecida, que teve colimada até mesmo a única garantia de segurança nesse momento: o local para passar e suportar o *lockdown*, a habitação.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALFONSIN, Betânia. *A tutela do direito à cidade em tempos de COVID-19*. Justificando.com, 12 jun. 2020. Disponível em: <http://www.justificando.com/2020/06/12/a-tutela-do-direito-a-cidade-em-tempos-de-covid-19/>. Acesso em 10 de jun. 2021.
- BARAK, Aharom. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Trad. Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017.
- BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828/DF*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2021.
- CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael. *Coronavírus e o "Direito Administrativo da crise"*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/carvalho-maffini-coronavirus-direito-administrativo-crise>. Acesso em: 22 mai. 2022.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; FREITAS, Luiz Fernando Callil de. Direitos fundamentais estatuídos não diretamente ou implícitos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 232-257, set./out. 2020.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LORENZONI, Pietro. Propostas de desenvolvimento da ponderação: uma análise das críticas de Sieckmann sobre a teoria dos princípios de Alexy. *Nomos*. Fortaleza, v. 39. 1, p. 209-226, 2019.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012.
- LEAL, Mônica Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. *“Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SABA, Roberto. (Des)igualdade estructural. *Revista Derecho y Humanidade*, nº. 11, Faculdade de Direito da Universidade do Chile, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, p. 65-119, jul./set. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Capítulo II – Dos direitos sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TUCKER, Jeffrey. *Liberty or lockdown*. Great Barrington, MA: American Institute for Economic Research – AIER, 2020.

Data de Re却bimento: 28/10/2022

Data de Aprovação: 05/07/2023

## “NOSSO NORTE É O NOSSO SUL”: O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO A PARTIR DO PENSAMENTO DECOLONIAL

## “OUR NORTH IS OUR SOUTH”: LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM BASED ON DECOLONIAL THINKING

Paula Regina Benassuly Arruda\*

Ian Pimentel Gameiro\*\*

Arthur de Oliveira Souza\*\*\*

### RESUMO

O objetivo do presente trabalho é verificar como o pensamento decolonial representa uma possibilidade de ressignificação do constitucionalismo na América Latina a partir do novo constitucionalismo latino-americano. Por isso, propõe-se (i) apresentar como a formação do Estado moderno se forma a partir do constitucionalismo moderno; (ii) identificar como crítica a decolonial se apresenta enquanto crítica aos modelos eurocentrados e (iii) demonstrar como o Constitucionalismo Latino-Americano é visualizado como proposta constitucional na América Latina. Conclui-se que a partir do arcabouço teórico do pensamento decolonial, o Constitucionalismo Latino-Americano representa uma possibilidade de ressignificação da estrutura constitucional em países do continente, como as constituições da Bolívia, Equador e Colômbia têm demonstrado. Metodologicamente, o trabalho utiliza-se da pesquisa dedutiva por meio da análise qualitativa, descritiva, utilizando-se como procedimentos técnicos a pesquisa bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** América Latina; Constitucionalismo Moderno; Constitucionalismo Latino-Americano; Decolonialismo; Pensamento Decolonial.

### ABSTRACT

The objective of this work is to verify how decolonial thinking represents a possibility of resignifying constitutionalism in Latin America based on the new Latin American constitutionalism. Therefore, it is proposed (i) to present how the formation of the modern State is formed based on modern constitutionalism; (ii) identify how decolonial criticism presents itself as a criticism of Eurocentric models and (iii) demonstrate how Latin American Constitutionalism is viewed as a constitutional proposal in Latin America. It is concluded that based on the theoretical framework of decolonial thinking, Latin American Constitutionalism represents a possibility of resignifying the constitutional structure in countries on the continent, as the constitutions of Bolivia, Ecuador and Colombia have demonstrated. Methodologically, the work

\* Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Mestre em Instituições Jurídico-políticas pela Universidade Federal do Pará, PhD pela Universidade de Duisburg-Essen, Professora na Universidade Federal do Pará, com ênfase em Direito Constitucional e Direitos Humanos, Professora visitante na Universidade Sorbonne Nouvelle, Lattes: 7257034539917718, ORCID: 0000-0001-9577-548X, e-mail: paularruda\_pa@yahoo.com.br.

\*\* Bacharel em Direito pela UNAMA, Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da UC, Mestre em Sociologia pela Faculdade de Economia da UC e Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas, Advogado, Professor de Direito Constitucional na graduação e pós-graduação da UNAMA, Lattes: 0273856069065665, ORCID: 0000-0001-6715-1493, e-mail: Pimentel.ian@hotmail.com.

\*\*\* Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia. Advogado, Membro do LAJUSA/UFPa, Lattes: 5768651190274157, ORCID: 0000-0001-6517-2565, e-mail: arthuro.souzaa@gmail.com.

---

uses deductive research through qualitative, descriptive analysis, using bibliographic and documentary research as technical procedures.

Key-words: Latin America; Modern Constitutionalism; Latin American Constitutionalism; Decolonialism; Decolonial Thinking.

## INTRODUÇÃO

O constitucionalismo representou um significativo avanço para o ordenamento jurídico e a estruturação de um Estado que positiva normas básicas para a sociedade, estabelecendo um sistema político que se fundamenta no regime constitucional, ao passo que as constituições se tornam o centro do ordenamento jurídico estatal. Dessa maneira, o constitucionalismo é pautado, principalmente, a partir das revoluções liberais e europeias no fim do século XIX, as quais possibilitaram formalizar o entendimento utilizado atualmente acerca do direito constitucional moderno.

No entanto, os recentes acontecimentos na América Latina possibilitaram consideráveis mudanças no aspecto político, tendo em vista a mudança político-ideológica, fundamentada, principalmente, na crítica aos modelos liberais de Estado, no diálogo entre os países da América Latina e no resgate da emancipação política e econômica visando o seu desenvolvimento.

Esse processo, fundamentado principalmente pela crítica decolonial aos modelos liberais incorporados na América Latina, possibilita formular a pergunta que norteia o presente trabalho: Como o constitucionalismo latino-americano representa uma mudança constitucional a partir do pensamento decolonial?

Considerando esse cenário, o objetivo principal é demonstrar de que forma o pensamento decolonial pode auxiliar o constitucionalismo latino-americano enquanto movimento constitucional. Além disso, especificamente, busca analisar a formação do constitucionalismo e o do Estado Moderno a partir das revoluções liberais, bem como, apresentar como o pensamento decolonial se apresenta enquanto crítica aos modelos liberais. Por fim, demonstrar como o novo constitucionalismo latino-americano se desenvolve se utilizando do pensamento decolonial.

Para atingir resultados, a pesquisa se desenvolve por meio de uma pesquisa teórica, buscando desenvolver e demonstrar a teoria acerca do Constitucionalismo e do Novo Constitucionalismo Latino-Americanano a partir do pensamento decolonial. Para o seu desenvolvimento, realizou-se pesquisa bibliográfica, buscando destacar os principais livros, artigos e pesquisas que versam sobre o tema. O tipo de abordagem utilizado é a qualitativa, pois a pesquisa se restringe a exploração de bibliografias, juntamente com o método dedutivo.

O trabalho se divide em três partes: inicialmente, busca-se analisar o arcabouço teórico sobre o constitucionalismo moderno, o qual foi formado com influências das revoluções liberais que possibilitaram os primeiros indícios de organização jurídica de determinada sociedade. Posteriormente, na segunda parte, demonstra-se o pensamento decolonial como ponto de partida para a superação das ideias europeias na América

Latina e principal aliada no desenvolvimento do Constitucionalismo Latino-Americano. Por fim, na terceira parte, busca-se demonstrar o desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano e todo seu processo emancipatório, a partir da introdução do pensamento decolonial na América Latina como forma de superação do eurocentrismo.

## A Formação do Estado Moderno e o Constitucionalismo

Para que a formalização do Estado, enquanto instituição, se tornasse concreta, acontecimentos históricos foram necessários para possibilitar determinada limitação ao poder estatal. Com isso, inicialmente deve-se ressaltar que o constitucionalismo pode ser entendido como um movimento constitucional que tem como principal objetivo a supremacia de constituições, visando garantir a estruturação formal do Estado – enquanto denominador de poder estatal.<sup>1</sup>

O constitucionalismo começa a ganhar forma no fim do século XVII, principalmente em razão das Revoluções Inglesa, Francesa e Americana, tendo em vista que esses movimentos representaram a independência dos Estados e o início do processo de formalização de documentos legais – como a Constituição.<sup>2</sup> A Constituição surge a partir da idealização de um Estado pautado e organizado em um documento formal que possibilitasse a organização da sociedade, mais precisamente a partir do século XVIII, com a ascensão da independência americana e a Revolução Francesa, que permitiu a formalização do documento que seria o principal mecanismo de controle e vinculação de poder para um Estado.

Dessa forma, a Constituição se apresenta como principal instrumento para a consolidação do constitucionalismo, tendo em vista que a sua existência e aplicação é muito mais singular e simbólica ao ponto que permitiu integrar, organizar e dar direção jurídica ao Estado e à sociedade, passando, posteriormente, a ser considerada a ordem jurídica fundamental da sociedade e do Estado.<sup>3</sup>

Nesse sentido, tendo em vista a organização jurídica da sociedade, na primeira manifestação de Estado de Direito, advinda a partir do Estado Liberal, a Constituição visava principalmente pautar o direito de liberdade e direitos decorrentes dela, aliada também à ideia de legalidade e soberania popular.<sup>4</sup> Após o século XIX, o Estado começa a ocupar uma posição diferente perante a sociedade, tendo em vista que há a necessidade da preocupação de estabelecer um Estado Social, formulando ações políticas para garantir direitos a quem necessitava em razão do surgimento de diversos problemas de ordem

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista da UERJ*, 2018.

<sup>3</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>4</sup> LEAL, Monia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

social, econômica e material. Assim, o Estado, que anteriormente se encontrava em posição de passividade, agora é pressionado para agir em prol dos necessitados.<sup>5</sup>

Através desses acontecimentos, é possível verificar que o constitucionalismo sofreu diversas alterações, principalmente ao que cerne a atuação do Estado perante a sociedade, tendo em vista que a principal ideia, inicialmente, era que as constituições fossem um documento limitador dos agentes estatais, mas, com o passar do tempo, verificou-se a necessidade de assegurar garantias à pessoa humana. De modo geral, Canotilho afirma que o constitucionalismo pode ser entendido, em sentido amplo, como um meio pelo qual se erguem barreiras a atuação do governo ao poder, objetivando garantir, na dimensão político e social, direitos fundamentais de uma comunidade.<sup>6</sup>

Conforme disciplina Barroso, o constitucionalismo moderno é consequência de três movimentos políticos e filosóficos, sendo eles: contratualismo, iluminismo e liberalismo. A partir desses eventos, a ideia de um Estado Moderno vinculado a um documento principal que possibilitasse a sua limitação foi desenvolvida e perpetuada até os dias atuais.<sup>7</sup> Diante disso, o contratualismo se apresenta como movimento filosófico e social que objetiva estabelecer a organização da sociedade, de modo que o Estado passe a ser desvinculado de um poder absoluto, como no absolutismo. Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau e John Locke são os principais teóricos dessa corrente, apresentando semelhanças e contrapontos no que cerne a teoria contratualista.

Nessa toada, esses três principais autores contribuíram de modo ímpar para a formalização do Estado, enquanto instituição detentora do poder. Apesar de suas divergências, há de se apontar que os autores apresentam pontos em comum, pois consideram que o Estado surge a partir da necessidade de organização das relações sociais que, até então, foram afetadas pelo estado de natureza do homem. Além disso, dialogam em comum com o acordo sobre a necessidade de positivação de normas a fim de evitar conflitos entre os indivíduos, que podem ser evitados através do contrato social estabelecido entre eles.

Sendo assim, os três pensadores possibilitaram válidas críticas ao modo absolutista de governar, possibilitando a descentralização de poder e contribuindo para uma formação de Estado mais organizado, pautado na igualdade entre os indivíduos, haja vista que toda e qualquer norma, estabelecida pelo contrato social, somente se dá a partir da expressa aceitação de todos.

Dessa maneira, elucidando bem a questão, Barroso afirma que esse movimento constitucional pode ser pautado em três marcos teóricos: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.<sup>8</sup> Esse protagonismo da Constituição possibilitou que ela deixasse o plano da aplicação judicial

<sup>5</sup> MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*

<sup>7</sup> BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*

<sup>8</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 9, nº 33, 2006.

para também alterar toda a noção de governo e estruturação do Estado, tendo em vista que passa a ter como base e limite os dispositivos constitucionais.

Dito isso, pode-se entender o constitucionalismo como a afirmação da ideia da supremacia da constituição, a qual deve fundamentar o Estado Democrático de Direito, privilegiando não só as normas positivadas na constituição, mas também os princípios dentro do ordenamento jurídico, visando à contínua aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Por fim, todas essas correntes apresentaram diversas contribuições para o fundamento filosófico e teórico da concepção de Estado Moderno e, posteriormente, a incorporação do Constitucionalismo como movimento constitucional que visa impor limites à atuação estatal a partir de normas constitucionais positivadas em documento legal. Esse movimento representou um avanço para os ditames constitucionais, tendo em vista que, a partir da sua evolução, pode-se descentralizar o poder que antes estava limitado a determinados grupos, além de possibilitar a positivação de direitos e garantias fundamentais, visando sempre à supremacia da Constituição.

## **O Pensamento Decolonial como Crítica ao Eurocentrismo na América Latina**

A partir do tópico anterior, observa-se que, enquanto história humana na América Latina, a modernidade se desenvolveu com vistas ao modo de vida europeu e suas diversas dogmáticas liberais, sendo referência para a internacionalização de um modelo universal de organização jurídica e social em diversos campos da sociedade, capaz de exercer hegemonia sobre aqueles considerados inferiores.

Essa hegemonia se manifesta de diversas formas, impondo valores, crenças, línguas e outras características europeias para os países alcançados pela colonização. Boaventura de Sousa Santos afirma que a colonização emergiu um conceito denominado por ele de epistemicídio, no qual foram suprimidas não só culturas ou povos, mas epistemologias, conhecimentos.<sup>9</sup>

Para Santos, a modernidade estabeleceu a ideia de uniformização da razão, possibilitando o desenvolvimento do pensamento abissal, ou seja, demonstra a existência de uma linha divisória entre dois universos: um onde tudo que é produzido é considerado digno de existência e relevância em todas as camadas sociais e outro onde a produção sequer é considerada.<sup>10</sup> Dessa forma, a modernidade é compreendida como forma de construção da realidade, que foi internacionalizada para servir de paradigma para qualquer sociedade que pretenda atuar de maneira relevante no cenário globalizado.<sup>11</sup>

Nesse sentido, Quijano aduz que a elaboração intelectual da modernidade produz uma perspectiva de conhecimento que externaliza o caráter do padrão mundial de poder,

<sup>9</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, B. D. S.; MENEZES, M.P. *Epistemologias do Sul*. 2<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Almedina, 2011,

<sup>10</sup> *Ibidem*. p. 56

<sup>11</sup> SOUSA, Adriano Correa de. Metodologia e o giro descolonial do pensamento: o potencial emancipador da pesquisa jurídica. In: *Constitucionalismo Latino-Americano: teoria, direitos fundamentais, instituições e decisões*. Organização de Adriano Correa de Sousa et al. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.

fundamentado no colonialismo, capitalismo e eurocentrismo.<sup>12</sup> Esse modo de produção possibilitou a dicotomia, entre o moderno e o não moderno, desenvolvida por meio da uniformização da racionalidade, com fundamentos na ideia de universalidade.

Em razão disso, o referido autor é responsável por introduzir no campo das ciências sociais um giro ao pensamento crítico latino-americano e mundial, no qual propõe uma descolonização epistemológica que rompe com a colonialidade do poder mundial, para libertar as relações interculturais. Nesse contexto, Quijano desenvolveu o pensamento da colonialidade do poder, na qual busca analisar as relações econômicas e políticas após o colonialismo.<sup>13</sup>

Para o autor, as consequências da colonialidade não findaram com o fim do colonialismo, tendo em vista a continuidade das formas coloniais de dominação após o fim das administrações coloniais. O mito gerado a partir da noção de um mundo pós-colonial possibilitou que o simples fato da eliminação das administrações coloniais conduziu ao processo de descolonização global, sendo pertinente explanar que a matriz de poder colonial continua a produzir efeitos sobre povos não europeus.<sup>14</sup>

Além de se utilizar deste pensamento para evidenciar as práticas coloniais permanentes, a colonialidade do poder busca manifestar processos que foram apagados ou superados pela modernidade. Visando ampliar o conceito, Mignolo, define a colonialidade como uma estruturação complexa de níveis entrelaçados, os quais abarcam o controle da economia, autoridade, natureza e recursos naturais, gênero e sexualidade, subjetividade e conhecimento, tornando-a de tripla dimensão: a do poder, do saber e do ser.<sup>15</sup>

Com isso, a colonialidade é construída como uma dogmática na qual a racionalidade-modernidade europeia se firma como paradigma universal de conhecimento e relação entre a humanidade e o resto do mundo. Para Quijano, essa perspectiva prática e teórica evidencia a negação da intersubjetividade e da totalidade social como sedes da produção de todo o conhecimento, ao ponto que considera apenas saberes eurocêntricos como universais.<sup>16</sup> Sendo assim, ao negar a totalidade social, possibilita a inexistência de qualquer outro sujeito fora do contexto europeu.

Desse modo, ao considerar a dicotomia introduzida a partir da modernidade, a qual possibilita a invalidade de saberes locais, ao ponto de torná-los inferiores, o pensamento decolonial surge a partir desses sujeitos, para explanar seus saberes locais para uma lógica além da subalternização da modernidade/colonialidade. A partir do pensamento decolonial, enquanto crítica de saberes eurocêntricos, pode-se afirmar que pensar decolonialmente significa avançar no processo de abnegação das bases eurocentradas de

<sup>12</sup> QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. 2005, p. 117-142.

<sup>13</sup> *Ibidem*. p. 106

<sup>14</sup> *Ibidem*. p. 139

<sup>15</sup> MIGNOLO, Walter. *Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

<sup>16</sup> QUIJANO, Anibal. Colonialidade e modernidade-racionalidade. IN: BONILLA, Heraclio. *Os conquistados; 1492 e a população indígena das Américas*. São Paulo: Hucitec, 2006.

conhecimento, permitindo a produção de conhecimentos que iluminem as zonas escuras e os silêncios produzidos por uma forma de saber e conhecer onde foi constituído pela imperialidade.<sup>17</sup>

Dessa forma, a decolonialidade surge a partir dessa negação de pensamento de saberes de povos subalternizados, como a população indígena, que possuem seus conhecimentos locais negados ao ponto de torná-los inexistentes. Esses saberes locais, enquanto história, dor, manifestação de cultura e língua, devem ser vistos como lugares de pensamento, no qual possibilita a contribuição a partir da decolonialidade.<sup>18</sup>

A decolonialidade se apresenta, então, como forma de retorno às raízes e à própria história, evidenciando uma necessidade de entender eventos, situações e processos sociais, educativos e culturais, que podem ser considerados verdadeiros marcos na construção de um pensamento político e intelectual na América Latina, invisibilizados a partir da perspectiva unilinear e eurocentrada, que marca a forma de propagação do pensamento moderno, dos centros civilizatórios de poder para o restante do mundo.<sup>19</sup>

Desse modo, o pensamento decolonial objetiva demonstrar a América Latina a partir de sua construção como exterioridade do sistema mundo-moderno, com a consequente negação à imposição de um padrão único de pensar e agir, a partir das resistências sociais que buscam reformar o modelo civilizatório imposto a partir da expansão europeia.

Sendo assim, a decolonialidade relaciona-se com a superação das opressões geradas a partir do desenvolvimento do conceito de modernidade, a qual busca operar no plano de produção, reprodução e transformação dos povos subalternizados, com o intuito de emancipar e produzir conhecimentos locais que necessitam vir à tona como resposta ao eurocentrismo.

Nesse sentido, conforme abordado anteriormente, a concepção de Estado e, consequentemente, a formação do constitucionalismo, foram fundamentados a partir de ideias e acontecimentos que ocorreram na Europa. Sendo assim, o direito que existe hoje começou a ser moldado a partir de bases eurocentradas, sendo responsável por todos os ajustes para que o direito, enquanto operacionalização, pudesse funcionar como é atualmente.

Com isso, os textos constitucionais se desenvolveram a partir de uma tradição de normatização de textos políticos-jurídicos dotados de ideias programáticas e pela exclusão daqueles que estavam à margem da sociedade. Dessa forma, grande parte das

<sup>17</sup> GROSFOGUEL, Ramón; MIGNOLO, Walter. *Intervenciones descoloniales: una breve introducción*. Tradução de Thais Luzia Colaço e Eloise da Silveira Petter Damázio. *Tabula Rasa, Revista de Humanidades*, Bogotá, n. 9, p. 29-37, jul./dez. 2008.

<sup>18</sup> MIGNOLO, Walter. *op. cit.*

<sup>19</sup> BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. In: *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Organizadores Eduardo Manuel Val, Enzo Bello. - Caxias do Sul, RS: Educs, 2014.

constituições, especialmente as latinas-americanas, desenvolveram movimentos constitucionais que desconsideravam a pluralidade, o multiculturalismo e a diversidade.<sup>20</sup>

O primeiro ponto de observação a ser feito é quanto a concepção de Estado uniformizada a partir dos acontecimentos europeus. Segundo Heleno Florindo da Silva:

[...] o Estado moderno – enquanto essa construção histórica, cultural, social e política da modernidade – têm seus fundamentos fincados na racionalidade moderna europeia da época em que surgiu como novo pacto social em substituição do regime feudal.<sup>21</sup>

Dessa forma, a concepção de Estado já nasce com bases eurocentradas, fundamentada em acontecimentos e movimentos europeus os quais possibilitam a consolidação do constitucionalismo enquanto movimento constitucional. Acontece que esse movimento foi desenvolvido sob influência das revoluções liberais norte-americanas e francesas, marcado principalmente pela necessidade de elaboração de um texto único, expresso por meio das constituições.

Essa uniformização, por meio das constituições, visava principalmente controlar o poder por meio do princípio democrático, deixando de lado o modo de governo com raízes absolutistas.<sup>22</sup> Sendo assim, inaugura-se no plano jurídico constitucional um Estado denominado de Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, os quais manifestaram suas contribuições para o desenvolvimento do direito constitucional e suas características próprias.

Entretanto, essa concepção de Estado, desenvolvida a partir da uniformização de textos constitucionais, encontra-se em estado de impotência diante das necessidades da sociedade, principalmente no que tange a população latino-americana, tendo em vista sua pluralidade e diversidade, os quais não conseguem mais ser sustentadas pelo monoculturalismo.<sup>23</sup>

A grande causa dessa insustentabilidade do monoculturalismo acontece porque o processo de constitucionalização latino-americano se construiu a partir dos modelos constitucionais hegemônicos, apresentando características que não possibilitam a manifestação de mais de um modo de viver, o qual ocasionou na supressão das múltiplas identidades que integram o território nacional em busca de um único modo de vivência

<sup>20</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América-Latina. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). *Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 19-42.

<sup>21</sup> SILVA, Heleno Florindo da. Teoria do Estado Plurinacional: *O Novo Constitucionalismo Latino-Americano e os Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2014.

<sup>22</sup> VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. – *IUS*, Puebla, México, v.4: p. 1-24, n.25, 2010. Disponível em: <<https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/214>>.

<sup>23</sup> FERNANDES, Luana Siquara; FABRIZ, Daury Cesar. Para Repensar a Hermenêutica Constitucional Brasileira a partir do Novo Constitucionalismo Latino-Americano: um diálogo com o pensamento decolonial. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas* V.12 N.1 2018.

oriundo da civilização europeia.<sup>24</sup> Dessa maneira, pode-se afirmar que essa hegemonia resulta do processo de colonização, o qual acabou por suprimir identidades locais em detrimento de uma uniformização universal.

De acordo com Bragato e Castilho, o ideário constitucionalista liberal se perpetuou a partir da concepção de Estado, pautado na ideologia iluminista e na invenção da universalidade jurídica e política.<sup>25</sup> Nessa linha de raciocínio, a legítima constituição era a jurídica, enquanto as demais deveriam ser combatidas tendo em vista que não se revestiam das ideias liberais, as quais estão ligadas a liberdade individual e ao estabelecimento de limite do poder estatal. Como prova disso, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão disciplinava, em seu art. 16, que toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição.<sup>26</sup>

Dessa maneira, conforme preceitua Sparemberger e Damázio, a burguesia conferiu aos direitos individuais e a separação de poderes o caráter universal, como imposições oriundas da própria razão humana e, consequentemente, ao gênero humano como um todo.<sup>27</sup> Assim, o constitucionalismo se consolidou a partir da formalização dos valores ideológicos, políticos, doutrinários e filosóficos dos liberais burgueses, que os utilizavam para defesa de interesses próprios.

Em razão disso, a América Latina incorporou – forçadamente, diga-se de passagem – deste discurso constitucional liberal burguês, no qual seguiu os parâmetros de divisão de poderes. Entretanto, esse modelo de constituição acabou por invisibilizar as desigualdades fáticas de classe, etnia, gêneros e culturas, tendo em vista o seu caráter de universalidade.

Para Médici, o monismo jurídico e cultural do modo constitucional moderno não observa a pluralidade e as diferenças que advém da territorialidade latino-americana. Essa inobservância a pluralidade e diversidade dos povos nativos possibilitou a ocultação do genocídio das populações originárias e os subordinou aos modelos universalistas europeus, justificadas como progresso e desenvolvimento da humanidade.<sup>28</sup>

Diante do cenário apresentado, observa-se que a concepção de modernidade possibilita a permanência de práticas coloniais, com o objetivo de perpetuar as subalternizações advindas da colonização. A partir da concepção de modernidade, o Estado de Direito se fundamenta em práticas ditas universais que não observam as pluralidades e diversidades existentes em territórios que foram colônias de países

<sup>24</sup> NOVAIS, Melissa Mendes de. Um novo paradigma constitucional: o árduo caminho da descolonização. In: WOLKMER, Antônio Carlos; CORREAS, Oscar (Org.). *Crítica Jurídica na América-Latina*. Aguascalientes: Cenejus, 2013, pp. 108-127.

<sup>25</sup> BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. *op. cit.*

<sup>26</sup> BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, Vol. 19 - n. 1, 2014.

<sup>27</sup> SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes.; DAMAZIO, Eloise da Silveira Petter. Discurso constitucional colonial: um olhar para a decolonialidade e para o “novo” Constitucionalismo Latino-Americano. *Revista Pensar*, Fortaleza, 2016, v. 21, p. 271-297.

<sup>28</sup> MÉDICI, Alejandro. Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. Otros Logos. *Revista de estúdios críticos*. CEAPEDI, Neuquén, ano 1, n. 1, p. 94-124, 2010.

europeus, principalmente a América Latina, permanecendo com a imposição de valores e culturas eurocentradas.

Sendo assim, o pensamento decolonial se apresenta como uma alternativa necessária para mudanças locais, a partir das críticas e questionamentos das bases jurídicas que ainda perpetuam a dicotomia da modernidade.

## **O Processo Emancipatório na América Latina A Partir Do Constitucionalismo Latino-Americanano**

Conforme Assis e Vieira, a história da América Latina se caracteriza pela dominação e escravização dos povos colonizados. Em razão disso, as culturas indígenas e dos primeiros povos que aqui habitaram, foram suprimidas, sendo negado a esses povos suas organizações sociais, seus direitos próprios e sua pluralidade cultural.<sup>29</sup>

Em razão do colonialismo, as constituições latino-americanas foram criadas conforme o modelo europeu, as quais se preocuparam somente em garantir direitos de cunho individuais, sem quaisquer preocupações com a garantia de direitos que buscassem integralizar os povos e garantir suas respectivas particularidades e pluralidades.<sup>30</sup>

Sendo assim, parte dessa população começou a reivindicar a partir de movimentos sociais a busca pelo reconhecimento de seus direitos, contra as forças dominantes e contra conceitos tradicionais, que impossibilitaram o desenvolvimento local na América Latina. De acordo com Caovilla, a América Latina tem vivenciado consideráveis mudanças no aspecto político, tendo em vista a mudança político-ideológica fundamentada, principalmente, na crítica aos modelos liberais de Estado, no diálogo entre os países da América Latina e no resgate da emancipação política e econômica visando o seu desenvolvimento.<sup>31</sup>

Além disso, é importante observar que as mudanças legislativas no âmbito internacional influenciaram fortemente para a reestruturação de alguns Estados latino-americanos, tendo em vista os diversos documentos internacionais que versam sobre direitos humanos a partir de uma perspectiva regional. Nesse sentido, Antônio Maués ressalta que independentemente do nível hierárquico atribuído, os tratados de direitos humanos passaram a influenciar de maneira decisiva o direito internacional, pois eles visam a proteção das pessoas, estabelecendo deveres do poder público em relação a seus jurisdicionados.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> ASSIS, Fábio José Silva de.; VIEIRA, José Ribas. Do neoconstitucionalismo ao novo constitucionalismo latino-americano: um processo de luta das minorias. In: *Constitucionalismo Latino-Americanano: teoria, direitos fundamentais, instituições e decisões*. Organização de Adriano Correa de Sousa et al. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.

<sup>30</sup> *Ibidem*. p. 124

<sup>31</sup> CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. Os movimentos sociais na América Latina do século XXI: um novo paradigma. IN: WOLKMER, Antônio Carlos; CAOVILLA, Maria Aparecida. (Org.). *Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano*. [ebook] São Leopoldo: Karywa, 2015.

<sup>32</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Diálogo Judicial. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs). *O cumprimento das sentenças da*

Assim, para Dalmau o Novo Constitucionalismo Latino-Americano surge a partir dessas mudanças, que possibilita a visibilidade e enfrentamento de uma nova hipótese constitucional para os países latino-americanos, que até hoje foram influenciados pelos países da Europa.<sup>33</sup> Para a compreensão do constitucionalismo latino-americano enquanto movimento social e constitucional é importante ressaltar três conceitos norteadores: multiculturalismo, interculturalidade e plurinacionalidade.

De acordo com Zorzi, o multiculturalismo está relacionado aos fenômenos que ganham evidências a partir da modernidade, como a globalização. Normalmente, para o autor, esses fenômenos estão vinculados à aceleração das relações econômicas e sociais, levando-os a atingir escalas globais. Em vista disso, o multiculturalismo estuda como se dá a existência de várias culturas existentes em um único Estado, observando suas diversas formas de manifestações culturais.<sup>34</sup> Nesse contexto, o multiculturalismo possibilita a transformação de grupos que eram anteriormente considerados minorias em sujeitos que passam a ter visibilidade para manifestar sua diversidade cultural.

A interculturalidade, na concepção de Wolkmer, tem a finalidade de demonstrar a existência das diferenças entre as culturas, tendo em vista que em uma nacionalidade há uma diversidade de culturas. No ponto de vista do autor, a interculturalidade não visa somente o reconhecimento das culturas, mas a integração entre elas, buscando a igualdade delas perante as decisões e acontecimentos em seu Estado.<sup>35</sup>

Além disso, a partir da interculturalidade, pode-se reformular o campo do ser, do saber, do poder e da relação com a natureza, incorporando tanto conhecimentos indígenas como

ocidentais, tendo em vista sempre a colonialidade do poder e o pensamento colonial.<sup>36</sup>

Nesse cenário, o multiculturalismo e a interculturalidade se diferenciam a partir da concepção da identidade. Enquanto o primeiro reconhece as diversas culturas, o segundo busca não somente reconhecê-las, mas também as integralizar ao ponto que todas possuem o mesmo peso perante o desenvolvimento do seu país.

Já a plurinacionalidade possibilita a proteção de diversas culturas, tendo em vista as suas existências, sem que necessariamente possuam relações entre si, mas que isso não seja um empecilho para sua existência. Para Walsh, embora haja a convivência de

---

*Corte Intramericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.*

<sup>33</sup> DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008. In: *Alter Justicia: estudios sobre Teoría y Justicia Constitucional*, n. 1, año 2, Guayaquil, p. 17-27, 2008.

<sup>34</sup> ZORZI, José. A. *Estudos culturais e multiculturalismo*: uma perspectiva das relações entre campos de estudos em Stuart Hall. 2012, 53 f. (Trabalho de Conclusão de Curso) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Curso de História: Licenciatura. Porto Alegre, RS, 2012.

<sup>35</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, [S. l.], v. 27, n. 53, p. 113-128, 2006.

<sup>36</sup> WALSH, Catherine. Carta do Equador é intercultural e pedagógica. *Revista Consultor Jurídico*. Equador, 27 jun. 2009. Trad. César Augusto Baldi. (Trad. César Baldi). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jun-27/carta-equador-aspecto>

diferentes culturas no mesmo território, o principal ponto a ser destacado é que não há hierarquização entre essas culturas.<sup>37</sup>

Assim, pode-se dizer que o conceito de plurinacionalidade permitiu o desenvolvimento do “Estado Plurinacional”, que concretizou a formação dos direitos dos povos indígenas. As principais constituições, resultantes desse estado, foram a da Colômbia (1991), México e Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia e Argentina (1994), Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999).<sup>38</sup>

Nesse sentido, a plurinacionalidade possui caráter revolucionário ao ponto que permite o aperfeiçoamento de um Estado pautado em múltiplas possibilidades de diversidades culturais. O estado plurinacional se apresenta como um importante instrumento político e jurídico na luta por direitos dos povos originários. Para Farjado, esse movimento social se reveste de extrema importância na medida em que propõe uma verdadeira estruturação do Estado pautada na ideia de interculturalidade.<sup>39</sup>

Nesse viés, o Estado deixa de ser um agente que apenas protege direito dos povos originários, mas também começa a introduzi-los no campo da estruturação jurídica, política e social naquele território, pois não apenas introduz novos elementos, mas se esforça para construir uma nova lógica e forma de pensar sob os parâmetros desses povos.<sup>40</sup>

Para o desenvolvimento desse novo constitucionalismo, Wolkmer o dividiu em três ciclos: a) o primeiro ciclo seria o social e descentralizador das constituições; b) o segundo encaminha-se para um constitucionalismo participativo e pluralista e c) o terceiro é representado pelas recentes e vanguardistas Constituições do Equador e da Bolívia. Esses textos constitucionais representam um constitucionalismo plurinacional comunitário, expressando outro paradigma além do universalismo, observando experiências de sociedades interculturais e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional.<sup>41</sup>

Como acréscimo dessa estruturação, Baldi demarcou o constitucionalismo latino-americano em três ciclos: o primeiro seria o “constitucionalismo multicultural”, no qual introduz no ordenamento jurídico o conceito de diversidade cultural, reconhecendo a configuração multicultural da sociedade e reconheceu direitos específicos para os indígenas.<sup>42</sup>

O segundo ciclo seria o constitucionalismo pluricultural, caracterizado pela internalização da Convenção 169 da OIT, que busca reconhecer ampla garantia de direitos

<sup>37</sup> WALSH, Catherine. ¿Interculturalidad, pluralidad e Decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar o Estado? In: *Tabula Rasa*, vol. 9, 2008.

<sup>38</sup> YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina: Um mapa para el pensamento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: 2011.

<sup>39</sup> *Ibidem*. p. 74

<sup>40</sup> WALSH, Catherine. *op. cit.*

<sup>41</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e Constitucionalismo na Tradição Jurídico Brasileira e Latino-Americana*. Conferência: Pluralismo e constitucionalismo no Brasil, proferida no II Congresso de Estudos Jurídicos do Centro Acadêmico Cromwell de Carvalho e Escola Superior da Advocacia do Piauí, em 2011.

<sup>42</sup> BALDI, César Augusto. Novo constitucionalismo latino-americano: considerações conceituais e discussões epistemológicas. In: CORREAS, Oscar; WOLKMER, Antonio Carlos. (Orgs.) *Crítica Jurídica na América Latina*. CENEJUS, 2013.

indígenas, como língua, educação, terras, prévia consulta, formas de participação e a jurisdição indígena.<sup>43</sup>

Por fim, o último ciclo é o constitucionalismo plurinacional, representados pelas Constituições da Bolívia e Equador, que reestruturaram o Estado a partir do reconhecimento dos povos indígenas como nações/povos originários, bem como parte integrante da nacionalidade, tornando-os sujeitos políticos coletivos com direito a definir seu próprio destino, governar-se em autonomias e participar ativamente dos pactos do Estado.<sup>44</sup>

Considerando o cenário apresentado, a partir de agora se busca analisar os acontecimentos constitucionais fundamentados no constitucionalismo latino-americano com um breve estudo sobre os países vanguardistas: Colômbia, Equador e Bolívia.

Para Brandão, a constituição colombiana de 1991 se apresenta como pioneira no reconhecimento e legitimação da jurisdição autônoma indígena, contribuindo para o desenvolvimento do pluralismo jurídico na América Latina.<sup>45</sup>

Considerando que aproximadamente vivem mais de 80 etnias indígenas no território colombiano, a questão indígena é primordial tendo em vista que ela foi perpassada por violações de direitos. Nesse cenário, a Constituição da Colômbia apresenta diversas garantias constitucionais que visam proteger o desenvolvimento cultural dos povos indígenas. Como exemplo, o art. 63 da Constituição Colombiana reconheceu que as terras dos grupos étnicos serão inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.<sup>46</sup>

Dentre as diversas proteções estabelecidas pela normativa constitucional da Colômbia, destaca-se o reconhecimento da jurisdição indígena. O art. 246 dispõe que as autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial:

Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y

<sup>43</sup> *Ibidem*. p. 93.

<sup>44</sup> *Ibidem*. p. 94

<sup>45</sup> BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay)*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013.

<sup>46</sup> BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado de Plurinacional de Bolivia*, promulgada em 9 de fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucion-politica-del-estado-plurinacional-de-bolivia-promulgada-el-9-de-febrero-2009/>

leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.<sup>47</sup>

Diante desse dispositivo constitucional, a Corte Constitucional da Colômbia já vem garantindo que esse direito amplamente reconhecido seja efetivado. Como prova disso, tem-se a decisão proferida pela Corte no caso de exame de DNA na comunidade Wayu, a qual sentenciou que o exame deveria ser substituído por provas testemunhais, pois considerou que a retirada de sangue viola as crenças e tradições daquela comunidade indígena.<sup>48</sup>

No mesmo sentido, a Corte também já anulou sentença proferida em jurisdição ordinária por entender que houve a violação do princípio do juiz natural, tendo em vista que se tratava de decisão condenatória de indígena, devendo, dessa forma, ser julgado na jurisdição indígena.<sup>49</sup>

Importante ressaltar que, apesar da existência desse dispositivo normativo que reconhece a jurisdição indígena, nada impede que as autoridades açãoem o Estado a fim de dar cumprimento às diligências necessárias. A exemplo disso, já houve manifestação da Corte sobre casos em que as autoridades indígenas solicitaram ao Estado o encarceramento de indígena condenado por homicídio, no âmbito da jurisdição indígena, solicitando apoio para a captura do foragido, estabelecendo um diálogo entre a jurisdição indígena e a ordinária.<sup>50</sup>

Assim, esse diálogo estabelecido entre jurisdição indígena e ordinária se reveste de extrema importância para a consolidação do pluralismo jurídico na América Latina, tendo em vista que o Direito estatal não deve impor ou ordenar sua presença, mas sim a possibilitar que os indígenas reconheçam a necessidade ou não da participação estatal na concretização da justiça.<sup>51</sup>

Além disso, para solucionar possíveis conflitos entre jurisdições, a Corte programou mecanismos que possibilitam uma interpretação intercultural de normas que envolviam conflitos entre jurisdição ordinária e a indígena, como a contratação de peritos culturais responsáveis pela tradução da cultura indígena para melhor compreensão dos magistrados sobre a diversidade étnica e cultura envolvida na lide.<sup>52</sup>

Dessa forma, observa-se que a Constituição Colombiana e sua Corte Constitucional desenvolveram um papel de extrema importância para o desenvolvimento do Constitucionalismo Latino-Americano, haja vista a existência de mecanismos legislativos que possibilitam não só garantir direitos dos povos indígenas, mas efetivá-los por meio da atuação jurisdicional.

<sup>47</sup> COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*. Disponível em.

<https://pd़ba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>. Acesso em: 14/05/2021.

<sup>48</sup> BOTERO, Esther Sánchez. Reflexiones em torno de la jurisdicción especial indígena em Colômbia. *REVISTA do IIDH - Interamericano de Derechos Humanos*. n 41, p. 225-251, 2005.

<sup>49</sup> BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *op. cit.*

<sup>50</sup> *Ibidem*. p. 67

<sup>51</sup> *Ibidem*. p. 73

<sup>52</sup> BOTERO, Esther Sánchez. Reflexiones em torno de la jurisdicción especial indígena em Colômbia. *REVISTA do IIDH - Interamericano de Derechos Humanos*. n 41, p. 225-251, 2005.

Para Wolkmer, a Constituição Equatoriana representa um rompimento com a tradição constitucional clássica do Ocidente que atribui direito somente a seres humanos e passou a introduzir a natureza como sujeito de direitos, rompendo com os valores antropocêntricos para um verdadeiro reconhecimento de direitos próprios da natureza fundados nas cosmovisões dos povos indígenas.<sup>53</sup>

Desse modo, a positivação dos direitos da natureza significa uma radical mudança nos conceitos de meio ambiente, expressando um enorme avanço na matéria constitucional de meio ambiente. A referida constituição confere à *Pachanama* como sujeito de direitos. A *Pachanama* é uma entidade divina feminina que para os povos andinos originários, representa a mãe terra, um organismo vivo que garante e cria a vida.<sup>54</sup>

Nesse contexto, a Constituição do Equador avança ao atribuir direitos próprios à natureza, positivando nos arts. 71 a 74 dispositivos que indicam que a natureza ou a *Pachanama* tem direito a respeito integralmente a sua existência e ao seu mantimento e regeneração de seus ciclos vitais, estruturas, funções e processos evolutivos. Assim, a *Pachanama* assume uma posição de sujeito de direitos.

Importante ressaltar que ao colocar a *Pachanama* no centro da jurisdição equatoriana, os direitos da natureza não deixam de incluir os seres humanos, tendo em vista que eles não possuem por objetivo que os seres humanos intervenham junto à natureza, mas que a partir da positivação desses direitos, os ecossistemas possam cumprir seus ciclos vitais.<sup>55</sup>

Além disso, a Constituição do Equador positivou as expressões “*buen vivir*” e “*sumak kawsay*”, que nada mais é do que o exercício da vida em plenitude, em total conformidade com a *Pachanama*. De acordo com Boff, o *buen viver* é um objetivo positivado na Constituição Equatoriana e significa harmonia entre todos os seres da *Pachanama*.<sup>56</sup>

De acordo com Araujo, para os povos indígenas originários viver bem é saber viver e saber conviver de forma harmônica e equilibrada, ou seja, saber viver é estar bem consigo mesmo e saber se relacionar com todas as formas de existência<sup>57</sup>. Dessa forma, adotar o modelo do *buen vivir* requer uma mudança coletiva de pensamento, tendo em

<sup>53</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (orgs). *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. Editora Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2014.

<sup>54</sup> TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o Direito à Vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Veredas do Direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte, vol. 12, n.º 23, p. 313-335, out. 2015.

<sup>55</sup> ACOSTA, Alberto. Los derechos de la naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011.

<sup>56</sup> BOFF, Leonardo. *O viver melhor ou o bem viver?*, 2009. Disponível em:  
<http://www.terrazel.m2014.net/spip.php?breve239>

<sup>57</sup> ARAUJO, Marilene. O Buen Vivir na Constituição do Equador. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 2013.

vista que ele possibilita o rompimento das visões clássicas de desenvolvimento associadas ao crescimento econômico.<sup>58</sup>

Assim, a Constituição Equatoriana dispõe sobre o *buen vivir* em seu preâmbulo e busca estabelecer por meio de seus dispositivos constitucionais quais seriam os direitos do bem viver: água e alimentação (artigos 12 e 13), ambiente sadio (artigos 14 e 15), comunicação e informação (artigos 16 a 20), cultura e ciência (artigos 21 a 25), educação (artigos 26 a 29), habitat e vivenda (artigos 30 e 31), saúde (artigo 32), trabalho e seguridade social (artigos 33 e 34).<sup>59</sup>

De acordo com Ynoue, com a tendência internacional de proteção às populações indígenas, além da evidente pressão exercida pelos movimentos populares, começa a ganhar forma a partir do processo constituinte da Bolívia em 2006.<sup>60</sup> Apesar da reforma de 1994, em seu art. 1º, dispor que a nação é multiétnica e pluricultural, apresentando características do novo constitucionalismo latino-americano, ela não contava com a legitimidade dos povos bolivianos indígenas.

Assim, Santibañez disciplina que apesar da relevância dos acontecimentos que antecederam o processo constituinte de 2006, o modelo de Estado não abrigava a democracia étnica, ou seja, não acolhia as diversas manifestações indígenas de democracia, seus usos e costumes, princípios e valores.<sup>61</sup>

A Constituição da Bolívia representa um árduo processo constituinte, tendo em vista suas extensões de complexidade, além de demonstrar um típico processo de participação popular, na qual possibilitou a formalização da primeira constituição legitimada diretamente pelo povo boliviano.<sup>62</sup> Além disso, para Clavero, a constituição boliviana representa efetivamente um constitucionalismo resultante do pensamento decolonial, pois alterou a estruturação do poder para possibilitar efetiva e ampla participação aos povos originários.<sup>63</sup>

Nesse sentido, a Constituição Boliviana dispõe no seu art. 1º que a Bolívia é fundamentada na pluralidade e no pluralismo jurídico, político, econômico, cultural e linguístico. Além disso, o art. 2º garante a autodeterminação dos povos indígenas.<sup>64</sup>

Além disso, a Constituição Boliviana se preocupou em definir quem seria o povo boliviano. No seu art. 3º, dispõe que a nação boliviana está formada, em sua totalidade, por bolivianas e bolivianos, os nacionais e povos indígenas originários campesinos, além das comunidades interculturais e afrobolivianas, que em seu conjunto, formam o povo boliviano.

<sup>58</sup> GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, Bogotá, n. 32, abril 2009.

<sup>59</sup> EQUADOR. Constituição (2008). *Constituição da República do Equador: promulgada em 28 de setembro de 2008*. 218 f. Disponível em: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>

<sup>60</sup> YNOUE, Daniela Hideko. *O novo constitucionalismo latino-americano e seu projeto emancipador: o caso da Bolívia*. Monografia – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2014.

<sup>61</sup> SANTIBAÑEZ, José Antonio Rivera. La evolución político-institucional en Bolivia entre 1975 a 2005. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madri, n. 2, p. 173-210, 2008, p. 178

<sup>62</sup> VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Op. cit.*

<sup>63</sup> CLAVERO, Bartolomé. Apunte para ubicación de la Constitución de Bolivia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madri, n. 89, p. 198-199, 2010

<sup>64</sup> BOLIVIA. *Op. cit.*

Demonstrando seu caráter emancipatório e popular, preconizou em seu art. 7º que a soberania reside do seu povo, que a exerce de modo direta ou delegada, além de estabelecer que a democracia deva ser exercida de modo igual entre homens e mulheres.

Em acréscimo, possibilitou diversos mecanismos de participação popular, conforme preceitua o art. 11, *in verbis*:

Artículo 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley. 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.

Nesse contexto, o referido artigo possibilitou a participação popular no processo democrático a partir de referendo, iniciativa popular, além de revogação de mandatos, consultas populares, assembleias e conselhos. Um exemplo dessa efetiva participação é o que foi disposto no art. 411, I, o qual disciplina que a reforma total da Constituição só será possível a partir de uma nova Assembleia Constituinte, que deverá ser expressa por meio da vontade popular via referendo. Após a aprovação da Assembleia Constituinte, o texto constitucional será submetido a referendo.

No mais, destacou a partir do art. 241 que o povo soberano deverá participar nos projetos de políticas públicas por meio da sociedade civil organizada, que exerce o controle social da gestão pública em todos os níveis de Estado.

Dessa forma, a Constituição Boliviana é caracterizada pela ampla e efetiva participação popular, garantindo que a sociedade civil, a partir da sua pluralidade de culturas, possa estruturar de modo direto os dispositivos constitucionais e a administração pública, bem como, o exercício pleno da democracia participativa.

Com isso, as constituições do Equador e Bolívia se apresentam como emblemáticas no novo constitucionalismo latino-americano ao ponto que inauguraram uma verdadeira reconfiguração e reestruturação do Estado, tendo em vista que essas constituições não apenas declaram direitos, mas traçam os caminhos para sua real efetivação.<sup>65</sup>

Importante observar que, por motivos diversos, o Brasil ainda caminha lentamente para alcançar o constitucionalismo latino-americano. Apesar de possuir uma constituição em que há diversas demandas positivadas sobre direitos humanos, o contexto brasileiro ainda segue os moldes tradicionais de Estado, pautado principalmente a partir de ideias liberais, além de apresentar diversos entraves para um alcance próximo sobre o que se denomina de constitucionalismo latino-americano.

<sup>65</sup> WALSH, Catherine. *Op. cit.*

A exemplo disso, tem-se uma prática judicial cada vez mais engessada, na qual por muitas vezes acaba por ter um comportamento autoritário e pouco plural, como é o caso dos filtros de admissibilidade do recurso extraordinário, no qual reforça a lógica da objetivação do direito na medida em que adota eficácia *erga omnes* e efeito vinculados nas decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade, contribuindo para a preservação de uma autoridade nas decisões do Supremo Tribunal Federal.<sup>66</sup>

## Considerações finais

A partir da explanação sobre constitucionalismo e estado moderno, pode-se afirmar que as bases jurídicas e sociais utilizadas para fundamentá-los foram totalmente eurocentradas, surgidas através de acontecimentos que marcaram a Europa.

Em razão disso, o constitucionalismo moderno foi pautado numa concepção eurocêntrica de Estado, tendo em vista que internacionalizou a concepção universalista de direitos e, consequentemente, uma visão monista. Sendo assim, essa concepção monista acabou por invisibilizar grupos minoritários, tendo em vista que o monismo não objetiva verificar as subjetividades de cada sujeito, muito pelo contrário, busca um comportamento social e científico padronizado.

Conforme demonstrado, essa padronização surge a partir do desenvolvimento da modernidade, na qual é sustentada a partir da dicotomia entre modernos e não modernos. Por causa disso, o pensamento decolonial surge como crítica a esse movimento social, político e jurídico que busca estabelecer uma padronização aos povos que não estão na América do Sul. Essa crítica é fundamentada principalmente na externalização de saberes locais desses grupos minoritários que são invisibilizados como consequência da colonialidade.

Dessa forma, o pensamento colonial surge como principal aliado para o desenvolvimento do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. A partir do que foi apresentado, verifica-se que esse movimento constitucional se reveste de extrema importância para o campo jurídico, tendo em vista sua inovação em introduzir ao ordenamento jurídico a estruturação de Estado a partir da participação dos povos locais, tornando-os verdadeiros legítimos para o exercício de sua soberania local.

Além disso, graças a esse movimento constitucional, alguns países da América Latina já apresentam avanços nos seus textos constitucionais, como Bolívia, Equador e Colômbia, que desenvolveram constituições que foram além do formalismo jurídico. Essas constituições demonstraram de modo ímpar a participação dos povos originários no processo legislativo, possibilitando que a Constituição seja um documento que possa não

---

<sup>66</sup> ARRUDA, Paula. La Objetivación del Recurso Extraordinario y el Desafío para Garantizar Derechos en el Control Difuso de Constitucionalidad en Brasil. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs). *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México* – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

só positivar direitos, como tradicionalmente imposto na maioria das constituições, mas também efetivá-los.

No mais, ressalta-se que o objetivo deste trabalho não é invalidar os acontecimentos ocidentais e suas valiosas contribuições, mas acrescentar e possibilitar a reformulação de um ordenamento jurídico que busca garantir o pluralismo existente na América Latina, um continente tão rico e diverso que não mais se encaixa em padrões e identidades impostas.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. Los derechos de la naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos*: de la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011.

ARAUJO, Marilene. O Buen Vivir na Constituição do Equador. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 2013.

ARRUDA, Paula. La Objetivación del Recurso Extraordinario y el Desafío para Garantizar Derechos en el Control Difuso de Constitucionalidad en Brasil. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs). *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*: Brasil, Argentina, Colômbia e México – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ASSIS, Fábio José Silva de.; VIEIRA, José Ribas. Do neoconstitucionalismo ao novo constitucionalismo latino-americano: um processo de luta das minorias. In: *Constitucionalismo Latino-Americano*: teoria, direitos fundamentais, instituições e decisões. Organização de Adriano Correia de Sousa et al. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.

BALDI, César Augusto. Novo constitucionalismo latino-americano: considerações conceituais e discussões epistemológicas. In: CORREAS, Oscar; WOLKMER, Antonio Carlos. (Orgs.) *Crítica Jurídica na América Latina*. CENEJUS, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 9, nº 33, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista da UERJ*, 2018.

BOFF, Leonardo. *O viver melhor ou o bem viver?*, 2009. Disponível em:  
<http://www.terrazaul.m2014.net/spip.php?breve239>

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado de Plurinacional de Bolivia*, promulgada em 9 de fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucion-politica-del-estado-plurinacional-de-bolivia-promulgada-el-9-de-febrero-2009/>

BOTERO, Esther Sánchez. Reflexiones em torno de la jurisdicción especial indígena em Colômbia. *REVISTA do IIDH - Interamericano de Derechos Humanos*. n 41, p. 225-251, 2005.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. IN: *O*

*pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano.* Organizadores Eduardo Manuel Val, Enzo Bello. - Caxias do Sul, RS: Educs, 2014.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, Vol. 19 - n. 1, 2014.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay)*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. Os movimentos sociais na América Latina do século XXI: um novo paradigma. IN: WOLKMER, Antônio Carlos; CAOVILLA, Maria Aparecida. (Org.). *Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano*. [ebook] São Leopoldo: Karywa, 2015.

CLAVERO, Bartolomé. Apunte para ubicación de la Constitución de Bolivia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madri, n. 89, p. 198-199, 2010

COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>. Acesso em: 14/05/2021.

DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008. In: *Alter Justicia: estudios sobre Teoría y Justicia Constitucional*, n. 1, año 2, Guayaquil, p. 17-27, 2008.

EQUADOR. Constituição (2008). *Constituição da República do Equador: promulgada em 28 de setembro de 2008*. 218 f. Disponível em: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>

FERNANDES, Luana Siquara; FABRIZ, Daury Cesar. Para Repensar a Hermenêutica Constitucional Brasileira a partir do Novo Constitucionalismo Latino-Americano: um diálogo com o pensamento decolonial. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas* V.12 N.1 2018.

GROSOGUEL, Ramón; MIGNOLO, Walter. Intervenciones descoloniales: una breve introducción. Tradução de Thais Luzia Colaço e Eloise da Silveira Petter Damázio. *Tabula Rasa, Revista de Humanidades*, Bogotá, n. 9, p. 29-37, jul./dez. 2008.

GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, Bogotá, n. 32, abril 2009.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEAL, Monia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática*. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Diálogo Judicial. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs). *O cumprimento*

*das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*  
– Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MÉDICI, Alejandro. Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. Otros Logos. *Revista de estudos críticos*. CEAPEDI, Neuquén, ano 1, n. 1, p. 94-124, 2010.

MIGNOLO, Walter. *Histórias locais/projetos globais*: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado*: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NOVAIS, Melissa Mendes de. Um novo paradigma constitucional: o árduo caminho da descolonização. In: WOLKMER, Antônio Carlos; CORREAS, Oscar (Org.). *Crítica Jurídica na América-Latina*. Aguascalientes: Cenejus, 2013, pp. 108-127.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber*: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.

CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. 2005, p. 117-142.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade e modernidade-racionalidade. IN: BONILLA, Heraclio. *Os conquistados; 1492 e a população indígena das Américas*. São Paulo: Hucitec, 2006.

SANTIBAÑEZ, José Antonio Rivera. La evolución político-institucional en Bolivia entre 1975 a 2005. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madri, n. 2, p. 173-210, 2008, p. 178.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, B. D. S.; MENEZES, M.P. *Epistemologias do Sul*. 2<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Almedina, 2011,

SILVA, Héleno Florindo da. Teoria do Estado Plurinacional: *O Novo Constitucionalismo Latino-Americanano e os Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA, Adriano Correa de. Metodologia e o giro descolonial do pensamento: o potencial emancipador da pesquisa jurídica. In: *Constitucionalismo Latino-Americanano*: teoria, direitos fundamentais, instituições e decisões. Organização de Adriano Correa de Sousa et al. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes.; DAMAZIO, Eloise da Silveira Petter. Discurso constitucional colonial: um olhar para a decolonialidade e para o “novo” Constitucionalismo Latino-Americanano. *Revista Pensar*, Fortaleza, 2016, v. 21, p. 271-297.

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o Direito à Vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Veredas do Direito*: direito ambiental e desenvolvimento sustentável, Belo Horizonte, vol. 12, n. 23, p. 313-335, out. 2015.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. – *IUS*, Puebla, México, v.4: p. 1-24, n.25, 2010. Disponible em: <<https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/214>>.

WALSH, Catherine. ¿Interculturalidad, pluralidad e Decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar o Estado? In: *Tabula Rasa*, vol. 9, 2008.

WALSH, Catherine. Carta do Equador é intercultural e pedagógica. *Revista Consultor Jurídico*. Equador, 27 jun. 2009. Trad. César Augusto Baldi. (Trad. César Baldi). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jun-27/carta-equador-aspecto>

WOLKMER, Antônio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (orgs). *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. Editora Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América-Latina. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). *Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 19-42.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e Constitucionalismo na Tradição Jurídico Brasileira e Latino-Americana*. Conferência: Pluralismo e constitucionalismo no Brasil, proferida no II Congresso de Estudos Jurídicos do Centro Acadêmico Cromwell de Carvalho e Escola Superior da Advocacia do Piauí, em 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, [S. l.], v. 27, n. 53, p. 113-128, 2006.

YNOUE, Daniela Hideko. *O novo constitucionalismo latino-americano e seu projeto emancipador: o caso da Bolívia*. Monografia – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2014.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, Cérsar Rodríguez. *El derecho en América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: 2011.

ZORZI, José. A. *Estudos culturais e multiculturalismo: uma perspectiva das relações entre campos de estudos em Stuart Hall*. 2012, 53 f. (Trabalho de Conclusão de Curso) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Curso de História: Licenciatura. Porto Alegre, RS, 2012.

Data de Recebimento: 13/05/2023

Data de Aprovação: 17/08/2023

# O FUNDAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DA RETÓRICA DA IMANÊNCIA

## THE FOUNDATION OF THE LEGAL SYSTEM FROM THE RHETORIC OF IMMANENCE

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo\*  
João Maurício Adeodato\*\*

### RESUMO

O presente artigo tem como objeto o fundamento do sistema jurídico. O problema central é a dicotomia entre a ideia de transcendência, que, por muito tempo, esteve associada à bandeira do jusnaturalismo, e a ideia de imanência, associada ao juspositivismo e a outras áreas do saber científico, como a biologia e a sociologia. A tese aqui defendida é de que a retórica da imanência não é uma criação dos dias atuais, mas sim uma releitura ou redescoberta de ideia semelhante já existente na Grécia Antiga.

Palavras-chave: 1. Sistema; 2. Fundamento; 3. Transcendência; 4. Imanência.

### ABSTRACT / RESUMEN

The present article has as its object the foundation of the legal system. The central problem is the dichotomy between the idea of transcendence, which for a long time was associated with the banner of jusnaturalism, and the idea of imanence, associated with juspositivism and other areas of scientific knowledge, such as, for example, biology and sociology. The thesis defended here is that the rhetoric of imanence is not a creation of the present day, but a re-reading or rediscovery of a similar idea already existing in ancient Greece.

Keywords: 1. System; 2. Fundamentals; 3. Transcendence; 4. Immanence.

### INTRODUÇÃO

O fundamento do sistema jurídico há muito é objeto de controvérsias entre os juristas, que foram agudizadas a partir do século XIX, o século da ascensão do positivismo jurídico, época em que Friedrich Nietzsche anunciou: “Deus está morto”.<sup>1</sup> Isso significa, em outras palavras, que o homem contemporâneo está entregue à sua própria sorte. É aí que surge o problema do presente texto. Afinal, se o homem está entregue à sua própria

\*Graduado em Direito pela UCSAL, Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito, Mestre em Direito Público pela UFBA, Doutor em Direito pela UFBA, Pós-doutorando em Direito pela FDV, Professor de Direito, Analista do INSS, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0140332326325879>, Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3955-1999>, E-mail: bernardomontalvao@hotmail.com.

\*\*Mestre, Doutor e Livre-Docente pela USP, Professor Convidado e Pesquisador da Fundação Alexander von Humboldt, Professor das Faculdade de Direito de Vitória e da Universidade Nove de Julho, Pesquisador 1-A do CNPq, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8269423647045727>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4290-7087>, E-mail: jmadedato@gmail.com.

1 NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. Tradução de Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005. p. 111-112.

sorte, o sistema jurídico e o seu fundamento também o estão. Então como fundamentar o sistema jurídico?

Quando se fala em fundamento do sistema jurídico, o que se deseja saber é quais são as bases de sua legitimidade, conceito que precisa ser definido. E aí surge a questão de se o sistema jurídico se encontra fundado em um dado externo ou em algo inerente a ele. É dizer, em outros termos, o sistema jurídico é transcendente, por que fundado em algo exterior? Ou antes é imanente, por que fundado em si próprio? Essas perguntas são possibilidades de resposta ao problema da pesquisa.

Os termos em questão são ambíguos. O termo “imanência” (in. *immanence*; fr. *immanence*; ai. *immanenz*; it. *immanenza*) pode significar: (i) a presença da finalidade da ação na ação; (ii) a limitação do uso de certos princípios à experiência possível e recusa em admitir conhecimentos autênticos que superem os limites de semelhante experiência; (iii) e a resolução da realidade na consciência.<sup>2</sup> É o primeiro sentido aquele que aqui será mais explorado.

De outra banda, o mesmo se percebe ao observar o termo “transcendência”, utilizado ao longo do tempo com dois significados diferentes: (i) estado ou condição do princípio divino, do ser além de tudo, de toda experiência humana (como experiência de coisas) ou do próprio ser; (ii) ato de estabelecer uma relação que exclua a unificação ou a identificação dos termos.<sup>3</sup> Aqui será explorado o primeiro sentido, sobretudo ao se falar do jusnaturalismo.

Imanência e transcendência são, assim, as duas possibilidades, em princípio, de resposta ao problema da pesquisa. O presente trabalho supõe que a imanência é a estratégia de fundamentação do sistema jurídico mais adequada à sociedade complexa.

O que leva ao objetivo principal do artigo é sustentar que, apesar de ser o discurso mais utilizado na contemporaneidade, a imanência não é uma criação de teorias atuais, sendo antes redescoberta de uma tese já encontrada em períodos anteriores (Eras Antiga e Medieval). É o que se verá no último item deste artigo.

Essa reflexão, como se verá já no próximo item, passou por diversas transformações, as quais vão do jusnaturalismo antigo ou cosmológico até o positivismo sustentado pelo realismo jurídico (escandinavo e norte-americano). E que, em alguma medida, parecem guardar relação com três variáveis: a evolução dos meios de comunicação, o incremento da complexidade social e o esvaziamento da ética social comum, ingredientes que marcam a transição que ocorre na ideia de fundamentação. Uma transição que parte da ideia de transcendência para a de imanência. E que, como toda controvérsia ao longo da história da filosofia, se renova com o passar do tempo na medida em que a história, em vez de ser linear, é, como quer Nietzsche, marcada por um “eterno retorno”.<sup>4</sup>

A título de revisão de literatura sobre o tema é possível dizer que, na atualidade, a Teoria do Direito de Thomas Vesting recorre ao conceito de paradoxo para sustentar que

<sup>2</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. Revisão da tradução de Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 539.

<sup>3</sup> Ibid., p. 970.

<sup>4</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. Tradução de Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005. p. 185.

o fundamento do sistema jurídico é imanente. Esta teoria foi uma resposta à “Teoria Pura” de Hans Kelsen, ao seu sistema jurídico em forma de pirâmide e à sua “norma fundamental”, entendida como norma pressuposta, e, por isso, para Vesting, transcendente.

Mas se este é o “estado da arte” na atualidade, ao longo da história este debate se renovou muitas e diferentes vezes, por exemplo, por meio da dicotomia jusnaturalismo/juspositivismo. O jusnaturalismo teológico de Santo Agostinho, Santo Anselmo e São Tomás de Aquino sempre esteve alinhado ao discurso da transcendência, como se demonstrará. Por seu turno, o contrato social de Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau e John Locke foi, em sua época, uma grande contribuição para tese da imanência. Fica claro com esta breve revisão dos autores que já trataram do tema, que ele não é novo, mas exatamente por isso é relevante. Afinal se a discussão persistiu no tempo é porque não perdeu atualidade e precisa ser revisitada.

## Em busca do fundamento

Nas bases da cultura ocidental e da filosofia em particular, desde os primeiros filósofos da natureza, os chamados pré-socráticos, que colocaram o problema do conhecimento humano, a dicotomia entre transcendência e imanência constitui um dos mais perenes debates. Como esses conceitos são muito antigos, seus significados variam substancialmente nos contextos ao longo dos séculos.

Os estudiosos do tema dividem-se: para alguns, a dicotomia já aparece na Grécia antiga, com os pré-socráticos, em uma tradição que vai até a Escolástica; para outros, até o latim clássico anterior a dicotomia não havia sido criada, o que só vai acontecer corriqueiramente a partir de Duns Scotus e William of Ockham. Tomás de Aquino já fala em “qualidade imanente”, mas seu sentido de “permanente” não se opõe ao de “imanente”, mas sim ao de “passageiro” ou “transitório”.<sup>5</sup>

Os primeiros empiristas, inspirados no rio da metáfora de Heráclito, cooperam com a ideia de que o mundo empírico consiste em um eterno fluxo e mudança. E os racionalistas, inspirados em Parmênides e Platão, trazem outro componente do conhecimento humano, que percebe um mundo de ideias como imutável.

Essas duas tendências, com suas peculiaridades, por vezes denominadas empiristas e racionalistas, outras vezes, realistas e idealistas, opõem-se na história das ideias desde então. Inclusive no Brasil, nos debates da Escola do Recife, por exemplo, que confrontam os conceitos de movimento e sentimento.

O problema é estabelecer um significado para a dicotomia imanência *versus* transcendência a fim de entender se o empirismo é imanente e o racionalismo transcendente ou vice-versa. A discussão esteve sempre associada à teologia e à metafísica de fundo religioso. Se Deus seria a causa imanente de todas as coisas, como em

<sup>5</sup> RITTER, Joachim; GRÜNDER, Karl (hrsg.). *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel/Stuttgart: Schwabe & Co., Bd. IV, 1976. p. 221-222.

Spinoza, por exemplo, ou o criador transcendente delas, a versão vencedora na Igreja Romana.

Pode-se dizer que a visão do conhecimento como imanente é em geral dominante. Uma epistemologia que marcou a civilização ocidental é detalhada em Platão: o conhecimento verdadeiro é reminiscência (*ανάμνηση, anámnisi*), recordação. Como argumenta Cebes para Símias, apoiando Sócrates: “[...] interrogando-se os homens, se as perguntas forem bem conduzidas, eles darão por si mesmos respostas acertadas, o de que não seriam capazes se já não possuíssem o conhecimento e a razão reta”.<sup>6</sup>

As duas tendências chegam à Modernidade no confronto entre racionalistas e empiristas.

À sua maneira, René Descartes pode ser colocado no lado do racionalismo e da tradição de Parmênides, Zenão de Eleia e Melisso de Samos, que desemboca em Platão.<sup>7</sup> Para o fundador da filosofia moderna, as bases do conhecimento são ideias inatas que o sujeito descobre observando seus dados imanentes, seu *cogito*. Só assim o conhecimento obtém a clareza e a distinção que caracterizam a verdade e o sujeito consegue “[...] elevar o espírito além das coisas sensíveis...”.<sup>8</sup> As bases do conhecimento são imanentes.

Buscando combater a tese de que o conhecimento tem por base inicial as ideias inatas de Descartes, Locke sugere a metáfora do papel em branco, vazio de qualquer escrita, no qual a experiência de vida vai inscrevendo o conhecimento. O ser humano vem ao mundo sem quaisquer ideias, elas são fruto unicamente do contato com o mundo exterior.<sup>9</sup> Assim, o conhecimento vem de fora para dentro e é, nesse sentido, transcendente.

Kant se declara provocado pelos problemas colocados por David Hume, o qual teria levado às últimas consequências o empirismo de Locke. Kant parte da pergunta sobre se são possíveis juízos sintéticos *a priori* e chega à sua estética transcendental: o conhecimento vem de fora, mas essa coisa em si lá fora só pode ser percebida pelas formas puras que nascem com qualquer ser humano. Kant tenta conciliar as duas tradições, embora seja hoje visto como fundador do idealismo alemão.

O conhecimento não é somente transcendente nem imanente, mas sim transcendental. A experiência dos eventos que estão supostamente fora do ser humano só é possível dentro de padrões inatos, as formas puras da sensibilidade. Os mundos interno e externo são indissociáveis no processo de conhecimento, uma vez que o conhecimento não se reduz à experiência, mas só se revela por meio dela. Tais formas puras, o espaço e o tempo imanentes aos seres humanos, não são subjetivas porque, de um lado, são comuns a todos nós, e, de outro, só se revelam em contato com a experiência transcendente. Sem o mundo exterior, o espaço e o tempo não podem ser nem sequer

<sup>6</sup> PLATÃO. *Fédon*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: UFPA, 2011a. (72E XVIII; 73A XVIII), p. 91 s.

<sup>7</sup> BORNHEIM, Gerd A. (org.). *Os filósofos pré-socráticos*. São Paulo: Cultrix, 1977. p. 60-66.

<sup>8</sup> DESCARTES, René. *Discours de la méthode – pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*. Édition électronique (ePub) v. 1,0: Les Échos du Maquis, 2011. p. 22-24. Disponível em: <https://philosophie.cegeptr.qc.ca/wp-content/documents/Discours-de-la-m%C3%A9thode.pdf>. Acesso em: 23 set. 2021.

<sup>9</sup> LOCK, John. *An Essay Concerning Human Understanding*. Col. Great Books of the Western World. v. 33. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993, Book I (Neither Principles nor Ideas Are Innate), § 10 s. p. 43 e s.

percebidos e é por isso que os objetos que conhecemos não estão exatamente fora de nós, pois já são o resultado de uma síntese entre a coisa em si e as formas puras da sensibilidade. Daí “são possíveis juízos sintéticos *a priori*”, como Kant formula na problematização de sua Crítica da razão pura.<sup>10</sup>

Conclui-se que o conhecimento transcendental pode ser empírico ou metafísico. A proveniência externa transcendente pode partir de uma vivência empírica, de todo tipo de experiência de cada ser humano, com seus elementos comuns e suas particularidades; mas também pode vir de algo não humano, de uma “natureza” no sentido do jusnaturalismo, uma natureza metafísica “em si” para quem crê percepê-la.

Uma perspectiva metodológica historicista como a da retórica começa por observar a ambiguidade e a vagueza dos termos. Em primeiro lugar, aplica-se o adjetivo “imanente” a algo que é criado pelo próprio ser humano e assim pode ser a todo momento por ele modificado; o oposto “transcendente”, nessa visão, seria aquilo que se impõe de fora para dentro e assim não estaria à disposição da vontade humana. Por outro lado, a palavra “imanência” também é usada para designar um conhecimento que já nasce com o ser humano, independe de sua vontade, e ainda de quaisquer fatores externos, considerando que o mundo sensível exterior é indigno de crédito; e aí o oposto “transcendente”, correspondentemente, seria o conhecimento sensível, pois os órgãos dos sentidos seriam as únicas vias de contato com o mundo exterior.

Neste trabalho, a dicotomia é entendida no primeiro sentido, ou seja, a retórica da transcendência significa que o problema do fundamento último não depende da vontade e das escolhas humanas, mas deve ser “descoberto” em algo exterior, que em geral é entendido como emanado de uma instância superior ao mundo humano e àquilo que consegue empiricamente perceber.

### **Sobre o fundamento do sistema jurídico: entre a transcendência e a imanência**

A controvérsia em torno do fundamento do sistema jurídico não é nova. Ao longo da história, ela marcou o modo jusnaturalista de fundamentar o sistema jurídico e também o positivismo jurídico. Contudo, e sobre isso se discorrerá com mais atenção no terceiro item deste trabalho, não se deve associar, necessária e respectivamente, as ideias de transcendência e imanência dos conceitos de jusnaturalismo e juspositivismo. Afinal, o positivismo, em sua variante normativista, por exemplo, também se aproxima da ideia de transcendência, segundo a leitura que Thomas Vesting faz da norma fundamental (*Grundnorm*) de Hans Kelsen.<sup>11</sup>

Mas, se é certo dizer que nem sempre a transcendência é jusnaturalista, não é menos correto afirmar que, sim, a ideia de transcendência está fortemente vinculada às

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft* I. In: WEISCHEDEL, Wilhelm (hrsg.). *Werkausgabe - in zwölf Bände*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1977, v. III, p. 52 (A 7, B 11) s.

<sup>11</sup> VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Tradução de Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 122.

sociedades menos complexas, caracterizadas por aquilo que Émile Durkheim<sup>12</sup> denomina solidariedade mecânica. É dizer, uma sociedade pré-moderna, marcada por uma visão mais homogênea de mundo, na qual as “diferenças de costumes” que ousassem surgir eram sufocadas por aquilo que Thomas Hobbes denominava “o medo da opressão”, isto é, a opressão encapada para garantir uma visão uniformizada de mundo.<sup>13</sup>

E foi assim, em meio a esse contexto de baixa complexidade social, que, desde séculos anteriores ao nascimento de Jesus de Nazaré até o fim da Idade Média, o jusnaturalismo, em suas mais variadas facetas, preservou, difundiu e sofisticou a ideia de transcendência para fundamentar, primeiro, isso que se chamava direito, antes da Modernidade e, mais adiante, sistema jurídico, com o desenrolar da Era Moderna. Uma ideia que foi desenhada pouco a pouco, uma vez que teve seus primeiros esboços elaborados pelo jusnaturalismo antigo ou cosmológico, tal como se encontra explicado na obra de Aristóteles, mas que não se deteve por aí, na medida em que experimentou novas transformações com o jusnaturalismo teológico ou divino medieval, construído por Santo Agostinho e aprimorado por São Tomás de Aquino. O jusnaturalismo teológico seria reformulado pelo jusnaturalismo moderno ou racionalista, esboçado por Samuel Pufendorf e pelos contratualistas, a exemplo de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.<sup>14</sup>

O positivismo e a ideia de imanência aparecem ligados ao conceito de Estado, à noção de soberania, à supremacia da lei, o que, posteriormente, logo no início do século XIX, daria azo ao aparecimento de diversos códigos. Entre eles, merece destaque o Código Civil francês, também conhecido como Código de Napoleão, um marco da Escola de Exegese e um produto influenciado pelo iluminismo filosófico de Montesquieu.<sup>15</sup>

Essa concepção de imanência, quase sempre associada ao positivismo jurídico, viria a experimentar, mesmo dentro dele, alguns altos e baixos. Isso porque, quando se analisam suas diversas escolas, nota-se alguma oscilação entre imanência e transcendência. A discussão sobre transcendência ou imanência do sistema jurídico se torna tanto mais importante quanto mais complexa e diferenciada se torna a sociedade a partir da Era Moderna, na medida em que a partir daí se assistirá à gradativa sobrecarga ética do direito, à fragmentação da sociedade, ao esvaziamento do seu conteúdo ético e, mais recentemente, à pulverização de suas instâncias decisórias.<sup>16</sup>

Ocorre assim um desgaste da noção de hierarquia, inicialmente predominante, e veiculada pela metáfora da “pirâmide”, para em seu lugar ganhar espaço, sobretudo por força da internet, da cultura computacional nas últimas décadas e da relação existente entre a evolução dos meios de comunicação e o direito, a concepção de sistema

<sup>12</sup> DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 39.

<sup>13</sup> HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores). p. 38.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15-24.

<sup>15</sup> MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 20-25.

<sup>16</sup> ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional e os problemas dos limites interpretativos e éticos do ativismo jurisdicional no Brasil*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 20, n. 40, p. 118-142, 2018.

heterárquico, a qual recorre à metáfora de “rede” e à ideia de autopoiese,<sup>17</sup> desenhandos assim o sistema jurídico como um entrelaçamento de procedimentos.

Ao comparar os discursos da imanência e da transcendência do sistema jurídico, não se pensa aqui de forma ontológica, ou seja, a questão não envolve se o direito é imanente ou transcendente em sua natureza ou essência. Aqui, o interesse é confrontar a adequação dos discursos de ambas as perspectivas e considerar se as divergências não se explicam pelas diferentes formas de sociedade a que se dirigem.

### **A retórica da transcendência sobre o fundamento do sistema jurídico**

A retórica da transcendência sobre o fundamento do sistema jurídico é atrelada ao discurso do jusnaturalismo. Essa expressão, ao longo do tempo, experimentou variações que suscitaram a classificação de Norberto Bobbio,<sup>18</sup> a saber: antigo, medieval e moderno. E, independentemente das diferenças entre os tipos de jusnaturalismo, todos guardam algo em comum: o fundamento do sistema jurídico ou do direito natural encontra-se amparado em elemento que lhe é externo.

Esse fator externo, a depender do momento histórico, oscilou. Na Antiguidade clássica, ele era o cosmo ou a ordem natural do universo. Isso porque os gregos, em especial Aristóteles, concebiam o direito como parte da ordem natural do universo, que o regula e lhe é inerente. Esse direito natural contrapunha-se ao direito positivo. E essa oposição foi delineada por Aristóteles nos seguintes moldes: o direito natural é a ordem dada do universo, imutável, geral, universal e justa; ao passo que o direito positivo seria a ordemposta, construída pelos homens, mutável, especial e regional.<sup>19</sup> Portanto, para o jusnaturalismo antigo, o fundamento do direito encontrava-se em um elemento externo e alheio à vontade humana, a ordem natural do universo, a qual lastreava o direito positivo que com ela deveria guardar compatibilidade.

Na Idade Média ocidental, o cenário sofreu uma significativa alteração. Isso porque, naquele momento, o discurso que dominava a esfera pública passou a ser o da Igreja Católica e de seus intelectuais, como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. A partir daí, a retórica da transcendência sobre o fundamento do sistema jurídico torna-se teológica ou divina. Agora, não é mais o cosmo ou a ordem natural o fundamento do direito natural, mas a figura do Deus monoteísta professado pelo Cristianismo que ocupa esse lugar. O fundamento do direito continua anteparado em algo que lhe é externo, mas há outro discurso. E tal circunstância permitia ainda sustentar que o direito natural divino se encontrava em uma posição hierárquica privilegiada em face do direito positivo. Afinal, o direito positivo, também na época, só era compreendido como direito caso estivesse em harmonia com o direito natural divino.

<sup>17</sup> VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Tradução de Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 152.

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15-24.

<sup>19</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2009. p. 163-167.

Na aurora da Era Moderna, uma vez mais, o contexto passou por modificações. Hugo Grotius, Samuel Pufendorf e Cristian Wolff, em um primeiro momento, e Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, em um segundo, esboçaram um novo discurso sobre o fundamento do direito. Cristian Wolff confeccionou o conceito de sistema jurídico, até então pouco conhecido. Johan-Heich Lambert, em seguida, sofisticou o conceito falando em três variações: mecanismo, organismo e ordenamento. Mas foram Hugo Grotius e Samuel Pufendorf que refletiram sobre o fundamento do sistema jurídico e propuseram que se abandonasse a ideia de Deus e no lugar dela fosse colocada uma nova concepção, a de natureza humana.<sup>20</sup> Uma natureza compartilhada por todos os seres humanos e que poderia ser identificada por meio do recurso à razão. Surgia, assim, uma vez mais, outra retórica da transcendência sobre outro fundamento externo do sistema jurídico: a natureza humana.

Entretanto, se a retórica da transcendência oscilou com o passar do tempo, isso não se deu por acaso. Afinal, tudo o que ocorre, ocorre dentro da sociedade. E, se essa sociedade experimentou ao longo dos séculos sensíveis e drásticas alterações, inevitável seria que o seu discurso para fundamentar o direito também as sofresse. Se antes, nas Eras Antiga e Medieval, havia um conteúdo ético compartilhado pela maioria da sociedade, agora, com o início da Era Moderna, esse conteúdo, pouco a pouco, é pulverizado e esvaziado. Se antes não se fazia distinção funcional entre direito, religião e moral, essa distinção passa a ganhar cada vez mais força.<sup>21</sup> E se antes, como ensinava Durkheim,<sup>22</sup> a sociedade experimentava uma solidariedade mecânica, com o início da Era Moderna ela recorreria a uma solidariedade orgânica. A consequência disso foi que, ao longo dos séculos XVII e XVIII, o jusnaturalismo moderno e a sua retórica da transcendência, paulatinamente, construíram o discurso do contrato social e abriram espaço para que outra transição ocorresse na direção da retórica da imanência sobre o fundamento do sistema jurídico.

### **A retórica da imanência sobre o fundamento do sistema jurídico**

A retórica da imanência não surgiu do dia para noite. Ela foi preparada ao longo dos séculos XVII e XVIII, a partir do aparecimento e da sofisticação de conceitos como os de sistema e contrato social. E isso não foi por obra do caso, mas por força da evolução experimentada pela sociedade. Uma evolução que não se confunde com a ideia de progresso, porque não é linear; que não é explicada pela ideia de causalidade, porque não é etiológica, e que não é orientada para determinada finalidade, porque não é

<sup>20</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 42-46.

<sup>21</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito 1*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 167-181.

<sup>22</sup> DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 85-110.

escatológica,<sup>23</sup> mas que parece guardar uma relação entre os meios de comunicação e a sociedade, e, por consequência, o direito.<sup>24</sup> Isso porque, com a escrita, foi possível transitar dos costumes para o conceito de lei, com a imprensa foi possível agregar à lei a ideia de código e com a internet e o computador foi possível caminhar de um sistema hierárquico ou piramidal para um heterárquico ou em rede,<sup>25-26</sup> o que se reflete na transição do jusnaturalismo para o positivismo e na substituição da retórica da transcendência por aquela alicerçada na imanência.

No início do século XIX, com o legalismo difundido pela Escola de Exegese e a pretensão de um código completo e coerente, como o de Napoleão, seguindo o exemplo do Código da Prússia, a retórica da imanência já surgiu associada à ideia de positivismo. A partir de então, não se recorria mais à dicotomia direito natural/direito positivo, pois todo direito é positivo,<sup>27</sup> o que significava, por sua vez, que o direito positivo teria que encontrar o seu fundamento a partir de si mesmo. E foi com essa representação em mente que o legalismo de Maurice Bugnet recorreu ao Estado e, mais exatamente, ao poder legislativo, para fundamentar o sistema jurídico a partir de dentro.

Com o nascer do século XX e o surgimento do normativismo jurídico, que ampliou o direito para além da lei, o positivismo experimentaria uma nova transformação, bem como a retórica que o fundamentava. Hans Kelsen irá propor a redução de diversas dicotomias por novas unidades. No lugar de direito público e direito privado, apenas o direito. Em vez de pessoa física e pessoa jurídica, apenas pessoa jurídica. E, no lugar de direito e Estado, apenas o Estado de direito. E foi seguindo essa trilha de reduções que Hans Kelsen<sup>28</sup> chegaria à ideia de norma fundamental. Afinal, se para ele o sistema jurídico é um sistema de normas uno, completo e coerente, era preciso agora fundamentá-lo em uma norma primeira que, ao contrário das demais, não fosse posta, para evitar o regresso ao infinito, mas pressuposta.<sup>29</sup> Surgiu assim uma variação da retórica do positivismo sobre o fundamento do sistema jurídico, que deixou de ser imanente para voltar a ser transcendente, sendo isso compreendido por alguns como um “sinal de desintegração” (*Zerfallszeichen*) do sistema jurídico.<sup>30</sup>

A compreensão da norma fundamental como um regresso à retórica da transcendência é fonte de controvérsias. Enquanto Thomas Vesting<sup>31</sup> a comprehende como

<sup>23</sup> ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 53.

<sup>24</sup> VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Tradução de Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 282-292.

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 319-396.

<sup>26</sup> VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Tradução de Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 293-318.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26.

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 215.

<sup>29</sup> Ibid., p. 218.

<sup>30</sup> VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Tradução de Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 122.

<sup>31</sup> Ibid., p. 122.

um retorno à retórica da transcendência, Hans Kelsen esforça-se para sustentar que ela não o é.<sup>32</sup> Mas, ainda que haja em torno dela tal discussão, não se pode negar que ela se encontra escorada sobre o princípio lógico da razão suficiente, princípio que exige que todo fundamento tenha um fundamento associado à ideia de certeza. Afinal, se todo o conhecimento, e também o sistema jurídico, tem que ter um fundamento, o que fundamenta o fundamento? Esse problema conduz a três alternativas, o trilema de Münchhausen: o regresso ao infinito, o círculo lógico na dedução e a interrupção do procedimento em determinado ponto, o qual, ainda que pareça realizável em princípio, “nos envolveria numa suspensão arbitrária do princípio da fundamentação suficiente”.<sup>33</sup> E é isso a norma fundamental de Hans Kelsen, uma interrupção do procedimento, o que, mais uma vez, aproxima a norma fundamental da retórica da transcendência.<sup>34</sup>

Logo em seguida ao normativismo, ou até paralelamente a ele, o século XX assistiu ao desabrochar de uma nova tendência positivista, com outra retórica sobre o fundamento do sistema jurídico. Esta foi o realismo jurídico, que repercutiu tanto na Escandinávia, nas obras de Axel Hägerström, Alf Ross e Karl Olivercrona, quanto nos Estados Unidos, nos escritos de Oliver Wendell Holmes Jr., Roscoe Pound, Jerome Frank e Benjamin Cardozo. Essa vertente norte-americana do realismo jurídico foi influenciada pelo pragmatismo filosófico e pela lógica experimental de John Dewey e buscava na atividade judicial (*judge-made law*) o fundamento do sistema jurídico.<sup>35</sup> O direito deixava de ser aquilo que o poder legislativo elaborava para se tornar o resultado da atuação dos tribunais. E, com isso, a retórica da transcendência continua cedendo espaço à retórica da imanência. O sistema jurídico fundamentava-se novamente em si mesmo, mas agora com uma variação: enquanto a legislação ocupava a periferia do sistema, os tribunais encontravam-se no centro.<sup>36</sup>

Não tardou muito e a retórica da imanência reverberou em diversas searas do conhecimento ao longo do século XX, chegando até os dias atuais. Ela encontrou espaço na biologia de Humberto Maturana<sup>37</sup> e de Ludwig von Bertalanffy,<sup>38</sup> na sociologia de Niklas Luhmann,<sup>39</sup> na cibernética de Norbert Wierner,<sup>40</sup> na física de Fritjof Capra<sup>41</sup> e na

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001. p. 151-153.

<sup>33</sup> ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1976. p. 27.

<sup>34</sup> VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Tradução de Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 123.

<sup>35</sup> MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 38.

<sup>36</sup> LUHmann, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. *Revista da AJURIS*, n. 49, p. 161, jul. 1990.

<sup>37</sup> MATORANA, Humberto. *A ontologia da realidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014. p. 41-48.

<sup>38</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 183-201.

<sup>39</sup> LUHmann, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 51-65.

<sup>40</sup> WIERNER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. Tradução de João Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1993. p. 161-183.

<sup>41</sup> CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 159-178.

química de Ilya Prigogine.<sup>42</sup> Também provocou eco junto ao construtivismo radical, como o de Ernst von Glaserfeld.<sup>43</sup> Mas será que a retórica da imanência é realmente nova? Será que ela é um produto típico dos dias que correm? Ou será que ela, antes de ser uma novidade, é, na verdade, uma redescoberta? É isso que a seguir se discutirá.

### Reaprendendo com a história sobre o fundamento do sistema jurídico

A retórica da imanência sobre o fundamento do sistema jurídico não é um discurso novo. Se por acaso o leitor tinha a impressão de que ela é uma originalidade dos dias atuais, talvez isso decorra da pouca atenção dedicada pela maioria das pessoas aos autores e livros da Antiguidade e mesmo da Idade Média. Em lugar disso, ao que tudo indica, sobretudo quando se observa a obra de Platão,<sup>44</sup> o que parece haver, na verdade, é uma redescoberta. Isso é o que também sustenta Carlos Roberto Cirne-Lima<sup>45</sup> ao discorrer sobre o que ele denomina auto-organização.

Cirne-Lima lembra que um primeiro aspecto a ser levado em consideração é que Ludwig Bertalanffy dedica a sua obra – *Teoria geral dos sistemas* – a Manibus Nicolai de Cusa Cardinalis,<sup>46</sup> um importante estudioso neoplatônico da Idade Média, defensor de uma compreensão monista de sistema e de sua adequação a uma retórica da imanência.<sup>47</sup> Mas Cirne-Lima não para por aí. Ele vai além ao sustentar que a teoria dos sistemas de Ludwig Bertalanffy (e também a de Niklas Luhmann) é “herdeira intelectual de Platão, Plotino, Proclo e Agostinho, de Nicolaus Cusanus e de Giordano Bruno, além de Espinoza, Fichte, Schelling e Hegel”, o que permite a ele concluir que a “teoria de sistemas vem do seio da tradição neoplatônica”.<sup>48</sup>

Ora, se a teoria dos sistemas seria herdeira intelectual do platonismo, não é difícil inferir que também a retórica da imanência o é. Afinal, basta debruçar-se, por exemplo, sobre a compreensão de Niklas Luhmann acerca da teoria dos sistemas que facilmente se perceberá que também ele, ao falar sobre o “paradoxo do início”, é um dos defensores da retórica da imanência, pois “o paradoxo é o ponto cego do sistema, e só esse ponto cego torna possível a operação da observação”.<sup>49</sup> Isso o leva a concluir que o paradoxo do início

<sup>42</sup> PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996. p. 135-136.

<sup>43</sup> GLASERSFELD, Ernst von. *Construtivismo radical: uma forma de conhecer e aprender*. Lisboa: Editora Instituto Piaget, 1995. p. 23-41.

<sup>44</sup> PLATÃO. *Timeu-Crítias*. Tradução de Rodolfo Lopes. Coimbra: Editora Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2011b. p. 69-212.

<sup>45</sup> CIRNE-LIMA, Carlos. *Causalidade e auto-organização*. In: CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, Luiz (org.). *Dialética e auto-organização*. São Leopoldo, RS: Editora Universidade do Vale do Rio Sinos, 2003. p. 17-56.

<sup>46</sup> Ibid., p. 19.

<sup>47</sup> D'AMICO, Claudia; MACHETTA, Jorge M. *El problema del conocimiento en Nicolás de Cusa: genealogía y proyección*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2004.

<sup>48</sup> CIRNE-LIMA, Carlos. *Causalidade e auto-organização*. In: CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, Luiz (org.). *Dialética e auto-organização*. São Leopoldo, RS: Editora Universidade do Vale do Rio Sinos, 2003. p. 19-20.

<sup>49</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 234.

“é o fundamento que tem de permanecer invisível, com a consequência de que todo fundamento tem caráter dogmático”.<sup>50</sup>

No entanto, as influências do pensamento platônico sobre a teoria dos sistemas não se limitam a isso. Niklas Luhmann baseia-se na metodologia platônica da distinção conceitual, segundo a qual todo objeto somente pode ser designado se for diferenciado em relação a outro objeto. O método da *diairesis* (do grego, *hairéo*, que significa agarrar, pegar), desenvolvido nos últimos diálogos de Platão, servia à diferenciação conceitual, à repartição de categorias.<sup>51</sup> Também Thomas Vesting<sup>52</sup> ressalta essa influência.

Dito isso, vale lembrar que, assim como só é possível falar da linguagem a partir da linguagem, e só é possível falar da sociedade a partir da sociedade, foi também com a Era Antiga que o homem aprendeu que o maior grau de profundidade do conhecimento é aquele que ele possa vir a ter sobre si mesmo. E como o homem é a medida de todas as coisas, como ensina Protágoras,<sup>53</sup> o sistema e o seu fundamento, como corolários que são do homem, também seguem a mesma esteira de raciocínio. Disso se pode inferir que a retórica da imanência nada mais é do que uma redescoberta da máxima délfica inscrita no pátio do Templo de Apolo em Delfos: conhece-te a ti mesmo!

Circunstância similar é aquela que se dá com a “virada linguística” e a distinção entre significado e significante. Apesar de muitos atribuírem a essa “virada” a distinção, ela não é uma criação do século XX, mas uma redescoberta. Isso porque já aparece na obra *Contra os gramáticos*, de Sexto Empírico, muito tempo antes. Ali, o autor faz uso das expressões *semainon* (significante) e *semainomenon* (significado).<sup>54-55</sup> Situação semelhante se percebe no que toca à retórica da imanência sobre o fundamento do sistema jurídico. E, caso se admita, como aqui já foi dito, que a história é cíclica ou consiste em um eterno retorno, não é estranho que redescobertas como essas ocorram, afinal, o que em um ciclo da história foi ignorado, pode no outro ser revalorizado.

É preciso aventar ainda outro argumento. Se a escrita, como mídia, é o que possibilita a memória coletiva de uma sociedade,<sup>56</sup> e é um achado da Era Antiga, então não é difícil concluir que a retórica da imanência sobre o fundamento do sistema jurídico, mesmo que fosse um produto original do século XXI, o que não é, ainda assim seria herdeira direta da Era Antiga. Afinal, como poderia a contemporaneidade ter chegado a tal ideia sem a memória possibilitada pela escrita? Em tempos de Google, internet e

<sup>50</sup> Ibid., p. 234.

<sup>51</sup> PLATÃO. *O sofista*. Tradução de Carlo Alberto Nunes. Ebooklibris: 2003. p. 253. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/270798/modresource/content/1/plataoosofista.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2021.

<sup>52</sup> VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Tradução de Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 132.

<sup>53</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 34.

<sup>54</sup> EMPÍRICO, Sexto. *Contra os gramáticos*. Tradução de Rafael Huguenin e Rodrigo Pinto de Brito. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 45-60.

<sup>55</sup> ADEODATO, João Maurício. *O esvaziamento do texto e o controle das decisões jurídicas*. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print. Rio de Janeiro, 2020, p. 7. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/47097-174756-3-pb.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

<sup>56</sup> VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Tradução de Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 302-309.

*smartphones* com memórias medidas em *gigabytes*, não se deve esquecer de que a escrita foi o primeiro grande arquivo de informações da humanidade e de que a sua invenção e seu impacto só são equiparados ao aparecimento da internet.<sup>57</sup>

Por fim, convém ressaltar que a retórica da imanência continua seu percurso no estoicismo,<sup>58</sup> que refletia sobre a relação entre o todo e as partes.

## Conclusão

Como se viu ao longo do trabalho, o fundamento do sistema jurídico foi dominado, em diferentes momentos da história, por distintas retóricas. Em razão disso, foram escolhidos os tipos conceituais da transcendência, em um primeiro momento, e da imanência. Tal exposição, lastreada em uma metodologia tópico-retórica, conduziu este artigo ao seu objetivo principal: concluir que a retórica da imanência sobre o fundamento do sistema jurídico não é um produto da contemporaneidade. Isso já demonstra que a história parece ser, provavelmente, um “eterno retorno”.<sup>59</sup>

Claro que isso é também uma metáfora. O retorno não é jamais igual, pois eventos não são iguais e a igualdade absolutamente não existe no mundo empírico, assim como paralelas, quadraturas ou circunferências perfeitas. Na perspectiva da filosofia retórica, por estar ao talante do próprio discurso humano, a “realidade” nada tem de “coisa” (*res*): porém, se ela não é coisificada e objetivamente transcendente, tampouco deve ser compreendida como subjetivamente imanente, mas depende da própria intersubjetividade humana e de seus controles, estes sim, imanentes, mesmo que não em relação a cada indivíduo.

Por conseguinte, o trabalho, a partir da história, faz um breve sobrevoo sobre os diversos discursos em torno do fundamento do sistema jurídico, a fim de mostrar como eles se alternam no tempo. Tal alternância não implica que a explicação atual seja completamente nova, mas antes aponta que a teoria mais recente pode ser uma reformulação de uma ideia já explorada anteriormente. É o que se vê com a dicotomia imanência/transcendência.

Por conta disso, se invocou aqui a doutrina de Platão, no “Timeu”. O demiurgo do discípulo de Sócrates, se bem compreendido, nada mais é do que a versão antiga para o discurso da imanência. Assim como o Deus monoteísta do Cristianismo, que tanto influenciou o jusnaturalismo teológico, nada mais é que do que a versão medieval para a transcendência.

Logo, a história, de algum modo, adverte que a humanidade e o fundamento do sistema jurídico estão condenados, assim como Sísifo no mito, a repetir, muitas e muitas vezes, a alternância desses dois discursos. É lógico que, em cada repetição, de modo

<sup>57</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 327.

<sup>58</sup> MARCO AURÉLIO. *Meditações*. Tradução de Jaime Bruna. São Paulo: Cultrix, 1964. p. 50.

<sup>59</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. Tradução de Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005. p. 185.

diferente. O que explica porque, hoje, no século XXI, assistimos a ascenção do sistema em forma de rede com o seu fundamento em um paradoxo imanente, como quer Thomas Vesting, substituir o discurso anterior, o da norma fundamental de Hans Kelsen, vinculado ao critério da transcendência, ainda que o próprio autor da “Teoria Pura” não admita isso.

Novamente, isso não diminui o valor das teorias atuais. Longe disso. Antes reafirma a importância delas, na medida em que se encontram escoradas nas vigas da história. História entendida aqui como testemunha da humanidade e, por consequência, do fundamento do sistema jurídico. É ela que atesta, por exemplo, como o Deus onipresente, onisciente e onipotente do jusnaturalismo teológico, que deu base à tese da transcendência, foi substituído pelo Estado Leviatã de Thomas Hobbes e, posteriormente, pela ideia de Constituição, símbolo do discurso amparado na imanência.

É a partir daí que se extrai a principal contribuição deste trabalho. A de valorizar a história quando se faz ciência do Direito. Afinal, ela, a própria história, se bem avaliada, é imanente, uma vez que não é possível observar a história de fora da história, como sugere a transcendência. Toda observação da história só pode ser feita a partir da história e com base nela. Não há um observador privilegiado que esteja de fora da história e imune a ela, assistindo o seu transcurso. O que acarreta, para o fundamento do sistema jurídico e, por que não, para democracia e o Estado de Direito, uma grande advertência: eles não são resultado, mas processo. Dito de outro modo, com as palavras de Nietzsche, quando “Deus está morto”, a humanidade tornou-se responsável pela sua própria liberdade.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. Revisão da tradução de Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional e os problemas dos limites interpretativos e éticos do ativismo jurisdicional no Brasil*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 20, n. 40, p. 118-142, 2018.

ADEODATO, João Maurício. *O esvaziamento do texto e o controle das decisões jurídicas*. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em:  
<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/47097-174756-3-pb.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014.

ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2009.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

BLUMENBERG, Hans. *Las realidades en que vivimos*. Traducción de Pedro Madrigal. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BORNHEIM, Gerd A. (org.). *Os filósofos pré-socráticos*. São Paulo: Cultrix, 1977.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2008.

CIRNE-LIMA, Carlos. *Causalidade e auto-organização*. In: CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, Luiz (org.). *Dialética e auto-organização*. São Leopoldo, RS: Editora Universidade do Vale do Rio Sinos, 2003. p. 17-56.

D'AMICO, Claudia; MACHETTA, Jorge M. *El problema del conocimiento en Nicolás de Cusa: genealogía y proyección*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2004.

DESCARTES, René. *Discours de la méthode – pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*. Édition électronique (ePub) v. 1,0: Les Échos du Maquis, 2011. Disponível em: <https://philosophie.cegeptr.qc.ca/wp-content/documents/Discours-de-la-m%C3%A9thode.pdf>. Acesso em: 23 set. 2021.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EMPÍRICO, Sexto. *Contra os gramáticos*. Tradução de Rafael Huguenin e Rodrigo Pinto de Brito. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2015.

GLASERSFELD, Ernst von. *Construtivismo radical: uma forma de conhecer e aprender*. Lisboa: Editora Instituto Piaget, 1995.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores).

KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft* I. In: WEISCHEDEL, Wilhelm (hrsg.). *Werkausgabe - in zwölf Bände*. v. III. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1977.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. *An Essay Concerning Human Understanding*. Col. Great Books of the Western World. v. 33. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993, Book I (Neither Principles nor Ideas Are Innate).

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Os Pensadores).

LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. Revista da AJURIS, n. 49, p. 150-169, jul. 1990.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito 1*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARCO AURÉLIO. *Meditações*. Tradução de Jaime Bruna. São Paulo: Cultrix, 1964.

MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. Tradução de Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

PLATÃO. *Fédon*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: UFPA, 2011a.

PLATÃO. *O sofista*. Tradução de Carlo Alberto Nunes. Ebooklibris: 2003. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/270798/modresource/content/1/plataoosofista.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2021.

PLATÃO. *Timeu-Crítias*. Tradução de Rodolfo Lopes. Coimbra: Editora Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2011b.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

RITTER, Joachim; GRÜNDER, Karl (hrsg.). *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel/Stuttgart: Schwabe & Co., Bd. IV, 1976.

VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Tradução de Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015.

WIERNER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. Tradução de João Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1993.

Data de Recebimento: 25/06/2022

Data de Aprovação: 03/08/2022

## O LIBERALISMO POLÍTICO E O DIREITO DAS FAMÍLIAS

### POLITICAL LIBERALISM AND FAMILY LAW

Luã Nogueira Jung\*  
Ana Beatriz Lopes Barbosa\*\*

#### RESUMO

O trabalho tem como objetivo analisar o liberalismo político aplicado ao Direito das Famílias. Justifica-se tal investigação pela importância que a família detém no cenário social, sendo o ambiente no qual o indivíduo exerce a sua personalidade e os seus ideais, através da autonomia da vontade. Este terá como base os estudos filosóficos sobre liberdade, partindo das elucidações dos principais autores sobre o tema, tais como Kant, Dworkin e Rawls, sem olvidar dos doutrinadores dedicados à temática dos Direitos das Famílias, como Maria Berenice Dias. Para tanto, proceder-se-á pela metodologia dedutiva de pesquisa, com prestígio à bibliográfica. Desse modo, será possível observar como o Direito das Famílias se relaciona com a liberdade, o que permite concluir pela preponderância da autonomia privada nesse cenário, em um maior prestígio à teoria do Direito das Famílias mínimo, na qual há uma mínima intervenção estatal, em deferência à posição liberal.

Palavras-chave: Filosofia do Direito; Concepção liberal; Direito das Famílias.

#### ABSTRACT

The work aims to analyze the political liberalism applied to Family Law. This investigation is justified by the importance that family holds in the social scenario, being the environment in which the individual exercises his personality and ideals, through the autonomy of the will. This work will be based on philosophical studies on freedom, starting from the elucidations of the main authors on the subject, such as Kant, Dworkin and Rawls, without forgetting the doctrinaires dedicated to the Rights of Families, such as Maria Berenice Dias. To do so, the deductive research methodology will be used, with prestige to the bibliographical one. In this way, it will be possible to observe how Family Law relates to freedom, which allows concluding the preponderance of private autonomy, in greater prestige to the theory of minimum Family Law, in which there is a minimum state intervention, in deference to the liberal position.

Key-words: Philosophy of Law; Liberal conception; Family Law.

\*Doutor e mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-doutor em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0205633431595802>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5759-8945>, e-mail: lnogueirajung@gmail.com.

\*\*Mestranda em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Polo Universitário de Volta Redonda (PUVR). Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9091581636254265>, ORCID: e-mail: ana\_beatriz\_barbosa@gotmail.com.

## INTRODUÇÃO

A pesquisa por ora apresentada tem como intuito estabelecer um breve panorama sobre o liberalismo político no contexto do Direito das Famílias. Procura-se demonstrar de que modo a referida concepção pode ser inserida em uma seara tão privada do indivíduo, mas que, ao mesmo tempo, apresenta uma estimada relevância social, sendo considerada pelo texto constitucional a base estruturante da sociedade.

Para tanto, serão abordados, em um primeiro momento, estudos filosóficos acerca do conceito e do alcance da liberdade, nos quais os autores apresentam diferentes concepções e abordagens sobre o tema. A partir do estabelecimento dessa base teórica, passa-se à reflexão da sua incidência sobre os sujeitos e suas respectivas famílias, de modo a estabelecer um panorama das circunstâncias que o cerceiam.

Isto posto, o trabalho adentrará em uma concisa exposição sobre a chamada teoria do Direito das Famílias Mínimo, uma vez que, no decorrer das pesquisas, esta tese se mostrou a que melhor coaduna com a perspectiva liberal. Isso porque a referida teoria prega uma mínima intervenção por parte do Estado na seara familiar, privilegiando o instituto da autonomia da vontade, importante tanto para a filosofia quanto para as ciências jurídicas.

Após essa abordagem, a presente investigação terá o intuito de correlacionar a teoria liberal ao instituto do planejamento familiar, que se conecta não só com a temática dos direitos fundamentais, mas também com a do Direito das Famílias. A justificativa para tanto se dá pelo fato de essa instituição ser uma forma de expressão do indivíduo, de suas escolhas e da sua própria autonomia familiar, aspecto por ora considerado não passível de valoração por parte do Estado.

A fim de se estabelecer uma maior concretude à temática, serão apresentados alguns exemplos práticos, tais como a escolha da modalidade familiar, o desejo pela concepção ou contracepção e outros instrumentos de efetividade do planejamento familiar.

Por fim, insta salientar que, para o desenvolvimento deste trabalho, haverá um enfoque no método dedutivo de pesquisa que, através das proposições estabelecidas, partirá da compreensão geral para a posterior análise dos casos concretos.

No que tange especificamente aos instrumentos utilizados, será preponderante a pesquisa bibliográfica – de ordem doutrinária – bem como a legal, a fim de se verificar como o ordenamento jurídico brasileiro tangencia as referidas questões. Em razão desse exposto, a abordagem será qualitativa, com foco no caráter subjetivo do estudo por ora realizado.

### Aspectos filosóficos sobre a concepção liberal

O desejo pela liberdade pode ser considerado inerente à espécie humana. Desde os primórdios da civilização, é possível perceber que o ser humano não lida bem com cerceamentos ao seu direito de ir e vir e ao seu direito de escolha, de modo que o conceito

de liberdade sempre foi considerado um importante objeto de estudo pelas ciências humanas.

Nessas circunstâncias, sua definição esteve constantemente no centro dos debates, de modo que é deveras complicado se ater a apenas uma de suas vertentes. Contudo, em razão de finalidades didáticas, a presente pesquisa dará maior preponderância às compreensões de ordem filosófica e jurídica, que são as que mais se correlacionam com o desenvolvimento dessa investigação.

Segundo Maria Helena Diniz, a liberdade consistiria, na linguagem filosófica, em:

a) o bem principal que a existência ética traz como complemento à base estética da vida (*kierkegaard*); b) a primeira e a última palavra do esclarecimento da existência (Jaspers); c) a essência da verdade (Heidegger); d) a possibilidade de escolher fins (Sartre); e) o livre-arbítrio; a autodeterminação (Aristóteles); f) estado daquele que faz o que quer e não o que o outro deseja; ausência de constrangimento alheio (Lalande); g) a *ratio essendi* da lei moral, de tal sorte que esta é a *ratio cognoscendi* da liberdade (Kant); h) termo cujo significado, no mínimo, contém um membro de um conjunto cuja qualidade só se entende na relação com esse conjunto (Scheller); i) qualidade do que não está sujeito a nenhum tipo de constrangimento físico, psíquico, moral ou intelectual (Jacques Robert).<sup>1</sup>

Já para a Filosofia do Direito, a liberdade poderia ser tida como:

a) Poder do homem para agir numa sociedade político-organizada por determinação própria, dentro dos limites legais e sem ofensa a direitos alheios; b) poder de praticar qualquer ato não vedado por lei; c) estado ou condição de homem livre.<sup>2</sup>

De forma simplória, é possível sintetizar o referido conceito, definindo a liberdade como o poder do indivíduo de ir e vir, de realizar suas escolhas e suas finalidades sem constrangimentos internos ou externos. A partir dessa compreensão geral, será possível analisar como alguns dos principais estudiosos da temática refletiram sobre ela, para que chegassem à concepção existente hoje acerca da a ideologia liberal – a qual, posteriormente, será apreciada frente aos conceitos do Direito das Famílias.

Para uma investigação mais aprofundada sobre os estudos filosóficos acerca do liberalismo político, é imprescindível verificar as opiniões de alguns dos principais filósofos sobre o tema – mais especificamente os posicionamentos de Immanuel Kant, Ronald Dworkin e John Rawls. No entanto, faz-se previamente necessário traçar uma breve distinção entre o conceito de liberdade positiva e negativa e entre o conceito de liberalismo e o libertarismo.

Na história da filosofia, constata-se dois principais conceitos de liberdade, tematizados em ensaio de Isaiah Berlin<sup>3</sup>: de um lado, tem-se de liberdade negativa, que implica ausência de impedimentos à realização da vontade. De outro lado, o conceito de liberdade positiva, segundo o qual não somos livres apenas quando pautamos nossas

<sup>1</sup>DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 372.

<sup>2</sup>*Ibidem*.

<sup>3</sup> BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. Oxford University Press, 1979.

ações a partir de determinados valores, princípios ou justificações – trata-se de um conceito normativo de liberdade. O conceito negativo de liberdade é proposto, por exemplo, por Thomas Hobbes, para quem “por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer”<sup>4</sup>. Esta noção é seguida pela tradição de Jeremy Bentham, para quem qualquer lei representa uma infração à liberdade, embora algumas sejam necessárias, assim como por John Stuart Mill, em seu famoso texto *On Liberty*<sup>5</sup>. O outro conceito, de liberdade positiva, é exemplificado por Immanuel Kant. De acordo com Kant, não somos livres quando seguimos nossos impulsos, mas quando guiamos nossos impulsos a partir da lei da razão, universalizável<sup>6</sup>.

No que tange à distinção entre liberais e libertários, apesar das nomenclaturas semelhantes, é importante destacar que elas não se confundem, já que tratam de diferentes medidas de liberdade aplicadas no seio social. Como bem esclarece Michael J. Sandel<sup>7</sup>, em sua obra intitulada “Justiça: o que é fazer a coisa certa”, o libertarismo é um tanto quanto mais radical, uma vez que se opõe a qualquer tipo de regulamentação governamental. Em suas exatas palavras, o autor expõe que:

Os libertários defendem os mercados livres e se opõem à regulamentação do governo, não em nome da eficiência econômica, e sim em nome da liberdade humana. Sua alegação principal é que cada um de nós tem o direito fundamental à liberdade – temos o direito de fazer o que quisermos com aquilo que nos pertence, desde que respeitemos os direitos dos outros de fazer o mesmo.<sup>8</sup>

Sandel<sup>9</sup> ainda adverte que, para os libertários, qualquer tipo de intervenção estatal seria moralmente injustificável – isto é, incompatível com a teoria libertária, por violarem o conceito de liberdade. Por tal razão, essa perspectiva rejeitaria todo o tipo de norma de cunho paternalista ou moral, bem como aquelas que levam à uma diretriz de redistribuição de riquezas, por entenderem ser uma espécie de mácula às escolhas feitas por indivíduos dotados de consciência.<sup>10</sup>

Em que pese a relevância que essa abordagem possui em movimentos políticos contemporâneos, entende-se que ela não se mostra a mais adequada para o desenvolvimento desta investigação, pelo fato de não ser dotada de equidade, que é necessária para a intersecção com as ciências jurídicas, em especial na seara das famílias.

Nesse sentido de liberdade equânime – ou seja, igualitária – vigora a ideia de existirem “diretrizes que corrijam as desvantagens sociais e econômicas e que deem a todos oportunidades justas de sucesso”<sup>11</sup>, que então serão buscadas de forma livre. A essa

<sup>4</sup> HOBBES, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 2000, p. 113.

<sup>5</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Pedro Madeira. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>6</sup>KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

<sup>7</sup>SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira: 2021.

<sup>8</sup>*Ibidem*, p.100.

<sup>9</sup>*Ibidem*, p. 101.

<sup>10</sup>*Ibidem*, p, 51-52.

<sup>11</sup>*Ibidem*, p. 52.

segunda abordagem, então, dá-se o nome de liberalismo. Ronald Dworkin, ao trabalhar esta ideia, apresenta a seguinte interpretação:

(...) o liberalismo baseado na igualdade justifica o tradicional princípio liberal de que o governo não deve impor a moralidade privada. Mas ele tem uma dimensão econômica além da social. Requer um sistema econômico no qual nenhum cidadão tenha menos que uma parcela igual dos recursos da comunidade apenas para que outros possam ter mais daquilo que lhe falta.<sup>12</sup>

É possível concluir que, apesar de ambos os conceitos derivarem abstratamente da noção de liberdade, o liberalismo e o libertarismo não se confundem. Com essa premissa estabelecida, mostra-se possível aprofundar algumas das abordagens liberais.

A partir de uma ordem cronológica, o primeiro a ter suas suposições analisadas é Immanuel Kant. Este pregava um liberalismo pautado no respeito à dignidade da pessoa humana, concepção que acabou norteando todos os desdobramentos de seus trabalhos.

Para Kant, o indivíduo deveria ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio, pois isso estaria relacionado não só à sua dignidade, mas também à sua liberdade.<sup>13</sup> Um agir livre também deve ser um agir autônomo – ou seja, “agir de acordo com a lei que imponho a mim mesmo e não de acordo com os ditames da natureza ou das convenções sociais.”<sup>14</sup>

Desse modo, o conceito de dignidade humana estaria entrelaçado à ideia de autonomia da vontade, através do estabelecimento de normas que não estejam condicionadas às necessidades do homem, que deverá cumprir o dever pelo dever, como um fim moral em si mesmo, sem ponderar as consequências, sejam boas ou ruins. Seguindo a referida percepção, Kant dedica-se à chamada fundamentação da metafísica dos costumes, por meio da qual acredita que:

O homem (...) afetado por tantas inclinações, é (...) capaz de conceber a ideia de uma razão pura prática, mas não é (...) dotado da força necessária para tornar eficaz (...) seu comportamento. Uma metafísica dos costumes é (...) necessária, não só por motivos de ordem especulativa (...) dos princípios práticos que residem na (...) razão, mas também porque os próprios costumes ficam sujeitos a toda a sorte de perversão enquanto lhes faltar aquele fio condutor e norma suprema do (...) julgamento. Pois que aquilo que deve ser moralmente bom não basta que seja conforme à lei moral, mas tem também que cumprir-se por amor dessa mesma lei; caso contrário, aquela conformidade será (...) contingente e incerta, porque o princípio imoral produzirá (...) ações conforme a lei moral, mas mais vezes ainda ações contrárias a essa lei.<sup>15</sup>

No mesmo sentido, corrobora Michael J. Sandel, ao estabelecer que:

Quando agimos com autonomia e obedecemos a uma lei que estabelecemos para nós mesmos, estamos fazendo algo para fazer algo, como uma finalidade em si mesma. Deixamos de ser instrumentos de desígnios. Essa capacidade de agir com autonomia é o que confere à vida humana sua dignidade especial. Ela estabelece

<sup>12</sup>DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes: 2000.

<sup>13</sup>SANDEL, op. cit., p. 154-156.

<sup>14</sup>*Ibidem*, p. 159.

<sup>15</sup>KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

a diferença entre coisas e pessoas. Para Kant, o respeito à dignidade humana exige que tratemos as pessoas como fins em si mesmas.<sup>16</sup>

Para alcançar tais objetivos, Kant estabelece os chamados imperativos categóricos, que determinam algumas diretrizes para estabelecer o que é certo, de imediato. O primeiro deles é agir como se a máxima de uma ação devesse ser transformada em uma lei universal da natureza. Já o segundo imperativo determina que toda a ação deve tratar a humanidade como um fim, não como um meio. Por fim, o terceiro imperativo categórico exige que a ação deve servir de lei universal para todos os seres racionais, isto é, dotados de autonomia.

A ideia de autodeterminação também é trabalhada nas concepções liberais de John Stuart Mill, mas de maneira um pouco diversa. Este acredita que, em relação a tudo o que diz respeito ao seu corpo e a sua mente, o indivíduo deve ser entendido como soberano.<sup>17</sup> O único limite encontrado reside no princípio do dano, que expressa que “as pessoas devem ser livres para fazerem o que quiserem, contanto que não façam mal aos outros.”<sup>18</sup>

É importante destacar que Mill tem um viés utilitarista, com base nos ensinamentos de Jeremy Bentham, o que também gera reflexos em suas críticas liberais. Nesse sentido, Sandel explicita que Mill “acredita que devemos maximizar a utilidade em longo prazo e não caso a caso. Com o tempo, argumenta que o respeito à liberdade individual levará à máxima felicidade humana”<sup>19</sup>, de forma correlacionada.

Os pensamentos liberais, como acima indicado, também estão refletidos na obra de Isaiah Berlin, que desenvolveu um conceito bipartite da liberdade.<sup>20</sup> Para o pensador, a liberdade divide-se em duas acepções: uma positiva – que envolve a autonomia e autodeterminação do indivíduo – e outra negativa – relacionada à própria ausência de obstáculos. Embora distintas, Berlin acredita que as definições deveriam caminhar juntas, a fim de gerar um maior bem-estar social e elevar os padrões do que se considera liberdade.<sup>21</sup>

Uma outra contribuição filosófica que não pode estar ausente nos estudos sobre a ideologia liberal são as colaborações de John Rawls, que, durante o século XX, dedicou os seus estudos à elaboração de uma teoria de justiça que envolvesse, ao mesmo tempo, princípios como a liberdade e a equidade.<sup>22</sup>

Para alcançar tais finalidades, Rawls traz à baila o que chama de posição originária, que seria um desdobramento de um contrato social hipotético em que toda a sociedade aceitaria, de forma equânime, se submeter a um véu de ignorância, que permitiria a cada

<sup>16</sup>*Ibidem*, p. 161.

<sup>17</sup>*Ibidem*, p. 85-89.

<sup>18</sup>SANDEL, p. 86.

<sup>19</sup>*Ibidem*, p. 87.

<sup>20</sup>BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*: uma antologia de ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 226-272.

<sup>21</sup>HAVLIK, Jan Gustave de Souza; REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Contribuições de Isaiah Berlin para refletir sobre liberdade*. Doutrina Nacional, 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/\\_portal/\\_page/\\_portal/\\_documentacao\\_e\\_divulgacao/\\_doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-Dir-Hum-Fund\\_v.16\\_n.02.02.pdf](http://www.mpsp.mp.br/_portal/_page/_portal/_documentacao_e_divulgacao/_doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Hum-Fund_v.16_n.02.02.pdf). Acesso em 21 nov. 2022.

<sup>22</sup>SANDEL, op. cit., p. 197-226.

indivíduo tomar suas decisões de maneira igualitária, buscando seus objetivos de modo justo e respeitoso. Desta forma, seriam ofertadas as mesmas liberdades para todos os cidadãos, com vistas a alcançar os princípios de justiça.<sup>23</sup>

Assim esclarece Sandel, ao estabelecer que:

Rawls acredita que dois princípios de justiça poderiam emergir do contrato hipotético. O primeiro oferece as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos, como liberdade de expressão e religião. Esse princípio sobrepõe-se a considerações sobre utilidade social e bem-estar geral. O segundo princípio refere-se à equidade social e econômica. Embora não requeira uma distribuição igualitária de renda e riqueza, ele permite apenas as desigualdades sociais e econômicas que beneficiam os membros menos favorecidos de uma sociedade.  
<sup>24</sup>

Como pode ser visto acima, embora propagasse uma liberdade equânime em sua Teoria de Justiça, John Rawls não pregava uma distribuição igualitária de recursos, situação a qual denominou de princípio da diferença. Segundo esse conceito, as desigualdades sociais e econômicas só seriam permitidas na hipótese de terem como objetivo o benefício de todos – em especial dos membros menos favorecidos da sociedade.

No cenário até então apresentado, fica evidente que John Rawls considera a liberdade como um dos direitos prioritários, de modo que a sua preferência implicaria no fato de “que uma liberdade fundamental só poderia ser limitada ou negada em nome de uma outra ou de outras liberdades fundamentais, e nunca (...) por razões de bem-estar geral ou de valores perfeccionistas.”<sup>25</sup>

Nesse sentido, também dispõe Ronald Dworkin, ao dispor que “quase todos reconhecem que o direito à liberdade não é o único direito político e que, portanto, as exigências da liberdade devem ser limitadas, por exemplo, por restrições que protejam a segurança ou a propriedade dos outros.”<sup>26</sup>

Embora Dworkin não acredite na existência de um direito absoluto à liberdade – pregando, ao invés disso, o acesso às chamadas liberdades básicas e importantes<sup>27</sup> – o estudioso crê na necessidade de se estabelecer um acordo entre tais liberdades e a igualdade, de forma complementar, de maneira que o Estado trate a todos com igual consideração e respeito.

Desse modo, o direito de ser tratado como igual deveria ser visto como fundamental na concepção liberal de igualdade, justamente por refletir esse valor superior. Nesse sentido, Dworkin propõe que:

(...) o direito a ser tratado como igual deve ser visto como fundamental na concepção liberal de igualdade, e que o direito mais restritivo a igual tratamento somente tenha validade naquelas circunstâncias específicas nas quais, por alguma razão especial, ele decorra do direito mais fundamental, como talvez seja o caso na circunstância especial dos casos de realinhamento dos distritos eleitorais. Proponho igualmente que os direitos individuais a diferentes

<sup>23</sup>*Ibidem*, p. 209-211.

<sup>24</sup>*Ibidem*, p. 199.

<sup>25</sup>RAWS, John. *O liberalismo político*. 2 ed. São Paulo, Atlas, 2000, p. 349.

<sup>26</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes: 2002, p. 409.

<sup>27</sup>*Ibidem*, p. 415.

liberdades devam ser reconhecidos somente quando se puder mostrar que o direito fundamental a ser tratado como igual exige tais direitos. Se isso for correto, o direito a diferentes liberdades não entra em conflito com nenhum suposto direito à igualdade concorrente; ao contrário, decorre de uma concepção de igualdade que se admite como mais fundamental.<sup>28</sup>

Através das suas ideias de igualdade liberal, Ronald Dworkin concebe o que chama de “direito às liberdades”<sup>29</sup>, no qual o governo não deveria restringir a liberdade partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo seria mais nobre ou superior que a de outro. Um governo que respeita a concepção liberal de igualdade só restringe a liberdade com base em certas justificações – quais sejam, os argumentos de princípio universais e deontológicos. Mediante os ensinamentos de Dworkin, é possível sintetizar que o autor valoriza o respeito às idealizações pessoais de cada indivíduo, que seriam igualmente livres para buscar em suas vidas o que acreditam ser as melhores escolhas para si.

Dentre todas as searas da vida cotidiana – pessoal, profissional, socioafetiva, espiritual, financeira entre outras – acredita-se que a área familiar é uma das mais importantes, justamente por ser o reduto de formação e acolhimento ser humano enquanto ser social. Por tal razão, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a considera, em seu artigo 226<sup>30</sup>, merecedora de especial proteção estatal, por ser tida pela Assembleia Constituinte como a base da sociedade.

Diante de tamanha relevância coletiva, reconhecer a família como uma das formas de expressão do indivíduo mostra-se uma questão imperiosa, de maneira que este possa ser o detentor das suas liberdades na formação e na manutenção da instituição familiar. Assim, a essa análise será dedicado o próximo tópico, que apreciará os reflexos das perspectivas liberais no Direito das Famílias.

### **Os reflexos das perspectivas liberais no Direito das Famílias**

A família constitui a base da sociedade, sendo um dos pilares que sustenta a vida comunitária hoje nos estados modernos. Contudo, não se pode olvidar que a referida instituição esteve presente em boa parte das eras históricas, sendo analisada por diferentes concepções até chegar aos dias atuais.

Atento a essa questão, Friedrich Engels traz um breve panorama sobre a evolução familiar, baseando-se nos estudos do antropólogo Lewis H. Morgan, que tenta estabelecer uma ordem nos estágios culturais pré-históricos, passando do estado selvagem até culminar na civilização.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 421.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 419-427.

<sup>30</sup>BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm). Acesso em 22 nov. 2022.

<sup>31</sup>ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo, Boitempo, 2019, p. 31-35.

Considerando tais estudos, Engels traz em sua obra “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”<sup>32</sup> um conceito evolutivo da família. A primeira delas seria a consanguínea, nas quais os grupos aptos ao casamento eram separados por gerações; posteriormente, surgiu a família punaluana, que excluiu o casamento entre irmãos e parentes colaterais; por fim, existiu a chamada família sindiásica, que trouxe no cerne de sua composição o que veio a ser compreendido como o conceito de família monogâmica, que teria a “finalidade expressa de gerar filhos com paternidade inquestionável, e essa paternidade é exigida porque um dia os filhos irão assumir, como herdeiros naturais, o patrimônio paterno.”<sup>33</sup>

Mediante tal conceito, é possível perceber que a instituição familiar também era tida como uma base para fatores econômicos e patrimoniais, além de subsidiar convenções sociais.

Por tal razão, também era considerada pelo Estado como um objeto de intervenção estatal, o que pode ser exemplificado no modo como era tratada nas codificações até então existentes. No Código Civil de 1916<sup>34</sup>, por exemplo, era dotada de contornos extremamente patrimonialistas. Neste sentido, esclarece Leonardo Barreto Moreira Alves, ao dispor que:

Ignorando que é no Direito de Família, mais do que em qualquer outra seara do Direito Privado, em que deve haver maior valorização da pessoa humana, o Código Civil de 1916 deu contornos eminentemente patrimoniais à família. Por conta disso, tal agrupamento era tratado no Código mesmo como um ente de produção de riqueza, perpetuando nas gerações seguintes através do Direito das Sucessões.<sup>35</sup>

Ocorre que no século passado, em especial em suas últimas décadas, surgiram diversos avanços em inúmeras áreas. Inovações culturais, tecnológicas, sociais e jurídicas movimentaram diversas entidades, inclusive a organização familiar, “proclamando-se a conveniência de organizá-la em bases igualitárias e de privá-la de qualquer função política.”<sup>36</sup> Passou, então, a ser pautada no afeto e na assistência recíproca entre seus membros, fundamentos que hoje a doutrina entende como família eudemonista. Para explicar o referido conceito, Maria Berenice Dias se pauta na soberania do amor, dispondo que:

A busca da felicidade, a supremacia do amor e a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de

<sup>32</sup>*Ibidem*, p. 37-82.

<sup>33</sup>*Ibidem*, p. 64.

<sup>34</sup>BRASIL, *Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em 27 nov. 2022.

<sup>35</sup>ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47.

<sup>36</sup>GONÇALVES, Vania Mara. *Nascimento Da Família Moderna*. 10 Anos do Código Civil: aplicação, acertos desacertos e novos rumos. Série Aperfeiçoamento de Magistrados nº 13, V. 2. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Rio de Janeiro, 2013, p.243. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anoscodigocivil volII 242.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

preservação da vida. São as relações afetivas o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres socialmente úteis. Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo surgiu um novo nome: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros.<sup>37</sup>

E continua, explicitando porque é necessária a redução das interferências externas, sejam elas sociais, políticas, econômicas ou jurídicas, ao demonstrar que:

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca do sujeito pela sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito (...). No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não existem mais razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca.<sup>38</sup>

Neste ponto, é interessante estabelecer a relação entre o conceito acima explicitado por Dias e um outro de nomenclatura similar, demonstrado por Aristóteles, que consiste na ideia de Eudaimonia.<sup>39</sup>

O conceito de Eudaimonia aristotélica está ligado às noções de felicidade e bem viver, inclusive em relação à Justiça e à busca de suas finalidades, mas tem em sua essência a ideia de que essa felicidade é “o resultado de uma vida que é guiada a partir de virtudes éticas e morais que se apoiam mutuamente de maneira coerente”<sup>40</sup>, de modo que consiste em um conceito crítico-normativo que prega “a abstenção de conceitos empíricos por uma vida guiada por valores a respeito do que deve ser uma vida humana plena de sentido”.<sup>41</sup>

Para Sandel, Aristóteles “acredita que as discussões sobre justiça sejam, inevitavelmente, debates sobre a honra, a virtude e a natureza de uma vida boa”<sup>42</sup>, o que parece demonstrar a origem em comum de tais concepções.

Corroborando com tal ponderação, encontra-se a afirmação de Fabíola Santos Albuquerque, que dispõe que “o eudemonismo (do grego *Eudaimonia*, ‘felicidade’) é, portanto, uma doutrina segundo a qual a felicidade é o objetivo da vida humana. A felicidade não se opõe à razão, mas é a sua finalidade natural”<sup>43</sup>, felicidade esta que também é um dos objetivos da instituição familiar.

Com o intuito de efetivar a referida finalidade – isto é, alcançar a felicidade dos membros que a compõem – entende-se que a família deve, de alguma forma, expressar a

<sup>37</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 143-144.

<sup>38</sup>*Ibidem*.

<sup>39</sup> JUNG, Luã Nogueira. *Autonomia e Eudaimonia*: uma reaproximação entre as teorias morais de Kant e Aristóteles. XVI Semana Acadêmica do PPGD em Filosofia da PUCRS, 2016, p. 263- 283.

<sup>40</sup>*Ibidem*, p. 277-278.

<sup>41</sup>*Ibidem*, p. 278.

<sup>42</sup> SANDEL, op. cit., p. 254.

<sup>43</sup>ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *A família eudemonista do século XXI*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/269.pdf>. Acesso em 27 nov. 2022.

identidade e a personalidade de seus componentes, seja através da sua modalidade ou da sua composição, a família deve retratar toda e qualquer vivência, de forma plural, sem ser objeto de interferências que possam cercear o seu planejamento e a sua posterior estruturação.

Ainda que o liberalismo político e as éticas eudaimonistas possuam fundamentos distintos – princípios universalizáveis de um lado e a noção de felicidade, de outro, respectivamente- é possível estabelecer uma convergência entre esse viés de realização pessoal da entidade familiar e as chamadas perspectivas liberais. Isso porque o liberalismo igualitário prega, como já visto acima, uma grande liberdade em relação ao indivíduo, ao seu corpo e, principalmente, aos projetos de vida a serem por ele estabelecidos, que não devem ser tolhidos ou limitados pelo Estado, mas tão somente ser objeto de reconhecimento e proteção. Em sentido semelhante, entende Gustavo Binenbojm, ao esclarecer que:

A beleza da democracia liberal está em que os projetos de vida não são impostos por ninguém, nem pela ciência, nem pela família, nem pelo Estado. Assim, quaisquer que sejam as razões que levem à diferença, ao Direito cabe apenas reconhecer e proteger as pessoas com igual respeito e consideração.<sup>44</sup>

Portanto, na conjuntura até então apresentada, o direito ao planejamento familiar – que consiste no “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”<sup>45</sup> – passa a ser dotado de grande relevância social, sendo alçado ao patamar de direito fundamental tal como estabelecido no artigo 226, §7º da Constituição Federal<sup>46</sup>, uma vez que permite ao indivíduo a escolha e o estabelecimento das noções e ideias que pretende implementar em sua própria família. Nesse sentido, entende Camila Manzoni Gozzi, ao estabelecer que:

(...) o planejamento familiar representa um direito fundamental e que, por assim ser, não pode ser restringido, devendo ter seus inúmeros obstáculos efetivamente enfrentados e vencidos. Como direito fundamental que é, ao livre planejamento familiar é conferido uma eficácia reforçada em sua aplicabilidade, dado que os direitos fundamentais, considerados em seu sentido amplo, ainda que não tenham sua intangibilidade expressamente assegurada, afiguram-se como pontos indissociáveis da própria condição de subsistência da Lei Maior.<sup>47</sup>

Feitas essas considerações, mostra-se interessante relatar também um dos mais importantes reflexos das perspectivas liberais no Direito das Famílias, que consiste na

<sup>44</sup> BİNENBOJM, Gustavo. *Liberdade Igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 92-93.

<sup>45</sup> BRASIL, Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>46</sup> BRASIL, op. cit., 1988.

<sup>47</sup> GOZZI, Camila Monzani. *Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental*. Instituto Brasileiro de Direito das Famílias, 2019. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+ familiar+ como+ direito+ fundamental#:~:text=0%20Livre%20Planejamento%20Familiar%20pode,da%20m%C3%A3e\)%2C%20o%20direito%20%C3%A0](https://ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+ familiar+ como+ direito+ fundamental#:~:text=0%20Livre%20Planejamento%20Familiar%20pode,da%20m%C3%A3e)%2C%20o%20direito%20%C3%A0). Acesso em 21 nov. 2022.

Teoria do Direito de Família Mínimo, clarificada por Leonardo Barreto Moreira Alves.<sup>48</sup> Segundo Alves, a referida tese privilegia a autonomia privada do indivíduo, de modo que a intervenção estatal deve ocorrer apenas de forma excepcional. Em suas exatas palavras, dispõe que:

No Direito de Família (Mínimo), o Estado igualmente está apenas autorizado a ingerir no seio familiar em hipóteses excepcionais e extremas (...). Em verdade, o Estado somente deve interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção dos direitos fundamentais dos seus membros – como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade etc. –, e, contornando determinadas distorções, permitir o próprio exercício da autonomia privada dos mesmos, o desenvolvimento da sua personalidade e o alcance da felicidade pessoal de cada um deles, bem como a manutenção do núcleo afetivo. Em outras palavras, o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de Família quando essa atividade implicar uma autêntica melhora na situação dos componentes da família.<sup>49</sup>

O respeito a essa intervenção mínima privilegia um conceito plural de família, posto que, diante de ingerências de cunho excepcional, o indivíduo encontra-se à vontade para criar a sua família da maneira que melhor lhe aprouver.<sup>50</sup>

Isso gera a possibilidade de múltiplas formas de família, tais como a matrimonial, a informal, a homoafetiva, a poliafetiva, a monoparental, a anaparental, a mosaico entre outras, tendo como fator comum a escolha livre do cidadão, pautada exclusivamente em seus valores e em seus afetos.

Inclusive, vale ressaltar que, com os avanços tecnológicos e biotecnológicos ocorridos nas últimas décadas, surgiram ainda outros instrumentos que possibilitam uma maior efetivação desse planejamento, tais como informativos, métodos conceptivos e contraceptivos, as técnicas de reprodução assistida – especialmente as relacionadas ao congelamento de gametas, à inseminação artificial, à fertilização *in vitro* (inclusive *post mortem*) e à gestação por substituição – entre outros.<sup>51</sup>

É possível dizer que tais instrumentos aproximam ainda mais o homem do caráter privado e da finalidade eudemonista da instituição familiar, que não pode ser objeto de qualquer tipo de retaliação, cerceamento ou preconceito.

Isso porque a família deve ser entendida como um modo de expressão da autonomia da vontade na seara privada, por meio da qual o indivíduo pode expor suas decisões e seus arbítrios, em relação a si e a seus entes, de forma autônoma no que tange à sua vontade, o que acaba por corroborar com os entendimentos acima apresentados em

---

<sup>48</sup>ALVES, op. cit.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>50</sup>BARBOSA, Ana Beatriz Lopes. *O Direito de Família Mínimo e a Positivação do Afeto*. Universidade Federal Fluminense, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/4843/Ana%20Beatriz%20200%20DIREITO%20DE%20FAM%CDLIA%20M%CDNIMO%20E%20A%20POSITIVA%20C7%C3O%20DO%20AFETO.pdf;jsessionid=4B2432D63C7D685B26F9770204D01407?sequence=1>. Acesso em 21 nov. 2022.

<sup>51</sup> BARBOSA, Ana Beatriz Lopes. *As novas formas de relações parentais à luz do Biodireito*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca\\_videoteca/monografia/Monografia\\_pdf/2019/AnaBeatrizLopesBarbosa.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/AnaBeatrizLopesBarbosa.pdf). Acesso em 21 nov. 2022.

relação às teorias liberais igualitárias – especialmente as preconizadas por Kant, Rawls e Dworkin – no que tange aos aspectos jurídicos das entidades familiares.

Acredita-se, portanto, que esta será uma das maneiras mais eficazes de fazer com que o indivíduo alcance um conceito de mínimo existencial, pautado nas condições de liberdade. Isso porque, além de não ser interessante para o ente estatal impor um padrão de igualdade material aos seus tutelados, não é benéfico que tal cenário se estabeleça, uma vez que é na liberdade que o homem encontra estímulos para surgir na sociedade e nela se desenvolver.<sup>52</sup>

Como preconiza Gustavo Binenbojm, é necessário, contudo, que haja um mínimo de igualdade, que seja suficiente para constituir um ponto de partida universal, que propicie as condições ideais para o desenvolvimento humano enquanto ser social. Em suas palavras, a noção de igualdade suficiente:

(...) pressupõe a criação de condições materiais, intelectuais e psicológicas para que todos os indivíduos tenham acesso às diferentes dimensões da liberdade. (...) Não há incompatibilidade alguma entre tais políticas e a defesa da liberdade de maneira incondicional. Antes, ao contrário, sua existência deve ser vista como ponto de partida para uma sociedade que assegure liberdade igual a todos.<sup>53</sup>

É imperioso destacar, portanto, que a necessidade dessa igualdade primária não reside no desejo de se impor um único padrão, generalizado, mas na possibilidade de estabelecer uma igualdade de condições a todos, para que estes exerçam as suas liberdades da maneira que bem desejarem.

Tal conceito, portanto, coaduna perfeitamente com a aplicação das noções de Liberalismo Político ao Direito das Famílias, uma vez que propicia um cenário fértil para que os sujeitos implementem seus planejamentos familiares de acordo com os seus anseios, de modo a perceberem as suas personalidades refletidas e representadas em seus lares, sem que haja nenhum tipo de retaliação por parte da sociedade ou mesmo do Estado, cuja função encontra-se na proteção dessas entidades.

Cumpre ainda ressaltar que, apesar da legislação pátria vigente não apresentar uma visão liberal sobre o Direito das Famílias – estando ainda relacionada à realidade e aos dogmas vivenciados durante o século XX – a doutrina e a jurisprudência nacional vêm lutando pelo reconhecimento e pela tutela das inúmeras formas que a entidade familiar pode assumir. Isso porque, acompanhando a evolução social, também ocorreu o desenvolvimento do conceito de família, que hoje é plural, e não mais permite limitações que possam cercear a liberdade do indivíduo em optar pela formação que melhor harmoniza com os seus valores e com a sua realidade.

Nesse sentido, alerta Maria Berenice Dias,<sup>54</sup> ao declarar que:

Como a linguagem condiciona o pensamento, é necessário subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias. Como refere Jones Figueiredo Alves, apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das

<sup>52</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 102-103.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>54</sup> DIAS, op. cit., 30.

famílias em suas multifacetadas formações. Deste modo, a expressão direito das famílias é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenha a forma que tiver.

Mostra-se imprescindível, contudo, fazer uma derradeira consideração: embora necessários, o reconhecimento e a tutela por parte do Estado às múltiplas formas de famílias – privilegiando, em última análise, a liberdade individual – não pode incorrer em uma estatização do afeto<sup>55</sup>, isto é, em uma ingerência excessiva na vida dos administrados, pois isso acabaria por limitar a própria liberdade.

Portanto, a chave para o equilíbrio entre um direito das famílias diligente, mas ao mesmo tempo liberal, reside em “encontrar, na estrutura formalística do sistema jurídico, a forma de proteger sem sufocar e de regular sem engessar”<sup>56</sup>, a fim de permitir ao indivíduo que concretize as suas realizações pessoais na seara familiar, sem encontrar entraves ou burocracias que acabem apenas por dificultar o reconhecimento de uma realidade que já existe na prática. Desta forma, é possível crer em um futuro plenamente liberal para o cenário jurídico atual.

### Considerações finais

A principal finalidade da pesquisa que por ora se encerra foi dar um panorama geral da aplicação do liberalismo político à temática do Direito das Famílias. Nesse sentido, foi possível estabelecer algumas conclusões.

Primeiramente, é importante destacar que para o desenvolvimento dessa argumentação, foi utilizada a noção de liberdade igualitária e não de libertarianismo, o que garante a todos os indivíduos uma mesma base equânime de direitos e deveres, sem se pautar pelo desejo intangível de uma liberdade absoluta.

Partindo dessa premissa e com base no arcabouço filosófico traçado envolvendo os referidos conceitos, foi possível estabelecer que um campo prolífico para o desenvolvimento do citado ideal de liberdade residiria na seara do Direito das Famílias, que por séculos foi subjugado e submetido a diversos outros fatores – sejam eles de caráter social, econômico, político entre outros – em detrimento da autonomia da vontade no âmbito privado.

Perante a relevância social da família, percebeu-se que dar ao indivíduo a chance de estabelecer a sua própria entidade familiar, à sua forma e vontade, é um desdobramento da doutrina liberal que correlaciona a entidade familiar à sua principal finalidade, que consiste em levar o indivíduo a um estado de felicidade e acolhimento, no qual prepondera o afeto e o bem-estar, elevando o planejamento desse instituto a qualidade de direito fundamental, que também encontrou resguardo no texto constitucional.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

Desse modo, verificou-se que ao Estado caberá apenas proteger e promover tal direito, com interferências mínimas e excepcionais, sempre no sentido de efetivá-lo cada vez mais, de modo a amparar as múltiplas formas de vida possibilitadas pela democracia liberal.

Acredita-se que apenas dessa maneira será possível que a família cumpra o seu papel realizador frente ao princípio substancial da dignidade da pessoa humana, em respeito à necessária deferência à autonomia da vontade, de modo a assumir a relevância que possui no seio social.

Este instituto, tão caro à esfera privada, eleva-se no decorrer da exposição a um dos principais pilares sustentadores do Direito das Famílias contemporâneo, uma vez que permite a aplicação das concepções filosóficas liberais à formação familiar, de forma autônoma, independente e realizadora dos aspectos subjetivos de cada um dos indivíduos.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *A família eudemonista do século XXI*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/269.pdf>. Acesso em 27 nov. 2022.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, Ana Beatriz Lopes. *As novas formas de relações parentais à luz do Biodireito*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca\\_videoteca/monografia/Monografia\\_pdf/2019/\\_AnaBeatrizLopesBarbosa.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/_AnaBeatrizLopesBarbosa.pdf). Acesso em 21 nov. 2022.

BARBOSA, Ana Beatriz Lopes. *O Direito de Família Mínimo e a Positivação do Afeto*. Universidade Federal Fluminense, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/4843/Ana%20Beatriz%20-%2000%20DIREITO%20DE%20FAM%CDLIA%20M%CDNIMO%20E%20A%20POSITIVA%C7%C3%20D0%20AFETO.pdf;jsessionid=4B2432D63C7D685B26F9770204D01407?sequence=1>. Acesso em 21 nov. 2022.

BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*: uma antologia de ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. Oxford University Press, 1979.

BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade Igual*: o que é e por que importa. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL, *Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em 27 nov. 2022.

BRASIL, *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL, *Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 22 nov. 2022

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes: 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes: 2002.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo, Boitempo, 2019.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento *Da Família Moderna. 10 Anos do Código Civil: aplicação, acertos desacertos e novos rumos*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados nº 13, V. 2. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamento demagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anoscodigocivil volII 242.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

GOZZI, Camila Monzani. *Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental*. Instituto Brasileiro de Direito das Famílias, 2019. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+familiar+como+direito+fundamental#:~:text=0%20Livre%20Planejamento%20Familiar%20pode,da%20m%C3%A3e\)%2C%20o%20direito%20%C3%A0](https://ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+familiar+como+direito+fundamental#:~:text=0%20Livre%20Planejamento%20Familiar%20pode,da%20m%C3%A3e)%2C%20o%20direito%20%C3%A0). Acesso em 21 nov. 2022.

HAVLIK, Jan Gustave de Souza; REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Contribuições de Isaiah Berlin para refletir sobre liberdade*. Doutrina Nacional, 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-Dir-Hum-Fund\\_v.16\\_n.02.02.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Hum-Fund_v.16_n.02.02.pdf). Acesso em 21 nov. 2022.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 2000

JUNG, Luã Nogueira. *Autonomia e Eudaimonia: uma reaproximação entre as teorias morais de Kant e Aristóteles*. XVI Semana Acadêmica do PPGD em Filosofia da PUCRS, 2016, p. 263- 283.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira: 2021.

Data de Recebimento: 24/04/2023

Data de Aprovação: 26/07/2023

## PLANEJAMENTO URBANO E ÁREAS DE RISCO: CONCEITOS E ABORDAGENS LEGAIS EM MINAS GERAIS

## URBAN PLANNING AND RISK AREAS: LEGAL CONCEPTS AND APPROACHES IN MINAS GERAIS

Aline Pereira Leite Nunes\*  
Antônio Maria Claret Gouveia\*\*  
Paulo Henrique Camargos Firme\*\*\*  
Kerley dos Santos Alves\*\*\*\*

### RESUMO

O presente artigo discute a interação entre planejamento urbano e riscos de desastres naturais, via ações da Defesa Civil, tomando como base a Lei Federal 12.608/2012, a Lei Estadual 20.009/12 e suas regulamentações. A discussão é propiciada pela frequência de desastres naturais, tipicamente os movimentos de massa, que geram vultosos danos às pessoas e ao meio ambiente em todo o Estado, especialmente na temporada das chuvas. Como atos da Administração Pública, as ações da Defesa Civil são balizadas pelos princípios constitucionais e dependem, para sua eficácia, de ações de prevenção de desastres naturais, especialmente daquelas que se situam na esfera do planejamento urbano. O artigo foi desenvolvido através de uma pesquisa exploratória com o emprego de uma abordagem qualitativa e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. O primeiro capítulo apresenta contextualiza o leitor sobre a evolução das normas relacionadas ao planejamento urbano. O segundo apresenta os principais conceitos sobre a teoria do risco e os relaciona com o contexto urbano. O terceiro debate sobre o direito ao acesso a uma moradia segura. E o quarto são apresentadas as principais legislações relacionadas a áreas de risco no estado de Minas Gerais. E por fim, os últimos dois capítulos são destinados as discussões e a conclusão do trabalho. Conclui-se que, em que pese os fundamentos legais da atuação da Defesa Civil estarem postos, a regulamentação da lei estadual é ainda deficiente e o planejamento urbano ainda não se introduziu na rotina administrativa das cidades com a intensidade necessária.

**Palavras-chave:** Defesa Civil; desastres naturais; planejamento urbano; Lei Federal 12.608/2012; Lei Estadual 20.009/12.

### ABSTRACT

\* Possui graduação em Engenharia de Minas pela UFMG, Mestrado e doutorado em Engenharia Metalúrgica e de Minas pela UFMG. É Coordenadora de Assuntos Minerários no IBRAM - Instituto Brasileiro de Mineração, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8535313996764809>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7181-1407>, e-mail: [aline.nunes@ibram.org.br](mailto:aline.nunes@ibram.org.br)

\*\* Possui graduação em Engenharia Civil pela Escola de Minas da UFOP, mestrado em Engenharia Civil pela Escola de Engenharia da UFRS e doutorado em Engenharia Civil pela COPPE-PEC da UFRJ, PhD na Lund University, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0919004072594619>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9924-7676>, e-mail: [amclaretgouveia@gmail.com](mailto:amclaretgouveia@gmail.com)

\*\*\* Graduado em Ciências Militares - Defesa Social pela Academia de PMMG, Possui especialização em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública pela INASIS, Mestrando do PPG em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental pela UFOP, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0155112780470566>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9924-7676>, e-mail: [paulo.firme@gmail.com](mailto:paulo.firme@gmail.com)

\*\*\*\* Graduada em Administração pela UFOP, graduada em Psicologia e em Turismo pelo Centro Universitário Newton Paiva, Mestre em Turismo e Meio Ambiente pela UNA, Doutora em Psicologia pela PUC-MG e estágio Sanduich pela Universitat Autonoma de Barcelona, PhD em Ciências Sociais da UC, Professora, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0155112780470566>, e-mail: [kerley@ufop.edu.br](mailto:kerley@ufop.edu.br)

---

This paper discusses the interaction between urban planning and natural disaster risks, via Civil Defense actions, based on the Federal Law 12.608/2012, State Law 20.009/12, and their regulations. The discussion is propitiated by the frequency of natural disasters, typically mass movements, which generate considerable damage to people and the environment throughout the state, especially during the rainy season. As acts of Public Administration, the actions of the Civil Defense are guided by constitutional principles and depend, for their effectiveness, on actions to prevent natural disasters, especially those that fall within the sphere of urban planning. The article was developed through an exploratory research with the use of a qualitative approach and the technique of bibliographical and documental research. The first chapter contextualizes the reader on the evolution of norms related to urban planning. The second presents the main concepts of risk theory and relates them to the urban context. The third debate on the right to access safe housing. And the fourth presents the main legislation related to risk areas in the state of Minas Gerais. Finally, the last two chapters are devoted to discussions and conclusion of the work. It is concluded that, even though the legal foundations of the Civil Defense actions are in place, the regulation of the state law is still deficient and urban planning has not yet been introduced in the administrative routine of the cities with the necessary intensity.

Keywords: Civil Defense; natural disasters; urban planning; Federal Law 12.608/2012; State Law 20.009/12.

## INTRODUÇÃO

As cidades foram estabelecidas ao longo da história pelo assentamento humano em determinados locais que dispunham dos recursos naturais necessários para a sobrevivência das comunidades<sup>1</sup>. Com o passar dos anos e o aumento da população, as cidades cresceram passando a ocupar mais espaços e a alterar as características naturais preexistentes.

Com o desenvolvimento da atividade econômica nos centros urbanos, muitas pessoas que antes viviam nos campos foram para as cidades em busca de melhores condições de vida, fenômeno este que tem angariado expressão desde a Revolução Industrial<sup>2</sup>. Espera-se que até 2050, a população urbana quase se duplique. Isso torna a urbanização uma tendência de grande impacto no século XXI<sup>3</sup>.

No entanto, a forma de ocupação dos espaços urbanos juntamente com o crescimento desordenado do território tem provocado diversos problemas para a rotina das cidades e, consequentemente, para a vida das pessoas. Cada dia mais, o acesso a uma moradia segura tem se tornado um desafio para grande parte da população<sup>4</sup>. O alto valor

---

<sup>1</sup> BODNAR, Zenildo; PRIESS, Alexandre Dos Santos; BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. *A sustentabilidade por meio do planejamento urbano*. *Revista Brasileira de Direito*, [S. l.], v. 15, n. 3, p. 38, 2019.

<sup>2</sup> PRESTES, Fernando Figueiredo; POZZETTI, Valmir César. *A Primeira Norma Técnica Para Cidades Sustentáveis: Uma Reflexão Sobre a Problemática Urbana*. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 117, 2018.

<sup>3</sup> UN HABITAT. *NOVA AGENDA URBANA*. United Nations Conference on Husing and Sustainable Urban Development. United Nations. Quito, 2016.

<sup>4</sup> Fundação João Pinheiro (FJP). *Deficit Habitacional E Inadequação De Moradias no Brasil: Principais Resultados para o Período de 2016 a 2019*. [s.l: s.n.]. Disponível em: [http://novosite.fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/04.03\\_Cartilha\\_DH\\_compressed.pdf](http://novosite.fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/04.03_Cartilha_DH_compressed.pdf). Acesso em: 15 nov. 2021.

dos imóveis, aliado ao aumento da pobreza e das desigualdades sociais, torna o sonho da moradia digna mais distante de muitas pessoas<sup>5</sup>.

A dificuldade do acesso à moradia tem potencializado o fenômeno de criação e de ocupação de áreas de risco. Aliada às consequências geradas pelas mudanças climáticas, a ocupação de áreas de risco tem contribuído para a maior incidência de desastres nas cidades e, consequentemente, provocado o aumento de danos humanos e ambientais<sup>6</sup>.

Considerando que a moradia segura é um direito fundamental, reconhecido no arcabouço jurídico pátrio, e tendo em mente a importância do planejamento urbano na minoração dos problemas que resultam da intensa urbanização, só viabilizada pela criação de novas áreas de risco, especialmente no entorno das grandes cidades mineiras, o Estado tem produzido “novos Direitos” na busca de regulação desse fenômeno, dentre os quais o direito à Defesa Civil, vale dizer, à segurança e ao socorro público.

Entretanto, o tratamento da questão pelas administrações públicas municipais tem sido ineficaz como se percebe pelo amplo noticiário, especialmente na temporada das chuvas. Dentre as razões dessa ineficácia estão as limitações teóricas das ferramentas de planejamento urbano, a deficiência das análises de risco nem sempre implementadas no improviso das expansões urbanas, ordinariamente dadas como fatos consumados, e as imperfeições desses “novos Direitos” que se ressentem da carência de conhecimentos técnicos da parte do legislador e de conhecimentos de Direito da parte dos profissionais que lidam com o risco.

O artigo discute a fundamentação teórica e legal da ação da Defesa Civil na sua interação com o planejamento urbano, visando à implementação de um processo de contínua evolução como, aliás, é preconizado pelas Nações Unidas<sup>7</sup>.

O artigo tem como objetivo principal fomentar o debate sobre a importância da promoção de políticas públicas destinadas ao tratamento das áreas de risco, como também para o acesso à moradia segura.

O fomento ao debate pode auxiliar o processo de evolução da área pela disseminação do conhecimento e a reflexão sobre a efetividade das normativas atuais. A mobilização reativa do tema apenas em momentos de resposta a eventos traumáticos conduz a resultados pouco efetivos construídos em regime de urgência.

O artigo foi desenvolvido através de uma pesquisa exploratória com o emprego de uma abordagem qualitativa e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Foram reunidas diversas obras, relatórios e estudos relevantes da área, bem como as principais legislações vigentes no Estado de Minas Gerais.

O primeiro capítulo apresenta contextualiza o leitor sobre a evolução das normas relacionadas ao planejamento urbano. O segundo apresenta os principais conceitos sobre a teoria do risco e os relaciona com o contexto urbano. O terceiro debate sobre o direito ao acesso a uma moradia segura. E o quarto são apresentadas as principais legislações relacionadas a áreas de risco no estado de Minas Gerais. E por fim, os últimos dois capítulos são destinados as discussões e a conclusão do trabalho.

<sup>5</sup> SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes De; ALBINO, Priscilla Linhares. *Cidades sustentáveis: limites e possibilidades conceituais e regulatórias*. *Revista Direito e Sustentabilidade*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 95–109, 2018.

<sup>6</sup> UN HABITAT. *NOVA AGENDA URBANA*. United Nations Conference on Housing and Sustainable Urban Development. United Nations. Quito, 2016.

<sup>7</sup> UN HABITAT. *NOVA AGENDA URBANA*. United Nations Conference on Housing and Sustainable Urban Development. United Nations. Quito, 2016.

## Planejamento urbano

O planejamento urbano é tópico fundamental para que sejam encontradas soluções para o tratamento das áreas de risco existentes, bem como para o direcionamento da expansão de centros urbanos resilientes. Este primeiro capítulo do artigo visa contextualizar o leitor sobre as principais normas relacionadas a temática demonstrado a importância que as cidades possuem na vida das pessoas.

O município é o ente estatal mais próximo às pessoas. São neles que as pessoas vivem e interagem. A ideia de coletividade passa pela construção de comunidades que aumentam de tamanho até se tornarem cidades<sup>8</sup>. É nas cidades que as questões deixam de ser abstratas e passam a tomar sentido na vida das pessoas<sup>9</sup>.

Historicamente, as cidades foram sendo estabelecidas em determinados locais, escolhidos em razão da disponibilidade de condições mínimas necessária para a sobrevivência humana como, por exemplo, a facilidade do acesso à água, fartura de alimentos e existência de condicionantes ambientais que proporcionavam maior segurança às pessoas diante das ameaças existentes<sup>10</sup>.

Dentre os diversos momentos históricos, a Revolução Industrial foi o que mais marcou a realidade das cidades. Ela trouxe um novo modo de vida, de ocupação e de consumo, identificado como o “modo urbano” em oposição ao “modo rural”, no qual um número expressivo de pessoas saiu do campo e foi habitar e construir as cidades em busca de melhores condições de vida.<sup>11</sup>

Com o passar dos anos, nos países em desenvolvimento, a população tem crescido e demandado mais espaços para construção de moradias e demais estruturas necessárias para a rotina de uma cidade como as ruas e vias de trânsito<sup>12</sup>.

O crescimento das cidades de forma não planejada tem provocado diversos problemas para o ambiente urbano. Dentre eles, destacam-se: habitações insuficientes, meios de transporte público ineficazes, esgotamento sanitário inexistente, escassez de água potável canalizada, instalação irregular de lixões, doenças endêmicas e prestações de serviços de saúde e educação caóticos<sup>13</sup>.

Dentro desse contexto de expansão das cidades e do aumento dos impactos relacionados às mudanças climáticas e aos desastres de forma geral, tem sido reconhecida a necessidade da mudança no rumo do desenvolvimento para um modelo mais sustentável que pense nas necessidades atuais, mas também nas das gerações futuras<sup>14</sup>.

---

<sup>8</sup> BODNAR, Zenildo; PRIESS, Alexandre Dos Santos; BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. *A sustentabilidade por meio do planejamento urbano*. *Revista Brasileira de Direito*, [S. l.], v. 15, n. 3, p. 38, 2019.

<sup>9</sup> GARDNER, Gary. *Caminhando em direção a uma visão de cidade sustentável*. In: *Cidades podem ser sustentáveis*. [s.l.] : WorldwatchInstitute, 2016. p. 79-98.

<sup>10</sup> SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes De; ALBINO, Priscilla Linhares. *Cidades sustentáveis: limites e possibilidades conceituais e regulatórias*. *Revista Direito e Sustentabilidade*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 95-109, 2018.

<sup>11</sup> PRESTES, Fernando Figueiredo; POZZETTI, Valmir César. *A Primeira Norma Técnica Para Cidades Sustentáveis: Uma Reflexão Sobre a Problemática Urbana*. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 117, 2018.

<sup>12</sup> LEITE, Carlos; AWAD, Julinanadi Cesare Marques. *Cidades Sustentáveis: Desenvolvimento Sustentável num Planeta Urbano*. Porto Alegre: Bookman, 2012.

<sup>13</sup> PRESTES, Fernando Figueiredo; POZZETTI, Valmir César. *A Primeira Norma Técnica Para Cidades Sustentáveis: Uma Reflexão Sobre a Problemática Urbana*. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 117, 2018.

<sup>14</sup> UN HABITAT. *NOVA AGENDA URBANA*. United Nations Conference on Husing and Sustainable Urban Development. United Nations. Quito, 2016.

Diante da maior incidência de desastres, potencialização dos efeitos das mudanças climáticas, aumento da pobreza e das desigualdades sociais, torna-se necessária a busca por novos caminhos de desenvolvimento que equilibrem crescimento econômico, social e ambiental e que orientem um consumo mais racional voltado para não exaustão dos recursos naturais<sup>15</sup>. Dentro dessa busca e com base na corrente de pensamento voltado à promoção de desenvolvimento sustentável e de cidades mais resilientes, encontra-se a necessidade de aplicação e adoção de ações eficazes de planejamento urbano<sup>16</sup>.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 30 indica que cabe aos municípios a promoção do ordenamento territorial mediante o planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. De forma complementar, o artigo 182 indica que o Plano Diretor é o instrumento básico de desenvolvimento e de expansão urbana. A obrigatoriedade do Plano Diretor é imposta às cidades com mais de vinte mil habitantes, devendo ser aprovado pela Câmara Municipal. Como objetivo geral da política de desenvolvimento urbano é estabelecido o desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem estar de seus habitantes<sup>17</sup>.

A saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados são direitos sociais de todo cidadão brasileiro<sup>18</sup>

Para regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e direcionar a aplicação da política urbana foi publicado o Estatuto da Cidade, Lei Federal 10.257, em 10 de julho de 2001. Em seu artigo 2º, reafirmam-se os objetivos estabelecidos pelo parágrafo 1º do artigo 182 da Constituição para estabelecer que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Nesse intuito, ela indica uma série de diretrizes para a promoção da política urbana, das quais são destacados alguns pontos nos parágrafos seguintes.

A primeira diretriz estabelecida é a necessidade de garantia do direito à cidade que também é indicado na Constituição Federal. Ele está ligado ao direito à terra, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer. Ainda nesse item é estabelecida a necessidade da promoção de ações sustentáveis que assegurem o direito às cidades para a geração presente, mas também para as gerações futuras<sup>19</sup>.

São elementos básicos de uma cidade os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação<sup>20</sup>.

A política urbana deve ser desenvolvida por meio da promoção de ações que incentivem e garantam a participação democrática da população em todo o processo de formulação, execução e acompanhamento das medidas adotadas. Ainda é definido no Estatuto da Cidade que seja promovida a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e a sociedade para que o processo de urbanização atenda ao interesse social<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> UN HABITAT. *NOVA AGENDA URBANA*. United Nations Conference on Husing and Sustainable Urban Development. United Nations. Quito, 2016.

<sup>16</sup> BICHEUTI, Roberto Schoproni; GOMES, ClandiaMaffini; KNEIPP, Jordana Marques; MOTKE, Frances Diego; COSTA, Carlos da Rafael Röhrg. *Cidades Sustentáveis no Contexto Brasileiro: A Importância do Planejamento para o Desenvolvimento Urbano Sustentável*. In: XIX ENCONTRO INTERNACIONAL SOBRE GESTÃO EMPRESARIAL E MEIO AMBIENTE, 2017, p. 1-16.

<sup>17</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, 1988.

<sup>18</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, 1988.

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei Federal 10.257 de 10 de julho de 2001*.

<sup>20</sup> BRASIL. *Lei 6766 de 19 de dezembro de 1979*.

<sup>21</sup> BRASIL. *Lei Federal 10.257 de 10 de julho de 2001*.

Dentro da dimensão social da sustentabilidade das cidades<sup>22</sup>, é estabelecido que a política urbana deve promover a justa distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização. Ainda dentro do contexto social, a lei define que<sup>23</sup> devem ser buscadas soluções que simplifiquem a legislação de parcelamento, ocupação e uso do solo para permitir a redução dos custos e aumento da oferta de lotes e unidades habitacionais; ademais, devem ser realizadas ações para regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas pela população de baixa renda.

Sobre o ordenamento e uso do solo, o Estatuto da Cidade define que devem ser planejadas e executadas ações para evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos; a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana; a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente; a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; a deterioração das áreas urbanizadas; a poluição e a degradação ambiental; e a exposição da população a riscos de desastres.

O último item supracitado sobre a exposição da população a riscos de desastres foi inserido somente no ano de 2012 com a publicação da Lei Federal 12.608, que estabelece a política nacional de proteção e defesa civil.

A Lei Federal 6.766 de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do uso do solo define que não pode ser feito o parcelamento dos terrenos que sejam sujeitos a inundação, estejam em locais onde tenham sido aterrado materiais nocivos à saúde humana, estejam em áreas com declividade superior a trinta por cento e onde as condições geológicas não recomendem as edificações. No parágrafo 3º do artigo 12 ainda fica vedado o loteamento ou desmembramento de locais identificados como de risco.

São instrumentos da política urbana os planos nacionais, regionais e estaduais que tratem do ordenamento do território e desenvolvimento econômico e social, bem como os planos de gestão das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões. Coerentemente, compõem as competências municipais como instrumentos da política urbana os seguintes: a) o Plano Diretor para as cidades que se enquadrem no disposto no artigo 41 da Lei Federal 10.257/2001; b) a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) o Zoneamento Ambiental; d) O Plano Plurianual; e) as Diretrizes Orçamentárias e Orçamento anual; f) a gestão orçamentária participativa; g) planos, programas e projetos setoriais; h) planos de desenvolvimento econômico e social<sup>24</sup>.

Dentre os citados instrumentos, destaca-se o Plano Diretor que baliza as formas de uso e ocupação do solo com a delimitação e indicação das áreas de acordo com a finalidade pretendida e que, por isso, orienta o desenvolvimento local. Ele deve ser elaborado por meio de ampla participação e contribuição social<sup>25</sup>. Como se observa, o Plano Diretor, se for implementado com a força de lei que tem, é o legítimo instrumento de gestão municipal no sentido da redução dos riscos de desastres naturais. Entretanto, o princípio da realidade se aplica e frequentemente a tibieza dos órgãos de controle administrativo,

<sup>22</sup> DIAS, Reinaldo. *Sustentabilidade: origem e fundamentos; educação e governança global; modelo de desenvolvimento*. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>23</sup> BRASIL. *Lei Federal 10.257 de 10 de julho de 2001*.

<sup>24</sup> BRASIL. *Lei 6766 de 19 de dezembro de 1979*.

<sup>25</sup> MI, Ministério da Integração Nacional. *Módulo de formação: noções básicas em proteção e defesa civil e em gestão de riscos: livro base*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, Departamento de Minimização de Desastres, 2017.

incluindo o Ministério Público, torna culposa a omissão que gera os desastres frequentes nas cidades brasileiras.

Como elucidado, os municípios são o centro da vida das pessoas. Para que as políticas públicas sejam percebidas pelas pessoas, as ações devem ser iniciadas e pensadas em sua aplicação no ente municipal. A partir da apresentação dos principais tópicos legais relacionados a planejamento urbano fica demonstrado a notória necessidade de integração dele com todas as ações relacionadas a proteção civil.

### A teoria do risco aplicada ao território

O estudo do risco é algo relativamente recente quando pensada na temática de proteção civil. Hoje, toda a legislação relacionada indica a necessidade da priorização da realização de medidas voltadas para a redução do risco de desastres. Dentro desse contexto, será apresentada de forma sucinta a ideia e o conceito de risco para a compreensão do leitor sobre a interseção dele com a área de planejamento urbano.

O conceito de risco é importante na formação de uma base conceitual orientativa do planejamento urbano e da ação da Defesa Civil. Trata-se na verdade de um conceito aplicável a diversas áreas do agir humano que traz consigo a noção básica da incerteza dos resultados das ações humanas ou de fatos da natureza.

Ao se estudar o risco pensa-se sobre o que pode acontecer, com maior ou menor probabilidade, mas obviamente sem a certeza de sua concretização<sup>26</sup>. A noção de risco está associada à sutil combinação entre o conhecimento possível e a incerteza. Nesse sentido, ao risco está associada a ideia básica de probabilidade<sup>27</sup>.

De uma forma objetiva, verifica-se que o risco é associado a um evento qualquer, à probabilidade de ocorrência de consequências negativas e à grandeza dessas consequências<sup>28</sup>. Estas são três dimensões independentes que permitem a definição completa do risco<sup>29</sup>. Isto é, toda menção ao risco a que está exposto um indivíduo, uma comunidade ou um sistema físico que não discrimina a que evento ou cenário em particular se refere, sua probabilidade de ocorrer e a grandeza mínima das consequências que dele decorrem não é mais do que uma noção subjetiva do risco e, consequentemente, tem pouca utilidade para fins de Engenharia e Direito.

Para enfatizar esse aspecto, diversos autores utilizam uma nomenclatura matemática que expressa o risco pelas triplas ordenadas  $R_i = \{S_i; p_i; C_i\}$ ,  $i = 1, N$  onde  $R_i$  é o risco associado ao cenário  $S_i$  do evento em estudo cuja probabilidade de ocorrer é  $p_i$  e, ocorrendo, capaz de gerar consequências de grandeza mínima  $C_i$ , sendo  $i$  a ordem do cenário investigado dentre  $N$  escolhidos para esse fim<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> ABNT, Associação Brasileira de Normas Técnicas. *NBR ISO 31000: Gestão de riscos - Diretrizes*. [s.l: s.n.]. LOURENÇO, Luciano; BETÂMIO, Almeidam A. *Alguns conceitos à luz da teoria do risco*. In: *Riscos e Crises: da teoria à plena manifestação*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019. p. 17-78.

<sup>27</sup> ALMEIDA, A. Betâmio De. *Gestão do risco e da incerteza: conceitos e filosofia subjacente*. In: *Realidades e desafios na gestão dos risco: diálogo entre ciência e utilizadores*. Coimbra: Núcleo de Investigação científica de Incêndios Florestais. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2014. p. 19-29.

<sup>28</sup> International Strategy for Disaster Reduction (ISDR). *Terminology on Disaster Risk Reduction*. English ve ed. [s.l.] : United Nations, 2009.

<sup>29</sup> KAPLAN, Stanley; GARRICK, B. John. *On the quantitative definition of risk*. Risk Analysis, Vol. 1, nº 1, 1981. CLARET, Antônio Maria et al. *Revisiting the risk concept in Geotechnics: qualitative and quantitative methods*. REM: Int. Eng. J., Ouro Preto, 70(1), 27-32, jan./mar, 2017.

<sup>30</sup> CLARET, Antônio Maria et al. *Revisiting the risk concept in Geotechnics: qualitative and quantitative methods*. REM: Int. Eng. J., Ouro Preto, 70(1), 27-32, jan./mar, 2017.

Para ilustrar, se o Plano Diretor vai determinar que uma dada área próxima de um rio não pode ser ocupada em face do risco de inundação, fica claro que esse é o cenário de risco, em particular considerado dentre outros como o movimento de massa e a poluição das águas. Mas, como inexiste o risco nulo, a grandeza do risco de inundação precisa ser avaliada e a sua probabilidade. Essa análise de riscos como dado do planejamento urbano necessita ser feita e é um dos parâmetros a ser considerado nas intervenções da Defesa Civil.

Por se tratar de um conceito técnico, frequentemente as decisões de intervenções da Defesa Civil se fazem com base no conceito de vulnerabilidade. Esse conceito expressa alguma condição ou estado do sistema (indivíduo, comunidade, sistema físico) em estudo que o torna capaz de ser atingido negativamente pelos efeitos de um evento<sup>31</sup>. Frequentemente, as vulnerabilidades de um sistema podem ser várias, interdependentes ou não, adquiridas após certo tempo da sua constituição ou já existentes na sua origem, removíveis ou não mediante intervenção humana ou natural. Para ilustrar, as fundações superficiais de muitas edificações situadas em encostas as tornam vulneráveis a movimentos de massa.

Vulnerabilidade por si só não implica em maior ou menor probabilidade de um evento catastrófico, porque o indivíduo, comunidade ou sistema pode jamais estar exposto ao perigo do evento. Por essa razão, a exposição ao perigo é também uma noção que se emprega em teoria do risco, não sem causar alguma ambiguidade, quando não se toma o devido cuidado. Uma pessoa pode concluir que sua casa é vulnerável ao rompimento de uma barragem, mas não está exposta a esse risco por se localizar muito distante de uma. No entanto, essa edificação continua sendo vulnerável e exposta a vendavais em face das mudanças climáticas<sup>32</sup>.

Se um indivíduo, comunidade ou sistema físico é vulnerável a um determinado evento e está exposto a ele, ele pode ser dito susceptível de vir a sofrer os impactos negativos desse evento<sup>33</sup>. Há nesse conceito uma sutil noção de probabilidade que não está presente na noção de vulnerabilidade. O mapa de susceptibilidade, frequentemente utilizado no estudo de riscos associados a eventos geológicos, hidrológicos e climáticos em geral consiste no lançamento no espaço de uma avaliação primária e nocional dos efeitos negativos em função da localização do sistema, comunidade ou indivíduo<sup>34</sup>.

O estudo da exposição deve ser feito individualmente e pode variar em razão do tempo. Como por exemplo, a exposição das pessoas presentes em uma escola que pode ser inundada em caso de chuva irá depender do momento estudado. Durante o período diurno em que elas estão na edificação o nível de exposição é alto, mas, no entanto, à noite quando as pessoas não estão lá, ele passa a ser baixo<sup>35</sup>.

Então, área de risco deve ser entendido como o local onde existem pessoas, animais, bens e demais elementos que possuem relevância social, que por suas

<sup>31</sup> MI, Ministério da Integração Nacional. *Módulo de formação: noções básicas em proteção e defesa civil e em gestão de riscos: livro base*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, Departamento de Minimização de Desastres, 2017.

<sup>32</sup> LOURENÇO, Luciano; BETÂMIO, Almeidam A. *Alguns conceitos à luz da teoria do risco*. In: *Riscos e Crises: da teoria à plena manifestação*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019. p. 17-78.

<sup>33</sup> LOURENÇO, Luciano; BETÂMIO, Almeidam A. *Alguns conceitos à luz da teoria do risco*. In: *Riscos e Crises: da teoria à plena manifestação*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019. p. 17-78.

<sup>34</sup> ALMEIDA, A. Betâmio De. *Gestão do risco e da incerteza: conceitos e filosofia subjacente*. In: *Realidades e desafios na gestão dos risco: diálogo entre ciência e utilizadores*. Coimbra: Núcleo de Investigação científica de Incêndios Florestais. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2014. p. 19-29.

<sup>35</sup> UFRGS, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *Capacitação em Gestão de Riscos*. 2 ed. Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016.

características se tornam suscetíveis a ocorrência de ameaças. De forma sintetizada, são os locais onde é possível a manifestação de uma ameaça, que pode causar danos humanos, sociais e materiais<sup>36</sup>.

É importante acrescentar que, não existindo o risco nulo – também denotado como “risco zero” – a Engenharia e o Direito precisam trabalhar com a noção de risco máximo admissível. Isto é, não pode o Direito exigir que a Engenharia produza um sistema cujo risco seja nulo, mas apenas menor ou igual ao risco máximo aceitável. A gestão de risco visa a identificar os riscos mais significativos associados a um sistema, analisá-los com o fim quantificá-los e desenvolver as ações – ações de mitigação de riscos – necessárias para enquadrá-los nos limites admissíveis<sup>37</sup>.

Apesar de a gestão de riscos buscar tornar-se cada vez mais científica, o sucesso da mitigação de riscos, quando se trata de indivíduos e comunidades, depende em grande parte da sua preparação para agir durante os eventos e da sua capacidade de resposta. O fato de que as mudanças climáticas têm generalizado os eventos desastrosos em todo o mundo fez a ONU a proclamar a incentivar a adoção de políticas que visam a elevar a resiliência das populações<sup>38</sup>.

Conforme apresentado, a gestão do risco nos territórios é fato de fundamental importância para a criação de cidades seguras e resilientes. A adoção de ações relacionadas a setorização e ao tratamento das áreas de risco no plano diretor municipal é pré-requisito para os objetivos normativos estabelecidos nas normas relacionadas sejam alcançados.

## O direito à moradia segura

Dentro do contexto de debate do presente artigo, a adoção de políticas públicas voltadas a promoção de moradias seguras acessíveis pela população mais vulnerável é de suma importância para a criação de cidades resilientes. Nesse item serão apresentadas e debatidas definições legais relacionadas a temática.

A moradia é direito social de todo cidadão brasileiro estabelecido pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988, mas tem sido difícil de garantir em face do crescimento desordenado das cidades.

...crescimento urbano que, sob a égide de discursos desenvolvimentistas de agentes públicos e privados, têm (re)produzido cidades desiguais, fragmentadas e ausentes de sustentabilidade, dão o tom e, por sua vez, elevam o grau dos impactos socioambientais com os quais convivem as sociedades citadinas historicamente (p.349)<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> BRASIL. Decreto 10.692 de 3 de maio de 2021.

<sup>37</sup> CLARET, Antônio Maria et al. *Revisiting the risk concept in Geotechnics: qualitative and quantitative methods*. REM: Int. Eng. J., Ouro Preto, 70(1), 27-32, jan./mar, 2017.

<sup>38</sup> MDR, Ministério do Desenvolvimento Regional. *Caderno GIRD+10: Caderno Técnico de Gestão Integrada de Riscos e Desastres*. 1 ed ed. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, 2021.

<sup>39</sup> SILVA, Dweison Nunes Souza; GOMES, Edvânia Torres Aguiar. *A sustentabilidade possível no planejamento urbano: um olhar sobre a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento, [S. l.], v. 9, n. 3, p. 348-363, 2020.

O acesso à moradia nas cidades em grande parte tem sido controlado pelo valor de uso e pelas leis de mercado ligadas a oferta e a procura dentro do território urbano. Isso tem promovido cada dia mais a exclusão das pessoas que não possuem recursos financeiros da possibilidade de obtenção ou uso de um imóvel digno que propicie a condição de segurança para os que nele são residentes<sup>40</sup>.

Em razão da condição de pobreza por grande parte da população, o aumento das desigualdades sociais e as leis de mercado que tornam o preço dos imóveis inacessíveis, cada dia mais as cidades são expandidas e estabelecidas novas áreas com ocupações irregulares, constituídas por edificações precárias sem acesso a serviços básicos que deveriam ser garantidos como saneamento, água, mobilidade urbana e segurança<sup>41</sup>. Estima-se que dois de cada três habitantes das cidades estejam vivendo em favelas ou subabitações<sup>42</sup>.

O dado é estarrecedor: a população mundial que vive em favelas cresce a uma taxa de 25% ao ano; 31,6% da população mundial, quase 1 bilhão de pessoas, vivem em favelas. As projeções da ONU apontam para um cenário de 100 milhões de pessoas morando em favelas em 2020<sup>43</sup>.

Concordantemente, o diagnóstico publicado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul afirma:

A urbanização, a migração, o crescimento populacional e o desenvolvimento econômico aumentam a concentração de pessoas e recursos em áreas suscetíveis a desastres<sup>44</sup>

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), visando auxiliar o processo de promoção e desenvolvimento de ações para a redução do risco de desastres, realizou um estudo para o diagnóstico das áreas de risco presentes nos municípios brasileiros. Nele, constatou-se que, no Estado de Minas Gerais, 14,8% da população dos municípios monitorados residiam em áreas de risco, como ilustram os seguintes dados.

No Estado de Minas Gerais, destacaram-se os municípios de Belo Horizonte, com 389218 habitantes (16,4% do total do município), Ribeirão das Neves, com 179314 habitantes (60,5% do total do município) e Juiz de Fora com 128946 habitantes (25,0% do total do município)<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> SILVA, Dweison Nunes Souza; GOMES, Edvânia Torres Aguiar. *A sustentabilidade possível no planejamento urbano: um olhar sobre a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento, [S. I.], v. 9, n. 3, p. 348–363, 2020.

<sup>41</sup> SILVA, Dweison Nunes Souza; GOMES, Edvânia Torres Aguiar. *A sustentabilidade possível no planejamento urbano: um olhar sobre a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento, [S. I.], v. 9, n. 3, p. 348–363, 2020.

UN HABITAT. *NOVA AGENDA URBANA*. United Nations Conference on Husing and Sustainable Urban Development. United Nations. Quito, 2016.

<sup>42</sup> LEITE, Carlos; AWAD, Julinanadi Cesare Marques. *Cidades Sustentáveis: Desenvolvimento Sustentável num Planeta Urbano*. Porto Alegre: Bookman, 2012.

<sup>43</sup> LEITE, Carlos; AWAD, Julinanadi Cesare Marques. *Cidades Sustentáveis: Desenvolvimento Sustentável num Planeta Urbano*. Porto Alegre: Bookman, 2012.

<sup>44</sup> UFRGS, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *Capacitação em Gestão de Riscos*. 2 ed ed. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016.

<sup>45</sup> Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *População em áreas de risco no Brasil*. Rio de Janeiro, 2018.

Outra forma de expressão do aumento do número de pessoas vivendo em áreas de risco urbanas é o déficit habitacional<sup>46</sup>. Déficit habitacional deve ser entendido como o indicador que apresenta o número de habitações que precisam existir para suprir a demanda da população e ou o número de moradias que apresentam condições inadequadas para habitação<sup>47</sup>. Com fins de atualizar dados sobre essa situação, a Fundação João Pinheiro (FJP) realizou um estudo para levantamento do déficit habitacional existente no país. Para esse fim, foram criadas as seguintes categorias: (a) habitações precárias; (b) coabitacões; (c) moradias com ônus excessivo do aluguel. São consideradas habitações precárias os domicílios rústicos e improvisados; coabitacões, as unidades domésticas conviventes e domicílio cômodo<sup>48</sup>. Todas essas categorias consideram-se inadequadas, exceto aquelas onde o aluguel representa um custo excessivo. O estudo foi feito com famílias urbanas com renda domiciliar de até três salários mínimos que gastam mais de 30% de sua renda com aluguel. A conclusão é de que o déficit habitacional apresentou tendência de crescimento no quadriênio 2016-2019, superando em todo o período o déficit de 5,5 milhões de habitações na faixa pesquisada.

Logo, espera-se nos próximos anos o aumento das áreas de risco urbanas o que exige planejamento urbano intenso no sentido de mitigar os riscos inerentes e ações de Defesa Civil para o atendimento dos eventos desastrosos que são inevitáveis nessas situações.

Conforme apresentado, atualmente existe um grande déficit habitacional que deve ser estudado e analisado com a finalidade de garantir o direito constitucional a moradia segura por toda a população e mais especificamente para a população mais carente que não possui recursos, nem crédito para ter acesso a ela. Tal fato pode ser um dos fatores que contribui para o crescimento das áreas de risco nas cidades brasileiras e que, portanto, merece ser estudado e tratado.

### **Aspectos Legais sobre áreas de risco no Estado de Minas Gerais**

Como indicado o presente artigo visa fomentar o debate e a promoção de políticas públicas voltadas a redução das áreas de risco. Com isso, ele apresenta conceitos relacionados a temática sendo destacados o planejamento urbano e o déficit habitacional existente. Para tornar o debate mais abrangente, este capítulo apresentará as principais normativas vigentes no estado de Minas Gerais que dispõe sobre como devem ser tratadas as áreas de risco mapeadas no território.

As primeiras deliberações em lei sobre ações que devem ser tomadas diante da existência das áreas de risco foram identificadas na Lei Federal Nº 6.766/1979 e na Lei Federal Nº 10.257/2001.

A primeira identifica os locais, onde não pode ser feito o parcelamento do solo. Apesar de não ser citada a palavra risco, no parágrafo único do artigo 3º são reconhecidos aspectos muito parecidos com aqueles que indicam a sua existência como, por exemplo, percentual de declividade do terreno ou localização suscetível a inundação. Já a segunda

<sup>46</sup> SILVA, Dweison Nunes Souza; GOMES, Edvânia Torres Aguiar. *A sustentabilidade possível no planejamento urbano: um olhar sobre a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento, [S. l.], v. 9, n. 3, p. 348-363, 2020.

<sup>47</sup> Fundação João Pinheiro (FJP). *Deficit Habitacional E Inadequação De Moradias no Brasil: Principais Resultados para o Período de 2016 a 2019*.

<sup>48</sup> Fundação João Pinheiro (FJP). *Deficit Habitacional E Inadequação De Moradias no Brasil: Principais Resultados para o Período de 2016 a 2019*.

menciona-o explicitamente na letra (h) do inciso VI do artigo 2º. O inciso em comento estabelece que as ações relacionadas ao ordenamento, uso e ocupação do solo devem ser feitas para evitar que a população fique exposta ao risco.

A terceira lei a tratar sobre o tema é a Lei Estadual Nº 20.009 de 4 de janeiro de 2012. Ela dispõe sobre a identificação e a declaração de áreas classificadas como de vulnerabilidade ambiental. Nela fica estabelecido que somente o Poder Público pode decidir que determinada área deve ser considerada como de vulnerabilidade ambiental. A população, organizações não governamentais e a Defesa Civil podem auxiliar o processo de mapeamento das áreas de risco por meio de sugestões que devem ser enviadas a um órgão estadual, definido pelo poder executivo estadual. Mas, não foi encontrado nenhum decreto estadual que regulamenta esta lei e que define o órgão responsável pelo reconhecimento e pela realização das ações de prevenção nesses locais por parte da esfera estadual.

Para a declaração e reconhecimento da área como de vulnerabilidade ambiental, a Lei Estadual 20.009/2012 estabelece que devem ser seguidos os seguintes passos: (a) identificação dos locais onde é possível a ocorrência de acidentes; (b) análise do nível de risco do local; (c) identificação dos impactos, das consequências que podem ser provocadas pelo acidente em estudo; e (d) definição das ações necessárias para seu controle.

Ainda nesta mesma lei são definidas as ações que devem ser adotadas a partir do reconhecimento de tais áreas, dentre elas as seguintes: (a) priorizar nelas de obras para diminuição da probabilidade de acidente; (b) implantar no local os equipamentos urbanos necessários para redução do risco de desastres.

Ressalta-se que a Lei Estadual Nº 20.009/2012 foi alterada com a publicação da Lei Estadual 23.291 de 25 de fevereiro de 2019 que estabelece a Política Estadual de Segurança de Barragens – PESB. A partir dela, os locais onde haja cruzamento de rodovias com rios de preservação permanente ou rios que são utilizados para o abastecimento público e os locais onde haja comunidade na zona de auto salvamento (ZAS) de barragem destinada à acumulação ou à disposição final ou temporária de rejeitos e resíduos industriais ou de mineração, independentemente do porte e do potencial poluidor já possuem o reconhecimento automático como área de vulnerabilidade ambiental.

Em 2012, concomitantemente com a lei estadual, foi publicada a Lei Federal Nº 12.608, de 10 de abril, que estabelece a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDC. Ela tem grande importância para o fortalecimento da área de proteção e defesa civil no cenário nacional, pois impulsiona fortemente no País a cultura voltada para a prevenção de desastres.

A lei do PNPDC destaca que todo o planejamento em proteção e defesa civil deve ser feito com base em estudos e pesquisas sobre áreas de risco e incidência de desastres. Ela ainda define que a gestão territorial deve incorporar ações direcionadas para a redução do risco de desastres e que as áreas ambientalmente vulneráveis não devem ser ocupadas, realocando-se as pessoas que lá estejam. No entanto, ela define que a remoção das pessoas tem como condição fundamental um laudo técnico que demonstre a condição de risco para as pessoas.

Quanto às funções atribuídas aos entes federativos, ela define que a União e o Estado devem realizar ações para a identificação das áreas de risco, bem como realizar o monitoramento e promover estudos para o conhecimento sobre perigos, vulnerabilidades e suscetibilidades. Mas, o ente político central com maiores competências relacionado às áreas de risco são os Municípios. Nesse sentido, a Lei Nº 12.608/2012 define as suas competências, em geral atribuídas à Defesa Civil municipal: (a) Identificar e mapear áreas

com riscos de desastres; (b) Fiscalizar as áreas de risco com fins de evitar sua ocupação; (c) Vistoriar as áreas com suspeita de risco removendo a população quando identificado alto risco ou edificações vulneráveis ao risco; (d) Manter a população informada sobre as áreas de risco; (e) Manter a população informada sobre os protocolos que devem ser seguidos em caso de emergência.

De forma complementar à PNPDC, o Decreto Federal Nº 10.692 de 3 de maio de 2021 institui o cadastro nacional dos municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de inundações bruscas, deslizamentos de grande impacto e processos geológicos correlatos. A inclusão no cadastro nacional pode ser feita por meio de solicitação do município ou indicação do Estado ou da União. No entanto, a ação deve estar fundamentada em laudo técnico.

Ainda como medida preventiva, a lei do PNPDC estabelece que os programas habitacionais do governo devam priorizar as populações e comunidades residentes em áreas de risco. Sobre o uso e ocupação do solo, ela define que é vedada a concessão de licença ou alvará de construção em áreas de risco identificadas como não edificáveis no plano diretor ou legislação dele derivada.

Ainda, por meio da publicação da Lei Federal Nº 12.608/2012, foi incluído o inciso VI ao artigo 41 da Lei Federal Nº 10.257/2001. Ele torna obrigatório aos municípios que estejam dentro do Cadastro Nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos a elaboração e orientação do ordenamento territorial por meio de Plano Diretor.

A Lei Estadual Nº 23.291/2019 que dispõe sobre a PESB, primeiramente, como já dito nos parágrafos anteriores, indica que as localidades que estejam dentro das ZAS são reconhecidas como áreas de vulnerabilidade ambiental. Em seu artigo 12, ela ainda proíbe a concessão de licença ambiental para construção, instalação, ampliação ou alteamento de barragem em cujos estudos de cenários de rupturas seja identificada comunidades localizadas em ZAS. A Lei Federal Nº 12.334/2010 ainda define que o Poder Público Municipal deve realizar ações para impedir o parcelamento, uso e ocupação do solo dentro de área caracterizada como ZAS sob pena de responder por improbidade administrativa.

Os municípios que estiverem cadastrados no sistema nacional devem possuir órgão municipal e defesa civil bem como plano de contingência, além disso devem elaborar plano de obras para a redução do risco de desastres, elaborar carta geotécnica para direcionamento do uso e da ocupação do território, criar mecanismos para controle e fiscalização para evitar o aumento das edificações em áreas de risco e atualizar o cadastro sobre a evolução das ocupações em áreas suscetíveis a desastres anualmente<sup>49</sup>.

Em Minas Gerais, as áreas suscetíveis a inundações que podem ser provocadas pelo rompimento de barragens de mineração devem ser sinalizadas, as manchas de inundação divulgadas e a população treinada nos procedimentos de evacuação e cadastrada para o subsídio de informações quanto à definição dos recursos necessários em caso de emergência<sup>50</sup>.

Como elucidado, no estado de Minas Gerais, existem diversas normas que dispõe sobre o tratamento de áreas de risco em especial para as áreas suscetíveis a inundação que podem ser provocadas pelo rompimento de barragens.

<sup>49</sup> BRASIL. Decreto 10.692 de 3 de maio de 2021.

<sup>50</sup> GABINETE MILITAR DO GOVERNADOR E COORDENADORIA ESTADUAL DE DEFESA CIVIL (GMG/CEDEC). *Instrução Técnica n. 01*. Belo Horizonte, 2021.

Dentre as principais medidas indicadas pelas normas destacam-se a identificação e mapeamento das áreas suscetíveis a algum tipo de risco, a necessidade de sinalização delas no território e a realização de medidas voltadas para comunicação do risco com a população.

## Discussão e Conclusão

O planejamento urbano é dessas áreas das ciências sociais aplicadas que cativam grande número de profissionais de diversas especialidades. De fato, sendo interdisciplinar, o planejamento urbano, como seu objeto, as cidades, chama à atenção arquitetos, engenheiros, economistas, cientistas sociais e juristas, dentre vários outros profissionais e estudiosos. Os juristas entram nessa seara pela via do “direito fundamental à cidade” que de forma ampla assiste aos humanos que a têm como o lugar, por excelência, de gozo dos demais direitos fundamentais.

A população brasileira se urbanizou de forma predominante a partir da Proclamação da República. Cidades planejadas nesse período eram raras. Os instrumentos técnicos de planejamento eram muito precários nessa época, e o planejamento não pôde prever o grande movimento de urbanização que ocorreu, no Brasil, na segunda metade do Século XX, notadamente a partir dos anos setentas. Em consequência, as cidades brasileiras entram no Século XXI já enfrentando os desafios da ocupação das áreas de risco, associados aos problemas de mobilidade, poluição ambiental e segurança pública.

A conscientização social e política de que o direito à moradia segura condiciona a implementação de outros direitos fundamentais foi a mola propulsora da inserção do planejamento urbano no ordenamento jurídico pátrio <sup>51</sup>. De fato, o lugar de morar é o lugar onde predominantemente se desenvolvem os laços sociais da pessoa humana. Sem a moradia adequada, é muito difícil implementar outros direitos sociais (saúde, educação, alimentação) e culturais (liberdade de expressão; direito ao patrimônio histórico; direito à diversidade e à identidade cultural; direito de acesso aos bens culturais) bem como alguns dos direitos civis e políticos (direito de votar; direito de iniciativa popular; direito de participação em partidos políticos).

Se é inquestionável que a sustentação jurídica do planejamento urbano exigiu alguns anos de amadurecimento político até culminar com o Estatuto da Cidade, torná-lo efetivo parece exigir algumas décadas a mais. De fato, embora exigido em vários dispositivos legais, o planejamento urbano se perde dentro de um cenário político e socioeconômico balizado pelo grande déficit de moradias. Ou seja, apenas as classes sociais mais elevadas se beneficiam do planejamento urbano. As comunidades erigidas em áreas de risco não são atingidas por ele, a não ser pela previsão de “remoção” para outras áreas aonde não necessariamente se podem erigir moradias dignas e capazes de propiciar o gozo do direito à cidade.

Então, restou ao Poder Público a implementação da Defesa Civil em âmbito nacional como recurso para atendimento tipicamente de socorro nas emergências. Nesse particular, as técnicas utilizadas são equiparáveis às dos países desenvolvidos, lamentavelmente impulsionadas pelas ocorrências de desastres naturais, já intensos e frequentes no País que outrora se chamou de “paraíso tropical”.

<sup>51</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*  
BRASIL. *Lei 12.334* de 20 de setembro de 2010.

No tocante ao planejamento urbano, parece desejável leis mais gerais que contemplam, além das atividades de socorro, a cargo da Defesa Civil, as atividades de recuperação, de transferência do financiamento do custo dos danos, de educação para desenvolver a resiliência e de mitigação de riscos. Antes, será necessário retirar a análise de riscos da fase qualitativa em que se encontra, esta baseada em “achismos”, e evoluí-la para uma fase quantitativa em que venha a ser efetivamente um instrumento de planejamento urbano.

## REFERÊNCIAS

ABNT, Associação Brasileira de Normas Técnicas. *NBR ISO 31000: Gestão de riscos - Diretrizes*. [s.l.: s.n.]. Disponível em:  
<http://200.129.168.182:4030/attachments/download/7055/0000077796-ISO31000.pdf>. Acesso em: 10 de nov. de 2021 às 20h00min.

ALMEIDA, A. Betâmio De. *Gestão do risco e da incerteza: conceitos e filosofia subjacente*. In: *Realidades e desafios na gestão dos risco: diálogo entre ciência e utilizadores*. Coimbra: Núcleo de Investigação científica de Incêndios Florestais. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2014. p. 19–29.

BICHUETI, Roberto Schoproni; GOMES, Clandia Maffini; KNEIPP, Jordana Marques; MOTKE, Frances Diego; COSTA, Carlos da Rafael Röhrig. *Cidades Sustentáveis no Contexto Brasileiro: A Importância do Planejamento para o Desenvolvimento Urbano Sustentável*. In: *XIX ENCONTRO INTERNACIONAL SOBRE GESTÃO EMPRESARIAL E MEIO AMBIENTE*, 2017, p. 1–16.

BODNAR, Zenildo; PRIESS, Alexandre Dos Santos; BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. *A sustentabilidade por meio do planejamento urbano*. *Revista Brasileira de Direito*, [S. l.], v. 15, n. 3, p. 38, 2019.

BRASIL. *Lei 6766* de 19 de dezembro de 1979, 1979. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm). Acesso em: 12 de nov. de 2021 às 21h00min.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, 1988. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucional/constitucional.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm). Acesso em: 12 de nov. de 2021 às 21h20min.

BRASIL. *Lei Federal 10.257* de 10 de julho de 2001, Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm). Acesso em: 12 de nov. de 2021 às 21h35min.

BRASIL. *Lei 12.334* de 20 de setembro de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm.htm). Acesso em: 12 de nov. de 2021 às 21h10min.

BRASIL. *Lei 12.608* de 10 de abril de 2012. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12608.htm). Acesso em: 12 de nov. de 2021 às 22h00min.

BRASIL. *Decreto 10.692* de 3 de maio de 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Decreto/D10692.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Decreto/D10692.htm). Acesso em: 12 de nov. de 2021 às 21h00min.

CLARET, Antônio Maria et al. *Revisiting the risk concept in Geotechnics: qualitative and quantitative methods*. REM: Int. Eng. J., Ouro Preto, 70(1), 27-32, jan./mar, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0370-44672016700089>. Acesso em: 29 de ago. 2022 às 21h57min.

DIAS, Reinaldo. Sustentabilidade: origem e fundamentos; educação e governança global; modelo de desenvolvimento. São Paulo: Atlas, 2015.

Fundação João Pinheiro (FJP). *Deficit Habitacional E Inadequação De Moradias no Brasil: Principais Resultados para o Período de 2016 a 2019*. [s.l.: s.n.]. Disponível em: [http://novosite.fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/04.03\\_Cartilha\\_DH\\_compressed.pdf](http://novosite.fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/04.03_Cartilha_DH_compressed.pdf). Acesso em: 15 de nov. de 2021 às 21h00min.

GABINETE MILITAR DO GOVERNADOR E COORDENADORIA ESTADUAL DE DEFESA CIVIL (GMG/CEDEC). *Instrução Técnica n. 01*. Belo Horizonte, 2021.

GARDNER, Gary. *Caminhando em direção a uma visão de cidade sustentável*. In: *Cidades podem ser sustentáveis*. [s.l.] : Worldwatch Institute, 2016. p. 79–98.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). População em áreas de risco no Brasil. Rio de Janeiro, 2018.

International Strategy for Disaster Reduction (ISDR). *Terminology on Disaster Risk Reduction*. English ve ed. [s.l.] : United Nations, 2009. Disponível em: [https://iwhw.boku.ac.at/LVA816343/Background\\_Material\\_2021/UNISDR\\_Terminology\\_on\\_Disaster\\_Risk\\_Reduction\\_2009.pdf](https://iwhw.boku.ac.at/LVA816343/Background_Material_2021/UNISDR_Terminology_on_Disaster_Risk_Reduction_2009.pdf). Acesso em: 20 de nov. de 2021 às 19h15min.

KAPLAN, Stanley; GARRICK, B. John. *On the quantitative definition of risk*. *Risk Analysis*, Vol. 1, nº 1, 1981.

LEITE, Carlos; AWAD, Julinanadi Cesare Marques. *Cidades Sustentáveis: Desenvolvimento Sustentável num Planeta Urbano*. Porto Alegre: Bookman, 2012.

LOURENÇO, Luciano; BETÂMIO, Almeidam A. *Alguns conceitos à luz da teoria do risco*. In: *Riscos e Crises: da teoria à plena manifestação*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019. p. 17–78.

MDR, Ministério do Desenvolvimento Regional. *Caderno GIRD+10: Caderno Técnico de Gestão Integrada de Riscos e Desastres*. 1 ed ed. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, 2021.

MI, Ministério da Integração Nacional. *Módulo de formação: noções básicas em proteção e defesa civil e em gestão de riscos: livro base*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, Departamento de Minimização de Desastres, 2017.

MINAS GERAIS. *Lei Estadual Nº 20.009* de 4 de janeiro de 2012. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=20009&ano=2012&tipo=LEI>. Acesso em: 12 de nov. de 2021 às 23h10min.

MINAS GERAIS. *Lei 23.291* de 25 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=23291&ano=2019>. Acesso em: 12 de nov. de 2021 às 23h20min

PRESTES, Fernando Figueiredo; POZZETTI, Valmir César. *A Primeira Norma Técnica Para Cidades Sustentáveis: Uma Reflexão Sobre a Problemática Urbana*. *Revista de Direito Urbanístico*,

*Cidade e Alteridade, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 117, 2018.*

SILVA, Dweison Nunes Souza; GOMES, Edvânia Torres Aguiar. *A sustentabilidade possível no planejamento urbano: um olhar sobre a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento, [S. l.], v. 9, n. 3, p. 348-363, 2020.*

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes De; ALBINO, Priscilla Linhares. *Cidades sustentáveis: limites e possibilidades conceituais e regulatórias. Revista Direito e Sustentabilidade, Salvador, v. 4, n. 1, p. 95-109, 2018.*

UFRGS, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *Capacitação em Gestão de Riscos. 2 ed ed. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/grid>. Acesso em: 20 de nov. de 2021 às 19h40min.*

UN HABITAT. *NOVA AGENDA URBANA. United Nations Conference on Husing and Sustainable Urban Development. United Nations. Quito, 2016.*

Data de Recebimento: 22/05/2023

Data de Aprovação: 29/08/2023

## SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: INCONFORMIDADE DO SUS CONSTITUCIONAL COM A BIOPOLÍTICA DO CORPO SOCIAL

## PUBLIC HEALTH IN BRAZIL: INCONFORMITY OF THE CONSTITUTIONAL SUS WITH THE BIOPOLICY OF THE SOCIAL CORPORATION

*Janaína Machado Sturza\*  
Laís Betinelli Pasqualoto\*\**

### RESUMO

O direito à saúde é essencial à espécie humana – estando diretamente associado ao binômio vida e morte. Neste sentido, o presente estudo objetiva traçar um paralelo entre a utopia constitucional da proposta do Sistema Único de Saúde, frente à realidade contemporânea da saúde sob uma ótica biopolítica de controle de corpos por parte do Estado, em especial pelo Estado neoliberal. A problemática reside na indagação: como a saúde pública, por meio de um controle estatal, se insere nos cálculos do poder soberano neoliberal, produzindo lacunas de direitos constitucionais? O método de pesquisa é o hipotético-dedutivo, mediante a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Por fim, verificou-se que a promoção e consolidação da saúde enquanto direito é uma questão de dimensão política, que perpassa pelos direitos invioláveis do cidadão, devendo ser enfrentada diariamente através de políticas públicas que tenham como prioridade a garantia da saúde digna a todos os seres humanos.

**Palavras-chave:** Biopoder; Biopolítica; Direito a Saúde; Sistema Único de Saúde; Vulnerabilidade Social.

### ABSTRACT

The right to health is essential to the human species – being directly associated with the binomial life and death. In this sense, the present study aims to draw a parallel between the constitutional utopia of the Unified Health System proposal, facing the contemporary reality of health from a biopolitical perspective of control of bodies by the State, especially by the neoliberal State. The problem lies in the question: how does public health, through state control, fit into the calculations of neoliberal sovereign power, producing gaps in constitutional rights? The research method is hypothetical-deductive, through the technique of bibliographic and documental research. Finally, it was found that the promotion and consolidation of health as a right is a matter of political dimension, which permeates the inviolable rights of the citizen, and must be faced daily through public policies that have as a priority the guarantee of dignified health for all human beings.

**Key-words:** Biopower; Biopolitics; Right to health; Health Unic System; Social vulnerability.

\* Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas, ambas pela UNISC. Professora na Universidade UNIJUI. Pesquisadora FAPERGS e CNPq. Lattes, <http://lattes.cnpq.br/6189149330530912>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9290-1380>, e-mail: janasturza@hotmail.com.

\*\* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/RS). Advogada, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1202049374844080>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6999-0151>, e-mail: laisbetinellip@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

O Sistema Único de Saúde (SUS) é uma política pública resultado de inúmeras lutas pela população brasileira ao longo dos anos. Hoje é um dos maiores sistemas de saúde do mundo, sendo a única fonte do direito que ampara a saúde de mais da metade dos cidadãos brasileiros. Estabelecido na Constituição Federal, seus princípios de atuação são um modelo para qualquer política pública, pautando-se na universalização, equidade e integralidade de acesso.

Lamentavelmente desde sua implantação, o sistema sofre buscando uma consolidação dificultada pela forma política e econômica que controla o Estado. O neoliberalismo vigente impacta as políticas sociais com o intuito do controle do corpo social por meio de uma condução da vida dos indivíduos, traduzida em uma biopolítica governamental. O uso do biopoder aliado aos princípios financeiros do neoliberalismo produz campos de exceção na vida das populações de modo que determina quem deve e quem não merece ter acesso aos direitos básicos.

Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo construir um paralelo entre a utopia constitucional da proposta do Sistema Único de Saúde diante da realidade contemporânea da saúde, sob uma ótica biopolítica de controle dos corpos sociais por parte do Estado, destacando-se o Estado neoliberal. Como problema de pesquisa, indica-se a seguinte indagação: como a saúde pública, por meio de um controle estatal, se insere nos cálculos do poder soberano neoliberal, produzindo lacunas de direitos constitucionais? Seguindo este ideário, o método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo, mediante a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Assim, com base nos estudos de Foucault, pode-se perceber a linearidade entre as políticas de saúde pública e as liberdades e direitos dos indivíduos, sendo a saúde uma das maneiras mais efetivas de controle populacional, através do biopoder. Portanto, a construção deste artigo encontra sua importância na análise da dicotomia do utópico SUS constitucional com a realidade da saúde pública brasileira, repleta de lacunas de direitos garantidos, em função do biopoder orquestrado pelo Estado neoliberal.

Desta forma, é mister perceber-se não apenas o desacordo da entrega da saúde pública ofertada, com os princípios constitucionais, mas também a ausência de prestação do direito como um todo em certas demandas. O financiamento estatal da política de saúde se encontra controlada pelo modelo político e econômico vigente, se restringindo aos seus princípios de maximização do capital e eficiência de gastos, deixando parte da população em verdadeiro estado de vida nua de direitos.

### **O sistema único de saúde como vetor de saúde pública no Brasil**

É indiscutível que o direito à saúde é um dos, e se não o direito, mais fundamental do ser humano. Atualmente pode-se compreender esse direito social não apenas como a simples ausência de doenças, mas sim com um contexto mais abrangente, um estado de

bem-estar completo em cujo qual o indivíduo possui uma boa saúde física, mental, em caráter curativo ou preventivo, para que assim esteja em harmonia com os outros demais direitos humanos que venham a lhe atribuir à qualidade de vida vislumbrada pelos legisladores.

Evidentemente que, como seres humanos, se está constantemente vulnerável a doenças que ocasionalmente comprometem nosso bem-estar, fazendo com que sejam necessárias interferências capacitadas. Constitui papel do Estado como fornecedor de saúde pública, materializar o direito fundamental à saúde dos cidadãos, a fim de suprir as mazelas do corpo social, buscando um estado de pleno gozo dos direitos humanos, sendo que essa atribuição estatal acontece por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

O Sistema Único de Saúde enfrentou (e ainda enfrenta) diversos entraves em sua consolidação, posto que após a sua normatização constitucional, havendo uma enorme distância entre a proposta do movimento sanitário e a prática política do sistema público de saúde. Para Daniela de Melo<sup>1</sup> “tal como está organizado, o sistema não universaliza nem integra, não cumpre a promessa de democratização e a humanização da saúde, estando mais para um sistema de encaminhamentos, burocratizado e despersonalizado”.

Bem como a simples positivação de direitos não resta suficiente para a sua concretização, o projeto do SUS não garante seu ordenamento e funcionamento sem uma estrutura estatal que esteja em concordância com os ideais do movimento social. Como levanta Paim<sup>2</sup>, a questão da saúde deve ser vista pelo prisma de “objeto da ação política das classes dirigentes que controlam o Estado e seus aparelhos”, é imprescindível o processo político que envolve o aparato e como com ele se relacionam.

Apesar de a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, fruto do fim da Segunda Guerra Mundial, reconhecer a saúde como direito inalienável e indissociável do direito à vida, o direito a saúde com valor de direito social, sendo garantido pela Constituição Federal ocorreu somente nos 40 anos posteriores a essa previsão. Atualmente, a saúde é caracterizada por ser um direito da cidadania, sendo destinado a todas as pessoas, brasileiros e residentes no Brasil por meio do Sistema Único de Saúde.

A Constituição Federal traz a previsão da garantia da saúde por meio de políticas sociais e econômicas, no intento de reduzir os riscos de doenças e outros agravos, visando o acesso universal e igualitário às ações de promoção, proteção e recuperação. Essas ações e serviços são categorizados como de relevância pública, logo fica a cargo do poder público à disposição sobre regulamentação, fiscalização e controle, sendo que a execução deve ser feita diretamente ou por meio de terceiros, pessoa física ou jurídica de direito privado. A relevância atribuída diz respeito ao interesse primário do Estado na garantia

<sup>1</sup> DE MELO, Daniela Tranches. *Movimentos sociais e institucionalização de políticas públicas de saúde no Brasil*. Mauad Editora Ltda, 2015, p. 151.

<sup>2</sup> PAIM, Jairnilson Silva. *A reforma sanitária como um fenômeno sócio-histórico*. In: Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica [online]. Salvador: EDUFBA; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008, pp. 35-48. ISBN 978-85-7541-359-3. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/4ndgv/04>. Acesso em: 12 dez. 2021, p. 43.

do direito, respeitando seus princípios de atuação. Logo as ações e serviços de saúde devem possuir caráter prioritário frente aos demais direitos sociais<sup>3</sup>.

O Sistema Único de Saúde é regido por princípios norteadores que determinam como deverá ser organizada a sua atuação, visando garantir para toda a sociedade o fornecimento do direito à saúde no patamar de direito social, assim como garantido na Constituição Federal. Dentre esses princípios destaca-se a universalidade, a igualdade, a integralidade e a equidade de acesso à saúde pública. De acordo com Paim, o princípio da universalidade é comumente adotado por países que possuem sistemas de saúde com forte componente público, no financiamento, gestão, regulação ou prestação de serviços. A universalidade sugere que:

[...] o direito à saúde é de todos, tratando-se de um sistema de saúde de natureza universal, como parte do dever do estado. O acesso aos serviços e ações de saúde deve ser assegurado a todos, cabendo à gestão (nacional, estadual e municipal) do SUS enfrentar e superar as possíveis barreiras geográficas, econômicas, sociais e culturais para a garantia desse direito<sup>4</sup>.

O segundo princípio norteador é o da igualdade de acesso, que deve conduzir as políticas, programas, serviços e ações. A igualdade no sistema “representa uma conquista constitucional e rechaça qualquer distinção ou preconceito em relação à situação social, financeira, educacional, ocupacional, política, cultural, religiosa ou de raça, gênero e sexual”<sup>5</sup>. O que se deve buscar em uma sociedade desigual é o esforço para o alcance da chamada “igualdade real”.

Nesse sentido deve-se apontar o princípio da equidade nas condições de saúde, pois assim como a igualdade, o que se busca é a diminuição das diferenças que promovem a injustiça. No tocante aos serviços de saúde pública significa atender as necessidades de todos no acesso e uso de seus direitos, respeitando as particularidades de cada um. A justiça determina que aqueles que encontram-se em disparidade, sendo desiguais, sejam tratados de maneira desigual, afim de que se possa priorizar os mais necessitados, somente assim possibilitando que se alcance a igualdade.

Por fim, o terceiro princípio orientador do sistema público de saúde é o da integralidade das atenções, onde ser integral significa ser inteiro, completo, que se apresenta na sua totalidade. Conforme Paim, a integralidade da atenção compreende a constância da assistência em diferentes níveis de complexidade, podendo ser identificadas pelo menos quatro intenções:

(1) como integração de ações de promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde, compondo níveis de prevenção primária, secundária e terciária; (2) como forma de atuação profissional, abrangendo as dimensões biológica, psicológica e social; (3) como garantia da continuidade da atenção nos distintos níveis de complexidade do sistema de serviços de saúde; e (4) como articulação

<sup>3</sup> LIMA, Yara Oyram Ramos. *Aspectos jurídico-normativos*. In: PAIM, Jairnilson Silva (Ed.). SUS, Sistema Único de Saúde: tudo o que você precisa saber. Atheneu, 2019.

<sup>4</sup> PAIM, Jairnilson Silva. *Aspectos históricos*. In: PAIM, Jairnilson Silva (Ed.). SUS, Sistema Único de Saúde: tudo o que você precisa saber. Atheneu, 2019, p. 19-20.

<sup>5</sup> PAIM, Jairnilson Silva. *Aspectos históricos*. In: PAIM, Jairnilson Silva (Ed.). SUS, Sistema Único de Saúde: tudo o que você precisa saber. Atheneu, 2019, p. 21.

de um conjunto de políticas públicas capazes de incidir sobre as condições de vida e outros determinantes socioambientais da saúde, mediante ação intersetorial<sup>6</sup>.

A última Pesquisa Nacional de Saúde fora realizada no ano de 2019 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e estatística em conjunto com o Ministério da Saúde, com abrangência nacional a fim de estabelecer o desempenho do sistema nacional de saúde, tal quais as condições de saúde da população e vigilância das doenças crônicas não transmissíveis e fatores associados. A pesquisa busca ainda avaliar as informações obtidas sobre acesso e utilização do Sistema Único de Saúde, com foco em sua cobertura em cada região da federação.

Informam os dados oficiais que 71,5% dos brasileiros dependem exclusivamente do SUS, totalizando aproximadamente 150 milhões de brasileiros, ao passo que a dependência cresce para 74% quando se considera apenas dependência médica, desconsiderando a atenção odontológica. No ano da pesquisa 8,9 milhões de pessoas foram internadas em hospitais do sistema público, representando 64,9% de todas as internações hospitalares no país. As regiões Norte e Nordeste lideram o ranking de dependência única do sistema de saúde, tendo apenas 14,7% e 16,6%, respectivamente acesso aos planos de saúde privada<sup>7</sup>.

Mister se faz ressaltar que sendo um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo, possui uma ampla gama de serviços universais, resultando em uma infraestrutura utilizada por 100% dos brasileiros, independente de capacidade de pagamento ou inserção no mercado de trabalho. A cobertura do SUS perpassa os atendimentos médicos, possuindo como pilar de motivação não apenas a ausência de enfermidades, mas um completo estado de bem-estar. Listados pelo Ministério da Saúde, as ações prestadas pelo sistema de saúde pública do país visam à promoção e prevenção da saúde em todas as searas possíveis. Estando o SUS:

[...] na vacinação no posto de saúde; na produção das vacinas; na visita do agente comunitário; na vigilância sanitária que fiscaliza o açougue, o supermercado e o restaurante; na academia ao ar livre da pracinha; na ambulância do SAMU que atende o acidente ou emergência; na consulta com o médico generalista ou com o especialista; nos exames; na cirurgia de transplante; na oferta de medicamentos, inclusive os de alto custo; na hemodiálise; nos cuidados de reabilitação; nos atendimentos de pessoas com doenças raras, no acompanhamento dos processos de mudança de sexo, redução de estômago e tratamentos oncológicos. As ações do SUS também englobam o controle da água potável, doação de sangue, doação de órgãos e doação de leite materno, por meio dos Bancos de Leite Humano, fora a atenção primária, principal porta de entrada no sistema. É o primeiro ponto de contato, que oferece um atendimento abrangente, acessível e baseado na comunidade, que pode resolver de 80% a 90% das necessidades de saúde de uma pessoa ao longo de sua vida. Isso inclui serviços que vão desde a promoção e prevenção da saúde até o controle de

<sup>6</sup> PAIM, Jairnilson Silva. *Aspectos históricos*. In: PAIM, Jairnilson Silva (Ed.). SUS, Sistema Único de Saúde: tudo o que você precisa saber. Atheneu, 2019, p. 21.

<sup>7</sup> IBGE. *Pesquisa Nacional de Saúde: 2019*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101748>. Acesso em: 20 ago. 2021.

doenças crônicas, como câncer, AVC, diabetes e hipertensão, além dos cuidados paliativos<sup>8</sup>.

Todas essas ações dependem de um sistema de gestão que leva em conta cada particularidade dos serviços de saúde, obedecendo à lógica da própria organização político-administrativa e contemplando as três esferas governamentais, nacional, estadual e municipal, pela descentralização e regionalização. Sendo o Ministério da Saúde o ente federal representante do Poder Executivo responsável pela gestão, formulação das políticas públicas e definidor de prioridades estratégicas<sup>9</sup>.

A descentralização faz com que os estados e o Distrito Federal possuam as secretarias estaduais de saúde como gestores da organização do SUS em seus respectivos territórios, portanto, a formulação de estratégias prioritárias no setor da saúde e coordenação dos processos de atuação são suas principais responsabilidades. Cabe às Secretarias Estaduais responder solidariamente com os municípios pela integralidade da ação a saúde da população bem como participar do financiamento tripartite, formular e implementar políticas nas áreas prioritárias de saúde, apoiando técnica e financeiramente os municípios. No tocante as Secretarias Municipais de Saúde, essas se responsabilizam por garantir a integralidade das ações de saúde prestados, observando sobretudo, o princípio da equidade:

Articular atividades de promoção da saúde, prevenção de riscos, danos e agravos; implementar ações de assistência; garantir o atendimento às urgências; Ofertar atenção à saúde conforme as necessidades, buscando justiça social e ampliação do acesso; participar do financiamento tripartite; assumir a gestão das ações e gerência de toda a rede pública de serviços de atenção primária, garantindo uma estrutura física necessária; identificar necessidades e iniquidades da população de seu território; planejar, regular, programar e monitorar pactuação integrada; formular, implementar e avaliar políticas para áreas prioritárias; organizar o acesso a serviços de saúde resolutivos e de qualidade na atenção primária, especializada e articulação com os demais níveis do sistema; estruturar assistência farmacêutica e garantir acesso aos medicamentos; assumir a gestão e execução das ações de vigilância em saúde (epidemiológica, sanitária e ambiental) no âmbito local; elaborar, pactuar e implementar a política de promoção da saúde<sup>10</sup>.

A descentralização buscava adequar o SUS à diversidade regional, buscando a ação integral em regiões distintas social e economicamente. Infelizmente na prática, a teoria é outra, e os princípios constitucionais que embelezam os direitos sociais não são observados e sequer respeitados. O que se percebe pela atual realidade da saúde pública ofertada pelo Estado é uma priorização de certas demandas de caráter mais alarmante para a sociedade, ao passo que se evidencia uma negligência das demais.

<sup>8</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. *Maior sistema público de saúde do mundo, SUS completa 31 anos*. 19 set. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2021-1/setembro/maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo-sus-completa-31-anos>. Acesso em: 14 out. 2021.

<sup>9</sup> PINTO, Isabela Cardoso de Matos et al. *Gestão do Sistema Único de Saúde*. In: PAIM, Jairnilson Silva (Ed.). SUS, Sistema Único de Saúde: tudo o que você precisa saber. Atheneu, 2019.

<sup>10</sup> PINTO, Isabela Cardoso de Matos et al. *Gestão do Sistema Único de Saúde*. In: PAIM, Jairnilson Silva (Ed.). SUS, Sistema Único de Saúde: tudo o que você precisa saber. Atheneu, 2019, p. 160.

Operando-se por meio da autonomia orçamentária do fundo público, o governo possui a liberdade de dirigir a vida do corpo social com base nos princípios políticos e econômicos vigentes, de modo que prioriza a eficiência em detrimento da saúde do cidadão brasileiro. À medida que a perspectiva da biopolítica aliada ao sistema de governo neoliberal adota uma política de morte, ou de ausência de prestação de direito a saúde aos cidadãos que não possuem mais valor de capital humano. Por meio dessa falta de investimento público, percebe-se uma desvalorização da vida humana, ao ponto que seus direitos mais básicos se vejam menosprezados ou até mesmo inexistentes.

### **A saúde pública nos cálculos do biopoder**

No Brasil os fenômenos abarcando a vida e morte dos indivíduos passou a ser incluído nos cálculos do desenvolvimento econômico no contexto das grandes epidemias, excessiva pobreza e alta da mortalidade em função das condições precárias de vida nas cidades no final do século XIX. Para Grasiele Nespoli, foi ao longo do século XX que a população passa a ser foco de estratégias de saúde (publica) biopolíticas, constituindo mecanismos de governo da vida e agindo na regulação dos corpos.

A forma de construção da soberania do Estado brasileiro encontrou nessas vias um dispositivo biopolítico, difundido por meio de técnicas e procedimentos, saberes e práticas, que incidem sobre a vida da população, normalizando-a segundo padrões que interessam ao desenvolvimento econômico do país [...] Os efeitos desses mecanismos de “governamentalidade” [...] favorecem o controle e a medicalização dos indivíduos e, logo, da população, corroborando a lógica do capitalismo contemporâneo que investe sobretudo na vida<sup>11</sup>.

Para a economista Tatiana Brettas<sup>12</sup>, a consolidação do neoliberalismo no Brasil acontece em 1990, como uma estratégia de dominação proveniente da classe burguesa a fim de servir como resposta à “crise” vivida na década de 1980. A fim de combater os ideais que originaram o movimento pela redemocratização, as lutas sindicais e os movimentos sociais que implodiram na nova Constituição Federal, um documento que garantiu conquistas distributivas expressas, políticas sociais inclusivas e universais, bem como a formulação da seguridade social. Promulgado o texto, o próximo grande desafio seria o da implementação dos ideais positivados, e foi nesse período, na segunda metade dos anos 1990 que se aderiu a “uma política econômica que beneficiava a burguesia rentista, tornando o país um lugar atrativo à rentabilidade financeira”<sup>13</sup>.

A partir deste movimento, as políticas sociais redistributivas conquistadas pelo texto constitucional foram inviabilizadas pela consolidação do projeto neoliberal pautado pelas condições de acumulação capitalista e política tributária regressiva, que por sua vez

<sup>11</sup> NESPOLI, Grasilele et al. *Biopolíticas da Participação na saúde: O SUS e o Governo das Populações*, 2014, p. 75.

<sup>12</sup> BRETTAS, Tatiana. *Capitalismo dependente, neoliberalismo e financeirização das políticas sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Consequência, 2020.

<sup>13</sup> BRETTAS, Tatiana. *Capitalismo dependente, neoliberalismo e financeirização das políticas sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Consequência, 2020, p. 215.

demandaram recursos do fundo público. Portanto essa consolidação neoliberal acontece em meio ao processo de implementação das políticas públicas que foram fruto das lutas e organizações da classe trabalhadora que mobilizaram os movimentos sociais, logo, apesar da forte desarticulação das mesmas, essas políticas sociais haviam sido conquistadas, e deveriam de alguma forma ser implementadas. Segundo Brettas<sup>14</sup>, o neoliberalismo como modelo econômico atual no Brasil, representa “uma vitória das classes dominantes e impõe inúmeras perdas para a classe trabalhadora”.

Devendo a população ser o objetivo final do governo, suas determinações devem visar segundo Foucault<sup>15</sup> “melhorar a sorte da população, aumentar sua riqueza, sua duração de vida, sua saúde, etc”. Mas em função do tipo de governo que opera o sistema Estatal, as prioridades são maleadas estabelecendo qual a ordem a ser obedecida e quais as preferenciais estatais. Para o autor o controle da sociedade sobre os indivíduos não ocorre somente na ideologia ou pela consciência, mas começa pelo corpo, em como esse corpo deve ser introduzido nos cálculos do poder.

Para Foucault<sup>16</sup>, o homem moderno é incontestavelmente marcado pela política ao passo em que ocorre uma crescente implicação da sua vida no poder soberano, sendo que a vida dos governados só dispõe de direitos se assim a vontade soberana desejar, resultando em uma “estatização do biológico”. O controle sobre a vida do indivíduo se integra em um conjunto de práticas a serem denominadas como a biopolítica da espécie humana, onde o soberano possui o direito de fazer viver ou de deixar morrer seus cidadãos, ou seja, vida e morte deixam o campo do fenômeno natural e passam a ser vistos como fonte de poder político:

Em relação ao poder, o súdito não é, de pleno direito, nem vivo nem morto. Ele é, do ponto de vista da vida e da morte, neutro, e é simplesmente por causa do soberano que o súdito tem direito de estar vivo ou tem direito, eventualmente, de estar morto. Em todo caso, a vida e a morte dos súditos só se tornam direitos pelo efeito da vontade soberana<sup>17</sup>.

Esse direito de vida e morte parte de um ponto de desequilíbrio, tendo vista que o efeito do poder soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento em que o soberano pode matar. Ou seja, é justamente porque o soberano pode matar, que ele exerce poder sobre a vida dos súditos, ora dispondo de todos os direitos sobre a vida dos mesmos. Desta forma, é na natalidade, na morbidade, nas incapacidades biológicas diversas, nos efeitos do meio, que a biopolítica vai extrair seu saber e definir o campo de intervenção de seu poder. Assim sendo, o alvo desse controle não enseja mais apenas no

<sup>14</sup> BRETTAS, Tatiana. *Capitalismo dependente, neoliberalismo e financeirização das políticas sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Consequência, 2020, p. 233.

<sup>15</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder* (1979). Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2021, p. 425.

<sup>16</sup> FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade. Curso do Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Carlos Correia M. de Oliveira. Lisboa: Editora Livros Brasil, 2006.

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade. Curso do Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Carlos Correia M. de Oliveira. Lisboa: Editora Livros Brasil, 2006, p. 286.

individuo-corpo, e sim na noção de população como problema biológico, político e de poder<sup>18</sup>.

Foucault<sup>19</sup> introduz a ideia de que “o Estado, em sua sobrevivência e em seus limites, deve ser compreendido a partir das táticas gerais da Governamentalidade”. Sendo um conjunto formado pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e táticas permitindo cumprir essa forma de poder sobre a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança. Logo, o governo “que tem essencialmente como alvo a população e utiliza a instrumentalização do saber econômico, corresponderia a uma sociedade controlada pelos dispositivos de segurança”.

Na análise de Christian Laval<sup>20</sup>, a chamada “governamentalidade” de Foucault vem a assumir um sentido muito abundante na vida dos cidadãos no tocante a biopolítica de condução dos indivíduos. Onde a “biopolítica não pode ser compreendida senão por seu lado operativo, e esse lado operativo é, precisamente, a governamentalidade, ou seja, o governo dos homens por seus interesses”. Para Laval:

Revelar os mecanismos do poder precisamente onde ele é mais invisível, insidioso, negado, exterior a isso que se entende correntemente por política. A abordagem Foucaultiana visa livrar-se das maneiras convencionais de pensar as relações entre o soberano e os sujeitos, a democracia e os cidadãos, o estado e a nação, introduzindo aí o que para ele, é próprio do político, isto é, as formas mais concretas do poder que, no entanto, não se apresentam como políticas: a família, o sexo, a educação, o trabalho, as trocas, etc<sup>21</sup>.

Portanto, para compreender-se como se exercem os mecanismos de poder nas relações sociais, deve-se atentar para as formas de governo que nos cercam. A economia determina as formas de intervenção do poder público, designando suas ações sociais tendo em vista seus posicionamentos políticos. Quando o neoliberalismo é concebido como uma forma racional de governo, deve-se entender como isso impacta nas políticas sociais, a fim de realizar a condução da vida dos indivíduos, por meio de uma biopolítica de governo<sup>22</sup>.

O foco do neoliberalismo para Foucault<sup>23</sup> se apresenta pelo exercício do poder político visando os princípios de uma economia de mercado, que nasce a partir de uma variante do liberalismo nos anos 1930 na tentativa de uma reformulação da doutrina do *Laissez-faire* (que buscava a restrição da intervenção do Estado) por meio de um desenvolvimento de modos de intervenção estatal para controlar o mercado. Logo, essa

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade. Curso do Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Carlos Correia M. de Oliveira. Lisboa: Editora Livros Brasil, 2006.

<sup>19</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder (1979)*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2021, p. 430-431.

<sup>20</sup> LAVAL, Christian et al. Christian Laval. *Foucault, Bourdieu e a Questão Neoliberal*. São Paulo: Editora Elefante, 2020. Geografares, n. 31, 2018, p. 49.

<sup>21</sup> LAVAL, Christian et al. Christian Laval. *Foucault, Bourdieu e a Questão Neoliberal*. São Paulo: Editora Elefante, 2020. Geografares, n. 31, 2018, p. 37.

<sup>22</sup> LAVAL, Christian et al. Christian Laval. *Foucault, Bourdieu e a Questão Neoliberal*. São Paulo: Editora Elefante, 2020. Geografares, n. 31, 2018.

<sup>23</sup> FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2021.

forma econômica e política buscava o contrário, sob o signo de uma vigilância, traduzida em uma atividade de intervenção permanente.

Aqui, a novidade consiste em sua concepção das relações entre estado e mercado não mais como domínios exteriores um ao outro, mas como uma interiorização da lógica da concorrência do mercado pelo estado. E isso de duas maneiras: o estado devia encontrar sua legitimidade no bom funcionamento econômico da sociedade, ativando nela, para isso, a operação máxima do jogo da concorrência e, por consequência, aplicar esse mesmo tanto quanto possível esse mesmo mecanismo concorrencial. O neoliberalismo se apresentava assim como uma nova espécie de liberalismo, uma sorte de “intervencionismo liberal”<sup>24</sup>.

O mercado se estabelece como a fonte de bem-estar onde é fundada a soberania estatal e por meio disso busca-se a imposição do princípio da utilidade com limite governamental diante da limitação da soberania. A partir disso, o mercado deve ser o princípio regulador do Estado<sup>25</sup>. Foucault coloca que o crescimento econômico se sobrepõe como a única política social verdadeira e fundamental no neoliberalismo:

A forma fundamental da política social não deve ser uma coisa que contrarie a política econômica e que a compense; a política social não deveria ser tanto mais generosa quanto maior é o crescimento econômico. O crescimento econômico, por si só, é o que deveria fazer com que todos os indivíduos acedessem a um nível de rendimentos que lhes permitisse essasseguranças individuais, o acesso à propriedade privada, a capitalização individual ou familiar, com os quais poderiam proteger-se dos riscos<sup>26</sup>.

Em suma Foucault<sup>27</sup> ressalta que a sociedade neoliberal cuja regulação é pautada pelo mercado possui como seu princípio regulador os mecanismos da concorrência. Ou seja, “aquilo que se procura obter não é uma sociedade sujeita ao efeito-mercadoria, mas sim uma sociedade sujeita a dinâmica concorrencial. Não uma sociedade de supermercado, mas uma sociedade de empresa”.

A vista disso, o neoliberalismo para Laval<sup>28</sup> também consiste em um governo para o mercado em vez de um governar por causa do mercado, se assemelhando a um indexador geral que indica e define todas as ações governamentais, e a partir disso como as políticas públicas são designadas e geridas. Assim sendo, o cidadão ao qual está imposto o regime político, não se vê mais identificado como ser humano e sim como com uma empresa, devendo comportar-se de acordo com a maximização dos investimentos em todas as áreas da existência. Assim sendo, toda a sua existência civil deve virar objeto de cálculo econômico, como sua forma de consumir, sua necessidade de educação e saúde, bem como higiene, imigração, fecundidade, mortalidade e etc.

<sup>24</sup> LAVAL, Christian et al. Christian Laval. *Foucault, Bourdieu e a Questão Neoliberal*. São Paulo: Editora Elefante, 2020. Geografares, n. 31, 2018, p. 43.

<sup>25</sup> LAVAL, Christian et al. Christian Laval. *Foucault, Bourdieu e a Questão Neoliberal*. São Paulo: Editora Elefante, 2020. Geografares, n. 31, 2018.

<sup>26</sup> FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2021, p. 188.

<sup>27</sup> FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2021, p. 191.

<sup>28</sup> LAVAL, Christian et al. Christian Laval. *Foucault, Bourdieu e a Questão Neoliberal*. São Paulo: Editora Elefante, 2020. Geografares, n. 31, 2018.

Para Valim<sup>29</sup> o estado de exceção do Brasil atualmente é a forma jurídica do neoliberalismo, onde se assume uma democracia sem povo, que a serviço do mercado se utiliza de medidas autoritárias para operar as lacunas de direitos sociais, ao menor sinal de insurgência. Sendo, para o autor, o mercado, o soberano da contemporaneidade, e o estado de exceção, uma exigência do modelo atual da dominação neoliberal, neutralizando as práticas democráticas. Assinala Valim<sup>30</sup>: “são mais os governos democraticamente eleitos que gerem a vida econômica e social, em vista de interesses públicos, senão que as potências ocultas e politicamente irresponsáveis do capital financeiro”.

Nesse sentido, Apple<sup>31</sup> acredita que a estruturação de condutas proposta pelo modelo de sociedade neoliberal gera uma espécie de mercantilização da vida em si e das relações interpessoais. De modo que esse sistema realiza uma espécie de colonização da vida no mundo, permeando todos os principais aspectos tais como o Estado e a sociedade civil, subjugando-os à lógica econômica, não apenas para reconstruir uma economia de mercado, mas uma sociedade e uma cultura de mercado neoliberal. Ao passo que se realiza a mercantilização da parte de nossas vidas e as instituições que não foram totalmente integradas às relações de mercado, para que sigam essa lógica de comportamento/funcionamento.

O biopoder foi o elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo para Foucault<sup>32</sup>, visto que “só pode ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos.” A partir das interconexões entre o neoliberalismo como modelo econômico vigente e o biopoder do Estado moderno no tocante ao uso dos corpos objetivando perpetuar seu poder, percebe-se lacunas de direitos humanos não prestados pelo Estado, justificados pela lógica da eficácia, a partir de uma valoração da vida humana.

A biopolítica em uma sociedade neoliberal conduz para a valoração da vida do cidadão, resumindo cada ser humano a condição do chamado “valor de capital humano”. Podendo ser entendido como um bom capital humano aquele indivíduo que dotado de suas capacidades, habilidades e destrezas é capaz de produzir certo valor econômico, ou seja, uma forma de capital que venha a contribuir com o mercado, concorrendo e colaborando com a lógica neoliberal<sup>33</sup>.

Portanto o Estado como detentor do poder, se utiliza das lógicas de distribuição de gastos públicos para oferecer uma espécie de contraprestação àqueles cidadãos que

<sup>29</sup> VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. Rafael Valim. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

<sup>30</sup> VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. Rafael Valim. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 29.

<sup>31</sup> APPLE, Michael W. *Para além da lógica do mercado: compreendendo e opondo-se ao neoliberalismo*. Rio de Janeiro: DP&A, 2005. APA

<sup>32</sup> FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade. Curso do Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Carlos Correia M. de Oliveira. Lisboa: Editora Livros Brasil, 2006, p. 270.

<sup>33</sup> LÓPEZ-RUIZ, Osvaldo. *A técnica como capital e o capital humano genético*. Novos estudos CEBRAP, p. 127-139, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/9Yt3VwKcXRZty9KjX3sgvGB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 ago. 2021.

contribuem para o modelo político e econômico. Fazendo com que os que não possuem valor de capital humano, sejam jogados a própria sorte, sendo muitas vezes privados de seus direitos, uma vez que o Estado realiza essa análise da vida útil e inútil ao grande soberano do Brasil neoliberal que é o mercado. As vidas sem valor de retribuição para o mercado são deslocadas de seus direitos mais básicos, e em suma, são privados de uma saúde pública eficiente.

Fermin Schramm<sup>34</sup> defende a existência da biopolítica ser amplamente utilizada do campo da saúde, baseando-se em razões de economia política que se impõem às populações. Por ordem de necessidade, exigem-se estratégias de intervenção sobre o corpo social, que se baseiam na efetividade e na maximização econômica e financeira. O indivíduo submetido ao sistema do biopoder se vê necessitado de ceder a adaptação, sob o risco de sofrer alguma sanção como a exclusão do acesso à assistência, sendo que a inclusão nos grupos de risco que sofrem imediatamente uma estigmatização e, eventualmente, uma exclusão.

Os exemplos da saúde pública influenciada pelo biopoder são incontáveis, sendo a exclusão dos que “não se encaixam” no modelo social, a regra invés da exceção. Pode-se citar de crianças com doenças raras sem acesso a tratamentos com maior custo, que se veem abandonadas pela prestação estatal, até a falta de medicação e cuidados com os idosos, corpos vistos pelo Estado como sem valor de capital humano. Assim como os pacientes oncológicos terminais sem acesso a cuidados paliativos para garantir uma sobrevida digna e humana, como também as mulheres que optam pelo aborto inseguro, não tido pelo Estado como um problema de saúde pública, ou ainda os milhares de cidadãos que morrem diariamente com vício em drogas, por conta da negligência do Estado.

Os avanços significativos ao longo da trajetória do SUS aliados com o avanço das tecnologias, não foram suficientes para construir o SUS utópico e democrático constitucional<sup>35</sup>. A saúde brasileira segue determinada por uma enorme desigualdade no padrão de adoecimento e morte, onde o soberano é o responsável por definir quem deve viver e quem pode morrer. As políticas e mecanismos impostos reduzem cada vez mais as populações, como alvo do governo e das políticas de saúde. Para a autora:

O que está em questão é pensar os limites e possibilidades do SUS numa outra perspectiva, da “governamentalidade”, o que significa refletir se, de fato, o projeto brasileiro de saúde pública consegue reverter o processo de dominação que atua por meio de uma biopolítica que mantém um estado ótimo de saúde da população, sem risco de produção de uma revolta<sup>36</sup>.

O manejo dos direitos fundamentais, principalmente do direito à saúde, por parte do Estado sob o viés do biopoder, coloca a existência do ser humano, como um todo em risco. Ao passo em que as lutas sociais que resultaram no direito (quase) consolidado que

<sup>34</sup> SCHRAMM, Fermin Roland. *A saúde é um direito ou um dever? Autocrítica da saúde pública*. Revista Brasileira de Bioética, v. 2, n. 2, p. 187-200, 2006.

<sup>35</sup> NESPOLI, Grasilele et al. *Biopolíticas da Participação na saúde: O SUS e o Governo das Populações*, 2014.

<sup>36</sup> NESPOLI, Grasilele et al. *Biopolíticas da Participação na saúde: O SUS e o Governo das Populações*, 2014, p. 85.

se possui, hoje mostram-se todos os dias sendo ameaçadas pela forma política que conduz o governo, sendo (e tendo!) nossos direitos sociais controlados pelo poder soberano atual, o mercado.

Ao permitir-se que as vidas sejam reduzidas a uma gestão de eficiência neoliberal, produz-se um campo cada vez maior de vidas nuas, despidas de direitos, fazendo com que o Estado de Exceção se converta no cotidiano de todos, ao passo que somos controlados pelo Estado até mesmo nos nossos direitos mais básicos. O direito a ter a saúde garantida, tal qual consta na Constituição Federal, é o mais basilar do cidadão, sendo imperiosa a luta diária afim de não deixar com que o nosso bem mais precioso se converta na maior forma de controle estatal sobre as vidas do corpo social.

### **Considerações Finais**

A noção de biopoder materializada por Michel Foucault se insere na tese do controle do capitalismo sobre o corpo dos indivíduos operado pelo Estado, visando apreender o corpo social pelo manejo do poder soberano. O desenvolvimento capitalista apresentado pelo autor se vê intimamente ligado ao mecanismo da biopolítica, com a inserção dos corpos no aparelho de produção dos processos econômicos.

A associação do biopoder às questões de saúde pública é a elucidação do principal mecanismo de manejo social, utilizado pelo Estado afim de controlar (e privar) os direitos dos cidadãos, até os dias atuais, com base nos princípios políticos e econômicos do modelo de gestão vigente neoliberal. Justificado pela eficiência e maximização financeira, incontáveis vidas todos os dias são reduzidas à um estado de exceção, sendo privadas do seu direito mais básico, que é a saúde pública.

O Sistema Único de Saúde é resultado de anos de luta pelos direitos sociais, uma política pública garantida pela Constituição Federal que atua na atenção hospitalar, sanitária, ambiental e farmacêutica, se consagrando como um dos maiores sistemas de saúde do mundo. Um patrimônio da sociedade que é utilizado pelo Estado neoliberal como forma de manipular o corpo social, de maneira a promover uma seleção das vidas úteis e não úteis, distinguindo os merecedores ou não de direitos básicos.

Não é aceitável admitir o SUS como dispositivo de delimitação da vida e da morte, muito menos uma segregação dos seres humanos aptos à atenção da saúde pública, pautado pelo princípio da eficiência neoliberal. A saúde pública é mais do que um direito do cidadão, é um problema político, que deve ser enfrentado com uma luta diária contra os governos que priorizam o lucro em detrimento dos seres humanos.

### **REFERÊNCIAS**

APPLE, Michael W. *Para além da lógica do mercado: compreendendo e opondo-se ao neoliberalismo*. Rio de Janeiro: DP&A, 2005. APA

BRASIL, Ministério da Saúde. *Maior sistema público de saúde do mundo, SUS completa 31 anos*. 19 set. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2021->

1/setembro/maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo-sus-completa-31-anos. Acesso em: 14 out. 2021.

BRETTAS, Tatiana. *Capitalismo dependente, neoliberalismo e financeirização das políticas sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Consequência, 2020.

DE MELO, Daniela Tranches. *Movimentos sociais e institucionalização de políticas públicas de saúde no Brasil*. Mauad Editora Ltda, 2015.

IBGE. *Pesquisa Nacional de Saúde: 2019*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101748>. Acesso em: 20 ago. 2021.

FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade. Curso do Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Carlos Correia M. de Oliveira. Lisboa: Editora Livros Brasil, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder (1979)*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2021.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2021.

LAVAL, Christian et al. Christian Laval. *Foucault, Bourdieu e a Questão Neoliberal*. São Paulo: Editora Elefante, 2020. Geografafares, n. 31, 2018.

LIMA, Yara Oyram Ramos. *Aspectos jurídico-normativos*. In: PAIM, Jairnilson Silva (Ed.). SUS, Sistema Único de Saúde: tudo o que você precisa saber. Atheneu, 2019.

LÓPEZ-RUIZ, Osvaldo. *A técnica como capital e o capital humano genético*. Novos estudos CEBRAP, p. 127-139, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/9Yt3VwKcXRZty9KjX3sgvGB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 ago. 2021.

NESPOLI, Grasilele et al. *Biopolíticas da Participação na saúde: O SUS e o Governo das Populações*, 2014.

PAIM, Jairnilson Silva. *A reforma sanitária como um fenômeno sócio-histórico*. In: Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica [online]. Salvador: EDUFBA; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008, pp. 35-48. ISBN 978-85-7541-359-3. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/4ndgv/04>. Acesso em: 12 dez. 2021.

PAIM, Jairnilson Silva. *Aspectos históricos*. In: PAIM, Jairnilson Silva (Ed.). SUS, Sistema Único de Saúde: tudo o que você precisa saber. Atheneu, 2019.

PINTO, Isabela Cardoso de Matos et al. *Gestão do Sistema Único de Saúde*. In: PAIM, Jairnilson Silva (Ed.). SUS, Sistema Único de Saúde: tudo o que você precisa saber. Atheneu, 2019.

SCHRAMM, Fermin Roland. *A saúde é um direito ou um dever? Autocrítica da saúde pública*. Revista Brasileira de Bioética, v. 2, n. 2, p. 187-200, 2006.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. Rafael Valim. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

Data de Recebimento: 23/08/2022

Data de Aprovação: 02/06/2023

## A INFOCRACIA E A DEGENERACAO DA DEMOCRACIA

### BYUNG-CHUL HAN<sup>1</sup>

## INFOCRACY AND THE DEGENERATION OF DEMOCRACY

Guilherme Howes Neto<sup>2</sup>  
João Gabriel Dornelles Howes<sup>2</sup>

### RESUMO

Este texto trata de uma resenha. Em “Infocracia”, Byung-Chul Han analisa a digitalização da vida social e a crise da democracia. O texto foi publicado em 2022 e apresenta uma análise da atual sociedade diante de uma crise generalizada da democracia global. Essa crise é indissociável do atual avanço da extrema direita e do domínio que as redes sociais exercem em nossas vidas.

Palavras-chave: sociedade da informação; mídias sociais; democracia digital.

### ABSTRACT

This text is a review. In “Infocracy”, Byung-Chul Han analyzes the digitization of social life and the crisis of democracy. The text was published in 2022 and presents an analysis of the current society in the face of a generalized crisis of global democracy. This crisis is inseparable from the current advance of the extreme right and the dominance that social networks exercise in our lives.

Key-words: information society; social media; digital democracy.

Quando o sul-coreano Byung-Chul Han chegou à Universidade de Freiburg, na Alemanha, no início de 1980, para estudar filosofia, o mundo digital ainda era restrito ao universo corporativo, totalmente conectado por cabos e a IBM ainda não tinha sequer lançado o PC, o computador pessoal que iniciou a transformação da comunicação digital na distopia dos tempos atuais. Aos 21 anos, ele não só transita de seu continente para o Velho Mundo, mas transita também intelectualmente da metalurgia para a psicanálise, para a teologia e para a literatura. Sua interpretação sobre as relações sociais da era digital é tão transdisciplinar quanto sua formação e sua trajetória de vida.

Infocracia: digitalização e a crise da democracia<sup>3</sup> é o 19º livro do autor editado no Brasil pela Vozes. Esta edição de 2022 vem à luz apenas um ano depois do lançamento de seu original alemão e demonstra a centralidade do autor como intérprete dos fenômenos

<sup>1</sup> HAN, Byung-Chul. *Infocracia: digitalização e a crise da democracia*. Tradução de Gabriel S. Philipson, Editora Vozes, Petrópolis, RJ: 2022.

<sup>2</sup> Doutor em Educação (PPGE/UFSM), Mestre em Ciências Sociais (PPGE/UFSM) e especialista em História do Brasil (PPGE/UFSM). Professor de Teoria Social e Ciência Política na graduação e na pós-graduação da Universidade Federal do Pampa (SIAPE 1741139). Membro do Comitê de Ética em Pesquisa CEP/UNIPAMPA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5587890154156833>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4226-2979>, e-mail: guilhermehowes@gmail.com.

<sup>3</sup> Possui Ensino Médio (segundo grau) completo pelo Colégio Riachuelo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9677472125724496>, e-mail: jgdhowes@gmail.com.

que afigem a sociedade deste início da terceira década do século XXI. Isso expressa que sua leitura não é somente necessária, mas urgente, se quisermos conhecer as nebulosas conexões entre a comunicação no mundo virtual e as emergentes formas democráticas moduladas pelos algoritmos de nossa era digital.

Infocracia é um texto breve, de apenas 107 páginas, extremamente contundente e de leitura absolutamente acessível. O texto está dividido em 5 partes onde cada subtítulo dá conta de um tema totalmente independente um do outro, porém todos referentes à questão política na era digital. Não há elementos pré-textuais ou pós-textuais (tais como introdução, prefácio, apresentação, posfácio e conclusão) nem mesmo bibliografia. O estilo textual de Han tem um tom ensaístico, com frases curtas, compondo parágrafos breves, bastante agudos na abordagem argumentativa, carregando ideias síntese, em grande medida redigidos aforisticamente.

A primeira parte trata da “forma de denominação na qual informações e seu processamento por algoritmos e inteligência artificial determinam decisivamente processos sociais, econômicos e políticos” (p. 07). Denominada Regime de informação, essa forma de denominação é o exato oposto ao “regime disciplinar” que, diferentemente, disciplinava os corpos e suas energias. No primeiro, o controle incide sobre informações e dados. Por outros termos, segundo Han, o poder agora não decorre do controle dos meios de produção, mas do “acesso a dados utilizados para vigilância, controle e prognóstico de comportamento psicopolíticos” (idem). O capitalismo industrial exerceu a dominação por meio do regime disciplinar, fabricando além de mercadorias corpos dóceis, adestrando os seres humanos como obedientes animais do trabalho. Era um poder biopolítico sobre o corpo. “O sujeito submisso do regime de informação não é nem dócil, nem obediente. Ao contrário, supõe-se livre, autêntico e criativo. Produz-se e se performa” (p. 09). Ao contrário do regime de soberania pré-moderno, um espaço cujo palco era a própria esfera pública, “o regime disciplinar moderno não é uma sociedade do teatro, mas uma sociedade da vigilância” (p. 11). As pessoas agora não estão dispostas como em um palco, separadas e classificadas, mas situam-se em uma grande máquina panóptica em que o que é de fato visível não são os dominadores, mas os dominados. “O regime de informação se garante sem uma coação disciplinar” (p.13), na medida em que são os próprios dominados que se produzem, põem-se volitivamente em cena.

Nesse regime biopolítico de dominação, não são as pessoas que são realmente livres, mas a própria informação. A “transparência” aqui adquire um contorno peculiar. Ela se torna a política de tornar-se visível. Nela, como em uma sala escura, o ser humano torna-se ao mesmo tempo transparente e invisível, dentro da “caixa-preta algorítmica” (p. 16). Nesse regime de informação, a liberdade “não significa agir, mas clicar, curtir e postar” (p. 19), encerrando o “tempo do ser humano de massa” (p. 22), e dando vida a “enxames digitais” (p. 48), agindo em função de um “inconsciente digital” (p. 23). Se para Carl Schmitt, na primeira metade do século XX, o soberano era quem decidia sobre o estado de exceção, na era do capitalismo da informação, soberano é quem decidirá sobre as ondas do espaço, “quem dispõe das informações em rede” (p. 24).

Infocracia, que dá título ao livro, dá nome também à segunda parte do texto. Em resumidas contas, ela é a própria degeneração da democracia. Nessa nova “midiocracia”

(p. 27), as “notícias se tornam similares a uma narrativa. A distinção entre ficção e realidade desaparece” (p. 29). Transforma-se, nesse sentido, em uma “teatrocacia” onde a “política se esgota em encenações midiáticas de massa” (idem). “O discurso degrada-se em show e propaganda” (p. 30) e o conteúdo mesmo da política acaba desempenhando um papel cada vez menor. A degradação da política decorre de sua perda de substância, reduzida a imagens telecráticas de si mesma.

Na terceira parte do texto, “O fim da ação comunicativa” (p. 47), o autor desenvolve o argumento de que mergulhamos em “um universo de informações completamente próprio para cada um de nós” (p. 53), na medida em que as identidades se desvincilham da alteridade, pois “não ouvimos mais o[s] outro[s] de maneira atenta” (p. 62). Ora, se “a democracia é uma comunidade de escuta atenta” (idem), a “desaparição do outro” (p. 52) nos torna elementos de “enxames digitais” (p. 48), cuja característica principal é a de serem “enxames efêmeros, fugidios, guiados por interesses” (p. 49). E é justamente isso que impossibilita a ação comunicativa, que para existir, não prescinde de esferas públicas estáveis e amplas. A “personalização algorítmica da rede” (p. 55) faz desaparecer o outro, forjando “infobolhas autistas” (p.52) criadas por máquinas que proporcionam o que o autor chama de “tribalização da rede” (p. 58).

Diante disso surge algo novo, a “Racionalidade digital” (p. 63), título da quarta parte do livro. Por definição, podemos caracterizá-la como “a forma de racionalidade que se sustenta sem discurso” (p. 65), na medida em que ela é oposta à racionalidade comunicativa, discutida na parte anterior do texto. Aqui, “o discurso é substituído por dados.” (p. 65). Os “dataístas”, os defensores do big data, “acham que não apenas a desintegração da esfera pública, mas também a massa pura de informações e complexidade rapidamente crescente da sociedade e informações tornam obsoleta a ideia de ação comunicativa” (p. 63). Assim, os dataístas “tem em mente uma sociedade que se sustenta completamente sem política”. Mas, de fato, a questão mais interessante apontada pelo autor nesse item do texto é a relação entre dataísmo e infocracia: “Da perspectiva dataísta, a democracia partidária não existirá mais no futuro próximo. Dará lugar à infocracia como pós-democracia digital.” (p. 71).

Chegamos, então, à consequência principal de todas as circunstâncias apontadas por Han até aqui. “A crise da verdade” (p. 81) é a principal decorrência de uma sociabilidade modulada pela infocracia e a derradeira parte do texto. Em síntese, a crise na verdade consiste na perda da “crença na facticidade” (p. 81). Nessa espécie de vazio, de um novo niilismo do século XXI, passam a circular “informações totalmente desacopladas da realidade, formando um espaço hiper-real.” (idem). Aqui, é fundamental desambiguar termos como mentira, *fake news*, facticidade e realidade. Nesse contexto, as *fake news* não são uma mentira.” (p. 84). De forma simples pode-se entender a mentira com algo irreal, que não acontece ou não aconteceu. As *fake news* não consistem simplesmente numa mentira porque elas forjam um novo tipo de realidade, não factual, mas hiper-real. “O novo niilismo não implica que a mentira foi feita verdade ou que a verdade foi difamada como mentira. Em vez disso, a própria diferenciação entre verdade e mentira é que foi anulada” (idem) e dentro dessa compreensão, “quem inventa uma nova realidade, não mente, em sentido habitual.” (p. 88).

O grande problema, nisso tudo, é que “a democracia não tolera o novo niilismo. Ela exige um falar a verdade. Apenas a infocracia se sustenta sem verdade” (p. 100). Não somente se sustenta, como se alimenta de ficcionalidades convertidas em fatualidades. O critério de verificação da realidade não é exatamente sua existência real em si, mas sim, é “a coerência narrativa que a torna fidedigna.” (p. 99). Se a crise da verdade é sempre uma crise da sociedade. “Sem verdade, a sociedade rui internamente” (p. 97). O que a mantém junta não é, portanto, uma coerência interna, intrínseca, organicamente visceral, mas relações moduladas por variáveis algorítmicas, maquínicas, inauditas ao escrutínio humano, instrumental e economicamente determinadas. O texto de Byung-Chul Han, possivelmente não é o único necessário para compreender as relações sociais de nosso tempo, no entanto, sem ele, muito possivelmente nossa compreensão restará inconclusa e capitularemos completamente à inteligibilidade da sociedade infocrática. Por isso tudo, o texto de Han é fundamental e incontornável pelos interessados em compreender as arestas entre democracia e informação, entre as novas formas de poder e as novas tecnologias do mundo contemporâneo.

## REFERÊNCIAS

HAN, Byung-Chul. *Infocracia*: digitalização e a crise da democracia. Tradução de Gabriel S. Philipson, Editora Vozes, Petrópolis, RJ: 2022.

Data de Recebimento: 23/02/2023

Data de Aprovação: 05/07/2023